

XXX

ELORA NETO GODRY FARIAS

**O ARTIGO 6º DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE OS
CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE
MERCADORIAS (CISG) E A AUTONOMIA PRIVADA – UM PARALELO
ENTRE A CISG E O DIREITO CIVIL BRASILEIRO**

2017

**O ARTIGO 6º DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE
OS CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE
MERCADORIAS (CISG) E A AUTONOMIA PRIVADA – UM PARALELO
ENTRE A CISG E O DIREITO CIVIL BRASILEIRO
ELORA NETO GODRY FARIAS**

RESUMO

Apresenta-se, neste trabalho, um estudo acerca do artigo (art.) 6º da Convenção das Nações Unidas Sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (“CISG” ou “Convenção de Viena”) e sua relação com a autonomia privada, bem como com provisões do Código Civil Brasileiro (“Código Civil”). Para isso, foram analisadas as normas que norteiam o Direito Privado - campo do direito onde está inserida a Convenção de Viena - quais sejam, supletivas e dispositivas, uma vez que estas concedem aos particulares à liberdade, *stricto sensu*, de criarem e derogarem-se de certas normas. Ademais, o trabalho analisou conceitos de liberdade que embasam a autonomia privada, uma vez que este princípio é a máxima extraída do artigo em comento. Por fim, foram analisadas controvérsias que surgem a partir da interpretação e utilização do artigo 6º CISG pelas partes contratantes, para concluir que de uma forma ou de outra, o artigo 6º CISG está inserido no campo da liberdade formalmente assegurada.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade - Autonomia Privada – Normas Supletivas – Normas Dispositivas – Artigo 6º - CISG - Código Civil

ABSTRACT

This paper presents a study about article 6 of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods ("CISG" or "The Vienna Convention") and its relation with the principle of private autonomy alongside with provisions of the Brazilian Civil Code. An analysis on the rules that govern Private Law, *e.g.*, the subsidiary rules, was made due to the fact that they enable the parties to create and derogate from certain provisions. Moreover, this study made an analysis on the concepts of liberty that underpin the principle of private autonomy, since this principle it's the maximum extracted from the article banalyzed. Lastly, the controversies arising out from the interpretation of article 6 CISG were examined in order to conclude that, on way or another, article 6 CISG its inserted in the field of formally assured liberty.

KEYWORDS: Liberty - Private Autonomy - Subsidiary Rules - Article 6 - CISG - Brazilian Civil Code

SUMÁRIO

I.....	
INTRODUÇÃO.....	1
II.....	
NORMAS SUPLETIVAS E DISPOSITIVAS.....	3
III.....	
AUTONOMIA PRIVADA	9
A.....	
LIBERDADES.....	10
B.....	
AUTONOMIA PRIVADA	13
IV.....	O
ARTIGO 6º DA CISG.....	17
V.....	
CONCLUSÃO.....	28
REFERÊNCIAS	30

I. INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo o exame das repercussões do artigo 6º CISG e sua relação com a autonomia privada. A Convenção de Viena foi incorporada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 8.343, de 13 de novembro de 2014, e esta temática possui extrema importância tendo em vista que a Convenção regula um dos contratos mais relevantes do comércio internacional: o contrato de compra e venda de mercadorias. O Brasil, ao incorporar a Convenção de Viena no seu âmbito interno, deu um grande passo no que concerne à sua confirmação e o seu papel no âmbito internacional.

Ao se falar em contratos no âmbito do direito privado, há que se falar em autonomia privada e na liberdade de contratar. Nessa linha, o que se busca por meio deste artigo é a análise do papel desse princípio no âmbito da Convenção, em comparação com o que ocorre nos demais diplomas legais em matéria contratual, de modo específico, o Código Civil.

Isso porque, a “*liberdade dos contratos*” constitui o principal fundamento da Convenção das Nações Unidas Sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias¹, tanto no que se refere à escolha de lei aplicável ao contrato, quanto à formação do contrato em si. Assim, é objeto deste trabalho o estudo da autonomia privada na Convenção a partir do seu artigo 6º, o qual prevê que:

“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.”²

Como se observa, a Convenção de Viena assegura autonomia privada em uma extensão tal que as partes podem derrogar ou modificar

¹ VIEIRA, Iacyr de Aguiar. THE CISG AND PARTY AUTONOMY IN BRAZILIAN INTERNATIONAL CONTRACT LAW. Disponível em: www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/dergi/C6S1makale4.pdf

² Artigo 12 CISG: Não se aplicará qualquer das disposições dos artigos 11 e 29, ou da Parte II desta Convenção, que permita a celebração, alteração ou rescisão do contrato de compra e venda, ou a proposta, aceitação ou qualquer manifestação de intenção, por outra forma que não a escrita, quando uma das partes tiver seu estabelecimento comercial em Estado Contratante que tenha feito a declaração prevista no artigo 96 desta Convenção. As partes não poderão derrogar nem modificar o efeito do presente artigo. Tradução de Eduardo Grebler e Gisely Radael, disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/doc/egrebler2.pdf>.

todas suas provisões, com exceção do que prevê o seu artigo 12. O artigo 12, por sua vez, prevê que partes pertencentes a um Estado Signatário que, em sua legislação doméstica, haja a condição de validade para um contrato a sua forma escrita, poderão declarar que a formação do contrato (Parte II da Convenção) deve ser de forma escrita, ou que não se aplica o artigo 11 da Convenção³.

Ressalta-se que, ao decorrer deste trabalho, serão identificados outros mecanismos limitadores da autonomia privada⁴.

Nessa linha, segundo o Professor Peter Schlechtriem, o artigo 6º CISG permite às partes, por meio da autonomia privada, desviarem-se das provisões e regras da Convenção e, com isso, também modificar o método de formação dos contratos, que na Convenção se dá pela oferta e aceitação⁵. Assim, ao constatar que as provisões da Convenção não possuem caráter obrigatório, verifica-se que a vontade contratual das partes se sobrepõe às próprias provisões da Convenção⁶, que são, assim, caracterizadas como normas supletivas e dispositivas, como será melhor explicado ao longo deste trabalho.

Há, portanto, que se cogitar se no Código Civil isto se faria possível, se as partes, ao aplicá-lo, poderiam afastar-se das condições de eficácia do negócio jurídico. Também resta saber se a Convenção de Viena estaria preocupada com o plano da validade, ou apenas com aquele da eficácia.

Nesse sentido, o problema central objeto da investigação proposta consiste na compreensão sobre a extensão dada à autonomia privada das

³ Artigo 11. O contrato de compra e venda não requer instrumento escrito nem está sujeito a qualquer requisito de forma. Poderá ele ser provado por qualquer meio, inclusive por testemunhas. Tradução de Eduardo Grebler e Gisely Radael, disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/doc/egrebler2.pdf>.

⁴De acordo com a base de dados da UNCITRAL, *digest* de 2012, embora a Convenção não traga isto expressamente, as partes não podem derogar das provisões de Direito Internacional Público, dispostas nos artigos 89-101 CISG. Isso porque, estas normas referem-se à questões importantes aos Estados Contratantes e não aos particulares. Este assunto será melhor abordado na seção IV deste trabalho. Disponível em: <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/digest-2012-06.html#14>

⁵ Transcript of a Workshop on the Sales Convention: Leading CISG scholars discuss Contract Formation, Validity, Excuse for Hardship, Avoidance, Nachfrist, Contract Interpretation, Parol Evidence, Analogical Application, and much more. Reproduced with permission of 18 Journal of Law & Commerce (1999) 191-258, p. 223.

⁶ MAKALE, Hakemli. Freedom of Contract, Party Autonomy and Its Limit Under CISG. Hacettepe HFD, 6(1) 2016, p. 81; WITZ, Claude. Convention de Vienne sur le Contrats de Vente Internationale de Marchandises. Dalloz: Paris, 2008, p. 129, § 182.

partes no âmbito da CISG. Vale dizer: diversamente do que ocorre com os diplomas legais que ordinariamente versam sobre contratos (em que um conjunto mais ou menos amplo de normas supletivas e dispositivas dá azo à autonomia privada, emoldurada por um conjunto de normas cogentes que definem os limites a essa mesma autonomia), todas as normas da CISG são qualificadas, pela própria Convenção, como supletivas e dispositivas – e, nessa medida, sujeitas à autonomia privada. Para isso, pretende-se fazer um comparativo entre a autonomia privada que rege a CISG e a autonomia privada do Código Civil Brasileiro, limitada pela tricotomia do negócio jurídico: validade, eficácia e existência.

Entende-se que este estudo se mostra atual e importante para as discussões acadêmicas vez que há muito que se debater acerca da CISG no âmbito do Direito Brasileiro, a sua compatibilidade com o nosso sistema e o modo como a Convenção se aproxima – ou se afasta – das normas gerais do ordenamento jurídico sobre obrigações e contratos de compra e venda.

Assim, abordar-se-á, primeiramente, o estudo das normas supletivas e dispositivas para, então, partir para o exame da autonomia privada, finalizando com a análise do artigo 6º CISG propriamente dito.

II. NORMAS SUPLETIVAS E DISPOSITIVAS

Previamente ao estudo do princípio da autonomia privada, do modo como este se manifesta na Convenção de Viena – já foi visto que é por meio do seu artigo 6º - em comparação com o Código Civil, e suas consequências, é preciso entender o encaixe normativo das provisões ora analisadas. Já se sabe, de antemão, que a Convenção de Viena, por regular negócios jurídicos contratuais, assim como o Código Civil, encontra-se no âmbito do Direito Privado. Assim, fundamental é a compreensão acerca do tipo de norma a qual se está a discutir no presente estudo. Uma norma cogente certamente não possui o mesmo efeito que uma norma dispositiva. Dessa maneira, primeiramente será feita uma análise do conceito de norma jurídica em sentido amplo, para depois entender em qual norma se encaixa o artigo 6º CISG, e a consequência desta classificação para o princípio

analisado neste trabalho. Por fim, será feita uma breve diferenciação entre o Direito Público e Privado.

A norma jurídica foi criada para organizar a vida em sociedade de modo a evitar ou solucionar conflitos, garantindo, juridicamente, a segurança nas relações entre os indivíduos, seja entre eles e o Estado ou entre eles próprios. O Direito, aqui em sentido *lato*, é disciplinado pelas normas ou regras jurídicas⁷. Para Francisco Amaral:

“As normas jurídicas são normas de comportamento ou de organização que emanam do Estado ou por ele têm sua aplicação garantida.”⁸

Hans Kelsen, ao discorrer sobre a norma em sua obra “Teoria Pura do Direito”, afirma que esta funciona como esquema de interpretação, conferindo ao ato ou a determinados fatos o significado de um ato jurídico (ou antijurídico)⁹, sendo, ainda, “o imperativo autorizante de conteúdo sancionatório”¹⁰. Kelsen vai além e afirma categoricamente que “com o termo norma se quer significar que algo deve ser ou acontecer, especialmente que um homem se deve conduzir de determinada maneira”¹¹. Ele explica que em “dever” pode-se incluir a permissão de fazer algo e também a competência (o poder de agir de certa forma).

