

## 7. APLICAÇÃO DA CISG A LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE COMPRA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS

Cesar Pereira

### Introdução<sup>1</sup>

Desde abril de 2014, está em vigor no Brasil a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, internacionalmente conhecida como Convenção de Viena de 1980 ou CISG, seu acrônimo de língua inglesa (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*). Este ensaio destina-se a examinar alguns dos reflexos dessa inovação sobre os contratos administrativos. A falta de informação acerca do seu regramento pode proporcionar perplexidade na solução de litígios relacionados com as compras internacionais realizadas pela Administração Pública direta ou indireta brasileira.

A CISG é desenvolvida e gerida administrativamente no âmbito da ONU pela UNCITRAL – Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional. É interessante perceber que a mesma comissão desenvolve um outro sistema próprio de regras e recomendações relacionadas com compras governamentais. Esse sistema tem o formato de uma lei modelo, não de uma lei uniforme como a CISG. A diferença fundamental é que, enquanto a CISG se submete ao regime dos tratados internacionais e se torna lei interna de cada país signatário ao ser assinada e ratificada, a lei modelo da UNCITRAL sobre compras governamentais é apenas uma referência para os legisladores nacionais. Não obstante,

<sup>1</sup> Trata-se de versão atualizada de texto publicado anteriormente em: “SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar. A. Guimarães; TRIPODI, Leandro (coordenadores). A CISG e o Brasil: Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. 1. ed. São Paulo: Marial Pons; Curitiba: Federação das Indústrias do Estado do Paraná, 2015.

trata-se de ferramenta importante na construção dos regimes de compras governamentais de muitos países.<sup>2</sup>

Alguns países vão além da simples adoção da lei modelo como orientação e acederam ao Acordo de Compras Governamentais (GPA) da Organização Mundial do Comércio (OMC). O GPA é um tratado plurilateral que estabelece normas harmonizadas baseadas em princípios comuns de igualdade e probidade. Também afasta a discriminação de licitantes estrangeiros em comparação com fornecedores nacionais. Baseia-se em acordos feitos entre os países participantes, que definem a parcela de seus mercados de compras públicas que estará sujeita ao regime do GPA. O Brasil é observador do GPA desde 2017 e, em maio de 2020, iniciou formalmente o processo de acessão.

Muitos governos nacionais também se valem de financiamento de agências internacionais ou multilaterais de investimento como o Banco Mundial ou seus diversos congêneres regionais. Ao mesmo tempo em que fornecem o financiamento pretendido, tais agências também se certificam de que a utilização dos recursos não ocorra de modo discriminatório ou sem a atenção a parâmetros mínimos de probidade e eficiência. Para isso, em geral exigem o cumprimento de diretrizes de contratação editadas pelas próprias agências financiadoras.

Por decorrência, as compras públicas internacionais têm sido objeto de atenção por parte de governos, organizações internacionais e potenciais fornecedores sob uma variedade de formas e enfoques. A maior parte da atenção é dirigida à harmonização de regramentos e à prevenção de discriminações baseadas na nacionalidade dos fornecedores. Os objetivos são o acesso a um mercado global de compras públicas e proporcionar aos fornecedores internacionais um nível mínimo de previsibilidade quanto ao regramento aplicável às contratações.

A CISG tem objetivos similares, mas sob um ângulo contratual. Destina-se a proporcionar uniformidade jurídica como um instrumento para facilitar e promover o comércio internacional. É de certo modo surpreendente que os instrumentos e instituições internacionais referidos acima não adotem explicitamente com maior intensidade a CISG como direito aplicável às contratações

<sup>2</sup> Sobre licitações e contratações internacionais, inclusive a Lei Modelo da UNCITRAL e o GPA/OMC, cf. S. ARROWSMITH, J. LINARELLI Jr., D. WALLACE, *Regulating Public Procurement. National and International Perspectives* (Kluwer Law International, 2000). ARROWSMITH, M. TROYBUS (Eds.), *Public Procurement. The Continuing Revolution*, (Kluwer Law International, 2003). Cf. também P. TREPTE. *Regulating Procurement*. (Oxford University Press, 2004).

por eles promovidas.<sup>3</sup> Tratar-se-ia de iniciativa complementar apta a auxiliar na busca por harmonização e previsibilidade jurídica.

Este artigo busca examinar alguns dos efeitos da CISG sobre os contratos administrativos. Também pretende ressaltar os benefícios da adoção da CISG e discutir os direitos dos fornecedores quando a CISG é adotada ou não é excluída ou derogada em compras governamentais internacionais.

