

Artigo 36

(1) O vendedor será responsável, de acordo com o contrato e com a presente Convenção, por qualquer desconformidade que existir no momento da transferência do risco ao comprador, ainda que esta desconformidade só venha a se evidenciar posteriormente.

(2) O vendedor será igualmente responsável por qualquer desconformidade que ocorrer após o momento referido no parágrafo anterior, que seja imputável ao descumprimento de qualquer de suas obrigações, inclusive quanto à garantia de que, durante certo período, as mercadorias permanecerão adequadas a seu uso normal ou a determinado uso especial, ou que conservarão as qualidades ou características especificadas.

Article 36

Article 36

(1) *The seller is liable in accordance with the contract and this Convention for any lack of conformity which exists at the time when the risk passes to the buyer, even though the lack of conformity becomes apparent only after that time.*

1) Le vendeur est reponsable, conformément au contrat et à la présente Convention, de tout défaut de conformité qui existe au moment du transfert des risques à l'acheteur, même si ce défaut n'apparaît qu'ultérieurement.

(2) *The seller is also liable for any lack of conformity which occurs after the time indicated in the preceding paragraph and which is due to a breach of any of his obligations, including a breach of any guarantee that for a period of time the goods will remain fit for their ordinary purpose or for some particular purpose or will retain specified qualities or characteristics.*

2) Le vendeur est également responsable de tout défaut de conformité qui survient après le moment indiqué au paragraphe précédent et qui est imputable à l'inexécution de l'une quelconque de ses obligations, y compris à un manquement à une garantie que, pendant une certaine période, les marchandises resteront propres à leur usage normal ou à un usage spécial ou conserveront des qualités ou caractéristiques spécifiées.

I. INTRODUÇÃO.

1. O art. 36 atua em complemento ao art. 35, de modo a estabelecer o momento no qual se aferir a conformidade dos bens, fixando-o na passagem do risco ao comprador. Estabelece, ainda, ser indiferente o momento em que a desconformidade venha a se evidenciar, desde que já existisse quando da passagem do risco. Já no art. 35(2), estende a responsabilidade do vendedor às desconformidades surgidas após a passagem do risco quando advierem diretamente de seu inadimplemento contratual ou restarem abrangidas por garantias por este prestadas.

II. COMENTÁRIOS.¹

1. REGRA GERAL (ART. 36(1)).

2. O momento determinante para que as desconformidades sejam imputáveis ao vendedor é a passagem do risco. Usualmente, estando os bens conformes quando desse evento, não deterá o comprador quaisquer direitos caso os bens venham a se deteriorar e tornarem-se não conformes posteriormente.²
3. O momento da passagem de risco é primeiramente determinado pela vontade das partes, seja através de termos contratuais ou de usos, costumes e práticas entre elas estabelecidos. Os usos e costumes do comércio internacional também podem possuir grande relevância na fixação do momento da passagem de risco.³

¹ Estes comentários foram elaborados no ano de 2013 para obra coletiva que, infelizmente, não veio a ser lançada. O autor planeja atualizá-los mas acredita não ter havido mudanças substanciais de interpretação no período.

² Nesse sentido, SCHLECHTRIEM, Peter. "The Seller's Obligations under the United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Goods". In BENDER, Matthew (ed.). *International Sales: The United Nations Convention for the International Sales of Goods*. Galston & Smit Editors, 1984, §6.03.1; SCHWENZER, Ingeborg. "Article 36". In SCHWENZER, Ingeborg (ed.). *Schlechtriem & Schwenzler: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, §3; Arrondissementsrechtbank Arnhem (Países Baixos), 17.7.1997, CISG-Online 548, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970717n1.html> (no qual a mudança por críticos de arte da atribuição de autoria de uma obra após a passagem do risco correu sob a responsabilidade do comprador, visto que, no momento da passagem, a obra era tida como de um grande mestre).

