

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
FACULDADE DE DIREITO

Carolina Lana Castilho

**A FORMAÇÃO CONTRATUAL PERANTE A CISG: AS TEORIAS DO *LAST-SHOT*
E DO *KNOCK-OUT* DIANTE DA PROBLEMÁTICA DA *BATTLE OF FORMS***

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito para aprovação na disciplina Trabalho de Conclusão de Curso II, obrigatória para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Professor Orientador: Christian Sahb Batista Lopes

Co-orientador: Gustavo Becker Monteiro

Belo Horizonte
2018

“Tudo o que fizerem, façam de todo o coração,
como para o Senhor, e não para os homens”
(Colossenses 3:23)

RESUMO

O presente trabalho de monografia analisa as duas principais teorias aplicadas diante da problemática da *battle of forms* para verificar quais soluções têm sido apresentadas aos casos em que as partes se baseiam em diferentes termos gerais do contrato durante a formação contratual perante a CISG. Para tanto, aborda-se primeiramente a formação contratual sob a aplicação da CISG através da análise dos requisitos para que uma oferta constitua uma proposta, e dos requisitos para que uma aceitação implique na conclusão do contrato. Além disso, são tratadas as condições para incorporação de *standard terms* à relação contratual segundo a Opinião nº 13 do CISG Advisory Council. Posteriormente, a problemática da *battle of forms* é abordada através das teorias mais reconhecidas sobre o assunto. Considera-se os comentários e críticas tecidos a respeito da *last-shot rule* e da *knock-out rule*. São tratadas também duas teorias minoritárias de caráter exemplificativo. Por fim, é realizada uma análise de casos para identificar de que forma as teorias tem sido aplicadas, pelo que se constatou que a *battle of forms* deve ser solucionada com base nos interesses e na intenção manifestados pelas partes durante a formação contratual.

Palavras-chave: Formação contratual – CISG – Compra e Venda de Mercadorias – Direito Internacional.

ABSTRACT

The hereby presented paper aims to discuss the formation of the contract under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) in order to find which solutions are being applied to cases in which the parties submit conflicting standard terms to be incorporated to the contract. First of all, the formation of contract is analyzed through the requisites for a proposal to constitute an offer and through the requisites for an acceptance to imply the conclusion of contract. Moreover, the conditions for incorporation of standard terms pursuant to the CISG Advisory Council Opinion no. 13 are presented. Then, the issue of the battle of forms is analyzed through the main theories that have been elaborated in order to solve that problem. In that sense, commentaries and reviews on both last-shot and the knock-out rules in a context of application of the CISG are addressed. Two minor theories are also approached as illustrations. At last, a case study is presented in order to identify how the theories have been applied, through which it was found that the battle of forms must be solved based on the interests and the intention shown by the parties during the formation of contract.

Key-words: Formation of contract – CISG – Sale of Goods – International Law.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. A FORMAÇÃO CONTRATUAL SEGUNDO A CISG E A PROBLEMÁTICA DA BATTLE OF FORMS	9
2.1. Das ofertas às propostas.....	9
2.2. Da aceitação	16
2.3. Da contraproposta	18
2.4. Da inclusão de <i>standard terms</i>	21
2.5. <i>Battle of Forms</i>	24
3. AS SOLUÇÕES PARA A BATTLE OF FORMS PROPOSTAS PELA DOUTRINA E SUA APLICAÇÃO PELOS TRIBUNAIS.....	27
3.1. <i>Last-shot rule</i>	28
3.2. <i>Knock-out rule</i>	32
3.3. Teorias minoritárias	35
4. Estudo de casos	36
4.1. Casos de aplicação da <i>knock-out rule</i>	37
4.2. Casos de aplicação da <i>last-shot rule</i>	41
4.3. O caso peculiar da decisão do <i>shock-cushioning seat case</i>	45
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	47
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	49
JURISPRUDÊNCIA.....	52

1. INTRODUÇÃO

A ocorrência da *battle of forms* não é incomum na formação contratual. Com o desenvolvimento da tecnologia e das relações internacionais como um todo, tem se tornado cada vez mais fácil a compra e venda internacional. Pelo próprio volume e frequência das negociações, é comum que as partes recorram à utilização de *standard terms*, ou seja, termos e condições gerais apresentadas por uma ou ambas as partes para inclusão no contrato.

É natural que estes termos tendam a favorecer a parte que os elaborou, atendendo diretamente aos seus interesses enquanto compradora ou vendedora. Ocorre que, muitas vezes, tanto a parte contratante quanto a contratada decidem aplicar seus próprios *standard terms* à relação contratual, sem que seja estabelecida qualquer relação de prevalência entre eles. É possível que haja, então, um choque entre os termos-padrão enviados por uma parte e outra. A existência de termos conflitantes regendo o mesmo contrato gera a chamada *battle of forms*.

Normalmente, a mera existência de uma *battle of forms* não implica qualquer empecilho à eficácia do contrato. É possível a coexistência entre termos diferentes apresentados por ambas as partes, sem que esteja clara a incorporação de cada um. O negócio jurídico é firmado, gera seus efeitos e é concluído conforme o previsto, alcançando o propósito para o qual foi firmado.

O verdadeiro desafio surge quando os termos utilizados pelas partes revelam um caráter conflitante no que se refere a alguma das condições essenciais do negócio, o que acaba por impedir seu andamento regular. Nesse momento, torna-se necessário determinar qual dos termos foi realmente incorporado ao contrato.

Foram elaboradas uma série de teorias para solucionar a questão. Trata-se de métodos para se descobrir quais termos foram efetivamente incorporados à relação contratual, buscando a verdadeira intenção das partes durante o oferecimento da proposta e a manifestação de aceitação inequívoca.

Para solucionar a *battle of forms* nos casos em que a CISG é aplicável, é preciso compreender a lógica da formação contratual perante a Convenção, verificando, primeiramente, quais manifestações de uma parte efetivamente caracterizam a apresentação

de uma “proposta”, para que, em seguida, se possa analisar se o conteúdo da resposta da parte contrária constitui, de fato, uma aceitação.

Nesse sentido, a presente monografia pretende compilar as principais perspectivas encontradas na doutrina internacional, aliadas às resoluções de casos paradigmáticos, para solucionar a sua problemática central: como tem sido solucionada a *battle of forms* no âmbito das contratações regidas pela CISG e de que forma tem sido aplicadas as teorias majoritárias pelos tribunais?

Tendo em vista que a falta de consenso quanto à *battle of forms* foi justamente um dos motivos pelo qual a CISG optou por não tomar posição expressa a este respeito, não se busca, aqui, estabelecer uma das teorias como a mais adequada. Isto porque, o que se verifica de fato é que certos contextos podem favorecer a aplicação de uma, ou de outra. Portanto, o que cabe a este trabalho é apresentar as soluções majoritárias à propositura de termos conflitantes e analisar as nuances que a doutrina e a jurisprudência tem levado em consideração ao optar por uma ou por outra na análise de caso a caso.

O estudo desenvolvido na elaboração desta monografia abarcou a análise doutrinária especializada, realizando um mapeamento dos principais doutrinadores que já analisaram as teorias relativas à solução da *battle of forms*. Levou-se em conta, portanto, metodologia qualitativa e buscou-se realizar um amplo levantamento bibliográfico, para que as mais diversas opiniões e argumentos acerca do tema fossem analisadas.

Posteriormente, foi realizada análise prática de aplicação destas teorias pelos tribunais. A partir desta pesquisa, alguns dos casos paradigmáticos de solução de *battle of forms* no âmbito de aplicação da CISG foram sistematizados no intuito de apontar a tendência de aplicação das teorias pelos tribunais.

O presente trabalho é estruturado em três capítulos. Inicia-se com uma abordagem da formação contratual pela perspectiva da CISG. Trata-se de um ponto de partida essencial para que se comprehenda a sistemática que a Convenção traz e que é basilar para todo o procedimento de incorporação de *standard terms*. Terminamos com uma apresentação da problemática da *battle of forms* e de como ela pode afetar a formação contratual.

Em seguida, no segundo capítulo, são propostas soluções para a *battle of forms* a partir da análise das teorias majoritárias, quais sejam, a *last-shot rule* e a *knock-out rule*. O que se

pretende aqui é identificar não só as principais vantagens de cada uma, mas também os desafios de sua aplicação. Apesar de não serem o foco do presente trabalho, abordamos algumas das teorias minoritárias para demonstrar que tem sido buscadas soluções que fujam da polarização entre as teorias do *last-shot* e do *knock-out*.

Por fim, o terceiro capítulo encerra o presente trabalho com uma análise jurisprudencial, verificando como os tribunais tem conciliado as previsões da CISG quanto à formação contratual – principalmente o seu artigo 19 – com as teorias já existentes sobre a solução da *battle of forms*.

2. A FORMAÇÃO CONTRATUAL SEGUNDO A CISG E A PROBLEMÁTICA DA BATTLE OF FORMS

Para que se possa compreender, de fato, a real gravidade da *battle of forms* e então encontrar possíveis soluções para o problema, é essencial que se assimile com clareza a lógica que permeia a formação contratual sob a ótica da CISG. Para verificar a ocorrência de formação contratual, deve-se, primeiramente, averiguar quais manifestações de uma parte efetivamente caracterizam a apresentação de uma “proposta”, para que, em seguida, se analise qual deve ser o conteúdo da resposta da parte contrária para que esta constitua, de fato, uma aceitação.¹ Tais considerações devem guiar a solução da *Battle of Forms* em cada caso concreto, determinando a prevalência de uma teoria sobre a outra em cenários de aplicação da CISG.

2.1. Das ofertas às propostas

Partindo da premissa de que um contrato é formado pela junção de uma proposta válida e sua posterior aceitação², a seção de formação contratual da CISG tem início com uma diferenciação fundamental ainda na fase de negociações contratuais. Antes de qualquer manifestação de vontade do destinatário, é preciso identificar que tipo de oferta está sendo apresentada. A partir desta caracterização, decorrerão consequências essenciais à formação de uma relação jurídica através do estabelecimento dos limites da vinculação de cada uma das partes.

A Convenção apresenta os requisitos para a diferenciação das propostas em meio às ofertas no artigo 14:

Artigo 14. (1) Para que possa constituir uma proposta, a oferta de contrato feita a pessoa ou pessoas determinadas deve ser suficientemente precisa e indicar a intenção do proponente de obrigar-se em caso de aceitação. A oferta é considerada suficientemente precisa quando designa as mercadorias e, expressa ou implicitamente, fixa a quantidade e o preço, ou prevê meio para determiná-los. (2) A oferta dirigida a pessoas indeterminadas será considerada apenas um convite para

¹ VIEIRA, Iacyr de Aguilar. *A formação do contrato de compra e venda internacional de mercadorias: principais aspectos*. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004. p. 49

² FARNSWORTH, E. Allan. *Formation of Contract*. In: GALSTON, Nina M; SMIT, Hans. *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. New York: Bender, 1984, p. 3-5

apresentação de propostas, salvo se o autor da oferta houver indicado claramente o contrário.³

Primeiramente, deve-se observar que a tradução oficial aplicada pelo Decreto 8.327, de 16 de outubro de 2014,⁴ ao promulgar a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias⁵, utiliza-se de uma terminologia ligeiramente diferente da utilizada no original em inglês.

Enquanto o texto original menciona *proposal* para se referir ao gênero, enquanto *offer* seria uma espécie caracterizada pela verificação de circunstâncias específicas, o Decreto 8.327 inverte a terminologia, qualificando a oferta como gênero do qual as propostas fazem parte.

Para uma análise precisa da formação contratual sob a égide da CISG, é necessária uma diferenciação clara entre o que deve ser considerado uma proposta e o que caracteriza mera oferta. Isso porque, quando se trata de uma oferta, o artigo 14 (2) deixa claro que se está diante de apenas um convite para apresentação de propostas. Nesse caso, se espera que o destinatário elabore uma proposta efetiva, para que só então o ofertante decida, seja pela aceitação, formando-se assim a relação contratual, ou pela rejeição da proposta, que nesse caso é extinta sem produzir quaisquer efeitos.

Quando uma proposta é apresentada, por outro lado, a aceitação do destinatário já é suficiente para que seja formado um contrato, sendo clara a manifestação de vontade de ambas as partes. Não é conferida ao proponente a faculdade de alterar os termos da proposta ou desistir das obrigações assumidas ao se deparar com a aceitação do ofertante.

³ BRASIL. Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8327.htm>. Acesso em: 19 nov. 2018.

⁴ Ibidem.

⁵ O Brasil optou por não se tornar signatário da CISG à época da Conferência de Viena de 1980, apesar de ter enviado uma delegação brasileira que ficou responsável pelo gerenciamento dos debates das propostas, no Comitê Executivo, e pela consolidação das propostas, pela revisão do texto e sua tradução às línguas oficiais da ONU e pela apresentação formal do projeto, no Comitê Redator. A adesão somente ocorreu em 2013, mediante o depósito de instrumento de adesão perante o então Secretário-Geral da ONU, Ban Ki-Moon, se tornando, assim, o 79º país signatário da Convenção. A CISG apenas entrou em vigor no país em 1º de abril de 2014, passando a integrar o ordenamento jurídico brasileiro com a sua promulgação pelo Decreto nº 8.327, em 16 de outubro de 2014. SOARES, Pedro Silveira Campos; GEBLER, Eduardo. O Processo de Adesão do Brasil à CISG. In: MOSER, Luiz Gustavo Meira, PIGNATTA, Francisco Augusto (coord.). *Comentários à Convenção de Viena sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias (CISG): visão geral e aspectos pontuais*. São Paulo: Atlas. 2015. pp. XV, 196.

O artigo 16 (1)⁶ dispõe que a *proposta* somente pode ser revogada até a conclusão do contrato, ou seja, até o momento da sua aceitação, e a menos que se possa inferir de algum modo a irrevocabilidade da proposta. O artigo 15 (2)⁷ até possibilita que, mesmo se irrevogável, a proposta seja retirada, mas somente antes ou no mesmo momento em que for recebida pelo comprador.