Entretanto, nem toda norma possui relação condicional ou hipotética. Note-se o exemplo trazido por Miguel Reale em sua obra¹²: “Compete privativamente à União legislar sobre serviço postal” (Constituição, art. 22, V). Aqui não há uma sanção propriamente dita, não é uma norma que regula a vida em sociedade, apenas enuncia um dispositivo: a União é o ente responsável para legislar acerca do serviço postal. Não há, portanto, uma condicionante. Assim, Miguel Reale afirma que “o que efetivamente caracteriza uma norma jurídica, de qualquer espécie, é o fato

⁷ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito Reale. —27 ed. — São Paulo : Saraiva, 2002, p. 93.

⁸ AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 2. ed. - Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 54.

⁹ KELSEN, Hans, 1881-1973. Teoria pura do direito / Hans Kelsen; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. - (Ensino Superior), p. 03.

¹⁰ LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil, v. 1: teoria geral do direito civil / Roberto Senise Lisboa – 8; ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 128.

¹¹ KELSEN, op cit, p. 04.

¹² REALE, Miguel. op. cit, p. 94.

de ser uma estrutura proposicional enunciativa de uma forma de organização ou de conduta, que deve ser seguida de maneira objetiva e obrigatória" ¹³.

Aqui a explicação de Kelsen se mostra relevante, posto que, para ele, a norma jurídica possui sempre o caráter de *dever-ser*, uma vez que mesmo diante de normas afirmativas, as quais prescrevem que algo é alguma coisa, estas apenas possuem sentido se compreendidas a partir de outras situações. Assim, apresentam uma realidade de *dever ser*¹⁴. Conclui-se, portanto, que normas jurídicas são preceitos, não necessariamente comandos, os quais possuem o intuito de regular e organizar as relações, seja com o Estado, seja entre particulares.

As normas jurídicas são divididas entre normas consideradas enunciativas de ação, de conduta, e normas organizacionais. São, ainda, classificadas sob diferentes óticas, entre elas, quanto ao território, quanto às fontes de Direito, normas de equidade e tipos de justiça, quanto à sua violação¹⁵. Entretanto, o que interessa para este estudo são as regras jurídicas quanto à imperatividade ou quanto à força obrigatória¹⁶. Isso porque, como este trabalho visa o estudo do artigo 6º CISG a partir da autonomia privada e, como se verá adiante¹⁷, este princípio está inserido no campo das liberdades, nada mais lógico que sua análise partir das normas inseridas no campo de força obrigatória. É nesse campo que existem as normas supletivas ou permissivas (não-cogentes) e normas cogentes, também chamadas de normas de ordem pública.

Partindo primeiramente da explicação desta última, traz-se de cara o conceito de Direito Cogente, que seria o direito não modificável pela vontade dos interessados. Esta norma pode ser dividida entre imperativa, que determina uma ação, ou proibitiva, a qual impõe sanção. Normas cogentes são normas de ordem pública, vez que se referem aos interesses sociais e

¹³REALE, Miguel. op. cit, p. 95.

¹⁴REALE, Miguel, op. cit, p. 96.

¹⁵REALE, Miguel, op. cit, p. 117; PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. – 25 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 88.

¹⁶PEREIRA, Caio Mário da Silva. *ibid*; MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Campinas: Bookseller, 2000, p. 105.

¹⁷Capítulo III do presente trabalho.

fundamentais do Estado, ou, no campo do Direito Privado, às bases jurídicas da ordem econômica ou organização social¹⁸.

Por sua vez, as normas não-cogentes são aquelas não essenciais aos interesses sociais e fundamentais, prevalecendo o livre exercício da vontade individual no âmbito dos interesses dos particulares. Normas não-cogentes, posto que não instituem princípios essenciais à organização e funcionamento do Estado, tal qual é o caso das leis de ordem pública, e não se impõem compulsoriamente, ou seja, não constroem o indivíduo à determinada ação. Através desta referida norma o legislador pode dar a permissão ao indivíduo de fazer algo como lhe couber (normas dispositivas) ou, ainda, instituir normas subsidiárias à vontade manifestada pelas partes (normas supletivas)¹⁹. Segundo Roberto Lisboa, “lei permissiva, dispositiva ou facultativa, também denominada por Maria Helena Diniz lei de imperatividade relativa, é a norma que possibilita ao interessado, se assim ele quiser, a prática de determinada conduta”²⁰. Como no campo do direito privado a maioria das normas são dispositivas e supletivas, como por exemplo, no campo das obrigações, nos contratos²¹, temos que a constatação de que “tudo que não é proibido, é permitido” se faz verdadeira, ao menos até certo ponto. Observe o exemplo das obrigações no Código Civil no que tange o lugar de pagamento das obrigações:

“Art. 327. Efetuar-se-á o pagamento no domicílio do devedor, **salvo se as partes convencionarem diversamente**, ou se o contrário resultar da lei, da natureza da obrigação ou das circunstâncias”.

Esta norma é claramente dispositiva, uma vez que o legislador deu permissão às partes de convencionarem de forma diversa. Não é proibido o lugar de pagamento ser diferente do domicílio do devedor. O caráter dispositivo também fica visível no artigo 6º CISG quando esse dá permissão

¹⁸MIRANDA, Pontes de, op. cit, p.105; AMARAL, Francisco, op. cit, p. 71; REALE, Miguel, op. cit, p. 93.

¹⁹PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit, p. 89; AMARAL, Francisco, op. cit, p. 71.

²⁰LISBOA, Roberto Senise, op. cit, p. 137.

²¹AMARAL, Francisco, op. cit, p. 72. PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit, p. 89.

às partes para alterarem as normas da Convenção de Viena (não todas, como se verá adiante).

A fim de entender porque as normas do direito privado são, em sua maioria, não-cogentes, vale fazer uma distinção entre as normas dos dois ramos do direito, quais sejam, direito público e direito privado. Não há uma unanimidade entre os autores acerca da distinção entre direito público e privado, sendo que alguns apontam que esta recai sobre a natureza do interesse protegido²²: é de direito público a norma que visa à proteção do interesse geral, é de direito privado a norma que ampara interesse do indivíduo, do particular. Nesse sentido, leia-se:

“A norma de Direito Público, pois, tende sempre a regular um interesse, direto ou indireto, do próprio Estado, em que tem vigência, seja para impor um princípio de caráter político e soberano, seja para administrar os negócios públicos, seja para defender a sociedade, que se indica o próprio alicerce do poder público”.²³

Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publica utilia, quaedam privatum. (Direito público é o que diz respeito ao estado romano; privado, o referente ao interesse dos indivíduos: na verdade, algumas coisas são úteis publicamente, outras privadamente).²⁴

Contudo, essa dicotomia é criticada tendo em vista possível interligação entre um direito e outro. Por exemplo, "as normas que preveem sanções à prática de crimes: essas tutelam o interesse público, como a paz social e a segurança da coletividade, mas, ao mesmo tempo, visam à defesa dos interesses dos lesados individualmente"²⁵. Ademais, é certo que o Estado também possui interesse nas relações pessoais, como no direito de família, direito das sucessões, direito da propriedade, se submetendo, ainda

²² FERRIANI, Carlos Alberto. Teoria geral do direito civil. Renan Lotufo; Giovanni Ettore Nanni, coordenadores – São Paulo: Atlas, 2008, p. 10; MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 24ª edição, SP: Malheiros, 1999, pp. 31-32.

²³ DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico, RJ: Forense, 2001, verbete Direito Público.

²⁴ Ulpiano, Digesto, 1,1,1 em CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano; CORREIA, Alexandre Augusto de Castro. Manual de direito romano. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1955. V. 2. pp. 301-302).

²⁵ AMARAL, Francisco, op cit, p. 65; FERRIANI, Carlos Alberto, op cit, p. 11; CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Tratado de direito administrativo. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. V. 1, p. 8.

a regras do direito privado quando possui relação com particulares. Segundo a natureza dos sujeitos, também não é correto dizer que o direito público apenas regula a atividade do Estado e o privado, a dos particulares, uma vez que nem sempre o primeiro age como titular do poder público, mas sim em plano de igualdade com os particulares. Em vista desta interligação, os adeptos da distinção “interesse protegido”, acima explicada, passaram a defender a ideia do caráter predominante ou fundamental: seria esta norma predominantemente de direito público ou privado.

De outro lado, o tratadista Pontes de Miranda²⁶ defende que a distinção entre esses ramos do direito possui cunho histórico, sendo o direito privado existente quando há regras jurídicas que versam sobre os homens como indivíduos em relação uns com os outros. Já quando o interesse geral toma frente, estar-se-ia na seara do direito público. Orlando Gomes vai além e cria uma subdivisão do próprio direito privado que seria o Direito dos Particulares, esse sendo o direito emanado dos próprios indivíduos²⁷. Francisco Amaral, por sua vez, aponta que a doutrina dominante é adepta à teoria do *ius imperium*, a qual prevê que o direito público disciplina as relações do Estado como figura - e poder - de autoridade, ao passo que o direito privado regula a relações entre particulares (critério de relação de coordenação ou subordinação). Todavia, o autor entende que a dicotomia direito público-privado possui caráter visivelmente ideológico²⁸.

Há, ainda, a diferença de normas privadas e normas públicas dentro do direito privado, as quais não se confundem com normas de direito privado. Normas privadas seriam aquelas emanadas da autonomia privada em que, observando os critérios de validade e eficácia, os sujeitos possuem a permissão de estabelecerem por si só suas regras. Já as normas públicas seriam aquelas procedentes de um órgão legislativo²⁹.

Certamente nem toda norma de direito privado é dispositiva ou supletiva. Há, é certo, muitas normas cogentes no direito privado, como as normas definidoras de personalidade, regras para celebração de casamento,

²⁶MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1, p. 71.

²⁷GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 17.

²⁸AMARAL, Francisco, op. cit, pp. 68-69.

²⁹AMARAL, Francisco, op. cit, p. 69.

normas sobre nulidades dos negócios jurídicos, limitações de ordem pública à eficácia dos negócios. Ainda assim, dentro dos limites definidos pelas normas não-cogentes, há um espaço de liberdade negativa que se exerce como autonomia privada, concedendo ao indivíduo a possibilidade de auto-regular seus interesses. Fato é que, em geral, o princípio vetor do direito privado é a autonomia privada³⁰.

