

COMENTÁRIOS A CONVENÇÃO DE VIENA DE 1980

(Artigo 6)¹

*Francisco Augusto Pignatta*²

Artigo 6

*As partes podem excluir a aplicação da presente Convenção, derrogar qualquer das suas disposições ou modificar-lhe os efeitos, sem prejuízo do disposto no artigo 12.*³

Enfim, o último artigo referente ao domínio de aplicação da CISG concerne o princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais e prevê que as partes podem excluir a aplicação da Convenção se assim o quiserem, derrogar qualquer das suas disposições ou modificar-lhes os efeitos⁴.

Este artigo consagra o carácter supletivo, e não imperativo, da Convenção, isto é, ela será aplicada automaticamente desde que as condições que ela enuncia sejam cumpridas, a menos que as partes a excluam total ou parcialmente⁵. Esta possibilidade de exclusão pelas partes é fruto do princípio da liberdade contratual consagrado pela CISG⁶.

Diferentemente do Brasil que adota uma concepção mais restrita da liberdade contratual, a maioria dos sistemas jurídicos permite que as partes indiquem a lei que regerá a relação contratual. É uma concepção mais ampla da liberdade contratual e é esta a que foi adotada pela Convenção de Viena. Além da possibilidade das partes designarem a jurisdição competente, possibilidade esta prevista pelo Direito Brasileiro, elas podem, também, indicar qual será a lei aplicável ao contrato⁷.

Oriundo desta regra, as partes podem subordinar a formação do contrato a determinadas condições, definir o que será considerado como inexecução, prever as causas de exoneração da responsabilidade, fixar o montante das perdas e danos, etc⁸.

¹ Para citação: PIGNATTA, Francisco A., “Comentários à Convenção de Viena de 1980 – Artigo 6” in www.cisg-brasil.net, março/2012.

² Doutor em Direito Internacional Privado pelas Universidades de Estrasburgo (França) e UFRGS, professor 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.

³ 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. 6: As partes podem excluir a aplicação desta Convenção, derrogar qualquer de suas disposições ou modificar-lhes os efeitos, observando-se o disposto no Artigo 12.”

⁴ WITZ, Claude, “*L’exclusion de la Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises par la volonté des parties*”, Dalloz, 1990, Chronique, p. 107.

⁵ NEUMAYER, Karl Heinz e MING, Catherine, “*Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*”, Ed. Cedidac, n° 24, Lausanne, 1993, p. 83.

⁶ AUDIT, Bernard, “*La vente internationale de marchandises*”, Ed. LGDJ, Paris, 1990, p. 38.

⁷ A possibilidade de indicar a lei aplicável é possível no Brasil caso a lide seja levada diante de um juízo arbitral.

⁸ AUDIT, “*La vente internationale de marchandises*”, Op. cit., p. 38.

A exclusão da CISG pode ocorrer de diversas maneiras. Normalmente, uma indicação expressa constante em uma cláusula contratual é suficiente, como por exemplo: “*o presente contrato não será regido pela CISG*”. Neste caso, o contrato será regido pela lei nacional aplicável à matéria, segundo as regras de Direito Internacional Privado do foro. Pode ocorrer que as partes, após excluírem a aplicação da CISG, designam a lei de um país determinado para reger sua relação contratual. Neste caso, será esta a lei aplicável ao contrato.

Uma questão mais complexa refere-se à possibilidade de excluir a Convenção de forma tácita. Apesar de haver divergência jurisprudencial⁹, a doutrina majoritária defende esta possibilidade desde que a exclusão tácita seja a real intenção das partes¹⁰. Segundo a maioria da doutrina, uma das formas de exclusão tácita da Convenção será inserir no contrato uma cláusula que seja incompatível com a aplicação da CISG¹¹. Em caso de dúvidas, interpreta-se a declaração dos contraentes de acordo com o artigo 8, al. 2 da própria Convenção.

Entretanto, o que divide doutrina e jurisprudência, no que se refere à exclusão da CISG, é o caso da submissão do contrato a um direito nacional sem expressamente consignar que a Convenção seja excluída. Seria neste caso automática a exclusão da CISG?

Em três situações esta problemática é mais aguda:

- quando as partes contratualmente escolhem a lei de determinado país para ser aplicada e este país não faz parte da CISG (a);

- quando as partes contratualmente escolhem a lei de determinado país para ser aplicada e este país faz parte da CISG (b);

- quando as partes, por um comportamento durante o processo, indicam que a CISG não será aplicada¹² (c).

