

# COMENTÁRIOS A CONVENÇÃO DE VIENA DE 1980

## (Artigo 3)<sup>1</sup>

Francisco Augusto Pignatta<sup>2</sup>

### Artigo 3

*1. São considerados de compra e venda os contratos de fornecimento de mercadorias a fabricar ou a produzir, a menos que o contraente que as encomende tenha de fornecer uma parte essencial dos elementos materiais necessários para o fabrico ou produção.*

*2. A presente Convenção não se aplica aos contratos nos quais a parte preponderante da obrigação do contraente que fornece as mercadorias consiste num fornecimento de mão-de-obra ou de outros serviços.<sup>3</sup>*

Para bem delimitar o domínio de aplicação da Convenção, o artigo 3 prevê diferentes situações relacionadas a uma atividade suplementar às obrigações de entrega e de transferência de propriedade, isto é, a prestação de serviços *lato sensu*. Em princípio, o trabalho necessário para a fabricação de uma mercadoria não interfere na aplicabilidade da CISG. Isto significa que a Convenção será aplicada mesmo diante de um contrato futuro em que a mercadoria será produzida. Mas, o artigo 3 prevê duas regras limitativas à aplicação da Convenção. São suas alíneas 1 e 2.

#### Alínea 1

A primeira alínea do artigo 3 prevê que os contratos de compra e venda onde haja fornecimento de mercadorias a fabricar ou a produzir estão cobertos pela Convenção<sup>4</sup>. Esta regra não é, porém, absoluta. Caso o contraente que encomendou as mercadorias “*tenha de fornecer uma parte essencial*” dos materiais “*necessários para o fabrico ou produção*” dela, a Convenção será, neste caso, excluída. Esta hipótese ocorre quando um fabricante de roupas de cama, mesa e banho, por exemplo, confia o tecido a uma empresa encarregada de tingir as peças<sup>5</sup>. Neste caso não há compra e venda de mercadorias. Ademais, não se perquire aqui se

<sup>1</sup> Para citação: PIGNATTA, Francisco A., “Comentários à Convenção de Viena de 1980 – Artigo 3” in [www.cisg-brasil.net](http://www.cisg-brasil.net), novembro/2011.

<sup>2</sup> Doutor em Direito Internacional Privado pelas Universidades de Estrasburgo (França) e UFRGS, professor do IICS-SP, advogado/consultor no Brasil, Portugal e França, membro da CCBF-Paris. É autor de um livro e vários artigos sobre a Convenção de Viena.

<sup>3</sup> Não há uma tradução oficial em língua portuguesa do texto da CISG. A tradução utilizada nestes comentários é de autoria de BENTO SOARES, Maria Ângela e MOURA RAMOS, Rui Manuel (“*Contratos Internacionais*”, Ed. Almedina, Coimbra, 1995). Ela foi escolhida por ser, segundo nosso entendimento, a mais clara. Entretanto, a versão apresentada à Câmara dos Deputados para ratificação do Brasil é ligeiramente diferente e está assim traduzida:

“Art. 3: (1) *Serão considerados contratos de compra e venda os contratos de fornecimento de mercadorias a serem fabricadas ou produzidas, salvo se a parte que as encomendar tiver de fornecer parcela substancial dos materiais necessários à fabricação ou à produção.*

(2) *Não se aplica esta Convenção a contratos em que a parcela preponderante das obrigações do fornecedor das mercadorias consistir no fornecimento de mão-de-obra ou de outros serviços.*”

<sup>4</sup> Esta regra converge com o direito brasileiro que prevê a compra e venda de coisas futuras (art. 458 e 459). Porém, sendo a compra e venda internacional são as regras convencionais as que serão aplicadas.

<sup>5</sup> SCHLECHTRIEM, Peter e WITZ, Claude, “*La Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*”, Ed. Dalloz, 2008, p. 28; NEUMAYER, Karl Heinz e MING, Catherine, “*Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. Commentaire*”, Ed. Cedidac, Lausanne, 1993,

as mercadorias a fabricar ou produzir são coisas certas e determinadas. O que importa é que a parte *essencial* dos materiais foi fornecida por aquele que encomendou as mercadorias. Haverá, portanto, exclusão da CISG neste caso.