³ KRÖLL, Stefan. "Article 36". In KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales (eds.). *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. München: C.H. Beck, Hart, Nomos, 2011, §5; SCHWENZER, Ingeborg. "Article 36". In SCHWENZER, Ingeborg (ed.). *Schlechtriem & Schwenzler: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, §3. Para maiores detalhes, ver comentários aos arts. 8 e 9 da Convenção.

4. Especialmente relevantes são os Termos Internacionais de Comércio publicados pela Câmara Internacional de Comércio (INCOTERMS), amplamente utilizados e reconhecidos internacionalmente. Ao referenciarem qualquer dos INCOTERMS – representados por siglas de três letras – em seus contratos, as partes incorporam uma série de direitos e obrigações mínimos do vendedor e do comprador, dentre os quais aqueles relativos ao momento da passagem de risco.⁴
5. Inexistente estipulação contratual, o momento da passagem de risco é determinado pelas regras subsidiárias contidas nos arts. 67 a 69 da Convenção.⁵
6. Ressalte-se que o conhecimento da desconformidade pelo comprador não é elemento necessário à sua constituição, bastando tão somente que esta existisse quando da passagem de risco.⁶ Assim, ainda que o comprador não a tenha identificado quando da passagem de risco, esta, nos termos da Convenção, subsiste.⁷

2. SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS (ART. 36(2)).

7. Regra geral, o comprador assume o risco de a mercadoria tornar-se desconforme após a passagem do risco.⁸ Contudo, algumas situações específicas autorizam a extensão da responsabilidade do vendedor a este momento posterior. Tais ocorrem quando a

⁴ Para maiores detalhes quanto aos INCOTERMS, ver PILTZ, Burghard. “Article 30”. In KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales (eds.). *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. München: C.H. Beck, Hart, Nomos, 2011, §58-73.

⁵ SCHWENZER, Ingeborg. “Article 36”. In SCHWENZER, Ingeborg (ed.). *Schlechtriem & Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3^a ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, §3; KRÖLL, Stefan. “Article 36”. In KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales (eds.). *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. München: C.H. Beck, Hart, Nomos, 2011, §6. Para maiores detalhes, ver comentários aos arts. 67 a 69 da Convenção.

⁶ Nesse sentido, KRÖLL, Stefan. “Article 36”. In KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales (eds.). *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. München: C.H. Beck, Hart, Nomos, 2011, §7-8; HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. *The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners*. München: Sellier, 2007, p.144; Bundesgerichtshof (Alemanha), 2.3.2005, CISG-online 999, CLOUT Case No. 774, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/050302g1.html>, (no qual, após a passagem do risco, o vendedor não forneceu certificados sanitários que atestassem estar a carne suína comercializada livre de dioxina e a Corte Federal de Justiça alemã entendeu que, visto que a contaminação já existiria no momento da passagem do risco, ainda que restasse oculta, o vendedor seria responsável).

⁷ HONNOLD, John O.; FLECHTNER, Harry M. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 4^a ed. New York: Wolters Kluwer, 2009, art. 36 §242; “Secretariat’s Commentary on the Draft Convention on Contracts for the International Sale of Goods”. A/Conf. 97-5 (United Nations Conference on Contracts for International Sale of Goods: Vienna, 10 March/11 April 1980). *Official Records: Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees*, UN Doc. A/CONF.97/19, p.14-66, art. 34 §3; LOOKOFISKY, Joseph. “The 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods”. In HERBOTS, J.; BLANPAIN, R. (eds.). *International Encyclopaedia of Laws – Contracts*. Haia: Kluwer Law International, 2000, §180; BIANCA, Cesare Massimo. “Article 36”. In BIANCA, Cesare Massimo; BONELL, Michael Joachim (eds.). *Commentary on the International Sales Law*. Milão: Dott. A. Guiffirè, 1987, §2.1. Não obstante, o momento de aferição da desconformidade – e, mais ainda, de sua comunicação ao vendedor – poderá impedir o comprador de obter os remédios que seriam cabíveis nos termos da Convenção. Ver os comentários aos arts. 38 e 39 da Convenção.