(a) No primeiro caso, ao escolherem a lei de um país que não ratificou a Convenção de Viena, entende-se que as partes quiseram afastá-la. De qualquer modo, mesmo que as partes não

⁹ Pela possibilidade da exclusão tácita da Convenção: *Cour de cassation, 1^a civ.* (França), 26/06/2001, n. 1091 FS-P, *Société M. Ecole et Bureau c/ Société F.T.*, D. 2001, jur. P. 3607, obs. WITZ, Claude, RCDIP, 2002, p. 93, obs. MUIR WATT, Horatia, [in](http://www.cisg-france.org) www.cisg-france.org; *Audiencia Provincial de Alicante* (Espanha), 16/11/2000, *BSC Footwear Supplies c/ Brumby SL*, www.unilex.info; *Tribunale di Vigevano* (Italia), 12/07/2000, n. 405, www.unilex.info; dentre outras. Pela não exclusão tácita da CISG sob o argumento que ela não prevê expressamente esta possibilidade: *Landgericht Landshut* (Alemanha), 05/04/1995, n. 54 O 644/94, www.cisg-online.ch; *Federal Court of International Trade* (Estados Unidos), 24/10/1989, n. 89-02-00404, *Orbisphere Corp. c/ U.S.*, www.cisg.law.pace.edu; *Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation Chamber of Commerce*, 24/01/2000, www.unilex.info. São normalmente as jurisdições americanas que têm certa relutância em considerar a possibilidade de excluir tacitamente a CISG. Elas tendem a aceitar somente exclusões explícitas (SCHLECHTRIEM, Peter e SCHWENZER, Ingeborg, “*Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG)*”, Ed. Oxford, 2010, p. 104).

¹⁰ BONELL, Michael J., “*Article 6*” [in](http://www.unilex.info) BIANCA-BONELL, “*Commentary on the International Sales Law*”, Ed. Giuffrè, Milão, 1987, n° 2.3; NEUMAYER e MING, “*Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*”, Op. cit., p. 85; AUDIT, “*La vente internationale de marchandises*”, Op. cit, p. 38.

¹¹ Caso a cláusula que exclua a Convenção se refere a alguns pontos específicos, como, por exemplo, a entrega das mercadorias ou as modalidades de garantias, somente as disposições da Convenção correspondentes a estas matérias é que são excluídas. As outras matérias continuam a ser regidas pela CISG (AUDIT, “*La vente internationale de marchandises*”, Op. cit, p. 39).

¹² Existe, também, a possibilidade das partes afastarem a aplicação da Convenção já com o processo em curso. Esta possibilidade é típica de países em que o processo é concebido de forma diferente que o nosso. Entretanto, deve as partes estar de acordo com esta exclusão.

tiveram expressamente a ideia de afastar a CISG, o que ocorre na prática é que o direito que será aplicado não tem ligação nenhuma com a Convenção, pois este país não a ratificou. Portanto, neste caso a CISG será, em princípio, automaticamente excluída: o Juiz aplicará a lei nacional indicada pelas partes.

(b) O segundo caso é o mais emblemático: quando a indicação recai sobre a lei de um país que ratificou a CISG. Neste caso fica a dúvida em saber se as partes tiveram a intenção de excluir ou não a Convenção. Isto se explica na medida em que, ao ratificar a CISG, esta última passa a fazer parte do direito interno do país em questão. Assim, uma cláusula que indique expressamente que o contrato será regido pelas “*disposições do Código Civil Francês*” não há dúvida que a CISG está excluída, pois as partes indicaram qual conjunto de normas, dentro do Direito Francês, que será aplicada. Entretanto, caso a indicação seja mais genérica, por exemplo, de que “*o contrato de compra e venda será regido pelas disposições do Direito Francês*”, a dúvida persiste.

A maioria da doutrina sustenta que a Convenção deverá ser aplicada mesmo nestes casos¹³, pois, além dela fazer parte do direito interno daquele país, durante os trabalhos preparatórios da CISG duas proposições, posteriormente descartadas, foram apresentadas pelos representantes do Canadá e da Bélgica, nas quais era previsto que a CISG seria automaticamente excluída, caso as partes submetessem seus contratos a uma legislação nacional¹⁴. Como não foram adotadas estas proposições, entende-se que os redatores não tiveram a intenção de consagrar esta possibilidade.