A Convenção é silente no que se refere ao termo *essencial* da alínea 1. Aqui, também, as traduções contêm diferenças. A versão oficial inglesa utiliza o termo *substantial part* do mesmo modo que a versão oficial espanhola: *parte sustancial*. A versão oficial francesa utiliza o termo *part essentielle*. A maioria das traduções em língua portuguesa utiliza *parte essencial*, exceto uma que utiliza *parte substancial*. Estas divergências, nas próprias versões traduzidas, indicam uma dificuldade para bem precisar o que realmente quis prever os redatores da Convenção.

Para se apreciar o termo *parte essencial* ou *substancial* duas concepções se opõem: os que consideram que o termo *parte essencial* se refere a “essencialidade” da mercadoria, isto é, a qualidade/funcionalidade do material fornecido<sup>6</sup>; outros consideram que deverá ser baseado no valor econômico dos elementos fornecidos<sup>7</sup>.

A doutrina majoritária considera que o valor da mercadoria é que deve ser o termômetro para saber se o material fornecido é ou não sua *parte essencial*. Segundo estes autores o elemento econômico é o mais importante a considerar<sup>8</sup>.

Uma “*Opinion*” do Comitê Consultivo da CISG<sup>9</sup> foi elaborada especialmente sobre esta problemática do artigo 3. Segundo ela, para interpretação deste artigo, deve prevalecer o critério do “valor econômico”. Somente quando a utilização deste critério seja impossível ou inapropriada é que poderá se apoiar no critério da essencialidade.

Ademais, a “*Opinion 4*” considera que, para apurar a essencialidade ou substancialidade dos elementos materiais necessários para o fabrico ou a produção da mercadoria, não deve ser utilizadas porcentagens predeterminadas (por exemplo, acima de 50% é essencial ou não), mas deve-se levar em consideração a mercadoria como um todo.

Entretanto, pode ocorrer que em determinadas situações a quantidade tem um papel de “*essencialidade*” maior que o valor econômico. É o que pode ocorrer, por exemplo, quando

---

p. 62; HONNOLD, John O., “*Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*”, Ed. Kluwer Law International, Haia, 3ª edição, 1999, n° 59.

<sup>6</sup> AUDIT, Bernard, “*La vente internationale de marchandises*”, Ed. LGDJ, 1990, p. 25.

O critério “essencial” é proposto por alguns como um complemento ao critério do valor econômico: V. BLASQUEZ, Francisco Oliva, “*Compraventa internacional de mercaderías - Ambito de aplicación del Convenio de Viena de 1980*”, Valencia, Ed. Tirant lo blanch, 2002, p. 194.

<sup>7</sup> HEUZÉ, Vincent, “*La vente internationale de marchandises*”, Ed. LGDJ, 2000, p. 76; KHOO, Warren, “*Article 3*” in BIANCA, C. M. e BONELL, M. J., “*Commentary on the International Sales Law – The 1980 Vienna Sales Convention*”, Ed. Giuffrè, Milão, 1987, p. 41; HONNOLD, “*Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*”, op.cit., p. 56; LG Berlin, 24/03/1998, n° 102 O 59/97 (www.unilex.info); HG Zürich, 10/02/1999, n° HG 970238.1 (www.unilex.info); HG Zürich, 08/04/1999, n° HG 980280.1 (www.unilex.info); Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of Budapest, 05/12/1995, n° Vb 94131 (www.unilex.info).

<sup>8</sup> V. PERALES VISCASILLAS, Maria del Pilar, “*El contrato de compraventa internacional de mercaderías, Convención de Viena de 1980*”, in [www.cisg.law.pace.edu](http://www.cisg.law.pace.edu).

<sup>9</sup> Opinião n° 4 do Comitê Consultivo da Convenção de Viena (tradução em língua portuguesa *Revista Brasileira de Arbitragem*, 2009, n° 22, p. 193).

um fabricante de medalhas de condecorações encomenda a douração das medalhas<sup>10</sup>. Neste caso, o valor econômico da douração pode ser bem maior que o valor da fabricação das medalhas, mas isso não significa que ele seja a *parte essencial* da mercadoria. Somente a análise do caso concreto é que resolverá a questão de modo satisfatório.