## 1. Vigência da CISG

Ao entrar em vigor no Brasil, a CISG já vigia em 78 países. Embora tenha sido firmada em 1980, o início de sua vigência deu-se em 1988, quando se atingiu o número mínimo de ratificações e a Convenção passou a aplicar-se a um grupo de onze países. Trata-se de uma das mais bem-sucedidas iniciativas internacionais de facilitação do comércio por meio da adoção de regras uniformes sobre a formação dos contratos e as obrigações e responsabilidade das partes. Representa uma ponte entre os diversos sistemas jurídicos, permitindo a redução de custos e o tratamento jurídico dos contratos segundo a realidade do comércio internacional. Em novembro de 2021, aplicava-se a todos os principais parceiros comerciais do Brasil, com exceção do Reino Unido e Índia, e incluía entre seus 94 signatários todos os países do Mercosul, os Estados Unidos, a China e, desde outubro de 2021, Portugal.

A Convenção foi aprovada no Brasil por meio do Decreto Legislativo 538, de 2012. O instrumento de acessão foi depositado na forma do art. 99 da Convenção em 04.03.2013. Por decorrência de seu art. 99(2), passou a vigor internacionalmente no primeiro dia do mês seguinte ao 12.<sup>o</sup> mês após a data desse depósito, em 01.04.2014.<sup>4</sup> Com a publicação do Decreto 8.327, em 17.10.2014, eliminou-se qualquer possível dúvida acerca de sua plena vigência da CISG também no território brasileiro.

<sup>3</sup> Cf. UNCITRAL, Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Public Procurement, disponível em <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/guide-enactment-model-law-public-procurement-e.pdf>, p. 61/62. Na versão disponível em 2021, o comentário sobre o art. 3 da Lei Modelo não trata da CISG como um possível compromisso internacional com impacto sobre as compras públicas.

<sup>4</sup> Cf. [https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale\\_of\\_goods/cisg/status](https://uncitral.un.org/en/texts/salegoods/conventions/sale_of_goods/cisg/status). Desse mesmo site consta a relação atualizada dos países signatários.

## 2. Âmbito de aplicação da CISG

Seu campo material de aplicação é definido principalmente pelos seus arts. 1.º a 3.º. No que interessa mais diretamente ao objeto deste estudo, o art. 1.º(1) estabelece que a “Convenção aplica-se aos contratos de compra e venda de mercadorias entre partes que tenham estabelecimentos em Estados distintos”<sup>5</sup> quando ambos os Estados forem contratantes da CISG ou quando as regras de direito internacional privado apontarem para a aplicação das leis de um Estado contratante. Esse dispositivo é complementado pelo art. 1.º(3), segundo o qual “Para a aplicação da presente Convenção não serão considerados a nacionalidade das partes nem o caráter civil ou comercial das partes ou do contrato”. O campo de aplicação material é ainda definido por meio das exclusões do art. 2.º e as especificações do art. 3.º.

Especialmente a ressalva acerca da irrelevância do caráter civil ou comercial das partes ou do contrato é interpretada como significando que a CISG regula todas as compras e vendas internacionais de mercadorias, independentemente da natureza das partes ou do contrato. Por decorrência, sua esfera de aplicação compreende os contratos realizados pela Administração Pública, tanto os chamados contratos privados da Administração como os contratos administrativos propriamente ditos. Os entes estatais participam ativamente das vendas internacionais, principalmente como compradores, mas também potencialmente como vendedores. Em muitos países, entidades governamentais podem estar envolvidas na venda internacional de mercadorias, especialmente commodities como metais ou petróleo e gás. A natureza comercial ou administrativa de tais contratações é matéria regida pelo direito interno. Contudo, enquadram-se no âmbito de aplicação da CISG. Desse modo, o âmbito de aplicação da CISG abrange contratos firmados por entes governamentais nacionais ou subnacionais (estados e municípios). Também abrange

<sup>5</sup> Adota-se aqui a tradução existente em SCHWENZER, Ingeborg; GREBLER, Eduardo; FRADERA, Véra; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (Coord.). *Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. Há também traduções pontualmente divergentes no Brasil (Decreto 8.327/2014, 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)) e em Portugal (Decreto 5/2020, disponível em <https://dre.pt/home/-/dre/139804820/details/maximized>). O português não é um dos seis idiomas oficiais da CISG (árabe, chinês, inglês, francês, russo e espanhol). Afirmar-se que as versões em inglês e francês são referidas com maior fidedignidade em caso de dúvida porque as negociações da Convenção ocorreram nesses idiomas (SCHWENZER *et alii*, *Comentários...*, cit., p. 1301).

contratos sujeitos tanto ao direito privado quanto ao direito público, nos sistemas que fazem essa distinção.<sup>6</sup>

### 3. Âmbito de aplicação em compras governamentais

Na interpretação internacional da CISG, não há dúvida acerca da sua extensão aos contratos realizados por entes governamentais, tanto pela Administração direta (departamentos governamentais, como os responsáveis por compras na área de defesa) como pela Administração indireta, notadamente as empresas estatais.