A posição minoritária considera que a indicação de um direito interno, na hipótese em que as duas partes contratantes sejam de países signatários da Convenção, pode significar que elas quiseram excluir a Convenção, pois se não indicassem nenhuma lei a ser aplicada, seria a CISG que regeria o contrato¹⁵.

Uma terceira corrente prega uma posição “*nuancée*”¹⁶.

Pensamos que, na dúvida, a presunção deve ser no sentido da aplicabilidade da CISG. A aplicação da Convenção não é consequência da designação pelas partes, mais sim a sua exclusão. É o sistema do “*opting out*” (aplicação de princípio da Convenção; somente a exclusão é submetida à indicação pelas partes) que foi adotado pelos redatores da CISG e não do “*opting in*” (aplicação da Convenção somente se as partes designarem). Ademais, para que a Convenção seja excluída, as partes devem ter demonstrado a vontade efetiva de sua exclusão.

¹³ Pela aplicação da Convenção: AUDIT, “*La vente internationale de marchandises*”, Op. cit., p. 39; WITZ, Claude, “*Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale*”, Ed. LGDJ, Paris, 1995, 1ª edição, p. 44 ; SCHLECHTRIEM, Peter e WITZ, Claude, “*Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*”, Ed. Dalloz, 1ª edição, Paris, 2008, p. 20. V. as jurisprudências abaixo descritas: OLG Düsseldorf, 08/01/1993, NJW-RR, 1993, p. 999; www.unilex.info; OLG Köln, 22/02/1994, RIW 1994, p. 972, www.unilex.info; Chambre de Commerce International, Affaire 6653, 1993, JDI, 1993, p. 1040.

¹⁴ WITZ, “*L’exclusion de la Convention des Nations unies sur les contrats de vente internationale de marchandises par la volonté des parties*”, art. cit. p. 107.

¹⁵ NEUMAYER e MING, “*Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*”, Op. cit., p. 89.

¹⁶ GARRO, Alejandro Miguel e ZUPPI, Alberto Luis “*Compraventa Internacional de Mercaderías*”, Ed. La Rocca, 1990, p. 98; CARBONE, Sergio, “*L’ambito di applicazione ed i criteri interpretativi della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale*”, Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale, 1980, p. 528.

A jurisprudência já teve a oportunidade de examinar esta questão, mas de forma divergente. Entretanto, a grande maioria dos julgados é no sentido de aplicar a CISG no caso das partes indicarem genericamente a lei de um país signatário da Convenção¹⁷.

Jurisprudência 1

O caso em tela foi julgado pelo Tribunal Regional Superior de Düsseldorf¹⁸ tendo como partes uma empresa alemã e uma empresa turca. O objeto da ação referia-se à conformidade ou não de diversos lotes de legumes (pepinos). A escolha da lei aplicável ocorreu em curso de instância em favor do Direito Alemão. Os juízes de Düsseldorf consideraram que não havendo nenhuma precisão na designação da lei aplicável, o direito que deve regir a relação contratual deve ser o Direito Alemão da compra e venda internacional, isto é, a Convenção de Viena.

Jurisprudência 2

Uma segunda decisão, esta arbitral, sob a égide da Câmara de Comércio Internacional¹⁹ refere-se a um contrato celebrado entre uma sociedade alemã, vendedora de barras metálicas de aço, e um organismo para-estatal da Síria. As partes designaram “the substantive laws of France”. O árbitro considerou a aplicabilidade da Convenção de Viena, pois o Direito Francês da compra e venda internacional é constituído, desde 1998, pela CISG. É interessante notar que a Convenção também foi ratificada pela Alemanha (país do vendedor) e pela Síria (país do comprador), mas o árbitro considerou que a designação do Direito Francês não exclui “ipso facto” a aplicação da Convenção. Ele justificou esta decisão, pois “a vontade das partes em designar o Direito Francês conduz o Tribunal Arbitral, por todas as matérias não especialmente cobertas pela Convenção de Viena, a reter o Direito Francês em matéria de prova, de teoria geral das obrigações e, em certos casos, do direito interno de compra e venda”. A decisão arbitral aplica o que se costuma chamar de “dépeçage”, isto é, um desmembramento das matérias relativas ao contrato no momento de aplicar a lei competente: o que é do domínio de aplicação da CISG aplicam-se as regras da Convenção; ao que está fora de seu domínio de aplicação, aplica-se o direito designado pelas partes.

