

Introdução às regras de aplicação da Convenção da ONU sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias e o direito internacional privado brasileiro*

Introduction to the utilisation of the CISG and the brazilian conflict of law rules

Paul Hugo Weberbauer**

Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro Barza***

RESUMO

O presente artigo tem como objeto a incorporação da Convenção da ONU sobre a compra e venda internacional de mercadorias (Convenção de Viena 1980) no Direito brasileiro, ocorrida com o decreto legislativo 538 de 19 de outubro de 2012. O objetivo consiste em analisar o complexo sistema de aplicação da Convenção consagrado nos artigos 1, 2, 3, 6 e 12, além de estabelecer análise inicial sobre a inserção do princípio da natureza dispositiva dos Tratados existente no Direito do Comércio Internacional e suas implicações no sistema colisional brasileiro regido, principalmente, pela LINDB, além da questão da interferência do Código de Defesa do Consumidor. Para atingir tal fim, o estudo inicia com um breve histórico da Convenção de Viena 1980, com destaque às Conferências de Haia de 1964, passando a analisar os três vetores evidenciados nas regras de aplicabilidade da Convenção que são: (1) natureza do contrato; (2) tipo de objeto; e (3) localização espacial e temporal da relação contratual. Encerrando o estudo aborda-se a interferência do Código de Defesa do Consumidor (CDC) nessas regras. A metodologia empregada é a dedução, utilizando-se da investigação histórica e comparativa, uma vez que se trata de assunto recente e ainda de pouca abordagem pela doutrina brasileira.

Palavras-chave: Contratos internacionais. Convenção de Viena 1980. Aplicação. Direito Internacional Privado brasileiro.

ABSTRACT

This Study has as object the incorporation of the CISG in Brazil that happened with the Legislative decree 538 from October, 19, 2012. It aims to analyze the set of rules about the sphere of application of the CISG, mainly §1 – 3, §6 and §12, including an overview about the non-mandatory nature of the rules over the International Trade Law and its implications on the Brazilian Choice of Law rules and the question about the CISG utilization with the Brazilian Consumer Act (CDC). To achieve this, the study begins

* Recebido em: 05/03/2015
Aprovado em: 21/06/2015

** Doutor em Direito pela UFPE. Professor Adjunto de Direito Internacional Privado/Contratos internacionais do comércio na Faculdade de Direito do Recife/UFPE. Pesquisador integrante do grupo de pesquisa Integração Regional, Globalização e Direito Internacional (UFPE). E-mail: paul.weberbauer@ufpe.br

*** Doutora em Direito pela UFPE. Professora Associada de Direito Internacional Privado/Integração Latino-americana na Faculdade de Direito do Recife/UFPE. Pesquisadora líder do grupo de pesquisa Integração Regional, Globalização e Direito Internacional (UFPE). E-mail: eugenia.barza@ufpe.br

with a short historical analyze about the construction of the CISG, in specially it distinction from the Hague Conferences held in 1964. Next step is to analyze the three main vectors that rule the CISG application sphere: (1) the contract nature; (2) types of objects; and (3) the territorial and temporal element in the contractual relation. At end, we deal with the interference of the Brazilian Consumer Act (CDC) with the CISG application. The methodology used is the deduction, with help of the historical and comparative research over legislative and bibliographic sources.

Keywords: International Contracts. CISG. Sphere of application. Conflict of Law (Brazil).

1. INTRODUÇÃO

A Convenção da ONU sobre a compra e venda internacional de mercadorias, doravante denominada de Convenção de Viena 1980, pode ser considerada uma das iniciativas de uniformização de maior sucesso na busca de uma regulamentação uniforme e global do comércio internacional, a ponto de ter a adesão de 83 países, incluindo a maior parte dos países europeus, os Estados Unidos da América e a China, constituindo um dos pilares legislativos do Direito do Comércio Internacional contemporâneo¹.

A Convenção de Viena 1980 também pode ser considerada como o ponto maior da obra de três grandes juristas no estudo da compra e venda no plano comparado-internacional: Prof. Dr. Ernst Rabel (1874 - 1955†), Prof. Dr. Ernst von Caemmerer (1908 - 1985†) e o prof. Dr. Peter Schlechtriem (1933-2007†). Quais, não por acaso, constam no *hall of fame* do principal sítio sobre a Convenção de Viena 1980, o *Global Sales Law* mantido pela Universidade de Basel².

Destarte, a Convenção de Venda 1980 não deve ser só considerada como um simples tratado de uniformização, mas sim a expressão legislativa internacional de esforço coletivo dos maiores juristas da compra e venda do século XX para a implementação de sistema jurídico

uniforme ao plano internacional.

Esse esforço que se materializou legislativamente em 1980, no que tange ao Brasil, acabou sujeito a um longo e moroso debate sobre sua incorporação ou não no Direito brasileiro, mesmo com manifestações doutrinárias uníssonas sobre a importância e a necessidade do Brasil em aderir a esse tratado para promover maior segurança na regulamentação dos contratos internacionais pelo Direito brasileiro³.

Em 19 de outubro de 2012, seguindo a orientação da LXIX Reunião do Conselho de Ministros da Câmara de Comércio Exterior (Camex), apontando que a ratificação da Convenção de Viena 1980 contribuiria largamente para a segurança e a estabilidade das relações comerciais internacionais, o Congresso Nacional decidiu por sua ratificação integral, promulgando o Decreto Legislativo 538 de 18 de outubro de 2012⁴, sendo incorporada de pleno com a promulgação do Decreto N°. 8.327, de 16 de outubro de 2014, entrando em vigência no dia 1º de abril de 2014.

A inserção oficial da Convenção de Viena 1980 no ordenamento jurídico brasileiro traz uma série de impactos no Direito Internacional Privado brasileiro, qual é, ainda, dominado pela arcaica legislação de 1942, renomeada em 2010 com o sugestivo nome de Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro (LINDB), sendo o mais expressivo desses impactos o objeto do presente estudo: o âmbito de aplicação da Convenção de Viena 1980 e a sua natureza dispositiva.

A opção por analisar o âmbito de aplicação e a decorrente natureza dispositiva da Convenção de Viena 1980 decorre de suas características *sui generis* quando confrontada com a natureza autoexecutável dos Tratados incorporados, uma vez que, flertando com o *soft law*, a Convenção acaba por instalar micro sistema no que

3 SCHÜTZ, Hebert M. de A. Da necessidade de adesão do Brasil à convenção da ONU sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 14, n. 90, jul. 2011. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9865&revista_caderno=16> Acesso em: 07 nov. 2013.

4 BRASIL. Senado Federal. *Decreto Legislativo nº 538, 18 de outubro de 2012*. Aprova o texto da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, estabelecida em Viena, em 11 de abril de 1980, no âmbito da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2012/decretolegislativo-538-18-outubro-2012-774414-exposicao-demotivos-137984-pl.html>>. Acesso em: 21 nov. 2013.

1 REILEY, Eldon H. *International sales contracts: the UN convention and related transnational law*. Durham: Carolina Academic Press, 2008. p. 34.

2 GLOBAL SALES LAW. *Hall of fame*. Disponível em: <<http://www.globalsaleslaw.org/index.cfm?pageID=648>>. Acesso em: 23 nov. 2013.

tange a sua aplicabilidade, demonstrando alto grau de tecnicidade e zelo na sua técnica legislativa — características incomuns na legislação brasileira. Neste ponto, torna-se relevante a questão da compatibilidade entre essas regras flexíveis com as regra de caráter unilateral e indeterminado na redação legislativa do Código de Defesa do Consumidor (CDC), de modo a analisar se, no Brasil, o CDC consistiria em uma circunstância impeditiva para a aplicação da Convenção de 1980.