Nesse sentido, o artigo 14 da CISG estabelece uma série de critérios cabíveis para diferenciação de propostas dentre meras ofertas. Estes critérios são cumulativos,⁸ de modo que o descumprimento de apenas um deles já é suficiente para que se caracterize não uma proposta em si, mas um convite para apresentação de propostas.

2.1.1. A indicação da intenção de se vincular à oferta

Conforme a previsão do art. 14(1), a intenção do proponente de se vincular não se refere à natureza vinculante da oferta, mas à conclusão do contrato.⁹ O que se questiona para fins de caracterização de uma proposta é a intenção do proponente de se vincular ao conteúdo de sua própria oferta *caso ela seja aceita*. Não se cogita aqui se o proponente está efetivamente vinculado à sua oferta neste momento inicial.

Nesse sentido, Schroeter (2010) estabelece alguns casos específicos em que não deve ser considerada a intenção de se vincular. Por exemplo, não devem ser consideradas propostas as ofertas feitas “sem compromisso”, que são classificadas como convites à negociação e podem implicar em um direito de retirar a oferta; cartas de intenções, ou similares, como memorandos de entendimento, que apenas formalizam os pontos previamente discutidos entre as partes sem obrigar-las a firmar contrato; ofertas publicadas na *internet*, por exemplo, no *site* do vendedor, desde que não haja expressa intenção de se vincular; e, por fim, *invitation ad offerendum*, categoria na qual se encaixam os anúncios em jornais, rádio e televisão,

⁶ Artigo 16 (1), Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014: “A proposta poderá ser revogada até o momento da conclusão do contrato, se a revogação chegar ao destinatário antes de este expedir a aceitação”.

⁷ Artigo 15 (2), ibidem.: “Ainda que seja irrevogável, a proposta pode ser retirada, desde que a retratação chegue ao destinatário antes da própria proposta, ou simultaneamente a ela”. A linguagem do artigo foi alterada durante a Conferência de Viena. O texto original utilizava a expressão “ser comunicado ao destinatário”, que posteriormente substituída por “chegar ao destinatário”. EÖRSI, Gyula. Article 15. In: BIANCA, C. M.; BONNEL, M. J. *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*. Milão: Guiffrè, 1987. pp. 145-149

⁸ HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. *The CISG: a new textbook for students and practitioners*. Munique: Sellier, 2007. p. 70.

panfletos, catálogos e tabelas de preços, os quais devem ser considerados apenas convites à negociação.¹⁰

O artigo 14 (2) já prevê que, a menos que haja indicação clara por parte do autor da oferta no sentido de que sua verdadeira intenção verdadeira era de formular uma proposta, ou seja, de vincular-se a eventual aceitação, “a oferta dirigida a pessoas indeterminadas será considerada apenas um convite para apresentação de propostas”¹¹

A previsão expressa do artigo 14 (2) visa deixar claro que circulares, anúncios de jornal, rádio ou televisão, panfletos, ofertas para grupo indeterminado de pessoas pela internet, cartas de intenções, vitrines de lojas,¹² tabelas de preços, comunicações publicitárias, catálogos e similares não devem ser considerados como propostas¹³. Estas publicações geralmente preveem que as condições (o preço, por exemplo) estão sujeitas a mudanças, mas ainda que não haja ressalva expressa quanto a isto, o vendedor ainda estará livre para modificar as condições contratuais, uma vez que não se trata de uma proposta vinculante, mas uma mera oferta.¹⁴

⁹ ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. *International sales law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Nova Iorque: Oceana, 1992. p. 84

¹⁰ Schroeter ensina que o convite à apresentação de propostas, também conhecido como *invitation to tender* ou *invitation to treat*, é muito utilizado em compras corporativas e em licitações. Leis domésticas geralmente estabelecem regras para uma seleção justa da melhor proposta, como o princípio da não-discriminação, as regras de melhor preço ou de melhor custo-benefício. SCHROETER, U. In: SCHLECHTRIEM; SCHWENZER, 2010, pp. 244, 271

¹¹ BRASIL. Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8327.htm>. Acesso em: 19 nov. 2018. Neste sentido, ofertas apresentadas ao público geral não devem ser consideradas como propostas, mas como convites à negociação. VALIOTI, Zoi. The Rules on Contract Formation under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980). Disponível em: https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/valioti.html#*. Acesso em 12/03/2019. No entanto, tal regra não pode ser aplicada quando o ofertante expressamente indica o contrário. A linguagem de ambos os artigos foi alterada durante a Conferência de Viena. O texto original utilizava a expressão “ser comunicado ao destinatário”, que posteriormente substituída por “chegar ao destinatário”. EÖRSI, Gyula. Article 14. In: BIANCA, C. M.; BONNEL, M. J. *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*. Milão: Guiffrè, 1987. p. 132-144.

¹² SCHROETER, Ulrich G. Arts 14-24. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (coord.). *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010. p. 274

¹³ FARNSWORTH, 1984, p. 3-6

¹⁴ HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. 3. ed. The Hague: Kluwer Law International, 1999. p. 148. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>>. Acesso em: out. 2018.

Farnsworth (1984) critica a escolha do termo “pessoas específicas” uma vez que, ainda que ofertas deste tipo fossem feitas por e-mail, de modo que fosse possível distinguir seus destinatários, ainda sim não seria possível considerá-las propostas.¹⁵ Sob a perspectiva do parágrafo (1), ainda que uma oferta fosse endereçada a pessoas específicas, ainda assim não deveria ser reconhecida como proposta se fosse verificado que o autor, na verdade, não possuía intenção de se vincular.¹⁶

Não há qualquer limitação à quantidade de pessoas a qual uma oferta pode ser enviada sem deixar de ser considerada uma proposta. Todavia, o envio a um grupo grande de pessoas pode demonstrar a inexistência de intenção de se vincular, por exemplo, se demonstrado que o autor da oferta não teria condições de adimplir com as suas obrigações contratuais caso todos os destinatários da oferta manifestassem sua aceitação.¹⁷

A interpretação das declarações e da conduta da parte, nos moldes do artigo 8, também deve ser utilizada para sanar a dúvida quanto à intenção do proponente de se vincular.¹⁸ Nesse caso, descartado o artigo 8 (1), ou seja, se a parte não tem ciência da intenção do proponente, aplica-se o artigo 8 (2)¹⁹, pelo qual as suas declarações e condutas “devem ser interpretadas segundo o sentido que lhes teria dado uma pessoa razoável, com a mesma qualificação e nas mesmas circunstâncias da outra parte”.

Para tanto, o parágrafo (3) esclarece que “devem ser consideradas todas as circunstâncias pertinentes ao caso, especialmente negociações, práticas adotadas pelas partes entre si, usos e costumes e qualquer conduta subsequente das partes”.

2.1.2. O grau de precisão da oferta

¹⁵ FARNSWORTH, 1984, p. 3-9

¹⁶ HONNOLD, 1999, p. 148

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ WINSHIP, Peter. *Articles 14-24*. In: FERRARI, Franco; FLECHTNER, Harry; BRAND, Ronald A. (Coord.). *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention*. Munique: Sellier. European Law Publishers; Londres: Sweet & Maxwell, 2004. p. 582. O artigo orienta a hermenêutica quando se trata da Convenção de Viena. Nele, são apresentadas regras de interpretação das declarações das partes e de suas condutas. Inicialmente, o grupo responsável pela elaboração da Convenção decidiu limitar a esfera de aplicação do artigo aos atos unilaterais e declarações das partes com o propósito de determinar se um contrato havia sido ou não concluído. Todavia, a Comissão decidiu, posteriormente, aplicá-lo à Convenção como um todo, para que também pudesse ser utilizado na interpretação contratual. FARNSWORTH, Allan E. Article 8. In: BIANCA, C. M.; BONNEL, M. J. *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*. Milão: Guiffrè, 1987. pp. 95-102

O segundo critério apresentado pelo artigo 14 (1) é que a oferta tenha sido suficientemente precisa. O próprio dispositivo estabelece que, para fins de caracterização como proposta, uma oferta suficientemente precisa é aquela que (i) designa as mercadorias; e, de forma expressa ou implícita, fixa (ii) a quantidade e (iii) o preço, ou prevê meios para determiná-los.

i. Da designação da mercadoria

Para fins de determinação do grau de precisão da oferta, na designação da mercadoria negociada, considera-se relevante principalmente a especificação da forma e da cor dos bens, além dos padrões de qualidade a serem aplicados²⁰.

Entretanto, o artigo 65 (1) dispõe ainda a possibilidade de que o contrato preveja que “a forma, as dimensões ou outras características das mercadorias” serão especificadas pelo comprador até certo prazo ajustado entre as partes.²¹

Tal disposição não comprometeria a precisão da oferta²², uma vez que o artigo 65 da CISG prevê que, neste caso, se o comprador faltar em especificar as mercadorias até a data ajustada, será facultado ao vendedor designá-las conforme as necessidades do comprador das quais tenha ciência.

ii. Da especificação da quantidade

Para que uma oferta seja considerada suficientemente precisa, ela também deve especificar a quantidade das mercadorias.

Todavia, Butler (2009) menciona dois tipos de contratos de compra e venda que, apesar de não serem abordados pela CISG, estão dentro do seu escopo de aplicação. Trata-se do caso em que o contrato prevê a venda de quantas mercadorias forem necessárias para

¹⁹ FERRARI, Franco. *Interpretation of statements: Article 8*. In: FERRARI, Franco; FLECHTNER, Harry; BRAND, Ronald A. (Coord.), op. cit., p. 178/179

²⁰ EÖRSI, Gyula. Article 14. In: BIANCA, C. M.; BONNEL, M. J. *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*. Milão: Guiffrè, 1987. p. 140

²¹ Artigo 65 (1), Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014: “Se o contrato dispuser que caberá ao comprador especificar a forma, as dimensões ou outras características das mercadorias e tal especificação não for efetuada na data ajustada, ou em prazo razoável após ter sido solicitada pelo vendedor, este poderá, sem prejuízo de quaisquer outros direitos que possa ter, efetuar ele próprio a especificação, de acordo com as necessidades do comprador das quais tiver conhecimento”.

²² HONNOLD, 1999, p. 148-149

atender as necessidades do comprador; e a hipótese de que comprador se comprometa a comprar todo o estoque do vendedor.²³

Nesses casos, a jurisprudência reconhece que a previsão de especificação da quantidade das mercadorias não deve ser utilizada para anular uma série de transações importantes sob o mero fundamento de que a quantidade das mercadorias é dependente de uma variável, seja a produção do vendedor ou a demanda do comprador.²⁴

iii. Da especificação do preço

O artigo 55 da CISG gerou uma certa controvérsia na doutrina internacional no que diz respeito ao grau de especificidade necessário para que uma manifestação caracterize uma proposta, no que tange à especificação de preço:

Artigo 55. Se o contrato tiver sido validamente concluído sem que, expressa ou implicitamente, tenha sido nele fixado o preço, ou o modo de determiná-lo, entender-se-á, salvo disposição em contrário, que as partes tenham implicitamente se referido ao preço geralmente cobrado por tais mercadorias no momento da conclusão do contrato, vendidas em circunstâncias semelhantes no mesmo ramo de comércio.

Para alguns estudiosos, a leitura do art. 14 (1) em conjunto com o art. 55 leva a entender que seria possível a formação de um contrato sem a especificação de preço,²⁵ enquanto que, para outros,²⁶ a linguagem do art. 55 indica claramente que sua aplicação se restringe apenas aos casos em que o contrato já tiver sido concluído.

Diante deste debate, Burt Leete (1992) apresenta uma interpretação alternativa, de que o art. 55 seria aplicável nos casos em que o preço não foi especificado, mas ainda assim o contrato foi formado porque as partes estabeleceram meios para determiná-lo.²⁷

²³ SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. *UN Law on International Sales The UN Convention on the International Sale of Goods*. Berlin: Springer, 2009. p. 6-7

²⁴ HONNOLD, 1999, p. 150

²⁵ HONNOLD, op. cit., p. 154. Também é possível que a venda seja concluída não com uma indicação expressa do preço no contrato, mas com uma referência a outro documento que apresente tal informação, como um catálogo que contenha os preços dos produtos à venda. É precisamente o que ocorreu no *Frozen food case*, decidido pelo *Oberlandesgericht Rostock*, na Alemanha, em 2001. Disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011010g1.html>>. Acesso em: 12/03/2019.

²⁶ FARNSWORTH, 1984, p. 3-9

²⁷ LEETE, Burt. *Contract Formation under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code: Pitfalls for the Unwary*, Temple International and Comparative Law Journal, vol. 6, n. 2, 1992, online

Nesse sentido, é comum que contratos de longa duração estabeleçam a possibilidade de ajustes do preço inicial com base em mudanças nos custos. Também é bastante usual que, em caso de pequenas transações, não haja menção expressa ao preço a ser adotado, mas que ele esteja implícito ao longo das negociações. Por exemplo, se o preço já estava estabelecido em panfletos distribuídos pelo vendedor.²⁸

2.2. Da aceitação

Conforme previsto no artigo 15 (1), “a proposta se torna eficaz quando chega ao destinatário”. A partir de tal momento, tornam-se possíveis três diferentes cenários: a aceitação da proposta (artigo 18), a sua plena rejeição (artigo 17), ou a apresentação de uma contraproposta (artigo 19).

No que se refere à aceitação, o artigo 18, em seu parágrafo (1), estabelece a regra geral de que a aceitação se dá por meio de “declaração ou outra conduta do destinatário, manifestando seu consentimento à proposta”. Aqui, ao utilizar a expressão “manifestando seu consentimento”, a CISG resume os dois problemas mais comuns na formação contratual, quais sejam, a comunicação e a aceitação.²⁹

Artigo 18. (1) Constituirá aceitação a declaração, ou outra conduta do destinatário, manifestando seu consentimento à proposta. O silêncio ou a inércia deste, por si só, não importa aceitação.³⁰

Alastair Mullis³¹ (2007) indica três requisitos para que a resposta à proposta seja caracterizada como aceitação. Primeiramente, deve haver uma indicação de consentimento. Nesse sentido, o artigo 18 (1) deixa claro que esse consentimento pode ser escrito, oral ou demonstrado através de alguma das condutas previstas no parágrafo (3).³²

²⁸ HONNOLD, 1999., pp. 150-151

²⁹ HONNOLD, op. cit., p. 172

³⁰ BRASIL. Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8327.htm>. Acesso em: 19 nov. 2018.