É, portanto, mister que as partes que queiram excluir a aplicação da Convenção à relação contratual o façam de maneira expressa, clara e precisa. A dúvida aproveita a interpretações disformes e prejudica a própria harmonização jurisprudencial.

(c) Enfim, o terceiro ponto refere-se à possibilidade da exclusão ou não da Convenção pelo comportamento das partes durante o processo, seja ele judicial ou arbitral. Esta hipótese ocorre quando as partes não indicaram no contrato qual a lei que será aplicada. Assim, é o Juiz que deverá determinar a lei aplicável, mas levando em consideração a vontade das partes.

Pode ocorrer, por exemplo, que, diante de um contrato de compra e venda entre dois comerciantes estabelecidos em países que ratificaram a Convenção, as partes fundem seus argumentos somente sob a base de um direito nacional, sem mencionar a Convenção. Esta

¹⁷ Um julgado do Tribunal de Monza (Itália) destoa da grande maioria da jurisprudência. Foi ele muito criticado pela doutrina. Por ser um dos primeiros julgados italianos que se refere à Convenção, a falta de jurisprudência e a pouca doutrina à época, podem explicar esta posição dos juízes italianos. Em espécie (*Tribunale Civile di Monza*, 29/03/1993, Foro it. 1994, I, p. 916-923), o contrato continha a seguinte cláusula de lei aplicável: «*Italian law to apply*». O Tribunal italiano considerou que havendo escolha de lei nacional pelas partes a CISG não será aplicada, pois seu artigo 1.1.b. não prevê esta possibilidade (Críticas a esta decisão V. BONELL, Michael Joachim, Giur. It. 1994, I, p. 146-154; WITZ, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale*, op. cit., p. 25).

¹⁸ *OLG Düsseldorf* (Alemanha), 08/01/1993, NJW-RR, 1993, p. 999; www.unilex.info. Sobre esta decisão, v. MAGNUS, Ulrich, “*Zum räumlich-internationalen Anwendungsbereich des UN-Kaufrechts und zur Mängelrüge*”, IPRax, 1993, p. 390.

¹⁹ *Affaire 6653*, 1993, JDI, 1993, p. 1040.

forma de agir poderá ser considerada como sendo fruto da vontade das partes em excluir tacitamente a CISG?

A resposta não é automática, isto é, não é porque as partes mencionam somente o direito nacional que automaticamente a CISG está descartada. É necessário verificar qual é a vontade real das partes. Será que as partes, ao argumentar somente se baseando no direito nacional, conheciam a possibilidade da Convenção ser aplicada? Esta forma de agir é fruto de ignorância ou vontade de excluir?

São para detalhes desta natureza que o Juiz deverá se ater para averiguar a vontade das partes e aplicar ou não a CISG.

A jurisprudência, entretanto, não é uniforme. A maioria dos julgados considera que a simples alegação do direito nacional, sem indícios que demonstrem a vontade de excluir a Convenção, não significa sua exclusão²⁰.

Jurisprudência

O Tribunal Regional Superior de Colônia²¹, a propósito de uma venda internacional de madeiras nobres realizada por uma empresa nigeriana à um comprador alemão, considerou que “as partes optaram, durante o processo (...) em favor do Direito Alemão. A Convenção de Viena entrou em vigor na Alemanha em 01/01/1991 e é então aplicável”.

A jurisprudência minoritária, entretanto, considera que a menção a um direito nacional demonstra exclusão implícita da CISG²².

Há casos em que as partes, no bojo de seus arrazoados, argumentam ora utilizando-se de regras de direito nacional, ora de regras da Convenção. Qual direito aplicar?

Uma jurisprudência francesa ilustra bem esta questão:

Jurisprudência

Um litígio opôs uma empresa francesa a uma empresa alemã a respeito da presença de um vício redibitório e a consequente resolução do contrato. Diante da argumentação das partes, ora utilizando-se de artigos da CISG, ora do Código Civil Francês, a Cour d'appel de Bordeaux aplicou à matéria o direito interno francês. Concluiu ela que, a parte alegando as disposições da Convenção de Viena, em espécie o artigo 82, mas não solicitando sua aplicação, “reconhece que são as disposições do Código Civil Francês que devem receber aplicação”.