Diante desse contexto, o presente estudo inicia com um breve histórico da Convenção de Viena 1980, basicamente procurando abordar as Conferências de Haia de 1964, o nascimento da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL) e o próprio nascimento da Convenção de 1980, procurando expor os motivos que levaram ao alto grau de tecnicidade e sua natureza dispositiva.

No segundo momento, parte-se para a análise do microsistema de aplicação existente na Convenção, procurando oferecer uma interpretação para seus dispositivos iniciais, de forma a conciliar a redação dada com breves reflexões sobre sua interpretação.

Por fim, analisa-se a contraposição entre a natureza dispositiva da Convenção Viena 1980 com a disposição do art. 1º do Código de Defesa do Consumidor (CDC), de modo a tentar conciliar a natureza imperativa da legislação consumerista com a natureza comercial dispositiva da Convenção, procurando remover do pensamento jurídico brasileiro do CDC configurar como uma eventual circunstância impeditiva na aplicação da Convenção.

Quanto à metodologia, o estudo se utiliza da dedução cujos dados são oriundos da pesquisa dogmática sobre o tema, tentando conciliar a investigação legislativa com a investigação doutrinária, de forma a conciliar a legislação brasileira com os entendimentos mais aprofundados sobre a Convenção de Viena 1980 da doutrina estrangeira, em especial a alemã e a norte-americana, uma vez que a doutrina brasileira ainda não se encontra consolidada sobre o assunto em razão da sua recente inserção no Brasil.

Importante salientar que a investigação parte da premissa do Direito do Comércio Internacional para o Direito Internacional Privado brasileiro vigente, não havendo confusão com demais ramos do Direito privado (ex.: teoria contratual).

Também se destaca que procurou-se utilizar de fontes de fácil acesso para o leitor interessado em aprofundar seus estudos no tema da compra e venda internacional ou da uniformização do Direito privado no plano internacional.

2. A CONFERÊNCIA DE HAIA, A UNCITRAL E A CONVENÇÃO DE VIENA DE 1980

Como bem afirma John Honnold⁵, “*International affairs move with lightning speed only in war*”, a criação de normas internacionais constitui um processo lento e demorado. Assim, entender o surgimento da Convenção de Viena de 1980 consiste em tentar compreender um fenômeno de uniformização do Direito Privado (em especial o comercial) que, apesar de nascer no fim do século XIX, ganhou tremenda força na metade final do século XX, e que se mantém diante da globalização e do desenvolvimento do comércio virtual.

Desse processo histórico, ficaremos limitados a Conferência de Haia de 1964, momento histórico que influenciará, diretamente, no nascimento da UNCITRAL e, por consequência, na Convenção de Viena de 1980.

Inicialmente, é imperioso não confundir as Conferências de Haia de 1964 indicadas neste estudo como ponto desencadeador do surgimento da Convenção de Viena 1980, com o organismo internacional conhecido por Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado.

O organismo internacional conhecido como Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado consiste em uma organização composta atualmente por 74 Estados membros, fundada em 1893 por iniciativa do jurista holandês Tobias M. C. Asser⁶ tem por objetivo promover a uniformização das regras de Direito Internacional Privado, fim pelo qual já desenvolveu por volta de 35 convenções internacionais de diversos ramos do Direito Privado, e 27 dessas convenções estão em vigor⁷.

5 HONNOLD, John. *The uniform law for the international sale of goods: the Hague Convention of 1964*. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3058&context=lcp>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

6 HAGUE CONFERENCE OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *Overview*. Disponível em: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=4>. Acesso em: 21 nov. 2013.

7 REILEY, Eldon H. *International sales contracts: the UN convention and related transnational law*. Durham: Carolina Academic

Enquanto as Conferências de Haia refere-se às convenções diplomáticas realizadas na cidade de Haia, das quais resultaram dois tratados de uniformização da compra e venda internacional, conhecidos pelas siglas *ULIS* e *ULF* (em inglês, *Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of goods*) realizadas por iniciativa do Instituto de Roma (conhecido como UNIDROIT) como primeiras tentativas de uniformização da compra e venda internacional como explica Reiley:

During the period that the Hague Conference was looking at choice of law rules, UNIDROIT began to consider possible unification of substantive law applicable to international sales contracts. It prepared two conventions, which were both approved at a diplomatic conference held at The Hague in 1964. (The diplomatic conference which approved the two UNIDROIT conventions is not to be confused with the Hague Conference on Private International Law; which did not participate in the preparation of the substantive law conventions and which actually opposed them.) The two substantive law sales conventions became known collectively as the “Hague Conventions”. These are the direct predecessors or “ancestors” of the CISG⁸.

Em linhas gerais, esses dois tratados tem o mesmo objeto que a Convenção de Viena 1980, isto é, procuraram trabalhar com princípios gerais da compra e venda internacional, de forma a conciliar suas regras com as particularidades dos diferentes Estados nacionais, de forma a conferir uma ampla liberdade às partes quanto às estipulações contratuais⁹.

Também partilham o fato de que foram resultado de longo processo de elaboração, uma vez que essa Conferência de 1964 foram resultado de trabalhos de uniformização iniciados em 1930 pelo UNIDROIT, qual figurava como órgão auxiliar da Liga das Nações para fins de unificação do Direito privado. O primeiro desses trabalhos foi o esboço de um direito uniforme para o Direito privado, o qual ficou pronto em 1935, sofrendo revisão em 1939, 1956 e, finalmente, em 1963, sendo convertido em proposta a ser ratificada pela Conferência de 1964¹⁰.

Press, 2008. p. 4-5.

8 REILEY, Eldon H. *International sales contracts: the UN convention and related transnational law*. Durham: Carolina Academic Press, 2008. p. 10.

9 NDULO, Muna. *The Vienna Sales Convention 1980 and the Hague Uniform Laws on International Sale of Goods 1964: a comparative analysis*. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1065&context=facpub>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

10 HONNOLD, John. *The uniform law for the international sale of goods:*

Infelizmente, esse longo processo de elaboração acabou apresentando falhas, as quais acabaram por gerar resistências tanto na sua aceitação, como também, na sua ratificação pelos Estados participantes da Conferência de 1964.

A primeira falha não decorreu dos textos em si, mas sim do número e da natureza dos participantes na Conferência: somente 28 países participaram, e a representação dos países comunistas e os em desenvolvimento foi precária, conferindo uma impressão de que os textos em debate estariam estabelecendo tratamento jurídico favorável aos países industrializados não comunistas, gerando forte rejeição quanto a sua aceitação ou ratificação por parte dos primeiros¹¹.

A segunda falha decorreu do próprio andamento da Conferência, a qual foi marcada por um clima de que ora oscilava entre “exaltação, exaustão e desespero¹²”, situação derivada pela escassez de tempo para apreciação dos textos, uma vez que alguns participantes haviam se tornado recentemente membros do UNIDROIT¹³ e a própria estrutura da Conferência não dinamizava os debates devido ao fato de os trabalhos terem sido separados em três conferências distintas: uma sobre a uniformização do Direito, uma sobre a formação contratual, e, uma terceira para a implementação das regras aprovadas.