Nesta seara, conclui-se que quando o artigo 6º CISG prevê que “[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”, todas as suas provisões, com exceção do artigo 12, são supletivas e dispositivas³¹. Isso significa que, conforme já constatado na introdução deste estudo, se uma cláusula no contrato de compra e venda divergir da CISG em uma determinada questão, referida cláusula afasta a eficácia da Convenção, prevalecendo a vontade das partes.

A adequada compreensão deste fenômeno na CISG demanda uma investigação no que consiste a própria autonomia privada e como ela pode ser exercida nos próprios limites da Convenção.

III. AUTONOMIA PRIVADA

Assente ao capítulo anterior, conclui-se que o artigo 6º CISG, assim como grande parte das normas inseridas no âmbito do Direito Privado, é, em relação à sua imperatividade, dispositiva e supletiva. Isso significa que estas normas não possuem imperatividade cogente, o que permite ao particular – no caso da Convenção de Viena, as partes contratantes – modificar as provisões normativas ou deixar de aplicá-las em sua totalidade. Isso dá às partes a liberdade, aqui em sentido *lato*, de contratarem da forma que entenderem mais apropriada. Por isso, é essencial o estudo sobre a autonomia privada das partes, vez que é essa que permite aos indivíduos a realização sua vontade.

³⁰PEREIRA, Caio Mário da Silva, op. cit, p. 89; FERRIANI, Carlos Alberto, op. cit, pp. 12-13.

³¹Será apontada no capítulo IV deste trabalho a outra exceção não prevista em lei, que diz respeito às normas das provisões finais da Convenção, artigos 89-101.

Dessa forma, primeiramente serão analisados os conceitos de “liberdades” os quais fundamentam a autonomia privada, para posteriormente se adentrar ao estudo deste princípio propriamente dito.

A. LIBERDADES

No desenvolvimento do presente estudo, não será feita uma análise detalhada acerca das diferentes facetas da liberdade e suas múltiplas acepções, uma vez que não existe unicidade conceitual sobre o que seria liberdade³². O exame irá se restringir à investigação dos perfis da liberdade relevantes para a compreensão da autonomia privada, quais sejam, a liberdade negativa, positiva e liberdade formalmente assegurada. Cabe, portanto, realizar uma análise doutrinária da liberdade como ausência de coerção³³, da liberdade no sentido de autodeterminação e auto-regulação - o ser “dono de sua própria vida” - bem como da liberdade abstratamente assegurada pelo ordenamento jurídico. A partir destas facetas da liberdade chegar-se-á ao conceito de autonomia privada e seu campo de atuação no âmbito do Direito Privado, que é onde se encontra a Convenção de Viena.

Existem várias interpretações acerca do conceito de liberdade, estas feitas sob diferentes ângulos, liberdade negativa e positiva, liberdade individual e coletiva, liberdade formal e liberdade substancial, mas este estudo se limitará à diferença entre liberdade positiva e negativa para concluirmos onde se encaixa o artigo 6º da CISG e a autonomia privada.

Quem faz essa proposta dualista da “liberdade” é Isaiah Berlin em seu texto “Dois conceitos de liberdade”³⁴. O autor confronta o conceito de liberdade ao nível da participação política de cada indivíduo: a liberdade política negativa seria quando o indivíduo possui a liberdade de agir sem a

³²Problematização sugerida por Carlos Ruzyk, no Capítulo 1, Título I do livro *Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família* / Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk. - Rio de Janeiro: GZ Ed, 2011.

³³NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994, pp. 184-248.

³⁴Tradução de *Two Concepts of Liberty*.

interferência de outro homem, segundo Berlin “quando o homem é impedido de agir da forma que deseja, está sendo coagido ou escravizado”³⁵.

A liberdade negativa, então, pode ser traduzida como a ausência de coerção³⁶, “a antítese do poder de outros”³⁷ ou, como coloca Montesquieu, “o direito de fazer tudo o que a lei permite”³⁸. Por sua vez, a liberdade positiva está atrelada à pretensão de ser senhor de si mesmo³⁹, à capacidade de autodeterminação e auto-regulamentação, que seria a viabilidade do sujeito de direitos de tomar decisões sem se ver subordinado ou restringido à vontade de outros. Poderia ser, portanto, traduzida na liberdade de escolha com força normativa, ou seja, escolhas detentoras de força vinculante, vez que o indivíduo reúne as condições necessárias para agir. Ao contrário da liberdade negativa onde o sujeito age em um espaço ausente de impedimentos⁴⁰.

“Entretanto, a liberdade aparece também em um sentido negativo e em um sentido positivo. A liberdade negativa seria representada pela ausência de constrangimentos, tendo em vista que o cidadão agiria ou não sem que isso fosse obrigado e sem ser impedido, e a liberdade positiva seria a capacidade de autodeterminação, ou seja, a possibilidade do sujeito de direitos de tomar decisões sem se ver determinado pela vontade de outras pessoas.”⁴¹

Em que pese os autores divergirem sobre qual seria a “verdadeira liberdade”, percebe-se que há certa harmonia entre os conceitos no sentido

³⁵ BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. In: Four Essays on Liberty. Oxford: Oxford University Press, 1979.

³⁶ HAYEK, Friedrich von. Os fundamentos da liberdade. São Paulo: Visão, 1983, p.6.

³⁷ HANDLIN, Oscar; HANDLIN, Mary. As dimensões da liberdade. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964, pp. 22-23.

³⁸ MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de La Brède e de. O espírito das Leis. Brasília: Editora UNB, 1982, pp. 185-186.

³⁹ BERLIN, Isaiah, op. cit p. 131.

⁴⁰ SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. Os princípios constitucionais da liberdade e autonomia privada. Boletim Científico: Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, n. 14 jan/mar 2004, p. 181.

⁴¹ FARIA, Roberta Elzyk Simiqueli de. Direito Civil - Atualidades II: Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. FIUZA, Cesar; SA, Maria de Fatima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord). Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 59.

de que uma não anula a outra, devendo ser a liberdade negativa complementada pela liberdade positiva⁴²:

“Trata-se de reconhecer que um sentido plural de liberdade quanto aos conceitos aqui analisados não é apenas fruto de diferenças de concepção sobre o que a liberdade é, mas que as pretensões de unicidade conceitual são insuficientes para dar conta da complexidade que a liberdade se reveste.”⁴³

Ou seja, não há um conceito único ou puro de liberdade. Por isso traz-se em tela ambas as concepções e entende-se que os dois conceitos co-existem, podendo ser tratados de formas distintas.

Ambos os perfis antes analisados são formalmente assegurados, uma vez que amparados sob o primado da lei. Conforme explica Carlos Pianovski:

“Trata-se da liberdade assegurada formalmente, da qual, em tese, todos podem exercer sem sofrer coerção estatal, mas que não toma em consideração limites ou condicionamentos concretos, nem, tampouco, condições objetivas de exercício”⁴⁴.

No caso do Brasil, a liberdade está assegurada formalmente pelo do artigo 5º da Constituição Federal. No âmbito das normas infraconstitucionais, o artigo 6º da Convenção de Viena é relevante norma assecuratória da liberdade formal.

A compreensão desses três perfis de liberdade é essencial para uma análise estrutural da conformação da autonomia privada que não esgota todos os perfis de liberdade possíveis, mas, ao mesmo tempo, não se restringe à apenas um deles.

⁴²RUZYZ, Carlos Eduardo Pianovski, op. cit, p. 28.

⁴³RUZYZ, Carlos Eduardo Pianovski, op. cit, p. 29.

⁴⁴RUZYZ, Carlos Eduardo Pianovski, op. cit, p. 56.

B. AUTONOMIA PRIVADA

A autonomia privada é entendida como princípio característico do Direito Privado e do Direito Civil⁴⁵, isso porque é neste ramo em que se encontra um espaço privilegiado para o exercício de alguns dos perfis da liberdade individual⁴⁶. Esta encontra seu conteúdo nos perfis de liberdade ora analisados. É certo que a doutrina tradicional não realiza estes desdobramentos, como se pode extrair do conceito trazido por Fernandes:

“O princípio da autonomia privada é, por seu turno, expressão de um princípio mais amplo – o *princípio da liberdade* -, segundo qual é lícito tudo o que não é proibido; a este se contrapõe o *princípio da competência*, em função do qual só é lícito o que é permitido, dominante no Direito Público.”⁴⁷

Esse conceito contempla, no âmbito da autonomia privada, apenas um dos perfis da liberdade que a integram, o da liberdade negativa.

Há autores que defendem que o campo de aplicação da autonomia privada deve-se, em geral, à liberdade de contratar, também se projetando no campo dos direitos subjetivos⁴⁸. Isso porque, neste ramo se mostra relevante a vontade individual, a partir do qual se realizam os interesses de cada indivíduo no domínio das relações entre particulares. Novamente nas palavras de Fernandes, “a autonomia se expressa, pois, aqui, *no poder de livre exercício dos direitos pelo seu titular*”⁴⁹. Claro que não está a falar de um direito subjetivo absoluto, vez que a autonomia privada não pode violar a

⁴⁵Toma-se nota acerca da distinção conceitual entre autonomia da vontade e autonomia privada. Para Francisco Amaral, “a autonomia da vontade é, assim, o princípio de direito privado é, assim, o princípio do direito privado pelo qual o agente tem a possibilidade de praticar um ato jurídico, determinando-lhe o conteúdo, a forma e os seus efeitos [...]. E quando nos referimos ao ‘poder’ que o particular tem de estabelecer as regras jurídicas de seu próprio comportamento, dizemos, em vez de autonomia da vontade, autonomia privada”, em AMARAL, Francisco, op. cit, 2006, p. 345. Todavia, referida distinção não se indispensável relevante para a presente investigação acerca da autonomia privada.

⁴⁶Sobre o princípio da autonomia privada, em geral, vd. MOTA PINTO, Carlos Alberto da, op. cit, págs. 102 e segs., ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito civil: teoria geral, vol. I, São Paulo, Saraiva, 2010, págs. 23 e segs.

⁴⁷FERNANDES, Luís Alberto de Carvalho. Teoria Geral do direito civil. – 5ª ed. – Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. – vol I, p. 94; MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Teoria Geral do Direito Civil. Atualizadores: Paulo Mota Pinto e Antonio Pinto Ribeiro. 4a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. p. 94.

⁴⁸FERNANDES, Luís Alberto de Carvalho, *ibid.*.

⁴⁹FERNANDES, Luís Alberto de Carvalho, op. cit, p. 95.

esfera de *outrem*, precisando ser conciliada com o direito dos outros particulares de possuírem uma idêntica quota de “liberdade” (aqui em *lato sensu*, vez que, como se pode observar, autonomia privada e liberdade não são sinônimas). A autonomia privada tem como base a liberdade negativa (ausência de coerção estatal, tudo o que não é proibido pela lei, é permitido), assim, há um limite de ordem jurídica à autonomia privada, um “conjunto de balizamentos”⁵⁰ que seria a própria norma cogente, aquela que, como previamente visto, não pode ser derogada. Observe, por exemplo, o artigo 421 do Código Civil:

“A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Temos que neste caso a limitação, o balizamento à autonomia privada das partes em contratar sob a égide do Código Civil Brasileiro é o atendimento da função social do contrato. As partes podem contratar da maneira que quiserem, observada a função social do contrato. Traz, ainda, em seu artigo 104, a seguinte redação:

"A validade do negócio jurídico requer: II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável”.