³¹ HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. *The CISG: a new textbook for students and practitioners*. Munique: Sellier, 2007, p. 84.

³² O primeiro parágrafo do artigo 18 deixa claro que a aceitação pode se dar não apenas através de declarações da parte, mas também por sua conduta. Gyula Eörsi esclarece que condutas que indiquem anuência da parte implicam em aceitação ainda que a proposta tenha sido apresentada por meio de uma declaração do proponente e não por meio de sua conduta. Isso porque o meio pelo qual a aceitação se dá não é vinculado ao meio de apresentação da proposta. EÖRSI, Gyula. Article 18. In: BIANCA, C. M.; BONNEL, M. J. *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*. Milão: Guiffrè, 1987. p. 166

Em segundo lugar, o consentimento deve ser incondicionado, uma vez que, caso o destinatário da proposta tente introduzir novos termos ou modificar a oferta original, não haverá aceitação, mas uma rejeição da oferta (artigo 17), seguida pela apresentação de uma contraproposta (artigo 19 (1)). A exceção à esta regra se dá quando a alteração sugerida pela parte contrária não se encaixa nas hipóteses previstas no artigo 19 (3). Nesse caso, não se tratando de alteração substancial, considera-se aceita a proposta caso a parte não se manifeste em sentido contrário, conforme artigo 19 (2).

Por fim, a aceitação deve ser eficaz, nos moldes do artigo 18 (2):

(2) Tornar-se-á eficaz a aceitação da proposta no momento em que chegar ao proponente a manifestação de consentimento do destinatário. A aceitação não produzirá efeito, entretanto, se a respectiva manifestação não chegar ao proponente dentro do prazo por ele estipulado ou, à falta de tal estipulação, dentro de um prazo razoável, tendo em vista as circunstâncias da transação, especialmente a velocidade dos meios de comunicação utilizados pelo proponente. A aceitação da proposta verbal deve ser imediata, salvo se de outro modo as circunstâncias indicarem.³³

Para tanto, apenas é exigido que ela alcance o proponente original, nos moldes do art. 24 da CISG³⁴, não sendo exigida qualquer forma específica. Contudo, o proponente, ao elaborar a proposta, poderá estipular um prazo para a sua aceitação, de forma que, manifestada fora de tal prazo, será considerada ineficaz.

Ainda que não haja estipulação de prazo para a aceitação, a proposta deverá ser aceita dentro de prazo razoável a ser aferido em função das circunstâncias da transação, em especial, da velocidade do meio de comunicação utilizado pelo proponente.³⁵

Nesses parâmetros fica estabelecido que, em caso de apresentação verbal da proposta, a aceitação deve ser imediata³⁶, a menos que se verifiquem circunstâncias que indiquem outro modo de aceitação.

A segunda parte do parágrafo (1) do artigo 18 esclarece que o silêncio do destinatário não importa em anuênciam. A exceção está prevista no parágrafo (3), que estabelece algumas

³³BRASIL. Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8327.htm>. Acesso em: 19 nov. 2018.

³⁴ Artigo 24, Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014: “Para os fins desta Parte da Convenção, se considerará que a proposta, a manifestação de aceitação ou qualquer outra manifestação de intenção “chega” ao destinatário quando for efetuada verbalmente, ou for entregue pessoalmente por qualquer outro meio, no seu estabelecimento comercial, endereço postal, ou, na falta destes, na sua residência habitual”.

³⁵ EÖRSI, Gyula. In: BIANCA, C. M.; BONNEL, M. J. *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*. Milão: Guiffrè, 1987. pp. 168-169

circunstâncias em, ainda que a parte permaneça silente quanto à proposta apresentada, poderá manifestar sua aceitação por meio de seu comportamento, ensejando a aceitação tácita:

Artigo 18 (3). Se, todavia, em decorrência da proposta, ou de práticas estabelecidas entre as partes, ou ainda dos usos e costumes, o destinatário da proposta puder manifestar seu consentimento através da prática de ato relacionado, por exemplo, com a remessa das mercadorias ou com o pagamento do preço, ainda que sem comunicação ao proponente, a aceitação produzirá efeitos no momento em que esse ato for praticado, desde que observados os prazos previstos no parágrafo anterior.³⁷

Portanto, tratando-se de prática prevista na proposta, adotada pelas partes ou em conformidade com os usos e costumes, será admitida a aceitação tácita. Nestes casos, o contrato será considerado formado se for dado início à execução contratual, demonstrando assim o consentimento tácito das partes ainda que não tenham aceitado a proposta expressamente.

2.3. Da contraproposta

O artigo 19 da CISG é, sem dúvidas, o dispositivo mais relevante para a discussão levantada pelo presente trabalho. Ele apresenta uma nova possibilidade que foge à aceitação do artigo 18 e extrapola, em certa medida, a rejeição do artigo 17.

Artigo 19. (1) A resposta que, embora pretendendo constituir aceitação da proposta, contiver aditamentos, limitações ou outras modificações, representará recusa da proposta, constituindo contraproposta.

(2) Se, todavia, a resposta que pretender constituir aceitação contiver elementos complementares ou diferentes mas que não alterem substancialmente as condições da proposta, tal resposta constituirá aceitação, salvo se o proponente, sem demora injustificada, objetar verbalmente às diferenças ou envie uma comunicação a respeito delas. Não o fazendo, as condições do contrato serão as constantes da proposta, com as modificações contidas na aceitação.³⁸

Trata-se da possibilidade de uma resposta à proposta, através da qual o destinatário original, não satisfeito com as condições apresentadas, propõe certas modificações aos termos apresentados. Esta resposta, porém, poderá gerar consequências diferentes a depender do seu conteúdo, ou seja, se alterações propostas substanciais ou meramente superficiais.³⁹

³⁶ Conforme o artigo 18(2).

³⁷ BRASIL. Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8327.htm>. Acesso em: 19 nov. 2018.

³⁸ Idem.

³⁹ O artigo 19 foi resultado de decisões tomadas a respeito de duas polêmicas principais que surgiram durante os trabalhos da Comissão. Primeiramente, foi rejeitada a proposta de que cartas de confirmação contendo modificações ou adições que não fossem substanciais deveriam modificar o contrato. Esta decisão tem duas

Portanto, primeiramente precisamos estabelecer quais alterações podem ser conceituadas como substanciais. O artigo 19 (3) prevê que:

(3) Serão consideradas alterações substanciais das condições da proposta, entre outras, as adições ou diferenças relacionadas ao preço, pagamento, qualidade e quantidade das mercadorias, lugar e momento da entrega, extensão da responsabilidade de uma das partes perante a outra ou o meio de solução de controvérsias.⁴⁰

Nesse sentido, havendo divergência quanto ao preço, à forma de pagamento, à qualidade ou quantidade das mercadorias, ao lugar e momento da entrega, à extensão da responsabilidade de uma das partes perante a outra ou ao meio de solução de controvérsias, resta caracterizada alteração substancial às condições da proposta.

Vale observar que o artigo apresenta uma rol não exaustivo. Schroeter (2010) exemplifica outras hipóteses abarcadas pelo dispositivo ainda que não tenham sido previstas expressamente.

Por exemplo, também podem ser consideradas alterações substanciais, no que tange ao preço e ao pagamento, as mudanças referentes ao preço de aquisição, à participação nos lucros, ao pagamento adiantado ou por carta de crédito; quanto ao local e data de entrega, também se encaixam as mudanças nas condições de entrega; quanto à qualidade e quantidade dos bens, também são materiais as alterações referentes ao tipo dos bens ou à sua qualidade, a redução ou o aumento da quantidade.⁴¹

A importância desta diferenciação está justamente em seus efeitos. Pelo parágrafo (2), caso a resposta apresente alterações meramente superficiais, estará caracterizada a aceitação da proposta e formada a relação contratual, sendo conferida ao proponente original, a oportunidade de objetar, sem demora injustificada, às alterações realizadas. Não havendo objeção às alterações, serão incluídas na proposta, integrando o contrato.

implicações: cartas comerciais de confirmação foram discutidas como pertencentes ao escopo de aplicação da CISG, mas não houve intenção de que a Convenção estipulasse o efeito destas cartas. Além disso, a discussão a respeito do conflito de *standard terms*, ou *battle of forms*, foi intencionalmente deixado de fora do texto da Convenção. SCHROETER, Ulrich G. Arts 14-24. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (coord.). *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010. p. 335.

⁴⁰ BRASIL. Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8327.htm>. Acesso em: 19 nov. 2018.

⁴¹ SCHROETER, Ulrich G. Arts 14-24. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (coord.). op. cit., p. 339

Contudo, caso as alterações sejam substanciais nos moldes do parágrafo (3), o parágrafo (1) prevê que seus efeitos serão distintos. O destinatário inicial realiza duas manifestações em um mesmo ato. Primeiramente, há a recusa da proposta inicial, que, conforme prevê o artigo 17, será imediatamente extinta. Simultaneamente, há a apresentação de uma nova proposta, desvinculada da proposta anterior, ensejando a necessidade de uma nova manifestação de vontade do proponente original, seja pela recusa ou pela aceitação.

A caracterização das alterações substanciais, no artigo 19 da CISG, foi criada como uma reação à chamada “*mirror image rule*” originária da *common law*.⁴² Segundo esta teoria, a aceitação deve ser sempre absoluta e inequívoca, e somente pode ser feita mediante a concordância plena com a proposta, não sendo possível qualquer pedido de alteração para esse efeito.⁴³ Em outras palavras, a aceitação deveria ser um reflexo perfeito da proposta, de forma que, para que o contrato viesse a se formar, seria necessário que as partes adentrassem um ciclo de contrapropostas até que houvesse concordância plena dos termos do contrato.⁴⁴

Nesse sentido, ao caracterizar as alterações substanciais, o artigo 19 (3) da Convenção busca mitigar a *mirror image rule*, evitando que diferenças mínimas entre a proposta e a aceitação pudessem vir a impedir a formação contratual.⁴⁵ Esta foi a forma encontrada para conciliar a vontade dos tradicionalistas, que defendiam a abordagem clássica da *mirror image rule*, e o desejo dos reformistas, que buscavam uma maneira de neutralizar a rigidez presente na abordagem da *common law*.⁴⁶

É certo que, tratando-se de contratos internacionais, é comum que haja algumas diferenças na escolha de palavras das partes, seja por falhas de tradução, por falta de domínio de uma língua estrangeira ou até mesmo por erros de digitação.⁴⁷ Porém, se as declarações das partes forem concordantes em sua essência, ou seja, não representarem alterações

⁴² SCHROETER, Ulrich G. Arts 14-24. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (coord.), 2010. p. 335.

⁴³ EISELEN, Sieg; BERGENTHAL, Sebastian K. *The Battle of Forms: a Comparative Analysis*. Comparative and International Law Journal of Southern Africa, v. 39, issue 2 , 2016. pp. 217 et seq.

⁴⁴ LEETE, Burt. *Contract Formation under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code: Pitfalls for the Unwary*, Temple International and Comparative Law Journal, vol. 6, n. 2, 1992, online

⁴⁵ SCHROETER, Ulrich G. Arts 14-24. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (coord.), op. cit., loc. cit.

⁴⁶ EISELEN; BERGENTHAL, op. cit., p. 218

⁴⁷ SCHROETER, Ulrich G. Arts 14-24. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (coord.), op. cit., p. 337

substanciais, mas um consenso geral, não se trata de uma contraproposta e, sim, de uma aceitação.⁴⁸

2.4. Da inclusão de *standard terms*

Diante da crescente necessidade de celeridade nas relações comerciais e de padronização contratual, os contratos têm sido elaborados como que em uma linha de produção⁴⁹. Esta nova lógica que permeia as relações contratuais tem tornado cada vez mais comum a utilização de termos e condições padrão de contratação, também conhecidos como “*standard terms*”.⁵⁰

Preparados de antemão para serem utilizados de forma geral e repetida em várias transações⁵¹, os *standard terms* são uma forma de repercutir as políticas gerais da empresa em todos os seus negócios e, ao mesmo tempo, trazer maior dinamismo às negociações contratuais. Estas vantagens fizeram com que a utilização de *standard terms* se tornasse um verdadeiro fenômeno a partir do século XX, popularizando seu uso em diversos tipos de contratos comerciais.⁵²

Tendo em vista o princípio da liberdade de forma previsto no Art. 11 da CISG, pelo qual a conclusão do contrato de compra e venda não exige forma escrita, podendo ser provada inclusive por testemunha,⁵³ estes termos podem ser apresentados em diversos formatos, seja por instrumentos contratuais, requisições de compra, notificações de aceitação ou confirmação, dentre outros.⁵⁴

⁴⁸ SCHLECHTRIEM; BUTLER, 2009, p. 82

⁴⁹ LEETE, 1992, online

⁵⁰ BOSCOLO, Ana Teresa de A. C. A necessidade de interpretação uniforme na CISG: o exemplo da batalha dos formulários. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TRIPODI, Leandro (coord.). *A CISG e o Brasil: Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias*. São Paulo: Marial Pons; Curitiba: Federação das Indústrias do Estado do Paraná, 2015, p. 75

⁵¹ Art. 2.1.19 (2) dos UPICC (2010)

⁵² EISELEN, Sieg; BERGENTHAL, Sebastian K. *The Battle of Forms: a Comparative Analysis*. Comparative and International Law Journal of Southern Africa, v. 39, issue 2, 2016, p. 215.