Essas (sub) conferências acabaram por serem subdivididas em dezenas de comissões, quais deveriam relatar suas decisões para o comitê elaborador dos textos. Ao fim, essa falha decorrente do andamento da Conferência pode ser resumida no dilema enfrentado pelo comitê

the Hague Convention of 1964. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3058&context=lcp>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

11 NDULO, Muna. *The Vienna Sales Convention 1980 and the Hague Uniform Laws on International Sale of Goods 1964: a comparative analysis*. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1065&context=facpub>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

12 HONNOLD, John. *The uniform law for the international sale of goods: the Hague Convention of 1964*. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3058&context=lcp>>. Acesso em: 06 nov. 2013

13 Como destaque nessa situação os EUA, que somente se tornaram membros do UNIDROIT em dezembro de 1963, ou seja, quatro meses antes da Conferência. A respeito, elucidativo o trabalho de HONNOLD, John. *The uniform law for the international sale of goods: the Hague Convention of 1964*. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3058&context=lcp>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

final: “ter um pássaro na mão, ou dois voando?”¹⁴”.

Além dessas duas falhas, uma terceira falha ainda é digna de nota: o texto elaborado, em especial na confecção da *ULIS*, era demasiadamente abstrato e dotado de um grau de complexidade tal qual tornava sua aplicação confusa. Isto é, o texto continha uma série de ambiguidades e de expressões de difícil entendimento até mesmo para profissionais especializados, a ponto de gerar um âmbito de aplicação tão amplo que simplesmente podia-se ignorar o uso de regras colisionais para sua aplicação¹⁵.

Ao fim da Conferência de Haia de 1964, os que haviam participado desta, bem como aqueles estudiosos posteriores da uniformização internacional chegaram à conclusão de que tanto a *ULIS* como a *ULF* tinham muito pouco de comércio internacional e, em demasia, conteúdo de comércio exterior, constatação evidenciada pela pouca atenção dada as transações intercontinentais nesses documentos¹⁶.

Ocorre que, apesar de falhar em apresentar uma sistematização legislativa para uniformizar regras do comércio internacional, as falhas observadas na Conferência de 1964 acabaram por influenciar a comunidade internacional da importância e necessidade de existirem regras uniformes para o comércio internacional, bem como a conscientizar aos internacionalistas privatistas da urgência em consolidar um microsistema próprio: o Direito do Comércio Internacional.

Nesse sentido, em 17 de dezembro de 1966, por força da Resolução 2205 (XXI) da Organização das Nações Unidas (ONU), a comunidade internacional decidiu pela criação de uma Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL), cujo objetivo principal consiste em desenvolver e modernizar as regras do comércio internacional,

procurando fomentar um consenso entre os membros da Comunidade Internacional para a criação de tratados que regulamentem o comércio internacional. Esses tratados teriam a expressão “Nações Unidas” em sua denominação, como marca de ser resultado de iniciativa global, sem favorecimentos e sem polarizações de qualquer tipo¹⁷.

A UNCITRAL teve sua primeira sessão em 1968, quando solicitou ao secretariado geral da ONU que enviasse questionário para os membros daquela organização e para qualquer uma de suas agências especializadas, para se manifestarem sobre suas posições quanto às Conferências de Haia de 1964, as quais ainda não se encontravam em vigor¹⁸.

Com base nessas manifestações, em 1969 foi criado um grupo de trabalho para elaborar proposta que viesse a solucionar a questão da regulamentação da compra e venda internacional, de forma a conciliar o que fora obtido nas Conferências de 1964 e os interesses de cada membro da ONU, de forma a serem consolidadas em um só tratado, cuja natureza seria autoexecutiva e, por consequência, não gerasse a necessidade de adaptações por parte das legislações nacionais para ser incorporado por estas¹⁹.

Com base nesse grupo de trabalho, desse esboço oficialmente lançado como iniciativa da ONU em 1969, na 10ª sessão da UNCITRAL, adotou-se o texto provisório a ser votado artigo por artigo em Conferência diplomática própria, a ser realizada em Viena, Áustria em 1980 que nasceu a Convenção de Viena 1980.

Em suma, colocando-se em uma análise macroscópica, a Convenção de Viena 1980 tanto no esforço dos juristas como nas lições dos fracassos das iniciativas anteriores, não sendo sem razão afirmar que a adoção da Convenção foi o produto de meio século de trabalho árduo e intenso para a elaboração de lei uniforme para os contratos de compra e venda internacionais²⁰.

14 HONNOLD, John. *The uniform law for the international sale of goods: the Hague Convention of 1964*. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3058&context=lcp>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

15 NDULO, Muna. *The Vienna Sales Convention 1980 and the Hague Uniform Laws on International Sale of Goods 1964: a comparative analysis*. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1065&context=facpub>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

16 NDULO, Muna. *The Vienna Sales Convention 1980 and the Hague Uniform Laws on International Sale of Goods 1964: a comparative analysis*. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1065&context=facpub>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

17 REILEY, Eldon H. *International sales contracts: the UN convention and related transnational law*. Durham: Carolina Academic Press, 2008. p. 5.

18 NDULO, Muna. *The Vienna Sales Convention 1980 and the Hague Uniform Laws on International Sale of Goods 1964: a comparative analysis*. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1065&context=facpub>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

19 REILEY, Eldon H. *International sales contracts: the UN convention and related transnational law*. Durham: Carolina Academic Press, 2008. p. 10.

20 BONNEL, Michael J. apud MORAES, Fabíola. *Aproximação do*

3. O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DE VIENA 1980

3.1. Os três vetores do sistema de aplicação da Convenção

No que tange ao sistema de aplicação adotado pela Convenção, primeiro se faz necessário ressaltar que a Convenção só tem aplicação a relações comerciais e internacionais, sejam estas a nível regional ou global, não devendo ser aplicada para relações nacionais, demonstrando claro respeito por parte da Convenção para com os Direitos nacionais de cada país signatário. Ignorar essas duas premissas constitui desvirtuar o próprio sentido da Convenção e sua utilidade.

A Convenção constitui produto do Direito do Comércio Internacional e, em regra, deve ser interpretada em consonância aos princípios e regras consolidados neste.

Feita essa ressalta, pode-se iniciar a análise da aplicabilidade da Convenção com base na redação de seu artigo 1º:

- (1) esta Convenção aplica-se aos contratos de compra e venda de mercadorias entre partes que tenham estabelecimentos em Estados distintos;
 - (a) quando tais Estados forem Contratantes; ou
 - (b) quando as regras de direito internacional privado levarem à aplicação da lei de um Estado Contratante.
- (2) Não será levado em consideração o fato de as partes terem seus estabelecimentos comerciais em Estados distintos, quando tal circunstância não resultar do contrato, das tentativas entre as partes ou de informações por elas prestadas antes ou no momento de conclusão do contrato.
- (3) Para a aplicação da presente Convenção não serão considerados a nacionalidade das partes, nem o caráter civil ou comercial das partes ou do contrato.²¹

direito contratual dos estados-membros da União Européia. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 169.

21 BRASIL. Senado Federal. *Decreto Legislativo nº 538, 18 de outubro de 2012*. Aprova o texto da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, estabelecida em Viena, em 11 de abril de 1980, no âmbito da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2012/decretolegislativo-538-18-outubro-2012-774414-exposicao-demotivos-137984-pl.html>>. Acesso em: 21 nov. 2013.

