



## Natália Zanelatto: Termos devem ser definidos antes de fechar negócio

Imagine-se um vendedor de mercadorias enviando a um comprador uma proposta de venda, a qual seguem anexos os “Termos e Condições de Venda”. O comprador, ao receber a proposta, emite um pedido de compra, no verso do qual afixa os seus próprios “Termos e Condições de Compra”.

Naturalmente os Termos e Condições de Venda protegem unilateralmente os interesses do vendedor, contendo cláusulas-padrão que limitam a responsabilidade deste por eventuais danos ao comprador, em contraste aos Termos e Condições deste último, que por sua vez preveem a responsabilidade ilimitada do vendedor, incluindo lucros cessantes.

A disputa entre os Termos e Condições de Venda e os de Compra, expressão da “batalha dos formulários” (originada do termo em inglês *battle of the forms*), apenas será travada no momento em que se instaurar um litígio fundado no contrato.

O comprador, com base na cláusula-padrão dos Termos e Condições de Compra, que atribui ao vendedor responsabilidade ilimitada, reclama indenização pelos lucros cessantes por ele sofridos, enquanto a defesa do vendedor encontra fundamento na cláusula-padrão dos Termos e Condições de Venda que exclui tal responsabilidade.

A situação acima descrita é cada vez mais frequente entre os empresários brasileiros, que adotam Termos e Condições como procedimento padrão buscando economia, praticidade e agilidade nas contratações. Sob este modelo entendem-se eles suficientemente protegidos, sem atentar para o potencial conflito destas disposições com outras aplicáveis à relação contratual.

No comércio internacional, a interpretação da Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG) culminou em duas soluções majoritárias para tal impasse: a regra do último tiro (last shot rule), originalmente proposta, e a regra do nocaute (knock out rule), atualmente mais aceita.

Assim, conforme a regra do último tiro, a parte que envia as suas cláusulas-padrão por último, isto é, que dá o último tiro, sobrevive ou, no caso, prevalece e é aplicada ao contrato. Apesar de razoável à primeira vista, esta solução se afasta da verdadeira intenção das partes ao privilegiar apenas as cláusulas-padrão de uma delas, que via de regra não refletem o que foi acordado. A título ilustrativo, aplicando-se a “regra do último tiro” ao caso inicialmente descrito, sobrepor-se-iam os Termos e Condições do comprador, podendo este reclamar indenização integral do vendedor pelos danos por ele sofridos.

Diante desse paradoxo, evoluiu-se para a regra do nocaute, segundo a qual, as disposições contraditórias inseridas nas cláusulas-padrão das partes excluem-se mutuamente, devendo prevalecer apenas o que foi entre elas expressamente acordado. Em caso de lacunas decorrentes desse nocaute bilateral, deverão estas ser preenchidas pela CISG.

Sob esta solução, então, no presente caso, tanto a cláusula-padrão do vendedor, que limita a sua responsabilidade, quanto a cláusula-padrão do comprador, que responsabiliza aquele integralmente,



---

seriam afastadas do conteúdo do contrato, aplicando-se à situação as regras da CISG sobre responsabilidade do vendedor.

Esta solução confere primazia à verdadeira intenção das partes quanto ao conteúdo do contrato, sem defender unilateralmente uma delas e, portanto, é a mais defendida pelos doutrinadores e aplicada pelos tribunais atualmente.

No âmbito do direito brasileiro, a exemplo da lógica desenvolvida a partir da CISG, a resposta quanto à contradição das cláusulas-padrão deve ser norteada pela busca da real intenção das partes ao se vincular. Neste sentido, a proposta da regra nocaute é sobremaneira razoável ao excluir a aplicação das cláusulas-padrão contraditórias, porque provavelmente seria este o resultado, tivessem as partes efetivamente negociado o contrato.

A exclusão recíproca das disposições contraditórias procura, portanto, este equilíbrio na relação. O efeito negativo da sua aplicação consiste na insegurança por ela gerada, já que deverá haver cautelosa análise para recompor o conteúdo contratual e, subsidiariamente, aplicar a legislação brasileira às lacunas geradas neste processo.

A despeito das soluções acima propostas para resolver a batalha dos formulários, é aconselhável aos contratantes não ingressar em tal disputa. A insegurança a ela inerente é demasiadamente onerosa e pode comprometer a execução do contrato, encaminhando-o para um fim indesejado.

O ideal, portanto, é atentar-se para o recebimento de Termos e Condições Gerais quando da formação do contrato e acordar o que deverá integrar o conteúdo deste ou, não sendo possível, ao menos prever quais cláusulas-padrão serão vinculantes.

Ainda que tais cuidados tornem custosa e morosa a negociação do contrato, os benefícios da previsibilidade e certeza quanto às obrigações das partes implicarão economia de riscos e as direcionarão ao cumprimento integral do contrato.

**Date Created**

03/05/2015