Ou seja, as partes são livres para pactuarem seus negócios, para contratarem, desde que o objeto contratado seja lícito. Ora, percebe-se aqui a existência de um campo de liberdade negativa inerente à autonomia privada das partes em contratar. Ainda, veja-se por outro lado a redação do artigo 6º CISG: “As partes podem excluir a aplicação desta Convenção, derogar qualquer de suas disposições ou modificar-lhes os efeitos, **observando-se o disposto no Artigo 12**” (grifo nosso). Isto é, o próprio artigo 12º CISG é uma limitação à autonomia privada que predomina na Convenção de Viena.

⁵⁰RUZYZ, Carlos Eduardo Pianovski, op. cit, p. 124.

No caso dos contratos sob a égide da Convenção de Viena, o artigo 11 CISG⁵¹ permite que estes sejam celebrados de forma não escrita, entretanto, conforme prevê o artigo 12 CISG, quando uma das partes contratantes "tiver seu estabelecimento comercial em Estado Contratante que tenha feito a declaração prevista no artigo 96 desta Convenção", tal mecanismo não será aplicável. Veja-se a redação do artigo 96 CISG:

“O Estado Contratante cuja legislação exigir que os contratos de compra e venda sejam concluídos ou provados por escrito poderá, a qualquer momento, fazer a declaração prevista no artigo 12, no sentido de que, caso qualquer das partes tenha seu estabelecimento comercial nesse Estado, não se aplicarão as disposições dos artigos 11 e 29, ou da Parte II da presente Convenção, que permitirem a conclusão, modificação ou resolução do contrato de compra e venda, ou a proposta, aceitação ou qualquer outra manifestação de intenção por qualquer forma que não a escrita.”⁵²

Compreende-se, assim, que a validade, no caso do Código Civil Brasileiro é uma limitação à autonomia privada das partes ao celebrar um contrato, e no caso da CISG, o artigo 12 CISG **pode** ser uma limitação. Isso porque, o artigo 12 reporta a uma norma de validade da legislação doméstica (contrato escrito), caso o Estado Signatário tenha feito declaração nos moldes do artigo 96 CISG exposto acima.

Dessa forma, sabe-se que não se está a tratar de um princípio absoluto. Se a limitação situa-se no âmbito da não-liberdade, o espaço de atuação, portanto, assenta-se na liberdade negativa, o campo em que o indivíduo atua tendo em vista a falta de coerção. Assim, possível dizer que a autonomia privada está vinculada à ideia de liberdade negativa. Todavia, também se verifica que existe na autonomia privada um espaço de autorregulamentação, um espaço em que o indivíduo pode estabelecer as regras observando os limites jurídicos, isto é: liberdade positiva⁵³.

⁵¹O contrato de compra e venda não requer instrumento escrito nem está sujeito a qualquer requisito de forma. Poderá ele ser provado por qualquer meio, inclusive por testemunhas (Tradução de Eduardo Grebler e Gisely Radael, disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/doc/egrebler2.pdf>).

⁵² Tradução de Eduardo Grebler e Gisely Radael, disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/doc/egrebler2.pdf>.

⁵³RUZYZ, Carlos Eduardo Pianovski, op.cit, p. 131.

A autonomia privada se apresenta como a liberdade conferida pelo ordenamento jurídico para que o sujeito possa manifestar sua vontade - que no campo jurídico se traduz como o motivo na realização de atos ou negócios jurídicos - regulando as relações jurídicas⁵⁴. Segundo Francisco Amaral, ainda, a liberdade no Direito Civil Moderno se resumiria ao conceito de autonomia privada⁵⁵.

Entretanto, assim como não há unanimidade acerca do conceito de “liberdade”, também não há que se falar em conceito unitário acerca da autonomia privada, veja-se o ensinamento de Pietro Perlingieri:

“Não é possível, portanto, um discurso unitário sobre a autonomia privada: a unidade é axiológica, porque unitário é o ordenamento centrado no valor da pessoa, mas é justamente essa conformação do ordenamento que impõe um tratamento diversificado para atos e atividades que em modo diferenciado tocam esse valor e regulamentam situações ora existenciais, ora patrimoniais, ora umas e outras juntas.”⁵⁶

Autonomia privada, como um espaço dos particulares poderem auto-regular os seus interesses, “estabelecendo certos efeitos aos negócios que pactuam”⁵⁷ é exatamente a ideia estabelecida no artigo 6º da Convenção de Viena. Ao poder desvincular-se de todas ou apenas de algumas provisões, as partes estão puramente exercendo sua autonomia privada, com observância ao critério previsto no artigo 12 CISG.

A ideia de autonomia, portanto, se faz sobre a “conjugação entre liberdade positiva e negativa”⁵⁸. Mas, seja ela negativa ou positiva, está-se a falar de uma autonomia privada formalmente assegurada. Neste sentido, o próprio artigo 6º CISG, objeto deste estudo, dá às partes contratantes a autonomia de escolherem as regras da Convenção aplicáveis ao seu contrato - com a exceção do que prescreve o artigo 12 CISG. As partes podem contratar, por exemplo, que não é necessária uma violação essencial

⁵⁴ AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A **autonomia privada** como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectiva estrutural e econômica. Revista de Direito Civil, São Paulo, nº46, out—dez. 1988, p. 11.

⁵⁵ AMARAL, Francisco, op.cit, 2008, p. 345.

⁵⁶ PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.18.

⁵⁷ MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e Solidariedade Social. In: ____.(org.) A Reconstrução do Direito Privado. São Paulo: RT, 2002, p. 615; AMARAL, Francisco, op. cit, p. 327.

⁵⁸ RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski, op.cit, p. 131.

do contrato⁵⁹ para que este seja resolvido, ou definir um outro mecanismo de indenização que não aquele previsto no artigo 74 CISG. Há uma liberdade em sentido abstrato formalmente assegurada.

Se, como se pode observar, o Código Civil possui um maior número de normas limitadoras da autonomia privada, e.g. os artigos 104 e 421, pode-se concluir que, ao aplicá-lo, as partes contratantes não podem afastar condições de validade de um negócio jurídico. Diferentemente do que acontece com a Convenção de Viena, vez que esta possui uma maior preocupação com a eficácia dos contratos celebrados sob sua égide e não com a validade do negócio que é regida pela legislação doméstica⁶⁰. Isso consegue ser bem visualizado a partir da análise feita do artigo 6º CISG. Existem normas de formação de contrato (artigos 14-24 CISG), mas, observando o disposto do artigo 12 CISG, as partes podem perfeitamente derrogar destas provisões. O mesmo, todavia, não acontece com os contratos regidos pelo Código Civil⁶¹.

IV. O ARTIGO 6º DA CISG

No capítulo anterior foi verificado que a autonomia privada presente na Convenção de Viena, expressada a partir do seu artigo 6º, faz com que a grande parte das normas desta Convenção possua caráter dispositivo e supletivo. Foi observado, ainda, que por ter a autonomia privada como fio condutor, a Convenção não concentra seus esforços em

⁵⁹Tradução de “fundamental breach”, prevista no artigo 25 CISG: A violação ao contrato por uma das partes é considerada como essencial se causar à outra parte prejuízo de tal monta que substancialmente a prive do resultado que poderia esperar do contrato, salvo se a parte infratora não tiver previsto e uma pessoa razoável da mesma condição e nas mesmas circunstâncias não pudesse prever tal resultado (Tradução de Eduardo Grebler e Gisely Radael, disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/doc/egrebler2.pdf>).

⁶⁰Tal conclusão pode ser depreendida da própria Convenção a partir da leitura do seu artigo 4: “Esta Convenção regula apenas a formação do contrato de compra e venda e os direitos e obrigações do vendedor e comprador dele emergentes. Salvo disposição expressa em contrário da presente Convenção, esta não diz respeito, especialmente: (a) à validade do contrato ou de qualquer das suas cláusulas, bem como à validade de qualquer uso ou costume; (b) aos efeitos que o contrato possa ter sobre a propriedade das mercadorias vendidas”. Tradução de Eduardo Grebler e Gisely Radael, disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/doc/egrebler2.pdf>

⁶¹Faz-se a anotação de que, em um caso envolvendo uma parte brasileira, que seja julgado no Brasil, em que pese a CISG não fazer alusão à, por exemplo, função social do contrato, este é um princípio constitucional. A Constituição é hierarquicamente superior do que a CISG no âmbito nacional. Isso porque, conforme EC 45/04, as Convenções Internacionais são equivalentes a uma emenda constitucional.

preocupar-se com a validade dos contratos firmados sob sua égide, validade esta regida pelas normas gerais da legislação doméstica, mas sim, com a eficácia dessa modalidade contratual específica. Ademais, foi igualmente constatado que com a autonomia privada constante no artigo ora referido, quando aplicando a Convenção de Viena, as partes possuem a liberdade de contratar da forma como entenderem adequado, observando as restrições já impostas pelo próprio artigo 6º CISG.

Nesta seção, será verificada a história legislativa do artigo 6º CISG, a fim de demonstrar que a liberdade contratual, ou de modo mais amplo, a autonomia privada foi o princípio considerado pela UNCITRAL quando do esboço de tal artigo⁶². Posteriormente, serão demonstradas polêmicas surgidas a partir das controvérsias impostas pelo artigo 6º CISG, como a exclusão total, tácita, implícita, durante o curso do processo e, por fim, a exclusão parcial.

O artigo 6º CISG foi inspirado e modelado no artigo 3º da Lei Uniforme na Compra e Venda de Bens Internacionais (“ULIS” ou “Convenção de Haia de 1964”)⁶³, o qual prevê que “As partes contratantes de um contrato de compra e venda são livres para excluir a aplicabilidade da presente Lei de forma total ou parcial. Tal exclusão pode ser expressa ou tácita”. O entendimento que prevaleceu na Conferência Diplomática de Haia de 1964 foi a de que não deveria haver limites à liberdade das partes de derogarem, em seus contratos, dispositivos desta Lei, sendo que a maioria das delegações participantes foi contrária às restrições sugeridas no *Draft*⁶⁴. Do mesmo modo, o entendimento prevalecente na UNCITRAL foi o a favor do “reconhecimento mais amplo da autonomia privada”⁶⁵. O que se ve aqui é o princípio da autonomia privada com fundamento em uma liberdade

⁶²A CISG foi desenvolvida pela Comissão das Nações Unidas de Direito Comercial Internacional (UNCITRAL), assinada em Viena em 1980, mas com efetividade em 1988.