Com base nesse dispositivo, pode-se dividir o sistema de aplicação estabelecido na Convenção nos seguintes vetores: (1) natureza do contrato; (2) Tipo de objeto; e (3) localização espacial das partes e tempo do contrato.

O primeiro vetor, ora denominado de natureza do contrato, consiste na determinação de que a Convenção somente se aplica a contratos de compra e venda, sendo esse vetor auxiliado pela previsão do art.3º da Convenção:

- (1) serão considerados contratos de compra e venda os contratos de fornecimento de mercadorias a serem fabricadas ou produzidas, salvo se a parte que as encomendar tiver de fornecer parcela substancial dos materiais necessários à fabricação ou à produção.
- (2) não se aplica esta Convenção a contratos em que a parcela preponderante das obrigações do fornecedor das mercadorias consistir no fornecimento de mão de obra ou de outros serviços²²

Nesse ponto, surgem duas questões controversas na doutrina: (1) a definição de “parcela substancial” e (2) a questão dos *softwares*.

Quando o item 1 do Art. 3º utiliza a expressão “parcela substancial”, ocorre um problema de indeterminação, uma vez que existe uma tradução diferente para cada idioma dessa expressão (*part essentielle, substantial part*), bem como a doutrina se divide na hora delimitar um conceito, havendo a corrente minoritária que prevalece o quesito qualidade do material fornecido, enquanto a corrente majoritária determina que a interpretação de substancial deve ser aferida pelo valor econômico²³.

A outra questão problemática refere-se aos *softwares*, uma vez que à época de feitura da Convenção, esse tipo de objeto era raro, mas que, a partir de 1990, acabou gerando um campo totalmente novo dentro do contexto do comércio virtual. Essa problemática decorre, especialmente, da modalidade de entrega por via de descarregamento digital (*download*), que não se insere de forma

22 BRASIL. Senado Federal. *Decreto Legislativo nº 538, 18 de outubro de 2012*. Aprova o texto da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, estabelecida em Viena, em 11 de abril de 1980, no âmbito da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2012/decretolegislativo-538-18-outubro-2012-774414-exposicao-demotivos-137984-pl.html>>. Acesso em: 21 nov. 2013.

23 PIGNATTA, Francisco. *Comentários a Convenção de Viena de 1980*: artigo 3. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/doc/fpignatta-art3.pdf>> Acesso em: 01 nov. 2013.

plena nem no conceito de compra e venda de mercadoria (tradição) ou de fornecimento de um serviço.

The CISG does not refer to software. European courts have struggled with the question of applicability of the CISG to sales and licenses of software. Software may be contained in a disc and boxed and “sold” in a transaction that looks and feels very much like a sale of goods. It may also be transferred electronically. A transfer of software usually involves a license from the manufacturer to the ultimate user. Generally the license is non-exclusive and the right to use is not transferable. In such transactions the application of the CISG raises not only the issue of whether software is “goods”, but also the issue of whether a license to use is a “sale”²⁴.

Como ainda não há posicionamento nem na doutrina, nem na jurisprudência brasileira consolidado sobre essa temática, pode-se realizar a análise na ótica do Direito norte-americano e do Direito alemão.

Do ponto de vista norte-americano, a posição majoritária da doutrina quanto à aplicabilidade da Convenção de Viena 1980 sobre *softwares* (especialmente licenças) é a de aconselhar as cortes a se socorrerem em comentaristas internacionais e jurisprudência comparada²⁵, como as disponibilizadas no *Case Law on UNCITRAL Text (CLOUT)*, banco de dados sobre a aplicação da Convenção por diferentes países signatários, antes de chegarem a uma decisão. Já no Direito alemão, em regra geral, os *softwares* padrão estão inclusos no conceito de mercadoria e, mesmo a entrega sendo por meio digital, a relação está sob possibilidade de aplicação da Convenção de Viena 1980²⁶. Mas, importante salientar, que, mesmo em relação a esse Direito, o assunto não é pacífico, uma vez que a caracterização ou não da sujeição do *software* a Convenção é determinada pela característica da relação contratual completa, isto é, tem de caracterizar compra e venda, não sendo caracterizada a compra e a venda, mas um licenciamento, restaria o *software* excluído do âmbito de aplicação da Convenção.

Em suma, quanto ao *software*, é imperioso o jurista observar a legislação nacional de cada país envolvido,

bem como a relação jurídico-contratual firmada antes de propor a aplicação da Convenção.

No caso do Brasil, para analisar essa situação pode-se resumir três abordagens para a questão: (1) adoção de cláusula de *opt-in*, incorporando expressamente a Convenção ao contrato; (2) adoção de cláusula de *opt-out*, excluindo expressamente a aplicação da Convenção àquele contrato; ou (3) celebrar o contrato em um país no qual o Direito nacional expressamente regule a questão do *software* e sua relação com a Convenção de Viena 1980.

Aproveitando a questão do *software*, pode-se proceder para o segundo vetor que compõe a aplicação da Convenção, denominado nesse contexto o tipo de objeto ao qual a relação contratual está transacionando, isto é, quais são os objetos não considerados mercadoria para fins da Convenção, elencados no Art.2º

Esta Convenção não se aplicará às vendas:

- (a) de mercadorias adquiridas para o uso pessoal, familiar ou doméstico, salvo se o vendedor, antes ou no momento de conclusão do contrato, não souber, nem devesse saber, que as mercadorias são adquiridas para tal uso;
- (b) em hasta pública;
- (c) em execução judicial;
- (d) de valores mobiliários, títulos de crédito e moeda;
- (e) de navios, embarcações, aerobarcos e aeronaves;
- (f) de eletricidade.²⁷

Em regra, nenhum dos itens listados neste artigo deve ser considerado como pertencente à definição de mercadoria para fins de aplicação da Convenção. O mais importante, porém, é a de que não se deve considerar a vedação da alínea “a” como uma forma de denominação dos contratos de consumo na década de 1980 do século XX, uma vez que o emprego das expressões “uso pessoal, familiar ou doméstico” foi utilizado de forma que não atrapalhasse a adesão dos países à Convenção²⁸,

24 REILEY, Eldon H. *International sales contracts: the UN convention and related transnational law*. Durham: Carolina Academic Press, 2008. p. 32.

25 REILEY, Eldon H. *International sales contracts: the UN convention and related transnational law*. Durham: Carolina Academic Press, 2008. p. 33.

26 GILDEGGEN, Rainer; WILLBURGER, Andreas. *Internationale Handelsgeschäfte: das recht des grenzüberschreitenden handels*. 3. ed. Munique: V. F. Vahlen, 2010. p. 28-29.

27 BRASIL. Senado Federal. *Decreto Legislativo nº 538, 18 de outubro de 2012*. Aprova o texto da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, estabelecida em Viena, em 11 de abril de 1980, no âmbito da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2012/decretolegislativo-538-18-outubro-2012-774414-exposicaodemotivos-137984-pl.html>>. Acesso em: 21 nov. 2013.

28 PIGNATTA, Francisco. *Comentários a Convenção de Viena de 1980: artigo 2*. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/doc/>>

dado que sua margem de interpretação é por demais abrangente na diversidade das legislações nacionais para possibilitar tal interpretação.

Mas, invariavelmente, esse vetor de aplicação da Convenção tem intrínseca relação com o Direito do consumidor brasileiro, uma vez que a exclusão dos contratos de consumo é feita de forma extremamente indireta, e a delimitação de consumidor no Direito brasileiro é de natureza casuística, isto é, constitui conceito indeterminado a ser definido *in concreto*.