A “Cour de cassation”, entretanto, cassou esta decisão sob a seguinte alegação: “a Cour d'appel, em presença de alegações das partes invocando ora disposições do Code civil, ora da Convenção de Viena, não podia deduzir que a vontade das partes era a de excluir a aplicação desta Convenção”²³.

²⁰ Tribunale di Padova - Sez. Este (Itália), 25/02/2004, SO.M.AGRI s.a.s. c/ Erzeugerorganisation Marchfeldgemuese GmbH & Co. KG, www.unilex.info; Landgericht Saarbrücken (Alemanha), 02/07/2002, n. 8 O 49/02, www.cisg-online.ch (Daloz 2003, p. 2361, obs. WITZ); Tribunale di Vigevano (Italia), 12/07/2000, n. 405, www.unilex.info (RDAI, 2001, p. 224, obs. FERRARI, Franco), dentre outros.

²¹ Oberlandesgericht Köln (Alemanha), 22/02/1994, nº 22 U 202/93, RIW 1994, p. 972, www.unilex.info.

²² Corte Suprema (Chile), 22/09/2008, n. 1782-2007, Jorge Plaza Oviedo c/ Sociedad Agrícola Sacor Limitada, www.cisg.law.pace.edu; Cour de cassation, 1ª civ., 26/06/2001, n. 1091 FS-P, Société M. Ecole et Bureau c/ Société F. T., www.cisg-france.org (Daloz, 2001, n. 3607, obs. WITZ; RCDIP, 2002, p. 93, obs. MUIR WATT, Horatia ; RTD com. 2001, p. 1052, obs. JACQUET).

²³ Cour de cassation (França), 03/11/2009, n. 08-12.399, Anthon GmbH and Co c/ La Tonnellerie ludonnaise, www.cisg-france.org (JDI, Abril 2010, com. 9, obs. JACQUET).

Não é por demais reafirmar: para ser a CISG excluída, o importante é que as partes tenham manifestado claramente a intenção de afastar a Convenção²⁴.

Limites ao princípio da liberdade contratual previsto no artigo 6

Vimos que as partes possuem a liberdade de determinar a lei aplicável ao contrato. Segundo o artigo 6, as partes podem, também, além de excluir a totalidade da Convenção, derrogar qualquer das suas disposições. No primeiro caso, não há exceções impostas pela CISG. Já no segundo caso, a Convenção coloca uma exceção: havendo uma reserva emitida por algum país, segundo o artigo 96, as partes não podem derrogar o artigo 12 nem modificar-lhes seus efeitos.

Entretanto, apesar da CISG nada dizer a respeito, é considerado que as partes não podem derrogar as disposições de Direito Internacional Público, contidas nos artigos 89 a 101 da CISG, pois elas tratam de questões próprias aos Estados contratantes e não às partes²⁵.

A indicação dos INCOTERMS e a possível exclusão da CISG

Outra dúvida referente à aplicabilidade da CISG ocorre quando as partes inserem no contrato termos INCOTERMS. Sabemos que os INCOTERMS são termos comerciais utilizados para o transporte das mercadorias e que englobam regras referentes ao momento da transferência dos riscos e aos custos do transporte²⁶. A questão que se coloca é de saber se, caso as partes integrem no contrato alguns dos termos INCOTERMS, significaria que elas consideram excluídas as regras da CISG?

Esta questão será mais especialmente desenvolvida quando dos comentários aos artigos correspondentes à Parte III da Convenção.

Entretanto, é necessário ressaltar que não há incompatibilidade entre os termos INCOTERMS e a CISG. Assim, as partes são livres de modificar ou de completar o direito material uniforme utilizando-se dos INCOTERMS²⁷. Somente no caso em que os termos INCOTERMS previstos pelas partes sejam totalmente contrários ao previsto na Convenção é que se poderá falar de conflito.

Havendo eleição de termos INCOTERMS não significa exclusão total das regras da Convenção. Exclusão haverá somente de certos aspectos da CISG e não da CISG inteira²⁸. Ademais, muitas vezes a inclusão de termos INCOTERMS é feita de tal modo que eles devem

²⁴ *U.S. District Court*, N.D., California, 27/07/2001, n. C 01-20230 JW, *Asante Technologies, Inc. c/ PMC-Sierra, Inc.* (neste julgado a Corte assim se exprime: “*The mere reference to the law of a contracting State is not sufficient for parties to opt out of CISG (Art. 6)*”).