⁵³ VIEIRA, 2004, p. 49

⁵⁴ HUBER; MULLIS, 2007, p. 91

A característica principal dos “*standard terms*” ou “termos e condições padrão” é que eles não são individualmente negociados entre as partes.⁵⁵ Desta forma, não é relevante para sua caracterização a forma como tenham sido apresentados, quem os tenha elaborado ou sua complexidade, apenas a sua natureza geral, ampla e o fato de serem apresentados unilateralmente, sem margem para negociação pela parte contrária, que apenas tem a faculdade de aceitá-los ou rejeitá-los.⁵⁶

Via de regra, as transações se iniciam com o envio de pedido de compra pelo potencial comprador ao receber a um catálogo ou uma tabela de preços do vendedor.⁵⁷ Em seguida, o vendedor responde com um aviso de recebimento ou emite uma fatura. Ambos os formulários enviados costumam conter uma descrição geral das condições negociadas, como a qualificação e quantidade dos bens solicitados, o preço acordado, dentre outras.⁵⁸

Ocorre que, além disso, cada parte costuma incluir uma cópia de seus termos e condições padrão para serem incorporados ao contrato, e que podem sequer terem sido mencionados durante as negociações.⁵⁹

Embora a CISG não tenha tratado de forma expressa como se dá a incorporação de *standard terms* sob a sua aplicação⁶⁰, o tema foi tratado com profundidade pelo CISG Advisory Council, uma iniciativa privada formada por um corpo de especialistas na Convenção e criada com o objetivo de uniformizar a interpretação da CISG através da emissão de opiniões legais mediante requerimento.⁶¹

Apesar de não serem vinculantes, as Opiniões emitidas pela CISG Advisory Council possuem grande peso devido à autoridade de seus membros. Atualmente, o Conselho é composto por 16 membros, incluindo alguns dos doutrinadores de maior renome no que tange

⁵⁵ CISG-AC. *Opinion No. 13, Inclusion of Standard Terms under the CISG*. Relator: Sieg Eiselen. 20 de janeiro de 2013.. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op13.html>>. Acesso em 19 de novembro de 2018.

⁵⁶ Ibidem

⁵⁷ HUBER; MULLIS, 2007, p. 92

⁵⁸ RÜHL, Giesela. *The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observations*. University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, v. 24, n. 1, 2003, p. 189

⁵⁹ FEJÖS, Andrea. *Battle of Forms under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*: a uniform solution? Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration, vol. 11, 2007, p. 113

⁶⁰ EISELEN; BERGENTHAL, 2016, p. 215.

⁶¹ KARTON, Joshua D.; GERMINY, Lorraine de. *Has the CISG Advisory Council Come of Age*. Berkeley Journal of International Law, v. 27, issue 2, pp. 448-495, 2009. p.. 451

à CISG, entre eles, Ingeborg Schwenzer, Ulrich Schoeter, Sieg Eiselen e Maria del Pilar Perales Viscasillas. Ora, se a opinião de cada um destes doutrinadores carrega um grande peso individualmente, o corpo consultivo emitindo opiniões uníssonas em conjunto alcança uma credibilidade ainda maior.⁶²

Nesse sentido, em seu 17º encontro, o CISG Advisory Council emitiu a Opinião n. 13⁶³, que versa sobre a Inclusão de *Standard Terms* sob a CISG. De forma geral, a Opinião n. 13 do CISG Advisory Council estabelece dois requisitos principais para a incorporação de *standard terms*. Primeiramente, a intenção do proponente de incorporar seus próprios termos deve ser aparente ao destinatário. Além disso, os termos devem ter sido transmitidos à outra parte, ou ao menos disponibilizados de alguma outra forma.⁶⁴

No que se refere à intenção aparente do proponente de incorporar os termos, deve ser interpretada à luz do artigo 8 da CISG, que estabelece os requisitos de interpretação contratual e, especificamente no seu parágrafo (3), aponta as circunstâncias relevantes para a apuração da intenção de uma parte. Além disso, deve-se considerar à intenção de se vincular abordada no artigo 14 (1).

Quanto ao segundo principal requisito, Ulrich Magnus⁶⁵ (2008) comenta que seria uma alocação injusta de riscos se uma mera referência aos termos fosse suficiente para torná-los vinculantes. Em seus comentários à Regra nº 5, o CISG Advisory Council observa ainda que a parte não deve ser obrigada a “caçar”⁶⁶ referências à incorporação de *standard terms*, muito pelo contrário. A parte que os propõe é quem deve ter a obrigação de garantir que eles sejam disponibilizados de forma razoável para que parte contrária os acesse.

⁶² KARTON, Joshua D.; GERMINY, Lorraine de., 2009., p. 474

⁶³ CISG-AC. *Opinion No. 13, Inclusion of Standard Terms under the CISG*. Relator: Sieg Eiselen. 20 de janeiro de 2013.. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op13.html>>. Acesso em 19 de novembro de 2018.

⁶⁴ ALEMANHA. Federal Supreme Court. Machinery case. 31 de outubro de 2001. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011031g1.html>>. Acesso em 18 de novembro de 2018.

⁶⁵ MAGNUS, Ulrich. Incorporation of Standard Contract Terms under the CISG. In: ANDERSEN, Camilla B.; SCHROETER, Ulrich G (coord.). *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*. Londres: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2008. p. 320

⁶⁶ CISG-AC. *Opinion No. 13, Inclusion of Standard Terms under the CISG*. Relator: Sieg Eiselen. 20 de janeiro de 2013.. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op13.html>>. Acesso em 19 de novembro de 2018, para. 5.1.

Por fim, o reconhecimento da devida incorporação dos termos é essencial para a formação contratual, uma vez que somente há que se falar em *battle of forms* se ambos os termos apresentados pelas partes preencherem devidamente os todos requisitos estabelecidos pela CISG para a incorporação de *standard terms*.⁶⁷

2.5. *Battle of Forms*

Conforme abordado no último tópico, *standard terms* costumam ser usados de forma geral nas transações da empresa para garantir que, por mais que cada negociação origine um contrato específico, com termos adaptados para cada realidade, a base contratual seja sempre a mesma.

Desta forma, é natural que estes termos favoreçam os interesses da parte que os elaborou,⁶⁸ uma vez que o próprio princípio da autonomia da vontade das partes concede aos contratantes a liberdade de pactuar em concordância com seus próprios interesses e necessidades pessoais, limitados apenas pelo interesse público.⁶⁹

Nesse sentido, se ambas as partes submetem *standard terms* para serem integrados à relação contratual, é de se esperar que eles contenham algumas divergências, afinal, seria inesperado se as partes elaborassem termos idênticos.⁷⁰ No entanto, pela forma sutil pela qual são apresentados, em virtude da liberdade de forma permitida pelo art. 11 da CISG, raramente esses termos são realmente debatidos e negociados pelas partes.⁷¹

Muito pelo contrário, quando há a inclusão de *standard terms*, o contrato geralmente se forma pela aceitação tácita por meio execução do contrato (por exemplo, pela entrega dos bens), sem que as partes sequer percebam que apresentaram termos conflitantes. A este conflito se dá o nome de *Battle of Forms*.

⁶⁷ HUBER; MULLIS, 2007, p. 93

⁶⁸ BOSCOLO, Ana Teresa de A. C. A necessidade de interpretação uniforme na CISG: o exemplo da batalha dos formulários. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TRIPODI, Leandro (coord.). *A CISG e o Brasil: Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias*. São Paulo: Marial Pons; Curitiba: Federação das Indústrias do Estado do Paraná, 2015, p. 76.

⁶⁹ EISELEN; BERGENTHAL, 2016, p. 214.

⁷⁰ BOSCOLO, op. cit., loc. cit.

⁷¹ EISELEN; BERGENTHAL, op. cit., p. 215.

Na maioria dos casos, a execução contratual segue em total conformidade, sem ser afetada de qualquer forma pelo conflito pendente entre os seus termos, de modo que, normalmente, a questão da *battle of forms* sequer é tratada pelas partes⁷². Os contratantes se dedicam ao cumprimento de suas obrigações contratuais sem maiores preocupações, desde que o objetivo final do contrato esteja sendo alcançado.

O verdadeiro desafio surge na minoria oposta dos casos, em que o caráter conflitante que passa a impedir o andamento regular do negócio. Por exemplo, quando o vendedor entrega uma mercadoria em desconformidade com os requerimentos dos *standard terms* apresentados pelo comprador, mas dentro das condições contratuais que ele próprio havia apresentado.

Farnsworth⁷³ (1984) divide as situações que ensejam a *battle of forms* em dois cenários mais comuns: no primeiro, há uma mudança nas circunstâncias, por exemplo, uma alteração no preço de mercado, antes mesmo da execução do contrato, e, por isso, uma das partes se aproveita de discrepâncias entre os termos para se eximir de suas obrigações contratuais; no segundo, após entrega das mercadorias pelo vendedor e seu recebimento pelo comprador, surge uma divergência na execução do contrato, geralmente em torno da desconformidade dos bens e suas consequências, da penalidade por atraso na entrega, da limitação da responsabilidade, dentre outras, que faz com que seja necessário determinar exatamente quais são os termos aplicáveis ao contrato.

Neste momento, torna-se necessário recorrer aos artigos da Seção II da CISG para verificar, primeiramente, se o contrato de fato foi concluído, ou seja, se houve realmente uma proposta válida seguida de aceitação inequívoca da parte contrária e, em segundo lugar, analisar se são aplicáveis à relação contratual os termos do comprador ou do vendedor.⁷⁴

Ocorre que a CISG não trata expressamente da questão da *Battle of Forms*, que foi propositalmente deixada de fora na falta de um consenso quanto a uma abordagem que fosse aceitável.⁷⁵ Há quem defenda, inclusive, que a questão da *battle of forms* extrapola do escopo

⁷² FARNSWORTH, Allan E. Arts. 14-24. In: BIANCA, C. M.; BONNEL, M. J. *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention*. Milão: Guiffrè, 1987. pp. 178-179

⁷³ FARNSWORTH, Allan E. Formation of Contract. In: GALSTON, Nina M; SMIT, Hans. *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. New York: Bender, 1984, p. 3-15

⁷⁴ HUBER; MULLIS, 2007, p. 92.

⁷⁵ EISELEN; BERGENTHAL, 2016. p. 217.

da CISG. Kramer, por exemplo, defende que termos conflitantes levantam uma discussão a respeito de validade, o que não seria abordado pela CISG, nos termos do art. 4º.⁷⁶

Todavia, há fortes posições contrárias. Peter Huber⁷⁷ esclarece que, enquanto a validade material dos *standard terms* deve realmente ser decidida com base da lei doméstica aplicável, a questão da sua incorporação ao contrato é, sim, governada pela CISG através de regras derivadas da previsão do art. 8, a respeito da interpretação contratual. Butler⁷⁸ acrescenta ainda que os artigos 14 e seguintes da CISG não são regras fragmentadas passíveis de complementação pela lei doméstica aplicável.

Ingeborg Schwenzer (2009),⁷⁹ que chegou a presidir o CISG Advisory Council, afirma categoricamente que não há dúvidas de que a incorporação de *standard terms* é claramente regulada pela CISG dentro de suas considerações a respeito da formação contratual, e isto se aplica, inclusive, à questão da *battle of forms*.

No mesmo sentido, Eiselen Sieg (2016)⁸⁰ recorre à história da redação do artigo 19 para esclarecer o assunto. O doutrinador esclarece que uma delegação belga chegou a sugerir a adição de um quarto parágrafo ao artigo 19, com os dizeres:

“(4) When the offeror and the offeree have expressly (or implicitly) referred in the course of negotiations to general conditions the terms of which are mutually exclusive the conflict clauses should be considered not to form an integral part of the contract”.

Ocorre que a tentativa de inovação por parte dos belgas foi rejeitada, o que, para Eiselen, leva a duas implicações importantes. Primeiramente, que não há que se falar que a *battle of forms* está além dos limites da CISG, uma vez que os debates durante no período de elaboração da Convenção deixam claro justamente o contrário: que esta é uma questão central ao art. 19. Além disso, reforça que a questão deve ser resolvida com base na própria CISG, não por meio de artifícios externos.

⁷⁶ ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. *International sales law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. Nova Iorque: Oceana, 1992. P. 101 Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html>>. Acesso em 31 out. 2018.

⁷⁷ HUBER; MULLIS, op. cit., p. 30.

⁷⁸ SCHLECHTRIEM; BUTLER, 2009, p. 68.

⁷⁹ SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. *The CISG – Sucesses and Pitfalls*. 2009, The American Journal of Comparative Law, v. 57, n. 2, 2009, p. 473

⁸⁰ EISELEN; BERGENTHAL, 2016, p. 219

Neste sentido, partindo do entendimento de que a incorporação de *standard terms* e, mais especificamente, a *battle of forms*, fazem parte do escopo de aplicação da CISG, vale ressaltar que, ainda que parte da doutrina entenda que a Convenção não apresenta regras expressas para a solução da Battle of Forms⁸¹, ela conta com riqueza de conteúdo a respeito do modelo de formação contratual, além de regras para a interpretação do contrato que são aplicáveis ao tema. Com base nestas previsões, a doutrina tem se dedicado a propor soluções factíveis e coerentes com a Convenção, dentre as quais, as principais serão apresentadas a seguir.

3. AS SOLUÇÕES PARA A BATTLE OF FORMS PROPOSTAS PELA DOUTRINA E SUA APLICAÇÃO PELOS TRIBUNAIS.

Apesar de carregar o nobre propósito de uniformização normativa da compra e venda internacional de mercadorias, a CISG propositalmente se omite quanto a uma série de assuntos de grande relevância. Justamente por buscar uma aplicação uniforme do direito, a Convenção optou por não tomar posição expressa em uma série de questões polêmicas que não encontraram consenso durante a Conferência de 1980.⁸²

Nesse sentido, embora haja um entendimento predominante de que a *battle of forms* deve ser solucionada com base no mecanismo apresentado pelo Artigo 19,⁸³ parte da doutrina defende que a CISG não apresenta uma regra expressa regendo a *battle of forms*⁸⁴ por entender que o artigo 19 não carrega a pretensão de regular os casos de *standard terms* conflitantes, que seriam um tanto específicos⁸⁵.