Outro ponto controverso constitui a previsão final dessa mesma alínea “a” art. 2º de possibilitar ao vendedor invocar a aplicação da Convenção caso não soubesse²⁹ que os itens seriam utilizados para fins pessoais, familiar ou doméstico, situação qual, numa interpretação extensiva, possibilitaria a aplicação da Convenção, mesmo se tratando de relação de consumo. Este é um assunto que, certamente, será desafio ainda a ser tratado pela jurisprudência brasileira, pois teoricamente a única solução que possamos visualizar atualmente consiste na de que esse poder conferido pela inconsciência do vendedor só poderá ser exercido em harmonia com a legislação consumerista em vigor do país cujo direito será o aplicado ao caso³⁰.

O terceiro vetor que compõe o sistema de aplicação da Convenção é a situação espaço-temporal das partes contratantes, decompondo-se na localização geográfica dos estabelecimentos comerciais e o tempo de formação do contrato.

O primeiro elemento componente desse vetor constitui a localização geográfica dos estabelecimentos comerciais das partes, nesse entendimento deve-se ressaltar que não se deve interpretar o termo “estabelecimento” conforme o art. 1142 do Código Civil Brasileiro (como complexo de bens organizado para exercício de empresa), mas sim de local principal do exercício das atividades comerciais realizadas pelas partes, como explica

A doutrina majoritária considera que “estabelecimento” deve ser entendido como uma atividade comercial estável e permanente, dotada de

fpignatta-art2.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2013.

29 Nesse ponto, a Convenção se aproximou muito da *Theory of Unconscionability* existente no Direito anglo-saxão, na qual pode-se alterar ou extinguir o contrato se comprovada a inconsciência de uma das partes para com os efeitos e consequências da obrigação assumida.

30 Essa relação entre o CDC e a aplicação da Convenção de Viena 1980 será retomada mais adiante (vide infra 4).

certa independência. Também em outros artigos da Convenção o termo “estabelecimento” é utilizado (art. 24, 31, 42 e 69). Em todos eles, a ideia de uma atividade estável está presente³¹

Em outras palavras, para fins de aplicabilidade da Convenção, ambos os locais de exercício da atividade comercial das partes envolvidas no contrato têm de estarem situadas em Estados distintos e ambos com a Convenção incorporada em seus Direitos nacionais.

Nesse sentido, em se tratando de filiais ou partes sem estabelecimentos fixo ou determináveis, a Convenção estipula, respectivamente, o aspecto da proximidade contratual e o aspecto do local da residência habitual, conforme Art.10º

Para os fins da presente Convenção:

(a) quando uma parte tiver mais de um estabelecimento comercial, será considerado como tal aquele que tiver relação mais estreita como o contrato e com sua execução, tendo em vista as circunstâncias conhecidas pelas partes ou por elas consideradas antes ou no momento da conclusão do contrato;

(b) se uma parte não tiver estabelecimento comercial, considerar-se-á sua residência habitual³²

O aspecto da proximidade contratual, seja com o contrato em si (instrumento) ou com sua execução, determina que a delimitação do estabelecimento será realizada de forma a considerar os elementos anteriores e posteriores da formação contratual, bem como qualquer circunstância relevante envolvendo o contrato, considerando-se o estabelecimento que, no conjunto da análise desses elementos, estiver mais próximo da relação contratual³³.

Esse elemento reforça a tese de que a Convenção somente se aplica a contratos internacionais, não se devendo cogitar sua aplicação para relações de caráter nacional, ou, dentro do pensamento da Convenção, re-

31 PIGNATTA, Francisco A. *comentários a Convenção de Viena de 1980*: artigo 1. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/doc/fpignatta-art1.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2013.

32 BRASIL. Senado Federal. *Decreto Legislativo nº 538, 18 de outubro de 2012*. Aprova o texto da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, estabelecida em Viena, em 11 de abril de 1980, no âmbito da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2012/decretolegislativo-538-18-outubro-2012-774414-exposicao-demotivos-137984-pl.html>>. Acesso em: 21 nov. 2013.

33 GILDEGGEN, Rainer; WILLBURGER, Andreas. *Internationale hantelgeschäfte: das recht des grenzüberschreitenden handels*. 3. ed. Munique: V. F. Vahlen, 2010. p. 143.

lações ocorridas entre duas partes que tenham seu estabelecimento comercial em um mesmo Estado.

Importante salientar que o aspecto geográfico não é absoluto, pois assim como contratos internacionais não necessariamente surgem de partes localizadas em diferentes partes do mundo, existe a possibilidade de se desconsiderar o aspecto quando a aplicação da Convenção vier por força das regras de Direito Internacional Privado, seja por utilização do método colisional tradicional, ou seja, pela forma da autonomia da vontade das partes (de forma expressa por forma de cláusula *opt-in*).

Por fim, o outro elemento componente desse vetor constitui o tempo do contrato, ou melhor, a existência da incorporação formal da Convenção pelo Direito nacional dos Estados nos quais as partes tenham seus estabelecimentos comerciais, ou que o Direito Internacional privado tenha indicado como aplicável para a relação contratual.

Trata-se de constatação óbvia, não basta que os Estados envolvidos pelo aspecto geográfico ou pelo aspecto colisional tenham somente assinado a Convenção, esta tem de ser parte integrante daquele ordenamento jurídico, ou seja, tem de estar ratificada.

Esse elemento temporal está consagrado no Art.100 da Convenção:

(1) esta Convenção somente aplicará à formação do contrato quando a oferta de conclusão do contrato se fizer da data de entrada em vigor da Convenção, com relação aos Estados Contratantes a que se refere à alínea (a) do parágrafo (1) do artigo 1, ou com relação ao Estado Contratante a que se refere à alínea (b) do parágrafo (1) do artigo 1.

(2) Esta Convenção somente se aplicará aos contratos concluídos a partir da data de entrada em vigor da Convenção com relação aos Estados Contratantes a que se refere à alínea (a) do parágrafo (1) do artigo 1, ou com relação ao Estado Contratante a que se refere à alínea (b) do parágrafo (1) do artigo 1.³⁴

Para finalizar, em relação a essa parte referente aos três vetores que compõe o sistema de aplicação da Convenção, é necessário esclarecer que a doutrina especia-

lizada considera ainda a existência das “circunstâncias impeditivas”, situações que por natureza pessoal ou por decorrência de estipulação contratual impediriam a aplicação da Convenção, mesmo se os três vetores indicassem sua incidência³⁵.

Em brevíssimo resumo, as circunstâncias impeditivas de natureza pessoal dizem respeito diretamente aos três vetores ora analisados. Isso significa que, quando as partes envolvidas, ou a natureza do contrato ou o tipo de objeto se enquadram em uma das vedações expressas, ou não se enquadram em um dos critérios estipulados pela Convenção, a aplicabilidade da Convenção estaria impedida por ocorrência de um impedimento pessoal.

Por exemplo: tenho um contrato de compra e venda de energia elétrica entre duas partes com estabelecimentos comerciais em países distintos, ambos signatários e ratificadores da Convenção. Não aplico a Convenção por força da circunstância impeditiva de que energia elétrica não consiste em mercadoria para fins de aplicação da Convenção. Logo tem-se impedimento pessoal derivado da interpretação do Art. 2º alínea “f”.