⁶³ CONVENTION RELATING TO A UNIFORM LAW ON THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS (1964, THE HAGUE. Disponível em: <http://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulis-1964>

⁶⁴SCHLECHTRIEM, Peter. Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) / edited by P Schlechtriem and I Schwenzer, Oxford University Press (2nd Ed.2005), p.82; BONELL, in Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Giuffrè: Milan (1987), p. 52.

⁶⁵ BONELL, *ibid*.

formalmente assegurada prevalecendo em uma Convenção internacional sobre a venda de bens, regida pelo Direito Privado.

O artigo 6º CISG - assim como o seu antecessor - deixa claro que a Convenção é aplicável a não ser que as partes acordem o contrário. Este se refere a duas possibilidades: a primeira é de que as partes contratantes podem excluir de forma total a Convenção; e a segunda de que, diante da aplicabilidade da CISG, as partes podem derogar em parte ou modificar os efeitos de algumas de suas provisões. Segundo Schlechtriem, por meio deste artigo, a autonomia das partes é operada em dois níveis⁶⁶. O primeiro, é que fica permitida a escolha de lei frente a uma regra de conflito de leis, adotando - ou não - a CISG; e o segundo é a autonomia privada em si mesma. É a liberdade contratual, a possibilidade de variar o conteúdo de um contrato a partir do desvio ou modificação das provisões da CISG. Nesse sentido, o artigo 6º CISG assegura o princípio da autonomia privada⁶⁷.

Como o princípio da autonomia privada não é absoluto e, como foi visto, a própria liberdade negativa opera como um mecanismo limitador à liberdade das partes, o mesmo não é diferente na Convenção. Além do artigo 12 CISG ser um limite à escolha que as partes podem fazer, seja de exclusão total, parcial, ou modificação, existe outro limite à autonomia privada que não está expresso no artigo 6º CISG, mas já é recepcionado pela doutrina e pela jurisprudência: as partes não podem modificar as provisões contidas na parte IV da Convenção por uma questão de ordem pública⁶⁸. Tome-se o artigo 90, por exemplo, "A presente Convenção não prevalece sobre qualquer acordo internacional já celebrado, ou que vier a sê-lo, que contenha disposições relativas às matérias regidas pela presente Convenção, desde que as partes tenham seus estabelecimentos comerciais em Estados Partes nesse acordo"⁶⁹. Ora, este não é um artigo que diz respeito aos particulares, mas sim, à Convenção no âmbito do Direito Internacional, assim, não pode estar à mercê da vontade das partes.

⁶⁶ Tradução livre de "autonomy of the parties".

⁶⁷ SCHLECHTRIEM, Peter, op. cit, pp. 83-84.

⁶⁸ SCHLECHTRIEM, Peter, op. cit, p.84.

⁶⁹ Tradução do Decreto n. 8.372 de 16 de outubro de 2014, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/decreto/d8327.htm

Em sua obra, Peter Schlechtriem aponta que um acordo bilateral, como por exemplo, duas declarações de intenção co-extensivas, é pré-requisito para a exclusão efetiva nos moldes do artigo 6º CISG⁷⁰. A exclusão da CISG pode ser depreendida de uma escolha de lei aplicável ao contrato: ou as partes elegem a lei de um Estado Não-Signatário (escolha positiva de lei), ou excluem a aplicabilidade de uma lei de um Estado Signatário que seria aplicável - por regra de conflito, por exemplo (escolha negativa de lei)⁷¹ (*opt-out*). A jurisprudência possui uma abordagem mista no que tange a eleição de códigos ou estatutos domésticos. Algumas cortes alemãs têm sugerido que a escolha do BGB ou HGB poderia acarretar em uma exclusão efetiva⁷². Da mesma forma, uma corte austríaca decidiu por uma exclusão implícita apenas pela referência ao Código do Consumidor Austríaco ou Código Comercial Austríaco⁷³. Além disso, uma corte americana decidiu que a escolha do Código Comercial Uniforme ou Código Comercial Californiano poderia ser uma exclusão implícita⁷⁴. Por outro lado, a Suprema Corte da Hungria decidiu que a escolha do Código Civil Húngaro não significou a exclusão da CISG⁷⁵.

⁷⁰SCHLECHTRIEM, Peter, op. cit, p.85.

⁷¹Tradução livre, SCHLECHTRIEM, Peter, op. cit, p.87. Uma minoria de casos e comentadores veem a escolha da lei de uma unidade territorial ou província de um Estado Signatário como uma exclusão, vide *American Biophysics v. Dubois Marine Specialties*, 411 F.Supp.2d 61, U.S. Vara Federal Rhode Island, 30 de Janeiro de 2006 disponível em inglês em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060130u1.html>>, *Ho Myung Moolsan, Co. Ltd. v. Manitou Mineral Water, Inc.*, U.S. Vara Federal (SDNY), 2 de Dezembro de 2010 disponível em inglês em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/101202u1.html>>.

⁷²Corte Apelante (OLG) Stuttgart, 31 de Março de 2008; Corte Apelante (OLG) Oldenburg 20 de Dezembro de 2007; Sentença CIETAC, 24 de Março de 1998, CISG-online Caso No 930 (escolha da Lei Sobre Contratos Economicos Envolvendo Interesses Estrangeiros PRC).

⁷³Suprema Corte, Áustria, 4 De Julho de 2007(a referência a uma lei específica como o Ato de Proteção ao Consumidor Austríaco e o Código Comercial Austríaco foi uma exclusão implícita da CISG, reformada pela Corte Apelante (OLG) Linz, 23 de Janeiro de 2006).

⁷⁴*Asante Technologies v. PMC-Sierra*, em 1150 (dicta); *Delchi Carrier SpA v. Rotorex Corp.*, 71 F.3d 1024, 1027 n. 1 disponível em inglês em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951206u1.html>>; *Doolim Corp. v. R Doll, LLC*, U.S. Vara Federal (SDNY), 29 de Maio de 2009 disponível em inglês em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090529u1.html>> (dicta)(aprovando a declaração Delchi de que a escolha da UCC excluiria a CISG).

⁷⁵Suprema Corte, Hungria, 2007, Gfv.IX.30.372/2007/5 (' O fato de que na escolha da cláusula de direito as partes se referiram ao Código Civil Húngaro, em vez de a lei húngara não significa - bem como de acordo com o fraseado - a exclusão da aplicação da Convenção. É evidente que, no caso das relações de direito civil as partes estão se referindo à lei específica que regula a sua relação e não à lei húngara em geral, especialmente quando o seu contrato contém cláusulas que não são abrangidas pela Convenção. [...]Portanto, não pode ser verificado que as partes excluíram a aplicação da Convenção por consentimento mútuo ')(tradução por Gusztáv Bacher, Aplicação da CISG na Hungria e o efeito da CISG na Lei Húngara, 30 de Outubro de 2008, §1.2 disponível em

Como já mencionado, em que pese o artigo ora analisado não trazer esta previsão expressa, assim como trazia o artigo 3 ULIS, a exclusão implícita é admitida. Para este caso, Schlechtreim traz o exemplo de partes de Estados Signatários que não elegem a lei aplicável ao seu contrato, mas elegem o foro de um local que não é signatário da Convenção. Neste caso hipotético, poderia ser interpretado que as partes optaram por excluir CISG⁷⁶.

Outro detalhe a ser trazido à tona é a escolha de lei subsequente à formação do contrato. Neste caso, as regras de conflito acerca do foro "também devem ser empregadas a fim de determinar se e como (positiva e negativa) a escolha de lei pode ser feita subsequente à formação do contrato, como por exemplo, quando já há um litígio formado". Isto também vale quando as partes fracionam a lei aplicável, a título de exemplo, quando para certos assuntos invocam em seus argumentos a lei inglesa. Neste caso, pode-se depreender que as partes modificaram certas provisões da Convenção de Viena, o que é permitido pelo artigo 6º CISG. Aponta Schlechtriem que a resposta para saber se as partes excluíram provisões da Convenção sem substituí-las, ou se estas foram substituídas por artigos da lei doméstica, deve ser analisada sob a ótica da intenção das partes⁷⁷.

O que também pode ocorrer no mundo contratual são partes de Estados Não-Signatários elegendo a CISG como lei aplicável a partir da escolha de lei de um Estado Signatário (*opt-in*)⁷⁸. Aqui, novamente volta-se

<http://www.google.com.au/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0CDAQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.szecskay.hu%2Fdynamic%2FBacher_Application_of_CISG_in_HUNGARY.doc&ei=QqtgU4-fIMLoIAWLroGgDA&usg=AFQjCNEcae1REvspVHWO5PscAV1PTy2pXg&bvm=bv.65636070,d.dGI>). Da mesma forma, alguns tribunais alemães e italianos rejeitaram a noção de que a referência por ambas as partes durante o processo do BGB ou outras disposições nacionais podem culminar em uma exclusão implícita: ver Vara Federal (LG) Landshut, 5 de Abril de 1995, §II.1.a; Corte Apelante (OLG) Linz, 23 de Janeiro de 2006; Tribunal de Padova, 25 de Fevereiro de 2004; Oberlandesgericht [Corte Apelante](OLG) Zweibrücken, Alemanha, 2 de Fevereiro de 2004, §3 disponível em inglês em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040202g1.html>>; Oberlandesgericht [Corte Apelante](OLG) Hamm, Alemanha, 9 De Junho de 1995 disponível em inglês em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950609g1.html>>.

⁷⁶SCHLECHTRIEM, Peter, op. cit, pp.86-87.

⁷⁷Tradução livre, SCHLECHTRIEM, Peter, op. cit, p.87.

⁷⁸Neste caso, a CISG seria aplicável nos termos do seu artigo1(1)(b): (1) Esta Convenção aplica-se aos contratos de compra e venda de mercadorias entre partes que tenham seus estabelecimentos em Estados distintos; (b) quando as regras de direito internacional privado levarem à aplicação da lei de

para as regras de conflito do Direito Internacional Privado, que como não é o foco deste artigo, não será aprofundada em maiores termos.

Importante salientar que, seja a exclusão feita ao modo *opt-out*, seja feita ao modo *opt-in*, a própria CISG é que regula a questão da exclusão. Assim, nos casos em que as partes pretendam excluir, a aplicação da exclusão apenas será efetiva se estiver em conformidade com a CISG. Logo, a capacidade das partes em optar pela exclusão da aplicação da CISG é tratada nos Artigos. 6, 11, 14-24, os quais controlam a questão de exclusão quando as partes procuram excluir a Convenção dentro do contrato original ou algum tempo depois (exclusão *ex post*), como no caso em que já haja litígio formado, *i.e.*⁷⁹.