²⁵ UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on the International Sales of Goods, *article 6* [in](http://www.uncitral.org) www.uncitral.org

²⁶ Os termos INCOTERMS são termos comerciais e não possuem intrinsecamente nenhum valor obrigatório. Sua obrigatoriedade decorre da vontade das partes quando previsto no contrato. Eles podem, também, englobar: embalagem, marcação, operação de manutenção, carga e descarga das mercadorias, desova e estufagem do container e operações de inspeção. Ele pode fixar as obrigações referentes às formalidades da exportação/importação, pagamento de taxas e a entrega de documentos.

²⁷ SCHLECHTRIEM e WITZ, “*Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*”, op. cit., p. 31.

²⁸ SCHLECHTRIEM e SCHWENZER, “*Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG)*”, op. cit., p. 115.

ser considerados como mera modificação das regras convencionais ou como modo de interpretá-las²⁹.

Segundo dois julgados, um de uma Corte Austríaca³⁰ outro de uma Corte francesa³¹, a inclusão dos termos INCOTERMS não significa *ipso facto* exclusão da CISG.

Ademais, sobre a validade ou não de uma cláusula indicando os INCOTERMS, é necessário se basear no artigo 4 da CISG.

A indicação dos princípios UNIDROIT e a possível exclusão da CISG

Aqui, a questão refere-se à hipótese em que partes localizadas em Estados que ratificaram a Convenção indiquem a CISG como lei aplicável juntamente com a indicação dos princípios UNIDROIT³². Ou, nesta mesma seara, as partes indiquem somente os princípios UNIDROIT como aplicáveis, sem excluïrem a CISG. Haverá contradição nestas designações? Qual deles deverá prevalecer?

É de se notar, primeiro, que é possível, em vários sistemas jurídicos nacionais, as partes designarem como aplicáveis estes dois instrumentos internacionais. Por não serem incompatíveis, podem figurar lado a lado. Apesar de terem naturezas jurídicas distintas, muitas de suas regras são similares.

Havendo, neste caso, indicação dos Princípios UNIDROIT e da CISG, pensamos que esta última deve prevalecer, pois trata de maneira mais completa o regime jurídico do contrato de compra e venda, deixando os Princípios UNIDROIT como instrumento de interpretação dos pontos lacunares da Convenção. Assim, eles terão um papel interpretativo fundamental e complementar em relação à CISG. Na medida em que a CISG contenha lacunas em determinado ponto, buscar-se-á nos Princípios UNIDROIT a solução para elas.

Caso sejam excluïdas as regras da CISG e indicados os princípios UNIDROIT como aplicáveis, serão estes últimos os que regerão a relação contratual.

A indicação da lei aplicável nas Condições Gerais e a aplicabilidade da CISG

Outra questão referente a exclusão ou não da CISG ocorre pela inserção de uma cláusula excluïdo a CISG ou designando um direito nacional aplicável no bojo das Condições Gerais do contrato de compra e venda³³.

O sistema consagrado pela Convenção no que se refere à formação do contrato através de uma oferta e de uma aceitação, com a possibilidade de contraofertas contendo Condições Gerais de venda, poderá determinar, na maioria das vezes, a exclusão ou não da CISG.

²⁹ *Cour d'appel de Paris*, 18/03/1998, RG n. 97/01047, Dalloz, 1998, p. 279, obs. AUDIT.

³⁰ *Oberster Gerichtshof* (Áustria), 22/10/2001, n. Ob 77/01g, www.unilex.info.

³¹ *Cour d'appel de Paris*, 18/03/1998, RG n. 97/01047, Dalloz, 1998, p. 279, obs. AUDIT.

³² Sobre os princípios UNIDROIT, v. GAMA Jr, Lauro, “*Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004*”, Ed. Renovar, 2006 e “*Prospects for the UNIDROIT Principles in Brazil*”, *Uniform Law Review*, v. 16, 2011-3, p. 613.