Por outro lado, tem-se o conjunto de circunstâncias impeditivas decorrentes de disposição contratual. Nesse caso, a aplicação da Convenção não vai ocorrer por força de disposição contratual, isto é, por força da autonomia da vontade das partes em denegar de forma expressa a incidência da Convenção (a cláusula de *opt-out*). Trata-se de manifestação do princípio da natureza dispositiva e a questão da função negativa da autonomia da vontade.

3.2. O princípio da natureza dispositiva e a função negativa da autonomia da vontade

Como há ter ficado evidenciado, o grande problema que o legislador da Convenção de Viena 1980 foi o de conseguir estabelecer ambiente harmonioso na diversidade legislativa para estabelecer regras uniformes para um fenômeno contratual *sui generis* na teoria do Direito privado: o contrato internacional.

O contrato internacional, sejam em qualquer de suas manifestações, é um fenômeno cuja compreensão foge

34 BRASIL. Senado Federal. *Decreto Legislativo nº 538, 18 de outubro de 2012*. Aprova o texto da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, estabelecida em Viena, em 11 de abril de 1980, no âmbito da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2012/decretolegislativo-538-18-outubro-2012-774414-exposicao-demotivos-137984-pl.html>>. Acesso em: 21 nov. 2013.

35 GILDEGGEN, Rainer; WILLBURGER, Andreas. *Internationale Handelsgeschäfte: das recht des grenzüberschreitenden handels*. 3. ed. Munique: V. F. Vahlen, 2010. p. 139.

de um só ordenamento jurídico. Porém, com auxílio do Direito comparado, observou-se que “os grandes sistemas jurídicos não diferem de forma marcante na forma de conceituar contrato, embora a explicação da *razão pela qual contratos obrigam* seja bastante variada³⁶”.

Isso significa que o processo de construção da Convenção levou em conta tanto as características comuns dos diferentes direitos nacionais, bem como as particularidades do plano internacional para conseguir estabelecer regras globalmente aceitas.

Em vista dessa situação, que invariavelmente acaba redundando na polarização entre as necessidades do comércio internacional, da liberdade das partes nos contratos e as famigeradas normas imperativas de cada legislação nacional, acabou por dar nascimento ao princípio da natureza dispositiva.

O princípio da natureza dispositiva consiste em uma manifestação dentro do Direito do Comércio Internacional do corolário da liberdade de contratar e de determinar o conteúdo do contrato de modo a possibilitar as partes tal grau de liberdade a ponto de poderem moldar a legislação internacional para atender às suas necessidades³⁷.

Esse princípio está expressamente consagrado na Convenção de Viena 1980, quando em seu art. 6º define 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 12³⁸”.

Esse tipo de previsão legislativa, até a incorporação pelo Brasil da Convenção, era totalmente desconhecido. Basicamente, trata-se da possibilidade de, por força da autonomia da vontade, as partes poderem tanto aderir a Convenção (cláusula de *opt-in*), tanto alterar a interpretação de seus dispositivos, como, também, optarem por não sujeitarem sua relação contratual a Convenção (cláusula *opt-out*).

Os únicos limites para a utilização dessa prerrogativa convencional seriam a boa-fé e as normas imperativas, cuja aplicação não pode ser afastada por vontade das partes. Nesse sentido, o princípio mantém a concepção de liberdade dentro do Direito, e não dá vazão a ideia de soberania da vontade das partes.

Nesse ponto, a Convenção consagra não só a autonomia da vontade para escolher direito aplicável, como também para denegar a aplicação da Convenção. Isto é, pela Convenção a autonomia da vontade além da função positiva (escolher), também possui a função negativa (denegar, moldar a legislação).

Dentro do microsistema do Direito do Comércio Internacional, essa situação e esse princípio não geram complexidade ou perplexidade, pois trata-se de um ambiente em que a liberdade contratual, desde que dentro da boa-fé e não ofendendo as normas imperativas, tem supremacia. Porém, quando se adentra no Direito brasileiro, a história fica complexa.

Como já afirmando no estudo proposto neste artigo, a principal legislação de Direito Internacional Privado brasileiro é arcaica, trata-se da LINDB de 1942, renomeada em 2010, na qual não existe previsão para a possibilidade das partes escolherem o direito aplicável para seus contratos, uma vez que o art. 9º LINDB consagra a lei do local da celebração como determinante do direito aplicável às obrigações. Essa ausência expressa da autonomia da vontade (elemento de conexão) acabou gerando na doutrina brasileira o entendimento de que esta não consiste em parte integrante do sistema colisional brasileiro, como explica

No ordenamento jurídico brasileiro poderão as partes escolher a lei aplicável aos contratos internacionais? Não, deve ser a resposta. Em matéria de contratos, o art.9º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro de 1942, utiliza o local da constituição da obrigação (*lex loci celebrationis*) como elemento de conexão para determinação da lei aplicável aos contratos internacionais firmados entre presentes³⁹.

Essa situação acaba gerando uma situação problemática: se o pensamento jurídico brasileiro tem dificuldades em aceitar a função positiva da autonomia da vontade, como fica a situação da função negativa consagrada na Convenção?

39 AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. *Autonomia da vontade nos contratos eletrônicos internacionais de consumo*. 2006. 292 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006. p. 186.

36 CRETELLA NETO, José. *Contratos internacionais: cláusulas típicas*. Campinas: Millennium, 2011. p. 7.

37 GAMA JR., Lauro. *Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT*: 2004. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 303.

38 BRASIL. Senado Federal. *Decreto Legislativo nº 538, 18 de outubro de 2012*. Aprova o texto da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, estabelecida em Viena, em 11 de abril de 1980, no âmbito da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2012/decretolegislativo-538-18-outubro-2012-774414-exposicao-demotivos-137984-pl.html>>. Acesso em: 21 nov. 2013.

Enquanto os três vetores consagrados nos artigos 1 a 5 da Convenção são desafiantes, somente pelo alto grau de tecnicidade com a qual foram elaborados, a previsão do art. 6º claramente vai em sentido contrário a interpretação dominante do art. 9º da LINDB.

Nesse ponto surge a pergunta: se a função negativa da autonomia da vontade, manifestada por cláusula de *opt-out* é uma circunstância impeditiva por disposição contratual da aplicação da Convenção, como ficaria o caso de, se por força do art. 9º LINDB, o direito do local da celebração tiver ratificado a Convenção? Manter-se-á a cláusula de *opt-out* como impedimento, ou prevalecerá a disposição da LINDB?

Aqui, opina-se que existe uma necessidade real de reformulação legislativa do art. 9º da LINDB, bem como uma reformulação geral do pensamento jurídico brasileiro dominante para com a autonomia da vontade, bem como a questão da recepção dos princípios mais liberais do Direito do Comércio Internacional no Brasil.

4. O CDC É CIRCUNSTÂNCIA IMPEDITIVA PARA APLICAÇÃO DA CONVENÇÃO DE VIENA 1980?

Em razão da intrínseca relação entre a Convenção de Viena 1980 e as regras de Direito Internacional Privado, não poderia o estudo olvidar-se do mais tormentoso assunto que assola o Direito Internacional Privado brasileiro: as normas imperativas.

Não por acaso, o último ponto a ser analisado nessa breve introdução às regras de aplicação da Convenção não poderia ser nenhum outro que o marco maior de imperatividade na legislação brasileira que é Código de Defesa do Consumidor (CDC). Seria o CDC uma circunstância impeditiva de aplicação da Convenção?