Fato é que quando as partes elegem a lei de um Estado Não-Signatário da Convenção, há, em grande chance, uma intenção de excluir a aplicabilidade da CISG⁸⁰. Entretanto, o problema paira quando há uma cláusula elegendo a lei de um Estado Signatário⁸¹. Isso porque, o entendimento majoritário é de que a mera referência a lei de um Estado

um Estado Contratante. Tradução de Eduardo Grebler e Gisely Radael, disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/doc/egrebler2.pdf>.

⁷⁹Ver, e.g., Oberlandesgericht [Corte Apelante](OLG) Oldenburg, Alemanha, 20 de Dezembro de 2007, disponível em inglês em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071220q1.html>; Golden Valley Case; Easom Case; Handelsgericht des Kantons, [Corte Comercial de Cantonal], St. Gallen, Suíça, 15 de Junho 2010, 2009/164, CISG-online Case No 2159, disponível em inglês em: <http://www.globalsaleslaw.org/content/api/cisg/urteile/2159.pdf> (onde as partes escolheram a lei suíça com a exclusão do CISG, o tribunal primeiro aplicou a CISG para determinar se a exclusão tinha sido bem sucedido nos termos do art. 6).

⁸⁰A escolha de lei de um Estado Não-Signatário também pode ser considerada uma exclusão implícita, vide P. Perales Viscasillas, *Abstract*, BSC Footwear Supplies Ltd v. Brumby St., Audiencia Provincial de Alicante, Espanha, 16 De Novembro de 2000 disponível em inglês em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/001116s4.html>> (uma base para a conclusão de exclusão tácita foi a de que a lei Inglesa regia o contrato); MISTELIS, Loukas, em S. Kröll, L. Mistelis & P. Perales Viscasillas (Eds), UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) Art. 6, 99, p. 104 parágrafo. 17 (2011). 17. Ademais, "a clara escolha da lei doméstica de um Estado não signatário poderia indicar a exclusão da CISG, entretanto, é controverso se isso é atingido pela mera referência a um estatuto ou código na cláusula de direito aplicável. A referência a um código ou estatuto não-uniforme na cláusula de direito aplicável tem sido reconhecida como uma indicação da intenção em excluir por algumas cortes, mas não de uma forma consistente. A visão dos comentadores acadêmicos geralmente favorece a noção de que a referência a um código ou estatuto não-uniforme na cláusula de direito aplicável evidencia a intenção em excluir, entretanto, alguns possuem uma visão mais restritiva no sentido de que a referência a um código como, por exemplo, o Código Civil, não seria suficiente e que uma referência específica a Lei de Vendas de tal código seria necessária". Tradução livre do parágrafo 4.3 do Parecer nº 16, Exclusão da CISG nos termos do Art.6, Relatores: Doutora Lisa Spagnolo, Universidade de Monash, Austrália. Adotada pelo CISG-AC em seu 19º encontro, em Pretoria, África do Sul, 30 de Maio de 2014.

⁸¹ SCHLECHTRIEM, Peter, *op.cit.*, p. 84.

Signatário não representa por si só uma exclusão da Convenção⁸². Segundo Schlechtriem, isto seria uma questão de interpretação de “cláusula relevante” nos termos do artigo 8º CISG⁸³. Nesta linha, a intenção de exclusão deve estar de acordo com referido artigo, sendo manifestamente clara à época em que o contrato foi firmado ou após, incluindo a exclusão realizada durante procedimentos jurídicos⁸⁴.

No caso de haver procedimentos judiciais (ou arbitrais) em curso, a intenção em excluir não pode ser deduzida apenas devido à falha de uma ou ambas as partes em suscitar argumentos baseados na Convenção⁸⁵. Aqui, um pouco diferente do que acontece com a exclusão por meio de escolha de lei de Estados Não-Signatários (exclusão *ex ante*), a jurisprudência não é tão consistente. Em alguns casos, referências à lei doméstica sem a referência à CISG durante procedimentos levaram a conclusão de que a CISG não era aplicável⁸⁶. Em outros, a não aplicação da CISG foi confirmada em sede de recurso, tendo como fundamento o fato de que o modo como foi conduzido o procedimento, a aplicação da CISG foi

⁸² SCHLECHTRIEM, Peter, op.cit, p. 90; BRIDGE, Michael. Uniform and Harmonized Sales Law: Choice of Law Issues, in J. Fawcett et al (Eds), International Sale of Goods in the Conflict of Laws. Oxford University Press, 2005, parágrafo 2.42; BGH 25 November 1998; CISG-online 569, RIW 1999, 385; Asante Technologies v. PMC-Sierra, US District (ND Cal), 27 de Julho de 2001; CISG-online 616, 2001 US District Lexis 16 000; OGH, 12 de fevereiro de 1998, CISG-online 349; OGH 22 de Outubro de 2001, CISG-online 614; HG Zurich, 9 de julho de 2002, CISG-online 726.

⁸³ "(1) Para os fins desta Convenção, as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo a intenção desta, desde que a outra parte tenha tomado conhecimento dessa intenção, ou não pudesse ignorá-la. (2) Não sendo caso de aplicação do parágrafo anterior, as declarações e a conduta de uma parte devem ser interpretadas segundo o sentido que lhes teria dado uma pessoa razoável, com a mesma qualificação e nas mesmas circunstâncias da outra parte. (3) Para determinar a intenção de uma parte, ou o sentido que teria dado uma pessoa razoável, 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." Tradução de Eduardo Grebler e Gisely Radael, disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/doc/egrebler2.pdf>.

⁸⁴ Parecer nº 16, Exclusão da CISG, op.cit, parágrafo 3º.

⁸⁵ Parecer nº 16, Exclusão da CISG nos termos do Art.6, op. cit, Item 5.

⁸⁶ Sentença CCI No. 8453/1995, Outubro de 1995, *ICC Court of Arbitration Bulletin*, 2000, 55 disponível em inglês em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958453i1.html>> (declarando que 'como ambas as partes concordaram que o contrato é submetido ao direito francês e nenhuma se referiu à CISG', a CISG foi considerada inaplicável). Similarmente, ver Shanghai Primeiro Tribunal Popular Intermediário, China, 22 de Março de 2011 disponível em inglês em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/110322c1.html>> em que o argumento de primeira instância das partes foram baseados apenas na lei doméstica chinesa. Em sede de apelo, a corte entendeu isso como uma escolha da lei doméstica chinesa e que 'as partes acordaram, durante o procedimento de primeira instância, na aplicabilidade da lei doméstica chinesa, portanto, excluíram a aplicabilidade da CISG' (tradução por W. Long).

entendida como preclusa⁸⁷. De outra forma, foi entendido que a Convenção regia o contrato, em que pese o patrono da parte não ter apresentado argumentos baseados nela, ou não ter argumentado-a de forma assertiva⁸⁸. Em um caso holandês, ainda, a CISG foi aplicada devido à escolha da lei holandesa durante o procedimento, ou seja, CISG sendo depreendida da escolha de lei de um Estado Signatário⁸⁹. Aqui se pode apontar o princípio processual do *lura novit curia* (o juiz sabe a lei) e existem casos em que referido princípio foi expressamente utilizado pelo magistrado para aplicar a Convenção⁹⁰.

Uma vez que a própria Convenção regula a questão da exclusão⁹¹, princípios domésticos de renúncia não devem ser utilizados para determinar a intenção das partes em excluí-la. Tal raciocínio é trazido na *Advisory Council No. 16*⁹² a fim de explicar que o comportamento dos advogados durante o curso de um litígio não possui o condão de afastar a

⁸⁷ *GPL Treatment v. Louisiana-Pacific Corp.*, 894 P. 2d 470 (Or. Ct App., 1995), 12 de abril de 1995; *aff'd* 914 P. 2d 682 (Or, 1996), Corte de Apelo de Oregon, E.U.A. disponível em inglês em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950412u1.html>>; (exigência doméstica "por escrito" foi deslocada pela CISG, mas o advogado da requerente não conseguiu levantar esta tese até o final do julgamento, e o caso foi decidido com base na UCC). *Também ver*, W. S. Dodge, *Teaching the CISG in Contracts*, 50 *Journal of Legal Education* 72, em 74 (2000); FLECHTNER, Harry. M. *Another CISG Case in the US Courts: Pitfalls for the Practitioner and Potential for Regionalized Interpretations*, 15 *J. L. & Com.* 127, na 131 (1995); FERRARI, Franco. *Applicability and Applications of the Vienna Sales Convention (CISG)*, 4 *Int'l Legal Forum* 138, na 220 (1998) ('International Legal Forum') em 220, n. 742.

⁸⁸ Tribunal de Vigevano, Itália, 12 de Julho de 2000 disponível em inglês em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000712i3.html>>; Corte Apelante (OLG) Hamm, 9 de Junho de 1995, §§ I & II; Tribunal Regional [Vara Federal](LG) Landshut, Alemanha, 5 de Abril de 1995. FERRARI, Franco. *The CISG and Its Impact on National Legal* (2008), p. 126. Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2843/8.pdf>. Tribunal Regional [Vara Federal] Saarbrücken (LG), Alemanha, 1 de Junho de 2004, CLOUT Case No 590 disponível em inglês em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040601g1.html>> (a aplicação da CISG não foi contrariada pelo fato de que as partes, nos seus argumentos, fizeram referência à provisos das suas respectivas leis domésticas, uma vez que essa ação por si só não leva a uma exc;usão implícita da CISG). Afirmando a falta de casos de aplicabilidade da CISG à luz da conduta durante o processo judicial, ver *Rienzi & Sons, Inc., v. Puglisi*, (ao rejeitar uma proposta resumo, tiveram "poucos casos interpretando a CISG" e nenhum "um caso parameter que considere a aplicação da CISG e aborde questões de conduta pós-contratual, particularmente a conduta das partes durante o trâmite do processo").

⁸⁹ *Eyroflam SA v. PCC Rotterdam BV, Rechtbank [Vara Federal](Rb) Rotterdam*, Holanda, 15 de Outubro de 2008 disponível em inglês em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081015n2.html>> (entendendo que a escolha da lei holandesa durante o procedimento leva à aplicabilidade da CISG). Notavelmente, o vendedor alegou que a CISG se aplica e que o comprador deixou a questão da aplicabilidade em aberto: *id.*, para. 7.2.

⁹⁰ Tribunal Civil de Cuneo, Itália, 31 de janeiro de 1996, disponível em inglês em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960131i3.htm>

⁹¹ SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal em SCHLECHTRIEM, Peter. *op. cit.*, p. 104.