³³ Pela exclusão da CISG caso haja nas Condições Gerais uma cláusula indicando a lei do país “X” como aplicável: NEUMAYER, e MING, “*Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*”, Op. cit., p. 84. Contra esta posição, v. *U.S. District Court*, N.D., California, 27/07/2001, n. C 01-20230 JW, *Asante Technologies, Inc. c/ PMC-Sierra, Inc.*, www.unilex.info.

Para que esta possibilidade seja aceita, primeiramente é necessário verificar se as Condições Gerais fazem parte do contrato. Muitas vezes elas não figuram juntamente ao contrato, levantando dúvidas em relação a sua eficácia. Outras vezes, o sistema jurídico nacional não as consideram eficazes quando revestem-se de um caráter de surpresa³⁴.

Entretanto, a menção unilateral submetendo o contrato a um direito nacional contida em um pedido de mercadoria não foi considerada, pela Corte Francesa, suficiente para demonstrar a intenção comum das partes em afastar a CISG³⁵.

Havendo discondância na indicação da lei aplicável entre as Condições Gerais enviadas por uma das partes com as Condições Gerais enviadas pela outra parte, pode constituir o que comumente é chamado de “batalha dos formulários”³⁶ (*battle of forms*)³⁷. Para se resolver esta questão, necessário se faz recorrer ao direito nacional aplicável à matéria e verificar se houve ou não exclusão da Convenção. O que importa, na realidade, é verificar se houve acordo das partes sobre a exclusão da CISG. Somente no caso em que a CISG foi excluída pela vontade de ambas as partes é que as indicações nas Condições Gerais devem prevalecer.

Aplicação da CISG pela vontade das partes a contratos normalmente excluídos de seu domínio de aplicação

Uma questão controversa sobre a aplicabilidade da CISG refere-se à possibilidade de submeter à Convenção, pela vontade das partes³⁸, um contrato de compra e venda normalmente excluído de seu domínio de aplicação.

Como foi visto acima, as partes contratantes podem excluir de seu domínio de aplicação alguns contratos e estabelecer que outro sistema jurídico seja aplicado. Elas, também, podem, em sentido contrário, indicar a Convenção como lei que regerá o contrato.

Mas a questão se complica se as partes, ao celebrarem um contrato normalmente excluído do domínio de aplicação da CISG, indiquem como lei aplicável as regras da Convenção³⁹.

Já vimos que alguns contratos são excluídos do domínio de aplicação da CISG por questões geográficas (art. 1). Este caso ocorre quando as partes contratantes estejam estabelecidas em Estados onde a Convenção não foi ratificada. Neste caso, podem as partes convencionar ser a CISG aplicada? Segundo nosso entendimento, não há razão para não se dar efeito a esta vontade comum⁴⁰, desde que as regras do juiz competente permitam. Uma dificuldade a esta

³⁴ Direito Alemão (§ 305, c, do BGB) e os Princípios UNIDROIT (art. 2.1.20). V. SCHLECHTRIEM e WITZ (*Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, op. cit., p. 23, nota 5). V., também, comentários nossos ao artigo 4.

³⁵ *Cour d'appel de Paris*, 06/11/2001, *Traction Levage S.A. c/ Axa Corporate Solutions Assurance*, www.cisg-france.org, Dalloz, 2002, p. 2795, obs. WITZ.

³⁶ V. comentários nossos específicos sobre esta questão (artigo 19).

³⁷ V. PERALES VISCASILLAS, Maria del Pilar, “‘Battle of the 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 L. Rev.*, vol. 10, 1998, p. 97 e “*La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*”, Ed. Tirant lo Blanch, Valência, 1996, p. 625.

³⁸ Esta hipótese supõe, evidentemente, que as regras do foro consagrem, efetivamente, o princípio da autonomia da vontade no que concerne a determinação da lei aplicável. Não é o caso do Brasil antes de ratificar a CISG.

³⁹ V. AUDIT, Bernard, “*Les ventes internationales hors la Convention de Vienne*”, *RJC*, 1997, nº 11, p. 112; HEUZÉ, Vincent, “*Traité des contrats – La vente internationale de marchandises*”, *LGDJ*, 2000, p. 113.

⁴⁰ Neste sentido: MOULY, Christian, “*La conclusion du contrat selon la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises*”, *DPCI*, 1989, p. 400; PELICHET, “*La vente internationale de marchandises et*

solução consiste em considerar que todo contrato deve ser regido por uma lei nacional e a Convenção só faz parte de um direito nacional nos países em que ela foi ratificada. Para isto, o ideal é que a designação da CISG como norma aplicável se faça por intermédio da designação da lei de um país que ratificou a Convenção⁴¹.