Para elaborar uma resposta para essa questão, tem de se compreender o caráter imperativo do CDC, isto é, quais são os elementos que enquadram o CDC como norma imperativa de Direito Internacional Privado brasileiro: (1) o uso da expressão “ordem pública” no art.1º CDC; e (2) A concepção do CDC como norma de “soberedireito”.

Ordem pública constitui um conceito indeterminado que varia conforme o ramo do Direito que se estuda e, principalmente, exerce função radicalmente diferente em cada ramo.

A explicação dada pelos autores do anteprojeto para a inserção dessa expressão no art. 1º do CDC foi a de conferir caráter de inderrogabilidade as suas previsões, de forma a ser matéria a ser aplicada *ex officio* pelo magistrado, quando analisando uma lide oriunda de relação de consumo⁴⁰.

Em suma, utilizaram o significado comum da expressão existente no Direito Civil e no Processo Civil, aparentemente ignorando as ramificações no Direito Internacional Privado de tal utilização.

Porém, como não existe interpretação autêntica no Direito brasileiro, o legislador ao inserir a expressão “ordem pública” no art. 1º do CDC⁴¹ acabou por estabelecer inserir esse diploma legislativo no campo das normas imperativas do Direito Internacional Privado, uma vez que a principal noção de ordem pública se vincula ao instituto consagrado no art.17 da LINDB, conhecida como ordem pública internacional.

Nessa perspectiva nasce o problema do CDC como possível circunstância impeditiva para aplicação da Convenção de Viena: se o CDC constitui norma de ordem pública, em seu sentido clássico e estrito, significa que sua incidência vai excluir a aplicação de qualquer Direito estrangeiro naquela relação jurídica com elemento extranacional.

Pode-se refutar alegando que a Convenção de Viena 1980 não é aplicável aos contratos de consumo e, portanto, essa concepção do CDC como lei de ordem pública seria falso problema. Porém essa refutação é falaciosa.

Em primeiro momento, a questão da imperatividade do CDC entra em colisão com a alínea “a” do art. 2º Convenção de Viena de 1980, em que a própria Convenção determina sua aplicação nos casos em que o vendedor não tinha ciência de que os bens vendidos eram para uso pessoa, doméstico ou familiar. Novamente, ampliando esse entendimento, a Convenção de Viena de 1980 se aplica a relações de consumo nas quais se constatou que uma das partes (o vendedor), não sabia que estava realizando uma relação dessa modalidade.

40 GRINOVER, Ada P. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 24.

41 BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 21 nov. 2013.

Nesse ponto, ao manter-se a visão estrita sobre a ideia de ordem pública e o CDC, basicamente a alínea “a” do art. 2º da Convenção se torna letra morta, pois toda vez que o vendedor a invocasse, a natureza de cláusula de barreira do CDC iria impedir sua aplicação.

O outro momento relevante sobre a intersecção da imperatividade do CDC e a Convenção de Viena 1980 consiste na concepção de que a legislação consumerista seriam normas de “sobredireito, aplicáveis, portanto, a todos os ramos do Direito privado, ainda que não se trate de uma relação de consumo em sentido estrito”⁴².

Se o CDC constitui norma aplicável a todos os tipos contratuais nominados e inominados do Direito privado brasileiro, como negar a questão de que sua imperatividade tem de ser bem delimitada para evitar colisões com a Convenção de Viena 1980?

A realidade é que essa concepção do CDC como sobredireito constitui tentativa de solucionar um problema grave na teoria geral contratual do Direito privado brasileiro no que tange a delimitar o que seria relação de consumo e o que seria relação de direito civil/comercial. O conceito de consumidor é por demais indeterminado na legislação que possibilita que qualquer parte pode ser considerada um consumidor e, por consequência, estar-se-ia diante de uma relação de consumo.

Esse problema foge aos limites de um estudo introdutório, uma vez que adentra na própria estrutura confusa que o CDC implantou nos tipos contratuais, especialmente da compra e venda e da prestação de serviço — não é problema que se relaciona com a aplicação da Convenção, mas sim com a própria inserção do Consumidor no Direito contratual brasileiro. Não sendo de interesse, no momento, realizar maiores aprofundamentos.

O que é de interesse analisar diante dessas duas constatações, quanto ao CDC e ao Direito Internacional Privado brasileiro, consiste na possível delimitação de respostas para a seguinte indagação: a alínea “a” do art. 2º da Convenção letra morta no Direito brasileiro? O CDC é, uma circunstância impeditiva para a aplicação da Convenção de Viena de 1980?

Se optar-se em manter uma interpretação literal da redação do art. 1º do CDC, a resposta mais coerente

é a de que a hipótese prevista na alínea é letra morta, uma vez que se tratando de relação de consumo, haveria ofensa à ordem pública internacional brasileira e, portanto, exclui-se não só a aplicação da Convenção, como também o eventual Direito estrangeiro escolhido pelas partes ou indicado pelo sistema colisional.

Pessoalmente, essa opção é absurda e nenhum jurista que tenha o mínimo de conhecimento sobre contratos internacionais defenderia tal posicionamento, uma vez que é contraproducente para o processo de maior inserção do Brasil nas regras internacionais do comércio, pois transformaria uma legislação criada para resolver problemas nacionais como circunstância impeditiva para a aplicação não só da Convenção de Viena de 1980, como também qualquer regra internacional que discipline contratos.

Entende-se como melhor resposta para esse questionamento a opção de reformular a concepção dominante na doutrina e jurisprudência brasileira de associar a imperatividade do CDC à ideia de ordem pública internacional, e, com essa reformulação, reduzir a imperatividade dessa legislação de forma a não ser uma excluída de Direito estrangeiro.

Torna-se oportuno utilizar da distinção no campo das regras imperativas entre as normas de ordem pública e normas de aplicação imediata, que normalmente são confundidas como um mesmo fenômeno normativo imperativo, porém não o são.

Normas de ordem pública, normalmente denominadas de Ordem pública internacional, são normas que tem um caráter de exceção, pois sua incidência ocorre após a utilização do método colisional e se aplica por entrar em conflito com um princípio ou regra fundamental do Direito nacional⁴³. Exemplo desse tipo de norma consiste no art. 17 da LINDB.

As normas de aplicação imediata são aquelas cujo conteúdo é considerado como domínio e exclusivo do Estado nacional e, portanto, dispensa a mediação das normas colisionais⁴⁴, pois precedem a qualquer regra colisional. Normas que são dotadas de aplicabilidade espacial unilateral, delimitando o domínio da intervenção

43 NORD, Nicolas. *Ordre public e lois de police en droit international privé*. Disponível em: <http://cdpf.unistra.fr/fileadmin/upload/CDPF/theses_memoires_et_rapports/ordre_public_et_lois_de_police.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2013.

44 ARAUJO, Nádia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 97-98.

42 GRINOVER, Ada P. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 539.

do direito do foro nas questões, impedindo a incidência de qualquer direito estrangeiro⁴⁵.

Diante dessa dicotomia sobre regras imperativas, propõe-se que o CDC deva ser enquadrado como uma espécie de normas de aplicação imediata, não no sentido de barreira para a aplicação do direito estrangeiro, mas sim como norma de policiamento que filtra a aplicação do Direito estrangeiro conforme as necessidades do caso *in concreto*.