#### *Jurisprudência 1*

*Uma empresa italiana vendeu máquinas para a fabricação de janelas para uma empresa alemã. As máquinas deveriam ser produzidas pelo vendedor de acordo com as especificações e conforme designer fornecido pelo comprador. O comprador deveria, também, fornecer uma parte do material necessário para a produção das máquinas. Além da fabricação das máquinas, o vendedor deveria instalá-las e colocá-las em funcionamento. Diante do atraso da entrega, o comprador declarou resiliado o contrato. O vendedor ingressou com uma ação contra o comprador. Após o Tribunal de 1ª Instância se declarar incompetente, um recurso foi interposto diante da Corte de Munique<sup>11</sup>.*

*A Corte alemã declarou ser o contrato regido pela CISG, pois os elementos fornecidos pelo comprador, tais como as especificações e o designer, não constituíam a parte substancial dos materiais necessários à produção das máquinas, tanto de um ponto de vista econômico, quanto de um ponto de vista de sua função essencial.*

#### *Jurisprudência 2*

*Uma empresa Italiana, cuja atividade é a fabricação e a venda de componentes eletrônicos, encomendou uma grande quantidade de conectores a uma empresa estabelecida na França. Segundo os termos do contrato, a empresa Francesa deveria fabricar tais conectores segundo os desenhos fornecidos pela empresa Italiana e controlados segundo as normas comunicadas por ela. A discussão diante da Cour d'appel de Chambéry<sup>12</sup> portou sobre a natureza do contrato. Segundo a Cour d'appel de Chambéry, o fato de a empresa francesa fabricar as mercadorias a partir dos esquemas e normas fornecidos pela empresa italiana e, também, de se comprometer a não divulgar, utilizar ou vender a terceiros os produtos fabricados, demonstra que o contrato em questão está excluído do campo de aplicação da CISG, pois “a parte que encomendou a mercadoria forneceu uma parte essencial dos elementos materiais necessários a sua fabricação ou produção”.*

#### **Alínea 2**

Em relação à alínea 2 do artigo 3, isto é, o que se refere aos contratos complexos em que o fornecedor da mercadoria deve também realizar serviços ou fornecer a mão-de-obra, a Convenção consagra o critério do elemento “*parte preponderante*”. Assim, a CISG não é aplicada “*aos contratos nos quais a parte preponderante da obrigação do contraente que fornece as mercadorias consiste num fornecimento de mão-de-obra ou de outros serviços*”.

Como saber o que seja a “*parte preponderante*” das obrigações?

Aqui novamente o fator econômico deve prevalecer. Segundo a doutrina, é na comparação entre as obrigações relativas ao fornecimento das mercadorias e as obrigações relativas ao fornecimento de mão-de-obra que se determinará se a Convenção será ou não aplicada<sup>13</sup>. O momento determinante para esta averiguação é o da conclusão do contrato.

---

<sup>10</sup> NEUMAYER e MING, “*Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. Commentaire*”, op. cit., p. 62; HONNOLD, “*Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*”, op. cit., p. 56.

<sup>11</sup> OLG Munique, 03/12/1999, nº 23 U 4446/99 (www.unilex.info).

<sup>12</sup> 25/05/1993, RJ Com. 1995, p. 242, nota WITZ; www.cisg-france.fr.

<sup>13</sup> Opinião nº 4 do Comitê Consultivo da Convenção de Viena (tradução em língua portuguesa Revista Brasileira de Arbitragem, art. cit, p. 193). SCHELECHTRIEM, Peter e SCHWENZER, Ingeborg (“*Commentary on the*

A “*Opinion*” 4 do Comitê Consultivo da CISG se pronuncia, também, a respeito deste aspecto e considera que, para interpretar o termo “*parte preponderante*” deve-se ater prioritariamente ao critério do “valor econômico”. Segundo esta “*Opinion*” o critério da essencialidade só deverá ser considerado de forma subsidiária, isto é, somente quando a aplicação do critério do “valor econômico” é impossível ou inapropriada, considerando-se as circunstâncias do caso concreto.