Outros contratos são excluídos em razão de sua natureza (art. 2). Nestes casos, as partes contratantes estão localizadas em Estados onde a Convenção foi ratificada, mas o gênero de contrato celebrado está excluído de seu domínio de aplicação. Podem as partes, então, convencionarem ser a CISG aplicada a contratos normalmente excluídos?

Aqui, deve-se fazer uma diferenciação entre alguns contratos excluídos da Convenção por questões de ordem pública, outros por questões práticas. Os primeiros são aqueles que a própria natureza do contrato é contrária à designação da CISG. É o caso dos contratos de consumo. As regras do direito de proteção ao consumidor tem natureza de lei de polícia, isto é, de ordem pública de proteção. Estas regras de aplicação imediata são ditadas pelo legislador nacional e se sobrepõem a aplicação de qualquer outra lei normalmente aplicável. Nada adiantaria as partes designarem, em um contrato de consumo, a CISG aplicável, pois ela seria afastada diante de leis nacionais de proteção ao consumidor.

Não se aplica o mesmo raciocínio, por exemplo, aos contratos de compra e venda de navios e aeronaves⁴². A exclusão destes contratos do domínio de aplicação da Convenção não foi inspirada por motivo de ordem pública. Os próprios motivos expostos nos trabalhos preparatórios mostram que sua exclusão é devida a uma questão prática, pois certos sistemas jurídicos consideram alguns tipos de navios e de aeronaves como mercadorias, outros os assimilam a bens imóveis e outros os submetem a determinado tipo de imatriculação⁴³. Assim, para não causar dificuldades suplementares na qualificação do contrato e, sobretudo, para afastar a difícil tarefa, em uma compra e venda internacional, de saber qual tipo de navio ou de aeronave está submetido à imatriculação, segundo o sistema jurídico concernente, é que este gênero de contrato foi excluído do domínio da Convenção. Neste tipo de contrato⁴⁴, portanto, pode-se considerar que, diante de uma compra e venda de navios ou de aeronaves não sujeitas a imatriculação, as partes têm autonomia suficiente, sem ferir a ordem pública do Estado, para indicar como aplicável a Convenção de Viena⁴⁵.

le conflit des lois”, RCADI, 1987, p. 9 ; AUDIT, “*Les ventes internationales hors la Convention de Vienne*”, art. cit., p. 116. Contra : HEUZÉ, “*Traité des contrats – La vente internationale de marchandises*”, op. cit., p. 114.

⁴¹ AUDIT, “*Les ventes internationales hors la Convention de Vienne*”, art. cit., p. 116.

⁴² SCHLECHTRIEM e WITZ (*Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, op. cit., p. 25) incluem também os contratos de distribuição e os contratos mixtos (uma compra e venda onde a CISG é aplicável e uma operação conexa fora do domínio da CISG).

⁴³ Conferência das Nações Unidas sobre os contratos de compra e venda internacional de mercadorias, Documentos oficiais, 1981, p. 17; AUDIT, “*Les ventes internationales hors la Convention de Vienne*”, art. cit., p. 117.

⁴⁴ Bernard AUDIT coloca neste mesmo grupo os contratos realizados em leilões (AUDIT, “*Les ventes internationales hors la Convention de Vienne*”, art. cit., p. 117).

⁴⁵ Vincent HEUZÉ, ao comentar a possibilidade de designar a Convenção como aplicável a um contrato de compra e venda internacional cuja matéria é normalmente excluída de seu domínio de aplicação pelo artigo 2, faz uma diferenciação entre um litígio diante de um juiz estatal e um litígio diante de um tribunal arbitral. Segundo ele, sendo o litígio diante de um juiz estatal, difícil será considerar a autonomia da vontade como integral e aplicar a Convenção pela vontade das partes. Diferente, segundo ele, será o caso de um tribunal arbitral. Não tendo os árbitros nenhum vínculo com um direito nacional determinado, podem eles dar eficácia à vontade das partes e aplicar a Convenção mesmo se a relação jurídica foge do campo material da CISG (HEUZÉ, “*Traité des contrats – La vente internationale de marchandises*”, op. cit., p. 115).