Isto é, invés de excluir ou tomar para si de forma unilateral a regulamentação do caso por ser uma relação de consumo, o CDC teria de primeiro dialogar com a norma estrangeira ou internacional para observar se aquela relação de consumo deve ser regulamenta da forma unilateral, ou se deve prevalecer a norma estrangeira, internacional.

Nessa concepção, a prerrogativa da alínea “a” do art. 2º da Convenção seria plenamente válida se, diante das situações do caso *in concreto*, ficasse demonstrando que o vendedor realmente não sabia que estava sendo inserido numa relação de consumo, e, como se trata de relação de comércio internacional, prevaleceria a disposição da Convenção, servindo o CDC, nessa hipótese, de norma complementar para eventuais omissões.

Destarte, o CDC não figuraria como circunstância impeditiva, mas sim um mecanismo específico de filtragem de sua aplicação, ou melhor, fonte complementar para a regulamentação dos casos em que, mesmo sendo relação de consumo, a sua formação ocorreu sem a intenção, consciência do vendedor ou, até mesmo, das partes envolvidas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A principal conclusão que este estudo pretendeu evidenciar é a de que a incorporação tardia pelo Brasil da Convenção de Viena 1980 é o quão urgente é a necessidade de reformulação do pensamento jurídico dominante no Brasil para com a compreensão dos elementos extranacionais nas relações contratuais, em especial ao elemento de conexão autonomia da vontade.

45 NORD, Nicolas. *Ordre public e lois de police en droit international privé*. Disponível em: <http://cdpf.unistra.fr/fileadmin/upload/CDPF/theses_memoires_et_rapports/ordre_public_et_lois_de_police.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2013.

Existe uma real necessidade de reforma da legislação de direito Internacional Privado brasileiro no que tange as obrigações contratuais, bem como existe uma necessidade de se reformar algumas das expressões usadas em legislações específicas, como o CDC utilizado neste artigo, para evitar inoportunas intersecções entre legislações decorrentes de necessidades nacionais localizadas, com legislação de cunho internacional ou, mais precisamente, de Direito do comércio internacional.

Também se constata que o sistema de aplicação inserido na Convenção de Viena 1980 apresenta um grau extra de complexidade, apresentando-se tanto como um campo de inovação para o Direito privado brasileiro, como também uma dura exposição das deficiências da legislação brasileira quanto ao tratamento dos contratos internacionais do comércio.

A maior dessas deficiências sendo a polêmica quanto à autonomia da vontade no art. 9º da LINDB, estabelecendo um desafio para o jurista brasileiro não só em defender a escolha do direito aplicável pelas partes, como também em conceber e delimitar até que ponto as partes podem denegar a aplicação de determinado direito, ou melhor, lança o desafio de compreender como a inserção do princípio da natureza dispositiva consagrado na Convenção de Viena 1980 pode alterar a concepção de liberdade contratual no direito brasileiro.

Acrescente-se que é forçoso concluir que também existe necessidade real para uma melhor técnica legislativa no Brasil, na qual se estabeleça um abandono do uso demasiado de conceitos indeterminados e se busque maior precisão na redação dos dispositivos e das leis, de modo a evitar a necessidade de malabarismos interpretativos como ocorre na questão da expressão ordem pública utilizada no art. 1º do CDC e sua involuntária relação com o instituto de Direito Internacional Privado.

Ressalte-se que não se procurou defender a não aplicação das regras do CDC nas relações de consumo oriundas do comércio internacional, mas sim procurou-se alertar sua indiscriminada aplicação, alertando para o caráter excessivamente unilateral que legislações como o CDC apresentam para serem utilizadas como referencial no plano das relações jurídicas extranacionais.

Nesse sentido, conclui-se que o CDC não pode ser considerado um diploma de sobredireito, uma vez que não pode configurar como excludente do Direito estrangeiro, pois trata-se de uma legislação que nasceu

para solucionar problemas localizados do Brasil, tratando-se de particularidade para as relações jurídicas brasileiras, e não uma legislação voltada para a realidade da diversidade legislativa, sendo sua aplicação em contratos internacionais, devendo ser de caráter excepcional e de forma complementar a eventual norma internacional.

Conclui-se que as regras da Convenção de Viena 1980 foram elaboradas numa mescla entre um alto grau de técnica com a flexibilidade necessária para as relações comerciais internacionais, sem ignorar as realidades de cada direito nacional. Uma fórmula que pode servir de exemplo para o legislador na hora de reforma a legislação de Direito Internacional Privado, como também a exigência de atenção e zelo por parte dos estudiosos do direito contratual em lidar com questões, envolvendo os contratos internacionais.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Fernando Sérgio Tenório de. *Autonomia da vontade nos contratos eletrônicos internacionais de consumo*. 2006. 292 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Recife/Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2006.

ARAÚJO, Nádia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 21 nov. 2013.

BRASIL. Senado Federal. *Decreto Legislativo nº 538, 18 de outubro de 2012*. Aprova o texto da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, estabelecida em Viena, em 11 de abril de 1980, no âmbito da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2012/decretolegislativo-538-18-outubro-2012-774414-exposicao-demotivos-137984-pl.html>>. Acesso em: 21 nov. 2013.

CRETELLA NETO, José. *Contratos internacionais: cláusulas típicas*. Campinas: Millennium, 2011.

GAMA JR., Lauro. *Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT* 2004. Rio de Janeiro: Renovar,

2006.

GILDEGGEN, Rainer; WILLBURGER, Andreas. *Internationale Handelsgeschäfte: das recht des grenzüberschreitenden handels*. 3. ed. Munique: V. F. Vahlen, 2010.

GLOBAL SALES LAW. *Hall of fame*. Disponível em: <<http://www.globalsaleslaw.org/index.cfm?pageID=648>>. Acesso em: 23 nov. 2013.

GRINOVER, Ada P. et al. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

HAGUE CONFERENCE OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW. *Overview*. Disponível em: <http://www.hcch.net/index_en.php?act=text.display&tid=4>. Acesso em: 21 nov. 2013.

HONNOLD, John. *The uniform law for the international sale of goods: the Hague Convention of 1964*. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3058&context=lcp>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

MORAES, Fabíola. *Aproximação do direito contratual dos estados-membros da União Européia*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

NDULO, Muna. *The Vienna Sales Convention 1980 and the Hague Uniform Laws on International Sale of Goods 1964: a comparative analysis*. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1065&context=facpub>>. Acesso em: 11 nov. 2013.

NORD, Nicolas. *Ordre public e lois de police en droit international privé*. Disponível em: <http://cdpf.unistra.fr/fileadmin/upload/CDPF/theses_memoires_et_rapports/ordre_public_et_lois_de_police.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2013.

PIGNATTA, Francisco A. *Comentários a Convenção de Viena de 1980*: artigo 1. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/doc/fpignatta-art1.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2013.

PIGNATTA, Francisco. *Comentários a Convenção de Viena de 1980*: artigo 2. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/doc/fpignatta-art2.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2013.

PIGNATTA, Francisco. *Comentários a Convenção de Viena de 1980*: artigo 3. Disponível em: <<http://www.cisg-brasil.net/doc/fpignatta-art3.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2013.

REILEY, Eldon H. *International sales contracts: the UN convention and related transnational law*. Durham: Carolina Academic Press, 2008.

SCHÜTZ, Hebert M. de A. Da necessidade de adesão do Brasil à convenção da ONU sobre contratos de com-

pra e venda internacional de mercadorias. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 14, n. 90, jul 2011. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9865&revista_caderno=16>. Acesso em: 07 nov. 2013.