A CISG será aplicada também aos contratos de compra e venda de máquinas que preveem a montagem ou o fornecimento de instalações industriais ou quando o vendedor se compromete a fazer funcionar o maquinário e organiza sua gestão durante certo período<sup>14</sup>. O que ocorre nestes contratos é que as obrigações de entrega de uma coisa e do fornecimento da mão-de-obra são reagrupados como fazendo parte de um contrato só: o contrato de compra e venda.

Assim, a jurisprudência já considerou ser aplicável a CISG a um contrato cujo objeto foi a venda e instalação de equipamentos de *fitness*<sup>15</sup>. Em uma situação mais limítrofe, um tribunal considerou aplicável a CISG em um caso curioso: o comprador adquiriu o material para a construção de um teto. A obrigação do vendedor, além da entrega do material, consistiu, também, na montagem do teto<sup>16</sup>. Neste caso específico, o Tribunal considerou que a Convenção seria aplicada, pois “*the preponderant part of the obligations of the seller consisted in the supply of goods and not a labour or services (art. 3.2)*”.

Entretanto, se o contrato se resume a um fornecimento da mão-de-obra ou se a mão-de-obra é “*parte preponderante*” da obrigação, a Convenção não se aplica. É assim o caso de uma empresa que encomenda a outra um estudo de mercado, materializado por um “Rapport” escrito. O contrato é, neste caso, uma prestação de serviços e não uma compra e venda de mercadorias<sup>17</sup>. Não se aplica, portanto, a CISG.

Um Tribunal não aplicou a CISG a um contrato em que o comprador forneceu material ao vendedor para que este o transformasse em produtos prontos ao uso. Tanto em relação ao artigo 3.1 quanto em relação ao artigo 3.2, a Convenção não poderia ser aplicada. Primeiro, porque o comprador forneceu uma parte preponderante dos materiais necessários à fabricação dos objetos. Segundo, porque a parte preponderante da obrigação do vendedor consistiu no fornecimento de mão-de-obra<sup>18</sup>.

Na realidade, para tornar a compreensão da alínea 2 do artigo 3 mais fácil, deveríamos trocar os termos “*obrigação do contraente que fornece as mercadorias*” por “*obrigações*”. Deste modo, ficaria claro que a Convenção não se aplica aos contratos em que a parte preponderante das obrigações consiste num fornecimento de serviços, incluindo neste caso a mão-de-obra.

---

*U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Ed. Oxford, 2010, p. 70) propõem de comparar o preço da venda da mercadoria e o preço dos serviços como se fossem dois contratos separados para saber se a “parte preponderante” é a venda da mercadoria ou o trabalho de mão-de-obra; KHOO, Warren (in BIANCA-BONELL, “*Commentary on the International Sales Law – The 1980 Vienna Sales Convention*”, op. cit., p. 41) se refere ao critério da “maior parte” da obrigação e não ao critério do valor.

<sup>14</sup> SCHLECHTRIEM e WITZ, “*La Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*”, op. cit., p. 31. V. Sentença arbitral CCI, 23/08/1994, n° 7660/JK.

<sup>15</sup> Handelsgericht Zürich, Suíça, 26/04/1995 in [www.unilex.info](http://www.unilex.info).

<sup>16</sup> Kantonsgericht des Kantons Zug, Suíça, 25/02/1999 in [www.unilex.info](http://www.unilex.info).

<sup>17</sup> Oberlandesgericht Köln, 26/08/1994, [www.unilex.info](http://www.unilex.info).

<sup>18</sup> Oberster Gerichtshof, Áustria, 8 Ob 509/93, 27/10/1994, *Fa. N. GmbH c/ Fa. N. GesmbH & Co KG* in [www.unilex.info](http://www.unilex.info).