Este cenário reflete a grande divergência entre os doutrinadores quanto à saída mais adequada dentro da Convenção. Contudo, verifica-se que tanto a doutrina, quanto a jurisprudência, têm se voltado para a aplicação de duas teorias principais: a *last-shot rule*, que

⁸¹ SCHROETER, Ulrich G. Arts 14-24. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (coord.), 2010, p. 348

⁸² Tomar partido em questões demasiado controversas poderia levar certos países a, inconformados, optarem por não aderir à Convenção. Nesse caso, a CISG teria um âmbito de aplicação consideravelmente menor e, portanto, seu objetivo de uniformização normativa da compra e venda internacional de mercadorias restaria, de certo modo, prejudicado. ZELLER, Bruno. *CISG and the Unification of International Trade Law*. New York: Routledge-Cavendish, 2007, p. 21.

⁸³ SCHROETER, Ulrich G. Arts 14-24. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (coord.). op. cit., loc. cit.

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ SCHROETER, op. cit., p. 352

faz uma interpretação literal do artigo 19 da CISG⁸⁶, e a *knock-out rule*, cujo foco principal é manter as cláusulas em que há consenso e substituir aquelas em que as partes divergem por previsões da legislação aplicável⁸⁷.

O que se observa é que não há uma defesa ferrenha de uma teoria ou de outra por parte da doutrina. Ainda que grande parte dos doutrinadores tenha uma posição definida quanto a qual teoria considera mais adequada em um contexto de aplicação da CISG, é comum o entendimento de que ambas as teorias apresentam lacunas em que passam a não ser adequadas ao atendimento dos interesses das partes.

Desta forma, a aplicação obstinada seja da *last-shot* ou da *knock-out rule*, pode prejudicar a verdadeira intenção das partes ao firmar o negócio em prol de um formalismo exacerbado e sem finalidade prática.

Nesse sentido, cumpre apresentar cada uma das teorias, seus fundamentos principais e os comentários que foram tecidos ao longo dos anos sobre cada uma delas, seja por seus defensores fiéis ou por seus críticos mais implacáveis.

3.1. *Last-shot rule*

Apesar de a CISG não apontar uma regra expressa para a solução da “*battle of forms*”, aí há um entendimento geral de que a questão da incorporação de *standard terms* conflitantes deve ser resolvida com base no artigo 19 da CISG⁸⁸, que se mostra uma forma simples e objetiva de tratar a questão da contraproposta que geralmente acompanha os casos de *battle of forms*.⁸⁹

A interpretação literal do artigo 19 da Convenção nos leva intuitivamente à aplicação da chamada *last-shot rule*⁹⁰. Esta teoria se assemelha à já mencionada *mirror image rule*⁹¹ na

⁸⁶ MOSER, Luiz Gustavo M.; PIGNATTA, Francisco Augusto (Coord.). *Comentários à Convenção de Viena sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias CISG: visão geral e aspectos pontuais*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 51

⁸⁷ RÜHL, Giesela. *The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observations*. University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, v. 24, n. 1, 2003, p. 199

⁸⁸ SCHROETER, Ulrich G. Arts 14-24. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (coord.), 2010, p. 348

⁸⁹ SCHLECHTRIEM; BUTLER, 2009, p. 81

⁹⁰ MOSER, Luiz Gustavo M.; PIGNATTA, Francisco Augusto (Coord.). *Comentários à Convenção de Viena sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias CISG: visão geral e aspectos pontuais*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 51

medida em que determina que a formação contratual somente se dá mediante a conformidade entre proposta e aceitação.⁹² Desta forma, cada referência que uma parte faz às suas próprias condições-padrão é considerada uma rejeição aos termos trazidos pela parte contrária, devendo ser tratada como uma contraproposta.⁹³

Nesse sentido, serão incorporados ao contrato os últimos termos mencionados pelas partes, o que frequentemente ocorre sem qualquer negociação efetiva, considerando que, na maioria das vezes, a aceitação é tácita, evidenciada pela execução do contrato⁹⁴. Nesse sentido, o contrato somente se forma quando uma parte aceita a proposta da outra, incluindo seus *standard terms*, de forma que os termos do contrato são sempre aqueles de quem teve a última palavra, ou, como sugere a tradução literal da teoria, aquele a dar o “último tiro”.

Considere-se o exemplo de um comprador que envia um pedido de compra com seus termos anexos, pelo que o vendedor responde com uma fatura que faz referência aos seus próprios termos, sendo estes divergentes daqueles apresentados pelo comprador. A fatura, pela teoria do *last-shot*, é entendida como uma rejeição da proposta do comprador e, ao mesmo tempo, uma nova proposta submetida aos termos do vendedor. Se o comprador aceitar a entrega da mercadoria, o *last-shot* terá sido dado pelo vendedor, cujos termos serão aplicáveis em virtude de aceitação tácita.

3.1.1. Vantagens

Os defensores da *last-shot* costumam argumentar que a CISG fez opção por uma teoria que fornece um arcabouço legal visando garantir uma aplicação uniforme na questão da *battle of forms*, além de garantir a segurança jurídica à transação, facilitando às partes e ao tribunal a determinação do real conteúdo do contrato.⁹⁵

⁹¹ Uma diferença marcante entre as duas teorias reside no fato de que, enquanto a *mirror image rule* é um tanto rígida e não comporta desvios, ainda que mínimos, entre proposta e aceitação, a *last-shot rule*, quando utilizada no âmbito de aplicação da CISG, admite a aceitação da proposta quando forem feitas modificações ou adições consideradas não-substanciais nos moldes do art. 19 (2) e (3). Esta última se trata, portanto, de uma teoria mais flexível e mais sensível às sutilezas da dinâmica de negociação entre as partes.

⁹² LEETE, 1992, online

⁹³ RÜHL, Giesela. *The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observations*. University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, v. 24, n. 1, 2003, pp. 190-191

⁹⁴ Conforme artigo 18(3) da CISG.

⁹⁵ EISELEN; BERGENTHAL, 2016. p. 99. Ora, se há uma regra clara de determinação do conteúdo do contrato, em que a proposta é plenamente aceita ou plenamente rejeitada, a depender da existência ou não de modificações substanciais ao seu conteúdo – modificações estas elencadas no artigo 19 (3) -, então as partes possuem meios de

Enderlein e Maskow (1992) se posicionam expressamente no sentido de que a *last-shot rule*, sendo baseada no artigo 19 da CISG, é preferível. Os autores ensinam que é sempre recomendável que a parte se manifeste quanto à resposta apresentada pela parte contrária. Isso porque, caso deseje contratar e se manifeste nesse sentido, ou sua aceitação será desnecessária, caso a resposta contenha apenas alterações superficiais, ou será estritamente necessária, caso a resposta contenha alterações abarcadas pelo artigo 19 (3); e, se a parte não deseja contratar e manifesta a sua recusa, ou se tratará de uma recusa desnecessária, caso a resposta apresente alterações substanciais, ou será uma recusa imprescindível, caso a resposta contenha apenas alterações superficiais.⁹⁶

A própria Giesela Rühl (2003), que pessoalmente defende uma terceira teoria, a *Best Shout Rule*, que foge da bipolarização entre *last-shot* e *knock-out* em busca dos *standard terms* mais eficientes, admite que a maioria dos acadêmicos apoia a utilização da *last-shot rule* em casos de *battle of forms* em que a CISG for aplicada.⁹⁷

Viscasillas (1998), uma das principais defensoras da teoria, aponta que, apesar de sua aparente rigidez, a *last-shot rule* costuma ser mais eficiente em chamar a atenção das partes para a importância de solucionar antecipadamente quaisquer divergências quanto a cláusulas conflitantes.⁹⁸

A autora defende que a *last-shot rule* garante segurança jurídica a ambas as partes, tendo em vista que a mera comparação entre os termos gerais de compra e os termos gerais de venda é suficiente para possibilitar aos tribunais e às partes a determinação da existência ou não de concordância entre os termos. Essa segurança jurídica, portanto, encontraria reforço na previsão do artigo 19 em seus parágrafos (1) e (3), através da caracterização das alterações substanciais.⁹⁹

determinar o conteúdo do contrato de forma objetiva. Isso porque a *last-shot rule*, em comparação com as demais teorias de solução da *battle of forms*, tende a dar menos margem para o surgimento de lacunas que precisarão ser preenchidas posteriormente, uma vez que a proposta é totalmente desconsiderada e substituída por uma contraproposta, ou aceita em sua integridade (consideradas, aqui, eventuais modificações que não sejam substanciais).

⁹⁶ ENDERLEIN; MASKOW, 1992, p. 101

⁹⁷ RÜHL, Giesela, 2003, p. 197

⁹⁸ VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. “*Battle of Forms*” Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a Comparison with Section 2-207 UCC and the UNIDROIT Principles. Pace International Law Review, v. 10, n. 1, 1998, p. 21

⁹⁹ Ibidem.

3.1.2. Críticas

Por outro lado, os críticos da *last-shot rule* a acusam de solução arbitrária e oportunista¹⁰⁰. Huber (2007) não a considera satisfatória ainda que seja a mais próxima do texto literal da CISG, colocando em dúvida se ela de fato representa a real intenção das partes, ou mesmo a realidade da transação, na maioria dos casos.¹⁰¹

Schroeter (2010)¹⁰² afirma que a teoria apresenta a grande desvantagem de levar a resultados práticos aleatórios por natureza e bastante difíceis de serem previstas pelas partes contratantes. No mesmo sentido, Eiselen (2016) defende a improbabilidade, nos dias de hoje , de que qualquer comerciante esteja disposto a entregar sua mercadoria a um comprador, ou a realizar pagamento a um fornecedor, sem ter certeza da validade do contrato firmado.¹⁰³

Maria del Pilar Perales Viscasillas (1998)¹⁰⁴ menciona quatro críticas principais que normalmente são atribuídas à *last-shot rule*. Em primeiro lugar, a preocupação geral de arbitrariedade, uma vez que, como o próprio nome da teoria indica, ela teoria seria sempre favorável à última parte a se pronunciar, que geralmente é o vendedor, deixando assim o comprador em situação vulnerável.

Todavia Viscasillas (1998) já adianta que, ainda que haja aceitação tácita por alguma parte, o contrato só será concluído se o vendedor enviar os bens e se o comprador recebe-los, de forma que ambos terão necessariamente manifestado, de uma forma ou de outra, a sua aceitação. Enderlein (1992) também discorda que a *last-shot rule* tenda a favorecer o vendedor, uma vez que, dependendo do tipo de mercadoria em questão, a situação típica pode ser justamente contrária, em que o comprador solicita uma proposta e só então manifesta, ou não, sua aceitação.¹⁰⁵

¹⁰⁰ EISELEN; BERGENTHAL, 2016. p. 221

¹⁰¹ HUBER; MULLIS, 2007, p. 94

¹⁰² SCHROETER, Ulrich G. Arts 14-24. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (coord.), 2010, p. 349

¹⁰³ EISELEN; BERGENTHAL, op. cit., p. 226

¹⁰⁴ VISCASILLAS, 1998, p. 16-17

¹⁰⁵ ENDERLEIN; DIETRICH, 1992, p. 99

A segunda crítica¹⁰⁶ se refere a possíveis repercuções favoráveis à má-fé, uma vez que uma parte poderia se aproveitar do artigo 19 da CISG, fazendo alterações à proposta simplesmente para escapar das consequências de mudanças nas condições de mercado.

Também se critica a teoria do *last-shot* por refletir a rigidez da *mirror image rule* e assim alcançar resultados demasiadamente mecânicos e formais. Contudo, como lembra Viscasillas, a evolução da jurisprudência na França, na Alemanha e na Espanha mostra que, apesar da *mirror image rule* ter sido aplicada de forma rígida inicialmente, ela foi abrandada através da definição das alterações substanciais¹⁰⁷.

Por fim, Viscasillas menciona uma última crítica, de que a *last-shot rule* favoreceria um efeito “ping-pong”, pelo qual cada parte, ciente dos efeitos da teoria, poderia tentar a todo custo ser a última a enviar uma proposta a qualquer custo, aumentando de maneira penosa a quantidade de documentos trocados entre as partes. A teoria, portanto, seria anti-econômica, recompensando meras formalidades ao invés de focar na materialidade do negócio¹⁰⁸.

3.2. Knock-out rule

Buscando uma teoria que fosse, ao mesmo tempo, coerente com a CISG e evitasse a aplicação da legislação doméstica¹⁰⁹, se chegou à chamada *knock-out rule*. A teoria foge da ideia tradicional da *mirror image rule*, apresentando a possibilidade que haja formação contratual, ainda que oferta e aceitação não sejam equivalentes.

Pela teoria do *knock-out*, ou *Restgültigkeitstheorie*, sendo apresentados termos conflitantes, as cláusulas divergentes se nocauteiam, sendo suprimidas do contrato e substituídas pelas previsões da própria CISG, de forma que apenas são incorporadas as cláusulas que, em sua essência, forem comuns a ambas partes¹¹⁰.

A teoria é baseada no princípio da autonomia das partes previsto no artigo 6 da CISG, que possibilita às partes optar pela inaplicabilidade do artigo 19, parágrafos (1) e (3), à relação

¹⁰⁶ VISCASILLAS, 1998., p. 16-17

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ HUBER; MULLIS, 2007, p. 94

¹¹⁰ SCHROETER, Ulrich G. Arts 14-24. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (coord.), 2010, p. 349

contratual¹¹¹. Assim, partindo da premissa de que *standard terms* muitas vezes não são sequer lidos pelas partes¹¹², elas podem formar um contrato legalmente vinculante sem ter chegado a um acordo quanto aos *standard terms* aplicáveis ou a algumas previsões específicas do contrato, desde que haja um consenso quanto à *essentialia negotii*.¹¹³

Alastair Mullis (2007) argumenta que quando está claro que as partes concordaram quanto aos termos essenciais do contrato e realmente desejaram contratar independentemente de quaisquer conflitos entre seus respectivos *standard terms*, por exemplo, por terem executado o contrato independentemente das divergências, então é presumível que as partes tenham aceitado dispensar a aplicação das cláusulas de seus termos que eram divergentes das apresentadas pela parte contrária¹¹⁴.

3.2.1. Vantagens

Alastair Mullis (2007) defende a *knock-out rule* como a melhor solução para a questão da *battle of forms*¹¹⁵. Schroeter (2010)¹¹⁶ concorda, fundamentando sua opção no fato de que a teoria está em conformidade com a intenção típica das partes no comércio internacional, além de levar a bons resultados na conclusão transfronteiriça de contratos.