⁸ Ver art. 36 §2.

desconformidade é causada pelo descumprimento do vendedor de qualquer de suas obrigações ou quando este tenha garantido a manutenção da conformidade do bem durante certo período.

2.1. Desconformidade originada do descumprimento de obrigações pelo vendedor.

8. O descumprimento de obrigações pelo vendedor pode ocorrer antes ou depois do momento da passagem de risco.⁹ Exemplos de descumprimentos que podem ocasionar a desconformidade da mercadoria são: o envio de instruções de uso defeituosas, a escolha de um transportador inadequado, a não prestação de serviços de manutenção contratados, entre outros. A princípio, é irrelevante se houve ou não culpa do vendedor.¹⁰ Contudo, a exclusão de responsabilidade nos termos do art. 79 da Convenção igualmente afeta a responsabilidade pela desconformidade.¹¹

2.2. Garantia.

9. Quanto à existência de garantia, esta não precisa ser expressa, podendo restar implícita ou advir de usos ou declarações unilaterais do vendedor, ainda que após a formação do contrato ou da passagem do risco.¹² As garantias poderão abranger qualquer uso ou característica da mercadoria, não sendo limitadas aos exemplos referidos no texto do artigo.¹³ A duração da garantia não precisa ser determinada, mas apenas determinável, podendo advir da

⁹ KRÖLL, Stefan. “Article 36”. In KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales (eds.). *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. München: C.H. Beck, Hart, Nomos, 2011, §14; ver também Oberlandesgericht Frankfurt (Alemanha), 29.1.2004, CISG-online 822, CLOUT Case No. 820, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040129g1.html>, (no qual o não fornecimento de certificados sanitários pelo vendedor após a passagem do risco estendeu a si a responsabilidade pela desconformidade da mercadoria); Oberlandesgericht Schleswig-Holstein (Alemanha), 22.8.2002, CISG-online 710, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020822g2.html> (no qual a Corte de Apelação alemã teoriza que, houvesse o vendedor instruído o comprador a transportar a mercadoria de certa maneira que provocasse a desconformidade, restaria responsável, mesmo se o transporte se desse após a passagem do risco).

¹⁰ SCHWENZER, Ingeborg. “Article 36”. In SCHWENZER, Ingeborg (ed.). *Schlechtriem & Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, §6.

¹¹ KRÖLL, Stefan. “Article 36”. In KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales (eds.). *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. München: C.H. Beck, Hart, Nomos, 2011, §12.

¹² O próprio histórico da Convenção indica que a garantia pode ser implícita, visto que a expressão “garantia expressa” constou de minuta anterior e foi posteriormente removida. Ver ainda SCHWENZER, Ingeborg. “Article 36”. In SCHWENZER, Ingeborg (ed.). *Schlechtriem & Schwenger: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, §8; Landgericht München I (Alemanha), 27.2.2002, CISG-online 654, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020227g1.html> (no qual a garantia de funcionamento da mercadoria por três anos foi tida como implícita, considerando o uso planejado informado ao vendedor e o preço pago).

¹³ KRÖLL, Stefan. “Article 36”. In KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales (eds.). *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. München: C.H. Beck, Hart, Nomos, 2011, §17.

interpretação da vontade das partes e das circunstâncias do caso concreto.¹⁴ Por fim, o escopo e conteúdo da garantia podem ser limitados pelos contratantes. Ausente limitação expressa, usualmente se interpretará que esta é limitada a defeitos intrínsecos da mercadoria, excluindo-se desconformidades decorrentes de mau uso ou força maior.¹⁵

3. ÔNUS DA PROVA.