A questão mais espinhosa em relação a este artigo refere-se aos programas de computador, os *Softwares*. Serão eles considerados como mercadorias aptas a serem vendidas ou serão considerados como serviços e não entrarão no domínio de aplicação da CISG? Esta questão divide a doutrina e a jurisprudência<sup>19</sup>.

Alguns autores fazem uma distinção, provinda de certos sistemas jurídicos<sup>20</sup>, entre um produto *standard* e um produto feito *sob medida*<sup>21</sup>. O *Software* padrão seria um produto fabricado em cadeia e o *Software* específico seria aquele produzido “sob medida” onde entraria uma parte preponderante de mão-de-obra exclusiva. Esses autores consideram que o *Software* padrão, incorporado em um suporte material como num CD ou num “disco duro” não faz parte da exclusão do artigo 3 e, portanto, a Convenção será aplicada.

Outros autores consideram que esta divisão não está prevista pela CISG e que não se pode interpretar a Convenção através de uma divisão oriunda de um direito interno<sup>22</sup>.

A jurisprudência majoritária utiliza esta divisão entre *Software standard* e *Software sob medida* e afasta a aplicação da Convenção nos últimos casos<sup>23</sup>. Há, porém, decisões que, pelos dados disponíveis, são em sentido contrário<sup>24</sup>. Outras que, aplicando a CISG aos contratos de compra e venda de *Software* padrão, não se pronunciam em relação ao *Software* específico<sup>25</sup>.

Entretanto, segundo nosso ponto de vista, há uma dupla dificuldade em sustentar a posição consistente em diferenciar *Software* padrão de *Software* específico.

Primeiro, é difícil delimitar quando um *Software* é padrão e quando ele é específico. Assim, como saber se a obrigação consiste em uma simples alteração de um programa já existente ou se constitui uma criação cuja parte preponderante é “feita sob medida”? Difícil resposta do ponto de vista técnico e também do ponto de vista jurídico.

---

<sup>19</sup> BEVILACQUA, Thomas, “*L’article 3 de la Convention de Vienne et les contrats complexes dans le domaine de l’informatique: une lecture de la jurisprudence pertinente*”, McGill Law Journal, 2005, p. 553; WATTÉ e NUYS, “*Le champ d’application de la Convention de Vienne sur la vente internationale. La théorie à l’épreuve de la pratique*”, art. cit, p. 365.

<sup>20</sup> Em especial o sistema Francês (v. “Cour de cassation”, Civ. 1<sup>a</sup>, 05/02/1985, Dalloz, 1986, p. 499, obs. Jérôme HUET; DELEBECQUE, Philippe e DUTILLEUL, François Collart, “*Contrats civils et commerciaux*”, 8<sup>a</sup> edição, Ed. Dalloz, 2007, n<sup>o</sup> 715).

<sup>21</sup> SCHLECHTRIEM, Peter, “*Uniform Sales Law – The Experience with Uniform Sales Laws in the Federal Republic of Germany*”, Juridisk Tidsskrift, 1991-1992, p. 1; HEUZÉ, “*La vente internationale de marchandises*”, op. cit., p. 79; CACHARD, Olivier, “*Le contrat électronique et la Convention de Vienne*” in “*Les deuxièmes journées internationales de droit du commerce électronique*”, Ed. Litec, 2005, Paris, p. 108. BEVILACQUA (“*L’article 3 de la Convention de Vienne et les contrats complexes dans le domaine de l’informatique: une lecture de la jurisprudence pertinente*” art. cit., p. 586) faz uma divisão tríplice entre *Software standard*, *Software adaptado* e *Software específico*.

<sup>22</sup> LOOKOFISKY, Joseph, “*In Dubio Pro Conventione? Some Thoughts About Opt-Outs, Computer Programs and Preemption Under the 1980 Vienna Sales Convention*”, Duke J. Comp. & Int’l L, p. 263; DIEDRICH, Franck, “*Maintaining Uniformity in International Uniform Law Via Autonomous Interpretation: Software Contracts and the CISG*”, Pace Int’l L. Rev., 1996, 8, p. 303.

<sup>23</sup> Oberlandesgericht Köln (Alemanha), 26/08/1994, www.unilex.info; Hof’s-Hertogenbosch (Holanda), 19/11/1996, www.unilex.info.