O autor ainda afirma que a *knock-out rule* é adotada por diversas leis domésticas e por projetos de harmonização das leis contratuais internacionais.¹¹⁷ No mesmo sentido, Giesela Rühl (2003) ensina que, atualmente, a maioria dos países, dentre os quais os Estados Unidos, a Alemanha e a França utilizam a *knock-out rule*. Além deles os *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (1994) e os *Principles of European Contract Law* (1998) também a utilizam. Giesela ainda acrescenta que a teoria do *knock-out* foi criada especificamente para lidar com a questão da *battle of forms*.¹¹⁸

¹¹¹ SCHLECHTRIEM; BUTLER, 2009, p. 82

¹¹² VISCASILLAS, 1998, p. 18

¹¹³ SCHLECHTRIEM; BUTLER, op. cit., loc. cit.

¹¹⁴ HUBER; MULLIS, 2007, p. 94

¹¹⁵ HUBER; MULLIS, op. cit., p. 94

¹¹⁶ SCHROETER, Ulrich G. Arts 14-24. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (coord.), 2010, p. 350.

¹¹⁷ Ibidem.

¹¹⁸ RÜHL, Giesela. *The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observations*. University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, v. 24, n. 1, 2003, p. 198-199

Eiselen (2016) apresenta duas vantagens principais da *knock-out rule*.¹¹⁹ Primeiramente, o contrato pode ser concluído ainda que haja dissenso quanto aos termos e condições padrão aplicáveis, respeitando, assim, a real expectativa das partes. Além disso, argumenta que a aplicação da teoria levaria a uma maior segurança jurídica e que, por ser arrazoada e equitativa, a teoria do *knock-out* seria a solução mais justa tanto para o vendedor, quanto para o comprador, por não depender de uma “decisão arbitrária” quanto aos termos que devem ser incorporados em detrimento dos outros.

Maria del Pilar Perales Viscasillas (1998), ainda que discorde da aplicação da *knock-out rule* em linhas gerais, admite que ela pode ser considerada uma abordagem mais neutra em comparação com a *last-shot rule*, uma vez que a teoria leva em consideração que, muitas vezes, *standard terms* sequer são lidos pelas partes. Por isso, a aplicação da teoria impede que uma parte vincule a outra à observância de cláusulas conflitantes que não foram, de fato, objeto de aceitação.¹²⁰

A autora ainda comenta que, nos casos em que os *standard terms* propostos pelas partes apresentam cláusulas contraditórias no que se refere à eleição de foro ou ao direito aplicável, a *knock-out rule* acaba se mostrando uma solução mais adequada.¹²¹

O próprio CISG Advisory Council se mostra favorável à aplicação da *knock-out rule* ao prever que, quando ambas as partes tentam um incorporar seus próprios *standard terms*, mas não conseguem chegar a um consenso quanto a eles, apesar de concordarem em todo o resto, o contrato pode ser concluído. A regra nº 10 da Opinião nº 13 estabelece que, nesse caso, o contrato é formado por todos os termos comuns às partes, a menos que uma das partes manifeste sua objeção quanto à formação contratual nestas condições.¹²²

3.2.2. Críticas

¹¹⁹ EISELEN, Sieg; BERGENTHAL, Sebastian K., 2016. p. 227

¹²⁰ VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. “Battle of Forms” Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a Comparison with Section 2-207 UCC and the UNIDROIT Principles. Pace International Law Review, v. 10, n. 1, 1998, np.

¹²¹ VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. *Battle of the Forms and the Burden of Proof: An Analysis of BGH 9 January 2002*. Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration, v. 6, n. 2, 2002, nota de rodapé nº 10.

¹²² CISG-AC. Opinion No. 13, Inclusion of Standard Terms under the CISG. Relator: Sieg Eiselen. 20 de janeiro de 2013.. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op13.html>>. Acesso em 19 de novembro de 2018.

Viscasillas (1998)¹²³ aborda a importância de se analisar a política legislativa que é defendida pela CISG e que vai contra a busca de soluções em outros Códigos, como por exemplo, a Seção 2-207 da UCC, ou a jurisprudência alemã, que admitem a aplicação da *knock-out rule* e seguem uma orientação completamente diferente daquela assumida pela CISG, que tem como objetivo principal atingir a aplicação uniforme do direito, assertividade e segurança jurídica.

A autora acrescenta ainda que o provável motivo da rejeição da previsão expressa da *knock-out rule* quando da elaboração do projeto da Convenção, talvez tenha sido justamente a grande quantidade de críticas que ela recebe em outros textos normativos. Para Viscasillas, a teoria muitas vezes pode enfraquecer a intenção das partes e prejudicar as condições negociais que as partes realmente querem alcançar.¹²⁴

O próprio Schroeter (2010), apesar de ser um defensor ferrenho da *knock-out rule*, admite que, quando a CISG é aplicável, podem haver dificuldades para se fundamentar a opção pela *knock-out rule* de forma coerente com a Convenção, que não contém nenhuma regra específica para a incorporação de *standard terms* conflitantes além da previsão do artigo 19.¹²⁵

3.3. Teorias minoritárias

Ainda que as teorias do *last-shot* e do *knock-out* sejam inegavelmente majoritárias, vale observar que não são as únicas soluções apontadas para a *battle of forms*. São dignas de menção, por exemplo, a *first-shot rule* e a *best-shot rule*.

A teoria do *first-shot* se baseia na ideia de que o contrato permanece válido, independentemente de eventuais alterações feitas durante a aceitação, sendo invalidadas apenas as alterações substanciais que venham a ser propostas. Nesse sentido, seriam aplicados os termos da primeira oferta apresentada, que poderiam ainda ser modificados superficialmente.¹²⁶ Esta solução costuma ser adotada através de uma interpretação errônea do

¹²³ VISCASILLAS, 1998, p. 9

¹²⁴ Ibidem.

¹²⁵ SCHROETER, Ulrich G. Arts 14-24. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (coord.), 2010, p. 350

¹²⁶ FEJÖS, Andrea. *Battle of Forms under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*: a uniform solution? *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, vol. 11, 2007, P. 122

UCC,¹²⁷ o Código Comercial Uniforme adotado pelos Estados Unidos, cuja aplicação se aproxima mais, na verdade, da *knock-out rule*.

Além da teoria do *first-shot*, vale mencionar ainda a teoria formulada por Giesela Rühl (2003). Convencida de que nenhuma das teorias majoritárias apresentam uma solução realmente eficiente à *battle of forms*, Giesela propõe sua própria saída ao problema: a *best-shot rule*, uma teoria que tem a eficiência como valor maior.

De maneira similar à *knock-out rule*, esta teoria não depende da equivalência perfeita entre proposta e aceitação para ensejar a formação contratual, apenas que haja vontade de ambas as partes em estabelecer entre si um vínculo contratual. Sob a *best-shot rule*, é o tribunal quem decide quais os termos aplicáveis, sendo que essa decisão deve ser tomada com base em um fator: deve ser avaliado qual dos termos seria mais eficiente.¹²⁸

Giesela defende que a ampla aplicação desta teoria incentivaria as partes a sempre buscarem elaborar termos contratuais mais eficientes, sob pena de ter seus próprios termos desconsiderados em uma eventual *battle of forms*. Contudo, a própria doutrinadora admite que a *best-shot rule* parte de uma premissa que pode não ser tão facilmente verificável na realidade: a de que as partes necessariamente elaboram termos com o intuito exclusivo de maximizar seu lucro.¹²⁹

4. ESTUDO DE CASOS

A análise da jurisprudência nos permite afirmar que a CISG está longe de alcançar uma aplicação uniforme do direito quando se trata de *battle of forms*. Tribunais de uma mesma origem tem mudado radicalmente de entendimento ao longo dos anos, como se pode observar pelo caso dos tribunais alemães, que inicialmente aplicavam a *last-shot rule* de forma majoritária e, posteriormente, passaram a optar pela *knock-out rule* com maior frequência¹³⁰.

Aqui são apresentados dez casos de solução da *battle of forms* sob a aplicação da CISG. Nos quatro primeiros, optou-se pela utilização da *knock-out rule*. Contudo, deve-se

¹²⁷ FEJÖS, Andrea., 2007, p. 122

¹²⁸ RÜHL, Giesela. *The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observations*. University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, v. 24, n. 1, 2003, p. 221

¹²⁹ Ibidem, p. 222

¹³⁰ Ibidem, pp. 201-203

observar que, no *powdered milk case* e no *rubber sealing parts case*, ainda que o tribunal tenha aplicado a *knock-out rule*, é feita a ressalva de que, no final, ambas as teorias chegariam ao mesmo resultado prático. Desta forma, apenas dois destes dez casos reconheceram a teoria do *knock-out* como única solução possível à problemática.

Nos cinco casos seguintes, foi aplicada a *last-shot rule*. Em todos estes casos, a resolução de conflitos foi fundamentada, em linhas gerais, no artigo 19 da CISG e, por vezes, também no artigo 18, quando da aceitação tácita por uma das partes. Nisso se percebe a importância da figura da contraproposta na formação contratual sob a CISG.

É digno de atenção especial, porém, o caso peculiar do *shock-chushining case*, que optou por uma saída diferente de todas as outras. Ao invés de aplicar a *knock-out rule*, excluindo as cláusulas conflitantes de ambos os termos, ou utilizar a *last-shot rule* em sua integridade, o que levaria à exclusão de todas as cláusulas apresentadas por uma das partes, o tribunal optou por unir o melhor das duas teorias. Quanto aos termos em que havia consenso, ambos foram incorporados ao contrato. Já no que se refere aos termos divergentes, foi aplicada a *last-shot rule*, prevalecendo a última proposta apresentada.

Desta forma, análise dos casos a seguir mostrou algumas nuances não antes percebidas. Primeiramente, de que a opção pela aplicação de uma teoria ou de outra não decorre necessariamente das raízes doutrinárias ou sistema jurídico de um tribunal, como se pode observar que tribunais de um mesmo país tomaram decisões opostas.

A análise de aplicação de cada teoria tem sido feita caso a caso, observando o comportamento das partes durante as negociações, a intenção das partes e os efeitos práticos de cada teoria para a formação contratual, levando em consideração os objetivos finais de cada parte.

4.1. Casos de aplicação da *knock-out rule*

4.1.1. *Powdered milk case*

Neste caso paradigmático¹³¹, um comprador holandês que se dedicava à venda de produtos lácteos comprou mais de 2.500 toneladas de leite em pó de um vendedor sediado na Alemanha.

O pedido foi feito por telefone e transscrito por ambas as partes. As cartas de confirmação de entrega continham no rodapé uma cláusula informando que o vendedor apenas fazia transações mediante a aplicação de seus próprios *standard terms*. Além disso, deixava claro que quaisquer condições gerais do comprador ficavam, desta forma, recusadas e não poderiam fazer parte do contrato.

Após a entrega, o leite em pó foi revendido a um terceiro, na Argélia. Então, o cliente argeliano percebeu que parte do leite em pó adquirido estava com um sabor azedo, pelo que o comprador holandês precisou indenizá-lo. Ao se analisar o produto, foi identificada uma infestação da enzima lipase, que havia provocado a alteração no sabor.

Por isso, o comprador holandês requereu perdas e danos. Ocorre que os *standard terms* utilizados pelas partes continham cláusulas conflitantes a respeito da extensão da responsabilidade do vendedor, de modo que o termos do vendedor o isentariam de qualquer responsabilidade.

O Tribunal decidiu, primeiramente, que os termos eram conflitantes quanto à responsabilidade do vendedor e que nenhuma das partes havia manifestado sua aceitação quanto aos termos. Todavia, reconheceu que as partes, ainda assim, haviam decidido pela formação do contrato, uma vez que não enxergaram o conflito entre os termos como um obstáculo para a execução contratual¹³². Por isso, foi decidido pela exclusão de ambos os termos, nos moldes da teoria do *knock-out*, e as cláusulas conflitantes foram substituídas por previsões da CISG¹³³.

Todavia, o Tribunal também deixou claro que a aplicação da *last-shot rule* não levaria a um resultado prático diferente. Isso porque as partes executaram o contrato sem sequer

¹³¹ ALEMANHA. Federal Supreme Court. Powdered milk case. 9 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020109g1.html>>. Acesso em 18 de novembro de 2018.

¹³² SCHLECHTRIEM; BUTLER, 2009, p. 82

¹³³ EISELEN; BERGENTHAL, 2016, p. 226

reconhecer o conflito entre as cláusulas, de forma que a falta de pleno consenso não poderia implicar na invalidade do contrato por nenhuma uma das teorias.¹³⁴

4.1.2. Knitware case

Trata-se da venda de roupas de tricô por um fornecedor italiano a um comprador alemão.¹³⁵ O comprador encomendou dois casacos como amostras, pelos quais foram cobrados 103 marcos alemães. Com base nas amostras, o comprador encomendou mais 310 casacos por um preço total de 9.765 marcos alemães.

Posteriormente, o comprador alegou que os bens não estavam conformes com o contrato por não serem resistentes o suficiente à lavagem. O vendedor, por outro lado, defendeu que a notificação de desconformidade havia sido pouco específica e apresentada fora do prazo, que as mercadorias haviam sido entregues sem qualquer defeito e que eram idênticas às amostras enviadas.

O vendedor então ajuizou uma ação para requerer o pagamento pelas mercadorias com juros. O Tribunal condenou o comprador ao pagamento, sob o fundamento de que o ele teria perdido seu direito de questionar a desconformidade na medida em que não especificou devidamente a natureza da desconformidade em um tempo razoável depois de identificá-la.

O pedido de pagamento com juros é devido sob a ótica do artigo 78 da CISG. Todavia, como o artigo não prevê uma taxa de juros, seria necessária a aplicação das regras de direito internacional alemão. Essas regras só seriam aplicáveis caso os *standard terms* do comprador fossem incorporados ao contrato.