10. Usualmente, o comprador que recebeu fisicamente a mercadoria sem qualquer objeção deve provar sua desconformidade quando da passagem do risco.¹⁶ Não obstante, em algumas situações, a prova da desconformidade pode bastar para presumir sua existência quando da passagem do risco, cabendo ao vendedor fazer prova em contrário.¹⁷
11. No contexto do art. 36(2), caberá ao comprador provar o descumprimento de obrigações pelo vendedor ou a existência de garantia de durabilidade, bem como a existência de desconformidade. Em contraposição, o vendedor deverá provar que a desconformidade não adveio de seu descumprimento ou não estava englobada pela garantia.¹⁸

III. BREVÍSSIMAS NOTAS SOBRE O DIREITO INTERNO

12. Nos termos do art. 492 do Código Civil, os riscos da coisa correm por conta do vendedor até o momento da tradição. Extraí-se que o Código Civil adotou solução similar à da

¹⁴ Nesse sentido, SCHWENZER, Ingeborg. “Article 36”. In SCHWENZER, Ingeborg (ed.). *Schlechtriem & Schwenzler: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, §9-10.

¹⁵ Nesse sentido, KRÖLL, Stefan. “Article 36”. In KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales (eds.). *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. München: C.H. Beck, Hart, Nomos, 2011, §20.

¹⁶ SCHWENZER, Ingeborg. “Article 35”. In SCHWENZER, Ingeborg (ed.). *Schlechtriem & Schwenzler: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, §53; KRÖLL, Stefan. “Article 36”. In KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales (eds.). *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. München: C.H. Beck, Hart, Nomos, 2011, §21; BIANCA, Cesare Massimo. “Article 36”. In BIANCA, Cesare Massimo; BONELL, Michael Joachim (eds.). *Commentary on the International Sales Law*. Milão: Dott. A. Guiffre, 1987, §3.1 (sem excetuar a hipótese de objeção imediata à mercadoria entregue); Bundesgericht (Suíça), 7.7.2004, CISG-online 848, CLOUT Case No. 894, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040707s1.html>.

¹⁷ Cf. BIANCA, Cesare Massimo. “Article 36”. In BIANCA, Cesare Massimo; BONELL, Michael Joachim (eds.). *Commentary on the International Sales Law*. Milão: Dott. A. Guiffre, 1987, §3.1 (trazendo o exemplo de desconformidades que afetem a natureza ou a estrutura da mercadoria); Cour d’appel de Grenoble (França), 15.5.1996, CISG-online 219, CLOUT Case No. 204, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960515f1.html> (no qual falha ocorrida na primeira utilização de uma unidade de refrigeração quinze dias após sua instalação possibilitou a presunção de que a desconformidade existia quando da passagem do risco).

¹⁸ SCHWENZER, Ingeborg. “Article 36”. In SCHWENZER, Ingeborg (ed.). *Schlechtriem & Schwenzler: Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 3ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2010, §13; KRÖLL, Stefan. “Article 36”. In KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Pilar Perales (eds.). *UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. München: C.H. Beck, Hart, Nomos, 2011, §25.

Convenção, com a diferença básica de definir expressamente o momento de aferição da conformidade da mercadoria – a tradição.

13. No que tange às desconformidades surgidas após a passagem de risco, o Código Civil já reconhece a possibilidade de os contratantes acordarem cláusulas de garantia, deixando à autonomia da vontade sua estipulação e a definição de seu escopo e prazo.¹⁹ Não por outra razão, o art. 446 do Código Civil estipula que ficarão sobrestados os prazos das ações edilícias na constância da cláusula de garantia.
14. Contudo, a Convenção modifica substancialmente o Código Civil ao considerar que violações da garantia equivalem à desconformidade da mercadoria, dando azo à utilização dos remédios previstos nos arts. 46 a 52, além de indenização por perdas e danos. Em contraposição, a violação das cláusulas de garantia é vista no Código Civil como inadimplemento contratual,²⁰ admitindo tão somente indenização por perdas e danos, nos termos do art. 389.

¹⁹ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*, vol. II. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p.72.

²⁰ ASSIS, Araken de, In ALVIM, Arruda; ALVIM, Thereza (eds.). *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, vol. V. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p.357.