<sup>24</sup> Bundesgerichtshof (Alemanha), 04/12/1996 (www.unilex.info). Não se tem conhecimento, pelo texto do acórdão, se o *Software* é *standard* ou *sob medida*. Ver também interessante julgamento do Handelsgericht Zurich de 17/02/2000 (www.cisg.law.pace.edu) que faz uma distinção econômica entre os diferentes elementos do contrato e aplica a CISG ao litígio cujo objeto é a compra e a instalação de material informático e de *Softwares*.

<sup>25</sup> LG München, 08/02/1995, ww.unilex.info.

A segunda dificuldade advém, entre outras, da evolução informática. Há produtos do comércio eletrônico sem suporte corporal, mas que podem ser considerados como mercadorias (por exemplo, um antivírus comprado e instalado via internet com opções diferentes de proteção). Seria, neste caso, a CISG excluída?

Pensamos que, nos casos de compra e venda internacional de *Software*, a Convenção deverá ser aplicada<sup>26</sup>. É uma solução simples, jurídica e tecnicamente possível. A maior razão é prática. Na grande maioria das vezes, o *Software* objeto de uma compra e venda internacional é elaborado segundo uma base já existente. Algumas adaptações são feitas, mas elas não constituem a parte preponderante da obrigação e o resultado sempre poderá ser considerado como “mercadoria” segundo a CISG. Ademais, a aplicação da Convenção evitaria recorrer ao critério de determinação da lei aplicável segundo o direito interno de cada país, o que é sempre fonte de incertezas.

#### *Jurisprudência*

*Um Tribunal alemão de Munique aplicou a Convenção a uma compra e venda internacional de programas informáticos<sup>27</sup>. Um comprador alemão encomendou um programa informático a uma empresa francesa. O programa foi entregue e instalado. Outro contrato deveria ser concluído entre as partes cujo objeto seria a utilização do tal programa. Como as negociações não avançaram, o comprador alemão recusou o pagamento do preço, pois sem as indicações – que seriam objeto do segundo contrato – ele não poderia utilizar tal programa. O Tribunal de Munique considerou que a Convenção deveria ser aplicada, pois as partes tinham seus estabelecimentos em diferentes Estados contratantes e que os Softwares padrão entram no campo de aplicação convencional. O Tribunal foi além e considerou, também, que não havia “falta de conformidade” do produto, pois o comprador não avisou o vendedor de nenhum suposto defeito da mercadoria e não contratou nenhuma assistência técnica para resolver os eventuais problemas. Em consequência, o comprador foi condenado a pagar o preço mais 5% de juros.*

Ao decidir que o *Software* padrão entra no campo de aplicação da CISG, teria o Tribunal Alemão utilizado a distinção proposta pela doutrina entre *Software* padrão e *Software* específico? Pensamos que não. Na realidade, o Tribunal Alemão não excluiu o *Software* específico do campo de aplicação convencional. A decisão somente faz questão de salientar o caráter indiscutível da aplicabilidade da Convenção a um contrato de compra e venda internacional deste tipo de mercadoria.

---

<sup>26</sup> É a posição de LOOKOFSKY, “*In Dubio Pro Conventione? Some Thoughts About Opt-Outs, Computer Programs and Preemption Under the 1980 Vienna Sales Convention*”, art. cit., p. 263; SCHLECHTRIEM e WITZ, “*La Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*”, op. cit., p. 36. Contra esta aplicação: ZIEGEL, Jacob S., “*The Scope of the Convention: Reaching Out to Article One and Beyond*”, 25 *Journal of Law and Commerce* (2005-2006), p. 59. Pela distinção entre Softwares padrão e específico: HEUZÉ, “*La vente internationale de marchandises*”, op. cit., p. 81. Pela não equiparação de *Software* como mercadorias, v. CACHARD, “*Le contrat électronique et la Convention de Vienne*”, art. cit., p. 113.

<sup>27</sup> LG München (Alemanha), 08/02/1995, sistema CLOUT n° 131 e [www.unilex.info](http://www.unilex.info).