O comprador realmente havia enviado seus *standard terms* acompanhando o seu pedido. E o vendedor aparentemente havia respondido ao pedido com base nos próprios *standard terms*. A princípio, seria o caso de aplicação do artigo 19 do CISG, caracterizando a resposta do vendedor como uma contraproposta. Todavia, como se depreende da execução contratual, ambas as partes concordavam com a *essentialia negotii*.

¹³⁴ VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. *Battle of the Forms and the Burden of Proof: An Analysis of BGH 9 January 2002*. Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration, v. 6, n. 2, 2002, np.

¹³⁵ ALEMANHA. Lower Court Kehl. Knitware case. 6 de outubro de 1995. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951006g1.html>>. Acesso em 18 de novembro de 2018.

Portanto, o Tribunal aplicou a *knock-out rule*, assumindo que as partes dispensaram a aplicação dos *standard terms* conflitantes, fazendo uso da autonomia de sua vontade para renunciar ao artigo 19.

4.1.3. *Les Verreries de Saint Gobain v. Martinswerk*

Um comprador francês fez uma série de pedidos sucessivos, a um fornecedor alemão, de produtos a serem utilizados na produção de vidro.¹³⁶ As mercadorias deveriam ser transportadas ao estabelecimento do comprador através de um caminhão pipa fretado pelo comprador. Ocorre que, ao receber os produtos, o comprador alegou que estavam com defeito e processou o vendedor perante o Tribunal de Orleans, cidade francesa.

Ocorre que os *standard terms* apresentados pelas partes apresentavam cláusulas de eleição de foro conflitantes. O Tribunal de Orleans se declarou incompetente e, quando o caso chegou até a *Cour de Cassation*, o tribunal optou por, ao invés de invalidar o contrato, aplicar as regras tradicionais de conflito de leis no direito internacional para determinar a jurisdição competente, excluindo, assim, a aplicação de ambas as cláusulas através da *knock-out rule*.

4.1.4. *Rubber sealing parts case*

Um vendedor italiano tinha uma relação comercial contínua com cliente alemão para fornecimento de luvas de borracha¹³⁷. Em 2003, o vendedor ajuizou uma ação para requerer o restante do pagamento devido pela entrega de uma remessa de luvas feita em 2000. Em pedido reconvencional, o comprador requereu indenização por perdas e danos no mesmo valor, alegando atraso em uma outra entrega realizada em 1999.

Em 1ª instância, foi julgado procedente o pleito do vendedor e improcedente o pleito reconvencional. O comprador recorreu desta decisão, alegando ainda que a lei alemã deveria ser aplicada em decorrência da incorporação das suas próprias condições gerais de compra. O vendedor se defendeu negando a aplicação dos *standard terms* do comprador ao contrato.

O recurso do comprador foi conhecido, mas julgado improcedente. O entendimento do Tribunal foi de que a incorporação de *standard terms* na CISG deve observar as previsões dos artigos 8, 14 e 18. Nesse sentido, é necessário que a intenção do proponente de incorporar

¹³⁶ FRANÇA. Supreme Court. *Les Verreries de Saint Gobain v. Martinswerk*. 16 julho de 1998. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980716f1.html>>. Acesso em 18 de novembro de 2018.

¹³⁷ ALEMANHA. Appellate Court Düsseldorf. *Rubber sealing parts case*. 25 de julho de 2003. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030725g1.html>>. Acesso em 18 de novembro de 2018.

seus próprios termos seja aparente ao destinatário. Além disso, os termos devem ter sido transmitidos à outra parte, ou ao menos disponibilizados de alguma outra forma.¹³⁸

O comprador alega ter feito referência aos seus *standard terms* no pedido de compra. Todavia, o Tribunal entendeu que essa mera referência não é suficiente, sendo necessário também o envio dos termos ou então fazê-los disponíveis de alguma outra forma. Durante sustentação oral, o Requerido, comprador, alegou ter enviado os termos ao vendedor no início da relação contratual, mas admitiu não poder fazer prova desta alegação.

Como o vendedor mencionava suas próprias condições nas faturas enviadas, que continham expressamente o foro competente, o comprador certamente tinha conhecimento de que o vendedor pretendia incorporar suas condições ao contrato.

O Tribunal aplica a teoria do *knock-out* ao defender que, quando há conflito entre *standard terms* dentro da esfera de aplicação da CISG, termos só devem ser incorporados ao contrato nos pontos em que não se contradizem, sendo que outras previsões legais se aplicam ao restante.

Todavia, o Tribunal admite que o mesmo resultado seria alcançado pela adoção da *last-shot rule*, uma vez que, no caso em questão, o comprador admite ter sido o primeiro a enviar as condições de compra ao vendedor, que rebateu enviando as faturas que continuam outra cláusula de eleição de foro. Portanto, ainda pela *last-shot rule*, o comprador não poderia assumir que houve um consentimento por parte do vendedor.

4.2. Casos de aplicação da *last-shot rule*

4.2.1. *Printed goods case*

Um comprador alemão firmou contrato com uma empresa holandesa para a produção e entrega de impressões para embalagem de CDs.¹³⁹ O comprador enviou por fax dois pedidos por escrito, contendo aviso expresso de que apenas as condições gerais do comprador seriam aplicáveis. O vendedor confirmou por fax o envio das mercadorias, indicando que as

¹³⁸ O mesmo ficou reconhecido no chamado *Machinery case*, que se tornou paradigmático no que se refere à forma de disponibilização dos *standard terms*. ALEMANHA. Federal Supreme Court. Machinery case. 31 de outubro de 2001. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011031g1.html>>. Acesso em 18 de novembro de 2018.

¹³⁹ ALEMANHA. Appellate Court Frankfurt. Printed goods case. 26 de junho de 2006. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060626g1.html>>. Acesso em 18 de novembro de 2018.

previsões da Indústria Gráfica da Holanda, que contém cláusula arbitral, seriam parte do contrato.

Uma vez que o comprador não pagou a fatura, o vendedor instituiu arbitragem, e o tribunal arbitral determinou o pagamento da devida remuneração, com juros, por parte do Requerido.

Ocorre que o juízo estatal indeferiu a execução da sentença arbitral por não reconhecer a cláusula arbitral. O tribunal entendeu que a validade da cláusula arbitral não pode ser derivada do artigo 19 (2) da CISG, porque uma cláusula arbitral, de acordo com o parágrafo (3) do mesmo artigo é sempre considerada uma alteração substancial. Portanto, o silêncio do Requerido não deveria ser considerado como uma aceitação das condições gerais apresentadas pelo Requerente.

4.2.2. *Norfolk Southern Railway Company v. Power Source Supply Inc*

Foi firmado um contrato entre um comprador canadense, *Power Source Supply Inc.*, e um fornecedor americano, *Norflok Southern Railway Company*, para a compra e venda de locomotivas.¹⁴⁰ Em julho de 2004, o comprador enviou por fax um pedido de compra de trinta e seis locomotivas por um milhão de dólares. As locomotivas haviam sido inspecionadas anteriormente por um funcionário do comprador.

Dois meses depois, o comprador solicitou que dez dessas locomotivas viessem com uma documentação especial que autorizasse seu uso para frete. Ocorre que o vendedor não havia calculado este gasto extra quando apontou o valor de um milhão de dólares. Por isso, o comprador enviou por fax uma nova oferta, se oferecendo a pagar trezentos mil dólares adicionais por esse novo requisito.

Nenhum dos documentos enviados pelas partes estabelecia ao certo a data de entrega. Todavia, um representante do vendedor comentou com o comprador que era planejado que a entrega fosse feita em 15 de janeiro.

Quatro meses depois, o vendedor enviou uma fatura nos moldes desta última negociação entre as partes. No mês seguinte o comprador enviou uma revisão do pedido de

¹⁴⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. District Court, Western District of Pennsylvania. *Norfolk Southern Railway Company v. Power Source Supply, Inc.* 25 de julho de 2008. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080725u1.html>>. Acesso em 18 de novembro de 2018.

compra, na qual reduzia o número de locomotivas com documentação especial de dez para três e reduziu o preço em cerca de duzentos mil dólares.

Três dias depois, o comprador enviou uma revisão final do pedido, com uma nova redução do preço como meio de compensação por uma entrega fora do prazo e de falta de um equipamento adicional solicitado. O vendedor afirmou que no momento da entrega, os bens estavam conformes com a revisão final do pedido, mas ainda assim o comprador não pagou o preço total das mercadorias.

Por isso, o vendedor ajuizou uma ação de indenização por quebra de contrato e enriquecimento sem causa. O comprador negou sua responsabilidade e apresentou pleito reconvencional alegando quebra de contrato.

Em sua decisão, o tribunal entendeu que o alegado acordo verbal quanto à data da entrega das mercadorias não foi incorporado ao contrato. Nesse sentido, considerando que não havia uma data estabelecida para a entrega da mercadoria, ficou reconhecido que o vendedor realizou a entrega dentro de um prazo razoável após a conclusão do contrato.

Além disso, o tribunal reconheceu que a fatura final havia alterado substancialmente o pedido de compra, de modo que a fatura foi caracterizada como contraproposta, sendo devidamente aceita posteriormente através da execução contratual.

4.2.3. *Concrete slabs case*

No caso em questão¹⁴¹, o Requerente operava um negócio especializado em *design* de metal e de aço, e decidiu abrir um estúdio de arte na Alemanha. Ao receber uma oferta de um fornecedor belga, o Requerente enviou uma requisição de compra de placa de concreto, cuja confirmação foi enviada pelo vendedor dois dias depois.

A mercadoria foi entregue pelo vendedor no local da construção. Ocorre que tanto a oferta quanto a carta de confirmação do vendedor mencionavam que seriam cobrados pelo transporte nove marcos alemães por metro quadrado, enquanto que o pedido do comprador previa que não haveria cobrança. Foi emitida uma fatura calculada com base na oferta e na carta de confirmação expedidas pelo vendedor. O comprador pagou a fatura normalmente.

¹⁴¹ ALEMANHA. Appellate Court Koblenz. Concrete slabs case. 4 de outubro de 2002. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021004g1.html>>. Acesso em 18 de novembro de 2018.

Após a instalação, o comprador percebeu que as placas de concreto entregues não proporcionavam o coeficiente de isolamento adequado. Por isso, ajuizou uma ação requerendo indenização no valor necessário para a correção do defeito e se recusou a pagar pelos custos de transporte.

O tribunal reconheceu que, como o comprador não contestou a confirmação do pedido e, após a entrega das mercadorias, pagou a fatura na qual estava previsto o preço de nove marcos alemães por metro quadrado, o contrato foi concluído com base no artigo 19 (2) da CISG, contendo os termos previstos na confirmação e excluindo, portanto, os termos apresentados pelo Requerente.

4.2.4. *Cashmere sweaters case*

Decidido pelo *Oberlandesgericht* de Munique, o presente caso¹⁴² envolve um comprador, ora Requerido, alemão, que encomendou casacos de lã de casimira de um fornecedor italiano, aqui Requerente.

O pedido do comprador continha uma cláusula que previa que as “Condições-padrão da Indústria Têxtil Alemã” faziam parte do pedido. O vendedor, por sua vez, sempre anexava uma cópia de suas “Condições Gerais de Venda e Entrega na Relação Contratual com Clientes Estrangeiros”, que previa, dentre outras condições, que as reclamações deveriam ser feitas por escrito dentro de 14 (quatorze) dias do recebimento dos bens.

A entrega dos bens foi feita normalmente pelo vendedor, e aceita pelo comprador. Ocorre que os bens estavam defeituosos, mas o comprador não chegou examinou as mercadorias nos moldes do artigo 38 da CISG e não notificou o vendedor a respeito da desconformidade.

Posteriormente, o vendedor processou o comprador, requerendo que o Tribunal determinasse o pagamento pelas mercadorias. O Tribunal entendeu que os termos do vendedor haviam sido incorporados ao contrato por meio de aceitação implícita por parte do comprador, nos moldes do artigo 18. Nesse sentido, o comprador foi condenado ao pagamento pelos bens recebidos por não ter cumprido o prazo de duas semanas para examinar as mercadorias, conforme previsto nos termos do vendedor.

¹⁴² ALEMANHA. Appellate Court München. Cashmere sweaters case. 11 de março de 1998. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980311g1.html>>. Acesso em 18 de novembro de 2018.

4.2.5. *Doors case*

Trata-se de uma decisão¹⁴³ proferida em 2^a instância pelo *Oberlandesgericht Saarbrücken*, Tribunal localizado em uma cidade alemã próxima à fronteira com a França. Um comprador alemão encomendou portas que precisavam ser produzidas de acordo com certas especificações enviadas.

O vendedor francês respondeu a tal pedido com uma carta de confirmação que continha suas condições gerais de venda no verso. Estas condições incluíam a previsão de que o vendedor deveria ser notificado a respeito de quaisquer defeitos nas mercadorias em no máximo 8 dias após a entrega. Posteriormente, o vendedor entregou as mercadorias e o comprador as recebeu.

Nesse caso, a carta de confirmação do vendedor foi considerada uma contraproposta que foi tacitamente aceita pela conduta do comprador ao receber a mercadoria. A lógica aplicada pelo Tribunal foi a de que qualquer variação nos *standard terms* seria considerada uma contraproposta, que provavelmente viria a ser aceita através de alguma conduta de execução contratual¹⁴⁴.

4.3. O caso peculiar da decisão do *shock-cushioning seat case*

Em 2004, uma empresa alemã comprou um ônibus da empresa Requerida, que tinha sua sede na Holanda.¹⁴⁵ O pedido enviado incluía *standard terms* escritos em alemão no verso do formulário. A Requerida enviou uma confirmação pouco tempo depois, fazendo referência aos próprios *standard terms*, estes escritos em holandês.

Dois anos depois, a Requerente ajuizou uma ação para obter um parecer referente à possibilidade de o ônibus ser equipado com um assento diferente, o qual a Requerente alegava estar previsto no contrato, mas só encontrava previsão em seus próprios *standard terms*.

O tribunal decidiu que, em caso de conflito entre os termos gerais de contratação, as cláusulas que não forem conflitantes devem ser consideradas aceitas, enquanto que às demais cláusulas se aplica a *last-shot rule*.