⁹² Parecer nº 16, Exclusão da CISG nos termos do Art.6, *op. cit.*

Convenção. Nesse sentido, casos como o *GLP Treatment*⁹³ são criticados. Neste caso, em primeira instância, o insucesso do advogado em arguir a CISG foi entendido como uma renúncia, o que fez com que a corte aplicasse a lei doméstica trazida, a qual era, *a priori*, inaplicável ao caso concreto. O Tribunal Recursal não decidiu se houve uma exclusão nos termos do CISG, mas uma nota de rodapé dissidente concluiu que uma vez que a "tentativa de trazer a CISG foi prematura ...essa teoria havia sido renunciada"⁹⁴. Em outro caso norte-americano, o fato de a CISG ter sido invocada somente após a fase preliminar do processo, quando o julgamento estava prestes a começar, foi considerado equivalente a um "consentimento" em aplicar a lei local, ao invés daquela⁹⁵. Dessa forma, partindo do entendimento de Schlechtriem (vide nota de rodapé número 64) de que há a necessidade de um acordo de exclusão, onde há a aplicação *ipso jure* da Convenção, esta só pode ser excluída por meio de um acordo que satisfaça os Arts. 6, 11, 14-24 e 29 CISG. Neste caso, o exercício da autonomia privada, qual seja, o de excluir a Convenção no curso de um processo, estaria condicionado à formação de um acordo⁹⁶.

Quanto ao comportamento dos patronos das partes, esses precisariam de uma autorização específica que os permitisse escolher a lei aplicável, modificando contrato já firmado. Tal autorização, na prática, seria de extrema raridade. De qualquer forma, mesmo se especificadamente autorizados a modificar relações contratuais, a fim de excluir a Convenção na fase pós-contratual (*ex post*), os advogados precisariam estar cientes da aplicação da CISG antes de adentrar em tal acordo⁹⁷.

Por fim, há de se falar também na exclusão parcial, em que as partes contratantes derrogam-se de apenas algumas provisões da CISG.

⁹³ *GPL Treatment v. Louisiana-Pacific Corp.*, 894 P. 2d 470 (Or. Ct App., 1995), 12 de abril de 1995; *aff'd* 914 P. 2d 682 (Or, 1996), Corte de Apelo de Oregon, E.U.A. disponível em inglês em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950412u1.html>>

⁹⁴ *GPL Treatment v. Louisiana-Pacific Corp.* *Ibid.*

⁹⁵ *Ho Myung Moolsan, Co. Ltd. v. Manitou Mineral Water, Inc.*, U.S. Vara Federal (SDNY), 2 de Dezembro de 2010 disponível em inglês em <<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/101202u1.html>>

⁹⁶ Parecer nº 16, Exclusão da CISG nos termos do Art.6. *Ibid*, parágrafo 6.3.

⁹⁷ SCHROETER, Ulrich. G, To Exclude, to Ignore, or to Use?: Empirical Evidence on Courts', Parties' and Counsels' Approach to the CISG (with some Remarks on Professional Liability), in L. DiMatteo (Ed.), *The Global Challenge of International Sales Law* (Cambridge University Press, 2014), pp. 24-29. Disponível em inglês em <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1981742>.

Nesse sentido, artigo 6º CISG deixa à disposição das partes a escolha sobre o regime que será adotado no contrato tendo em vista o caso concreto. A título de exemplo – e de forma superficial - se analisa o instituto da extinção dos contratos. Na égide da Convenção de Viena, a extinção superveniente de um contrato apenas poderia se dar uma vez verificado o *fundamental breach*, previsto em seu artigo 25⁹⁸. O Código Civil, por sua vez, traz quatro hipóteses de extinção superveniente: resolução, rescisão, morte dos contratantes e rescisão em sentido estrito. A rescisão, por exemplo, é verificada pelo ato de vontade bilateral no contrato bilateral, ou unilateral no contrato bilateral. Nessa última modalidade pode haver um direito potestativo, em que a parte decide e à outra apenas cabe à sujeição, ou a continuidade compulsória nas circunstâncias que estão elencadas no artigo 473, parágrafo único do Código Civil. Verificamos, assim, que no âmbito da Convenção de Viena, o resolvimento de um contrato dar-se-ia apenas quando frente a uma violação essencial. Trata-se, assim, da *ultima ratio* da Convenção⁹⁹, o que não acontece no Código Civil.

Note-se, ainda, a questão da indenização, que na Convenção de Viena está regulada por meio do seu artigo 74 e seguintes. Na CISG, para haver indenização, esta precisa ser previsível à parte que deu causa quando da conclusão do contrato. Diferente acontece no âmbito do Código Civil Brasileiro, o qual observa a regra da reparação integral, a qual não está descartada da Convenção, haja vista o instituto do *full compensation*, mas sem observar o requisito de previsibilidade, vide artigo 927 e seguintes¹⁰⁰. Aqui, a intenção das partes no tocante a distribuição dos riscos e sua extensão pode determinar a escolha do regime da CISG ou do Código Civil.

Outro exemplo seria a desconformidade das mercadorias frente aos vícios redibitórios do Código Civil. O vício redibitório enseja a extinção unilateral do contrato, uma vez que, tendo em vista o artigo 441 do Código

⁹⁸ Toma-se nota que não será analisado aqui o instituto do *narchfrist*, vez que este não é indispensável para a construção da comparação.

⁹⁹ Ignacio Corbera Dale, “Fundamental breach under the CISG”, Garrigues Abogados y Asesores Tributarios, S.L.P. (2013).

¹⁰⁰ ENDERLAIN, Fritz, MASKOW, Dietrich. INTERNATIONAL SALES LAW: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods, pp. 298-300.

Civil, “A coisa recebida em virtude de contrato comutativo pode ser enjeitada por vícios ou defeitos ocultos, que a tornem imprópria ao uso a que é destinada, ou lhe diminuam o valor”. Por outro lado, a questão da desconformidade do bem é tratada de forma diversa pela Convenção de Viena. Frente a uma desconformidade, o comprador pode: a) aceitar a mercadoria defeituosa em quantidade ou qualidade e pedir indenização; b) exigir a entrega de mercadorias em substituição, se a falta constituir violação fundamental (art. 46, 2); c) exigir a reparação da falta de qualidade (art. 43, 3) e d) resolver a obrigação. Entretanto, de acordo com o artigo 51 CISG¹⁰¹, o comprador apenas pode resolver o contrato frente a uma desconformidade se esta consistir em uma violação essencial do contrato (*fundamental breach*).

Dessa forma, admitido o vício redibitório, traz-se vantagem ao comprador, porque se o bem é defeituoso ou está em desconformidade com o que fora acordado, ele pode simplesmente resolver o contrato. Caso esteja-se no regime da CISG, a resolução dá-se de forma mais restrita, ainda que em frente a um defeito. Estes são exemplos ilustrativos em que se concede autonomia privada às partes para afastarem regras da Convenção sem excluí-la de forma total de modo que cada contrato atenda as peculiaridades de cada transação.

¹⁰¹Art. 51(2) O comprador somente poderá declarar resolvido o contrato se a entrega parcial ou a desconformidade constituir violação essencial do contrato. Tradução de Eduardo Grebler e Gisely Radael, disponível em: <http://www.cisg-brasil.net/doc/egrebler2.pdf>.

V. CONCLUSÃO

Foi observado que no ordenamento jurídico, as normas supletivas e dispositivas norteiam o ramo do Direito Privado nos limites das normas de ordem pública. Isso porque, referidas normas não impõe um comando de cunho obrigatório ao indivíduo, mas sim, expressam regras que podem ser aceitas, ou não, ou até mesmo, modificadas pelo particular. É neste campo que se inserem, portanto, as liberdades que fundamentam a autonomia privada. São as liberdades, positiva, negativa e formalmente asseguradas, que instituem o princípio da autonomia privada, sendo que neste espaço há um campo em que os particulares agem em um limite de não-coerção, bem como auto-regulam seus negócios jurídicos. Verificou-se, portanto, que as normas não cogentes permitem o exercício do princípio da autonomia privada no âmbito do direito privado, e é exatamente neste campo, o campo das liberdades, em que se encontra a Convenção de Viena. Isso através da permissão concedida pelo artigo 6º CISG.

Foi observado, também, que a própria autonomia privada possui limitação a partir da liberdade negativa, vez que os institutos analisados, na medida em que concedem ao particular a liberdade de contratar, também impõe limites oriundos do próprio espaço de não coerção. Assim, foi constatado que a Convenção de Viena não foge a esta regra, uma vez que o próprio artigo 6º impõe o limite observado no artigo 12º CISG.

Dessa forma, a partir da análise conceitual da autonomia privada, bem como das normas supletivas e dispositivas, conclui-se que o artigo 6º CISG se enquadra no campo da liberdade negativa formalmente assegurada, a qual independe de vicissitudes concretas. O artigo 6º expressa a autonomia privada, sendo uma norma pública que abre o espaço da autonomia qualificando a maioria das normas da CISG como sujeitas ao exercício de escolha, supletivas e dispositivas. Esta provisão representa a máxima da autonomia privada inferida pelo Direito Internacional Privado, qual seja, o direito das partes de escolherem a legislação aplicável ao seu contrato internacional de venda de bens¹⁰².

¹⁰²BONELL, op.cit, p. 54.

Foram descritas, ainda, polêmicas de aplicabilidade da Convenção que surgem justamente em vista ao artigo em comento. A redação de uma cláusula contratual de direito aplicável pode gerar dúvidas com possível repercussão processual a fim de saber se foi ou não excluída a aplicabilidade da CISG para o contrato em questão. Nessa perspectiva, entende-se que muitos desses problemas de interpretação poderiam ter sido evitados caso as partes contratantes fizessem expressa menção à Convenção de Viena, seja para aplicá-la ou excluí-la, ainda que parcialmente. Isso evitaria, por exemplo, um possível conflito de leis no espaço ou uma possível exclusão onde esta não fora intentada pelas partes.

Isto posto, percebe-se a relevância do estudo ora apresentado, tendo em vista que a autonomia privada é um dos princípios mais relevantes do direito privado e ainda é motivo de controvérsias, vide dicotomia entre liberdade negativa e liberdade positiva. Este está traduzido na Convenção de Viena a partir do artigo 6º CISG, evidenciando ser a essência da Convenção.

REFERÊNCIAS

DOCTRINA

AMARAL, Francisco. Direito Civil: introdução. 2. ed. - Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

AMARAL, Francisco. _____ 2006.

AMARAL, Francisco. _____ 2008.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectiva estrutural e econômica. Revista de Direito Civil, São Paulo, nº46, out—dez. 1988.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito civil: teoria geral, vol. I, São Paulo, Saraiva, 2010.

BERLIN, Isaiah. Two Concepts of Liberty. In: Four Essays on Liberty. Oxford: Oxford University Press, 1979.

BONELL, in Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Giuffrè: Milan (1987).