¹⁴³ALEMANHA. Appellate Court Saarbrücken. Doors case. 13 de janeiro de 1993. Disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930113g1.html>>. Acesso em 18 de novembro de 2018.

¹⁴⁴VISCASILLAS, 1998, p. 40-41

¹⁴⁵ALEMANHA. Appellate Court Köln. Shock-cushioning seat case. 24 de maio de 2006. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060524g1.html>>. Acesso em 18 de novembro de 2018.

Desta forma, o Tribunal tentou unir ambas as teorias, permitindo a aplicação de cláusulas de ambos os *standard terms*, desde que não fossem conflitantes, sendo que, no que fossem divergentes, prevaleceria a última a ser proposta.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sendo a formação contratual uma fase de importância chave para o sucesso da relação contratual entre as partes, esta pesquisa objetivou averiguar quais soluções tem sido utilizadas quando as partes submetem termos conflitantes à relação contratual. Assim, buscou-se apresentar as principais críticas às teorias do *last-shot* e do *knock-out*, sendo estas as soluções majoritárias para a *battle of forms*, além de estudo de casos paradigmáticos sobre o assunto.

Para tanto, coube apresentar, no capítulo inicial, a formação contratual sob a ótica da Convenção de Viena, através de análise de sua Seção II. Isto porque, pela perspectiva da CISG, só é possível que haja formação contratual se houver uma proposta devida que preencha todos os requisitos do artigo 14 e se esta proposta for seguida de aceitação nos moldes do artigo 18. Se a aceitação for plena, ou se forem propostas alterações de menor relevância, considera-se formado o contrato. Todavia, se forem propostas alterações substanciais, nos moldes do artigo 19 (3), considera-se apresentada uma contraproposta que demanda aceitação pela parte contrária.

Posteriormente, tratamos da popularização dos *standard terms* como forma de padronização das relações contratuais para que reflitam as políticas e os interesses da empresa, além de trazerem mais celeridade às negociações comerciais. Então, foram explicados os requisitos principais para que os *standard terms* possam ser incorporados ao contrato, quais sejam, a intenção de incorporação dos termos ser manifestada de forma aparente ao destinatário e, ainda, que os termos sejam enviados à parte contrária ou disponibilizados de alguma outra maneira.

Cumpridos os requisitos estabelecidos para a incorporação de *standard terms*, passa-se à discussão quanto à disputa entre termos conflitantes, também conhecida como *battle of forms*. Apesar de, na maioria dos casos, a utilização de termos conflitantes não gerar maiores inconveniências às partes, que prosseguem a execução do negócio como se tudo corresse em conformidade, há situações em que se torna essencial saber quais são os termos de fato aplicáveis à relação contratual.

Nesse sentido, no capítulo 2 foram apresentadas algumas das possíveis soluções para a controvérsia. Primeiramente, a *last-shot rule*, teoria que defende aplicação literal do artigo 19 da CISG, no sentido de que cada referência feita pela parte aos seus próprios *standard terms* deve ser considerada como uma contraproposta, de modo que devem ser incorporados ao

contrato os últimos termos a serem propostos, desde que acompanhados de aceitação expressa ou tácita.

Em segundo lugar, encontramos a *knock-out rule*, que, fundamentada no princípio da autonomia da vontade das partes previsto no artigo 6 da CISG, possibilita que as partes derroguem a aplicação da norma do artigo 19, abrindo mão da incorporação de termos conflitantes em prol de um bem maior: a execução do contrato. Nesse sentido, as cláusulas que forem comuns a ambas as partes são incorporadas à relação contratual, enquanto que as cláusulas conflitantes, por sua vez, se excluem.

No capítulo 3, foram apresentados diversos casos de *battle of forms*, alguns em que se optou pela aplicação da *last-shot rule* e outros em que foi preferida a teoria do *knock-out*. Pela análise da doutrina e da jurisprudência, foi possível chegar à conclusão de que nenhuma das duas teorias deve ser aplicada indiscriminadamente, sendo que ambas possuem lacunas, situações em que a sua aplicação deixa de atender à intenção primeira das partes, podendo ensejar prejuízos à execução do contrato.

Ao mesmo tempo, também foi observado que há casos em que a aplicação da *last-shot rule* ou da *knock-out rule* pode levar aos mesmos resultados práticos, de forma que a opção por uma ou por outra acaba assumindo um caráter muito mais ideológico do que prático.

Portanto, considerando que a problemática da *battle of forms* está inserida no escopo de aplicação da CISG, sua solução deve estar pautada nos mecanismos oferecidos pela própria Convenção, seja pelo artigo 19, em que se pauta a *last-shot rule* ou pelo princípio da autonomia da vontade das partes previsto no artigo 6, em que se baseia a *knock-out rule*.

De qualquer modo, a opção por uma ou por outra teoria deve ser pautada nas nuances de cada caso e na intenção das partes ao integrar a relação contratual. Se evidente a vontade das partes de derrogar o artigo 19, aplica-se a *knock-out rule*. Caso contrário, aplica-se o artigo 19 em sua literalidade através da *last-shot rule*. Nesse sentido, a prioridade deve ser sempre a formação de um contrato coerente aos interesses e às manifestações das partes, sem que o apego a um formalismo vazio acabe comprometendo o resultado almejado: uma relação contratual bem-sucedida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Aspectos da Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional De Mercadorias (CISG) – 1980.* Revista Jurídica Luso Brasileira, Lisboa, v. 2, n. 2, 2016, pp.1407-1437

ANDERSEN, Camilla B.; SCHROETER, Ulrich G (coord.). *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday.* Londres: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2008. pp. 303-325

BARRAL, Welber Oliveira. *Comércio Internacional.* Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BASSO, Maristela. *Curso de Direito Internacional Privado.* 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BIANCA, C. M.; BONNEL, M. J. *Commentary on the International Sales Law: The 1980 Vienna Sales Convention.* Milão: Guiffrè, 1987. pp. 132-204

BRASIL. *Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014.* Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8327.htm>. Acesso em: 19 nov. 2018.

CISG-AC. *Opinion No. 4, Contracts for the Sale of Goods to Be Manufactured or Produced and Mixed Contracts.* Relatora: Maria del Pilar Perales Viscasillas. 24 de outubro de 2004. Disponível em: <<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op4.html>>. Acesso em 19 de novembro de 2018.

CISG-AC. *Opinion No. 13, Inclusion of Standard Terms under the CISG.* Relator: Sieg Eiselein. 20 de janeiro de 2013.. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/CISG-AC-op13.html>>. Acesso em 19 de novembro de 2018.

CRANSTON, Ross; RAMBERG, Jan; ZIEGEL, Jacob (coord.). *Commercial Law Challenges in the 21st Century; Jan Hellner in memorium.* Estocolmo: Iustus Forlag, 2007. pp. 185-200

DE ARAUJO, Nadia. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira.* Porto Alegre: Revolução eBook, 2016.

DIMATTEO, Larry A. et al. *International Sales Law: a critical analysis of CISG jurisprudence.* New York: Cambridge University Press, 2005.

EISELEN, Sieg; BERGENTHAL, Sebastian K. *The Battle of Forms: a Comparative Analysis.* Comparative and International Law Journal of Southern Africa, v. 39, issue 2, pp. 214-240, 2016.

ENDERLEIN, Fritz; MASKOW, Dietrich. *International sales law: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.* Nova Iorque: Oceana, 1992. Disponível em: <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html>>. Acesso em 31 out. 2018.

FONSECA, Patrícia Galindo da. *O Brasil Perante Uma Nova Perspectiva De Direito Mercantil Internacional*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 341, pp.193-211, abr. 1998. Disponível em:
[<https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fonseca.html>](https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/fonseca.html). Acesso em: 03 mar. 2018.

FEJÖS, Andrea. *Battle of Forms under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*: a uniform solution? Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration, vol. 11, 2007, pp. 113-129.

FERRARI, Franco; FLECHTNER, Harry; BRAND, Ronald A. (Coord.). *The Draft UNCITRAL Digest and Beyond*: Cases, Analysis and Unresolved Issues in the U.N. Sales Convention. Munique: Sellier. European Law Publishers; Londres: Sweet & Maxwell, 2004.

GALSTON, Nina M; SMIT, Hans. *International Sales*: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. New York: Bender, 1984

GLITZ, Frederico E. Z. *Contrato, Globalização e Lex Mercatoria*: Convenção de Viena 1980 (CISG), Princípios Contratuais UNIDROIT (2010) e Incoterms (2010). São Paulo: Clássica, 2014

HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. 3. ed. The Hague: Kluwer Law International, 1999. Disponível em:
[<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html>](http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/honnold.html). Acesso em: out. 2018.

HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. *The CISG: a new textbook for students and practitioners*. Munique: Sellier, 2007.

JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix; TELLINE, Deise Estrela (Coord.). *Tempestividade e Efetividade Processual: Novos rumos do processo civil brasileiro*. Caxias do Sul: Plenum. 2010.

KARTON, Joshua D.; GERMINY, Lorraine de. *Has the CISG Advisory Council Come of Age*. Berkeley Journal of International Law, v. 27, issue 2, pp. 448-495, 2009.

LEETE, Burt. *Contract Formation under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the Uniform Commercial Code: Pitfalls for the Unwary*, Temple International and Comparative Law Journal, vol. 6, n. 2, 1992, pp. 193-216

MOSER, Luiz Gustavo M.; PIGNATTA, Francisco Augusto (Coord.). *Comentários à Convenção de Viena sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias CISG: visão geral e aspectos pontuais*. São Paulo: Atlas, 2015

MACEI, Demetrius Nichele; BENACCHIO, Marcelo; RIBEIRO, Maria De Fatima (Org.). *Direito Empresarial*. 1 ed. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

MUÑOZ, Edgardo, MEIRA MOSER, Luiz Gustavo. *A adesão do Brasil à CISG: consequências para o comércio na China e América Latina*. Revista Brasileira de Arbitragem. Porto Alegre, v. 9, n. 34, pp. 52-71, 2012.

RODRIGUEZ, Ana Mercedes Lopez. *Lex mercatoria*. University of Aarhus. 2002. P. 46-54.

- RÜHL, Giesela. *The Battle of the Forms: Comparative and Economic Observations*. University of Pennsylvania Journal of International Economic Law, v. 24, n. 1, 2003, pp. 189-224
- SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. *UN Law on International Sales The UN Convention on the International Sale of Goods*. Berlin: Springer, 2009.
- SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (coord.). *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*. 3. ed. Nova Iorque: Oxford University Press, 2010.
- SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. *The CISG – Sucesses and Pitfalls*. The American Journal of Comparative Law, v. 57, n. 2, 2009, pp. 457-478
- SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TRIPODI, Leandro (coord.). *A CISG e o Brasil: Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias*. São Paulo: Marial Pons; Curitiba: Federação das Indústrias do Estado do Paraná, 2015.
- VALIOTI, Zoi. The Rules on Contract Formation under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980). Disponível em: https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/valioti.html#*. Acesso em mar./2019.
- VIDIGAL, Erick. *A Lex Mercatoria e sua aplicação no mundo contemporâneo*. Brasília: Universitas, 2011, v. 9, n. 1, pp. 473-485.
- VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. *Battle of the Forms and the Burden of Proof: An Analysis of BGH 9 January 2002*. Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration, v. 6, n. 2, 2002, pp. 217-228
- VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. “*Battle of Forms*” Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods: a Comparison with Section 2-207 UCC and the UNIDROIT Principles. Pace International Law Review, v. 10, n. 1, 1998, pp. 97-155.
- VIEIRA, Iacyr de Aguilar. *A formação do contrato de compra e venda internacional de mercadorias: principais aspectos*. Revista de Arbitragem e Mediação, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004. pp. 47-64
- WEBERBAUER, Paul Hugo; BARZA, Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro. *Introdução às regras de aplicação da Convenção da ONU sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias e o direito internacional privado brasileiro*. Revista de Direito Internacional, Brasília, v. 12, n. 1, 2015. pp. 379-394.
- ZELLER, Bruno. CISG and the Unification of International Trade Law. New York: Routledge-Cavendish, 2007.

JURISPRUDÊNCIA

ALEMANHA. Appelate Court Rostock. Frozen food case. 10 de outubro de 2001. Disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011010g1.html>>. Acesso em 12 de março de 2019.

ALEMANHA. Federal Supreme Court. Machinery case. 31 de outubro de 2001. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/011031g1.html>>. Acesso em 18 de novembro de 2018.

ALEMANHA. Federal Supreme Court. Powdered milk case. 9 de janeiro de 2002. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020109g1.html>>. Acesso em 18 de novembro de 2018.

ALEMANHA. Lower Court Kehl. Knitware case. 6 de outubro de 1995. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951006g1.html>>. Acesso em 18 de novembro de 2018.

FRANÇA. Supreme Court. Les Verreries de Saint Gobain v. Martinswerk. 16 julho de 1998. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980716f1.html>>. Acesso em 18 de novembro de 2018.

ALEMANHA. Appellate Court Düsseldorf. Rubber sealing parts case. 25 de julho de 2003. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/030725g1.html>>. Acesso em 18 de novembro de 2018.

ALEMANHA. Appellate Court Frankfurt. Printed goods case. 26 de junho de 2006. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060626g1.html>>. Acesso em 18 de novembro de 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. U.S. District Court, Western District of Pennsylvania. Norfolk Southern Railway Company v. Power Source Supply, Inc. 25 de julho de 2008. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/080725u1.html>>. Acesso em 18 de novembro de 2018.

ALEMANHA. Appellate Court Koblenz. Concrete slabs case. 4 de outubro de 2002. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021004g1.html>>. Acesso em 18 de novembro de 2018.

ALEMANHA. Appellate Court München. Cashmere sweaters case. 11 de março de 1998. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/980311g1.html>>. Acesso em 18 de novembro de 2018.

ALEMANHA. Appellate Court Köln. Shock-cushioning seat case. 24 de maio de 2006. Disponível em: <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060524g1.html>>. Acesso em 18 de novembro de 2018.

ALEMANHA. Appellate Court Saarbrücken. Doors case. 13 de janeiro de 1993. Disponível em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930113g1.html>>. Acesso em 18 de novembro de 2018.