BRIDGE, Michael. Uniform and Harmonized Sales Law: Choice of Law Issues, in J. Fawcett et al (Eds), International Sale of Goods in the Conflict of Laws. Oxford University Press, 2005.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Tratado de direito administrativo. 3.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1955. V. 1

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano; CORREIA, Alexandre Augusto de Castro. Manual de direito romano. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1955. V. 2.

DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico, RJ: Forense, 2001, verbete Direito Público.

ENDERLAIN, Fritz, MASKOW, Dietrich. INTERNATIONAL SALES LAW: United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Convention on the Limitation Period in the International Sale of Goods. Disponível em: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/enderlein.html>

FARIA, Roberta ElzykSimiqueli de. Direito Civil - Atualidades II: Da autonomia privada nas situações jurídicas patrimoniais e existenciais. FIUZA, Cesar; SA, Maria de Fatima Freire de; NAVES, Bruno Torquato de Oliveira (coord). Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FERRARI, Franco. Applicability and Applications of the Vienna Sales Convention (CISG), 4 Int'l Legal Forum.

_____. The CISG and Its Impact on National Legal (2008). Disponível em: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2843/8.pdf>

FERNANDES, Luís Alberto de Carvalho. Teoria Geral do direito civil. – 5ª ed. – Lisboa: Universidade Católica Editora, 2009. – vol I.

FERRIANI, Carlos Alberto. Teoria geral do direito civil. Renan Lotufo; Giovanni Ettore Nanni, coordenadores – São Paulo: Atlas, 2008.

FLECHTNER, Harry. M. Another CISG Case in the US Courts: Pitfalls for the Practitioner and Potential for Regionalized Interpretations, 15 J. L. & Com.127, na 131 (1995).

GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 14. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

HANDLIN, Oscar; HANDLIN, Mary. As dimensões da liberdade. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1964.

HAYEK, Friedrich von. Os fundamentos da liberdade. São Paulo: Visão, 1983.

IgnacioCorberaDale, “Fundamental breachunderthe CISG”, GarriguesAbogados y AsesoresTributarios, S.L.P. (2013).

LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil, v. 1: teoria geral do direito civil / Roberto Senise Lisboa – 8; ed. São Paulo: Saraiva, 2013

MAKALE, Hakemli. Freedom of Contract, Party Autonomy and Its Limit Under CISG. Hacettepe HFD, 6(1) 2016, p. 81.

MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e Solidariedade Social. In: _____.(org.) A Reconstrução do Direito Privado. São Paulo: RT, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 24ª edição, SP: Malheiros, 1999

MIRANDA, Pontes de. Tratado de direito privado. Campinas: Bookseller, 2000, v. 1.

MISTELIS, Loukas, emS. Kröll, L. Mistelis& P. Perales Viscasillas (Eds), UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG).

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Baron de La Brède e de. O espírito das Leis. Brasília: Editora UNB, 1982.

MOTA PINTO, Carlos Alberto da. Teoria Geral do Direito Civil. Atualizadores: Paulo Mota Pinto e Antonio Pinto Ribeiro. 4a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

NOZICK, Robert. Anarquia, Estado e Utopia. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994

Parecer nº 16, Exclusão da CISG nos termos do Art.6, Relatores: Doutora Lisa Spagnolo, Universidade de Monash, Austrália. Adotada pelo CISG-AC em seu 19o encontro, em Pretoria, África do Sul, 30 de Maio de 2014.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. – 25 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito Reale. —27 ed. — SãoPaulo : Saraiva, 2002

RUZKY, Carlos Eduardo Pianovski. Institutos fundamentais do Direito Civil e liberdade(s): repensando a dimensão funcional do contrato, da propriedade e da família / Carlos Eduardo PianovskiRuzyk. - Rio de Janeiro: GZ Ed, 2011.

SARMENTO, Daniel Antônio de Moraes. Os princípios constitucionais da liberdade e autonomia privada. Boletim Científico: Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília, n. 14 jan/mar 2004.

SCHLECHTRIEM, Peter. Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG) / edited by P Schlechtriem and I Schwenzer, Oxford University Press (2nd Ed.2005).

SCHROETER, Ulrich. G, To Exclude, to Ignore, or to Use?: Empirical Evidence on Courts', Parties' and Counsels' Approach to the CISG (with some Remarks on Professional Liability), in L. DiMatteo (Ed.), The Global Challenge of International Sales Law (Cambridge University Press, 2014), pp. 24-29. Disponível em inglês em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1981742.

UNCITRAL, digest de 2012, disponível em <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/digest-2012-06.html#14>

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. THE CISG AND PARTY AUTONOMY IN BRAZILIAN INTERNATIONAL CONTRACT LAW. Disponível em: www.hukukdergi.hacettepe.edu.tr/dergi/C6S1makale4.pdf

WITZ, Claude. Convention de Vienne sur le Contrats de Vente Internationale de Marchandises. Dalloz: Paris, 2008.

JURISPRUDÊNCIA

American Biophysics v. Dubois Marine Specialties, 411 F.Supp.2d 61, U.S. Vara Federal Rhode Island, 30 de Janeiro de 2006. Disponível em inglês em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/060130u1.html>

Apelação Cível Nº 70072362940, Décima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Umberto Guaspari Sudbrack, Julgado em 14/02/2017.

Asante Technologies v. PMC-Sierra. Disponível em inglês em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/010727u1.html>

BGH 25 November 1998; CISG-online 569, RIW 1999.

BSC Footwear Supplies Ltd v. Brumby St., Audiencia Provincial de Alicante, Espanha, 16 de Novembro de 2000. Disponível em inglês em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/001116s4.html>

CISG-online 616, 2001 US District Lexis 16 000.

Corte Apelante (OLG) Linz, 23 de Janeiro de 2006

Corte Apelante (OLG) Hamm, 9 de Junho de 1995

Corte Apelante (OLG) Stuttgart, 31 de Março de 2008.

Corte Apelante (OLG) Oldenburg 20 de Dezembro de 2007.

Delchi Carrier SpA v. Rotorex Corp. Disponível em inglês em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/951206u1.htm>

Doolim Corp. v. R Doll, LLC, U.S. Vara Federal (SDNY), 29 de Maio de 2009. Disponível em inglês em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090529u1.html>

Easom Automation Systems, Inc. v. Thyssenkrupp Fabco, Corp., 2007 WL 2875256, U.S. Vara Federal (E.D. Mich.), 28 de Setembro de 2007, CISG-online Case No 1601, disponível em inglês em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/070928u1.html> ('Easom Automation case').

Eyroflam SA v. PCC Rotterdam BV, Rechtbank [Vara Federal](Rb) Rotterdam, Holanda, 15 de Outubro de 2008. Disponível em inglês em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/081015n2.html>

Golden Valley Grape Juice and Wine, LLC v. Centrisys Corp., 2010 U.S. Dist. LEXIS 11884 (E.D. Cal.), 22 de Janeiro de 2010, disponível em inglês em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/100121u1.html> ('Golden Valley case').

GPL Treatment v. Louisiana-Pacific Corp., 894 P. 2d 470 (Or. Ct App., 1995), 12 de abril de 1995; aff'd 914 P. 2d 682 (Or, 1996), Corte de Apelo de Oregon, E.U.A. Disponível em inglês em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950412u1.html>

Handelsgericht des Kantons, [Corte Comercial de Cantonal], St. Gallen, Suíça, 15 de Junho 2010, 2009/164, CISG-online Case No 2159 , disponível em inglês em: <http://www.globalsaleslaw.org/content/api/cisg/urteile/2159.pdf>

HG Zurich, 9 de julho de 2002, CISG-online 726.

Ho Myung Moolsan, Co. Ltd. v. Manitou Mineral Water, Inc., U.S. Vara Federal (SDNY), 2 de Dezembro de 2010. Disponível em inglês em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/101202u1.html>.

OGH, 12 de fevereiro de 1998, CISG-online 349.

OGH 22 de Outubro de 2001, CISG-online 614.

Oberlandesgericht [Corte Apelante](OLG) Hamm, Alemanha, 9 de Junho de 1995. Disponível em inglês em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/950609g1.html>

Oberlandesgericht [Corte Apelante](OLG) Zweibrücken, Alemanha, 2 de Fevereiro de 2004. Disponível em inglês em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040202g1.html>

Oberlandesgericht [Corte Apelante](OLG) Oldenburg, Alemanha, 20 de Dezembro de 2007, disponível em inglês em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/071220g1.html>.

Rienzi & Sons, Inc., v. Puglisi. Vara Federal Americana (EDNY), 27 de Março de 2014. Disponível em inglês em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/140327u1.html>.

Sentença CCI No. 8453/1995, Outubro de 1995, ICC Court of Arbitration Bulletin, 2000, 55. Disponível em inglês em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/958453i1.html>

Sentença CIETAC, 24 de Março de 1998, CISG-online Caso No 930.

Shanghai Primeiro Tribunal Popular Intermediário, China, 22 de Março de 2011. Disponível em inglês em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/110322c1.html>

Suprema Corte, Áustria, 4 De Julho de 2007.

Suprema Corte, Hungria, 2007, Gfv.IX.30.372/2007/5. Disponível em: <http://www.google.com.au/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0CDAQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.szecskay.hu%2>

[Fdynamic%2FBacher_Application_of_CISG_in_HUNGARY.doc&ei=QqtgU4-fIMLolAWLroGgDA&usg=AFQjCNEcae1REvspVHWO5PscAV1PTy2pXg&bv m=bv.65636070,d.dGI](#)

Tribunal Civil de Cuneo, Itália, 31 de janeiro de 1996, disponível em inglês em: [http:// cisgw3.law.pace.edu/cases/960131i3.htm](http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960131i3.htm)

Tribunal Regional [Vara Federal](LG) Landshut, Alemanha, 5 de Abril de 1995.

Tribunal Regional [Vara Federal] Saarbrücken (LG), Alemanha, 1 de Junho de 2004, CLOUT Case Nº 590. Disponível em inglês em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040601g1.html>

Tribunal de Padova, 25 de Fevereiro de 2004.

Tribunal de Vigevano, Itália, 12 de Julho de 2000. Disponível em inglês em: <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000712i3.html>

Vara Federal (LG) Landshut, 5 de Abril de 1995.

W. S. Dodge, Teaching the CISG in Contracts, 50 Journal of Legal Education 72, em 74 (2000).

LEGISLAÇÃO

Código Civil Brasileiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm

Convenção das Nações Unidas Sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Tradução disponível em <http://www.cisg-brasil.net/doc/egrebler2.pdf>.

Decreto nº 8.343, de 13 de novembro de 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ ato2011-2014/2014/decreto/d8327.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/decreto/d8327.htm)

Lei Uniforme na Compra e Venda de Bens Internacionais (1964, Haia). Disponível em: <http://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulis-1964>.