Alguns dos principais doutrinadores internacionais especializados na CISG já examinaram o tema e manifestaram-se no sentido de sua aplicação.<sup>7</sup> Uma explicação detalhada sobre o tema é apresentada por Ulrich Schroeter ao tratar de compras internacionais baseadas na seleção do vendedor por meio de processo licitatório:

“Essa forma de iniciar um contrato é frequentemente empregada nos casos de compras por empresas privadas, mas ocorre com maior frequência quando o comprador é ou uma autoridade governamental ou uma empresa privada que atua a fim de adimplir um contrato com o governo. Legislações domésticas que disciplinam licitações normalmente impõem certas regras feitas para garantir a justa seleção do ganhador da licitação (e.g., princípio da não discriminação, preferência pelo ofertante do menor preço ou que seja o “economicamente mais vantajoso”). Dentro da UE, tais regras são normalmente baseadas nas Diretivas sobre aquisições, que procuram proteger licitantes estrangeiros (vendedores).

<sup>6</sup> Em decisão de 2019 citada no CLOUT caso 1824, CISG-online 4.463, o Supremo Tribunal Federal da Suíça aplicou a CISG a um contrato firmado por entidade da Administração Pública indireta constituída segundo o direito público suíço.

<sup>7</sup> SCHLECHTRIEM, Peter. Unification of the Law for the International Sale of Goods, in: German National Reports (Private Law and Civil Procedure) XIIth International Congress of Comparative Law (Baden-Baden: Nomos 1987) p. 126-127, disponível em [http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/e-text-11.html#N\\_2\\_](http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/e-text-11.html#N_2_), acesso em 21.6.2014. SCHWENZER, Ingeborg. Introdução, in: SCHWENZER, Ingeborg. GREBLER, Eduardo. FRADERA, Véra. PEREIRA, Cesar A. Guimarães. (Coord). *Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014. p. 142. HONNOLD, John O.. atual. FLECHTNER, Harry M. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. Wolters Kluwer, 4. ed., p. 180-183.

“Considerando que as legislações domésticas acima descritas procuram principalmente regular a fase que leva à seleção do vencedor, o contrato pode ser concluído na sequência, de acordo com os arts. 14-24, sem que sejam gerados quaisquer conflitos entre os dois corpos de normas. Em consequência, as licitações constituem ofertas sob o regime do art. 14 (1), entre as quais o lance vencedor é aceito por meio de uma decisão que, ao mesmo tempo, constitui uma aceitação conforme o art. 18(1)”.<sup>8</sup>

Essa observação final explica por que não há uma ampla jurisprudência internacional sobre a CISG em casos envolvendo problemas ligados à Administração Pública.<sup>9</sup> Em muitos países, ao contrário do Brasil<sup>10</sup> e dos Estados Unidos, a regulação específica de licitações existe apenas na fase de seleção. Além disso, frequentemente as compras mais complexas e volumosas da Administração se dão por meio de intermediários ou estabelecimentos situados no próprio país do comprador. No Brasil, quaisquer fornecimentos que envolvam a realização substancial de atividades no país implicam a necessidade de autorização para funcionamento no Brasil, na forma do art. 1.134 do Código Civil, eliminando a característica de internacionalidade.

Como será visto adiante, o reconhecimento de que os contratos administrativos estão no campo de aplicação da CISG não é senão um ponto de

<sup>8</sup> SCHROETER, Ulrich. Introdução aos arts. 14 a 24, in: SCHWENZER, Ingeborg. GREBLER, Eduardo. FRADERA, Véra. PEREIRA, Cesar A. Guimarães. (Coord). *Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias*, p. 372-373.

<sup>9</sup> Cf. KURCGANT, M. Os contratos administrativos e a Convenção de Viena sobre e venda e compra internacional de mercadorias. In: Fórum de Contratação e Gestão Pública, Belo Horizonte, 2014, pp. 54-64. No mesmo sentido, FAERMANN, Flávia. Estudo sobre a CISG e seus reflexos na ordem interna. 2018. Orientadora: Vera Maria Jacob de Fradera. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito. Porto Alegre, p. 105. O tema foi objeto de discussão no XVIII Congresso Internacional de Arbitragem do Comitê Brasileiro de Arbitragem (Brasília, 22 a 24 de agosto de 2019), conforme relatado por GUANDALINI, Bruno. 'XVIII Congresso Internacional de Arbitragem do Comitê Brasileiro de Arbitragem'. In: *Revista Brasileira de Arbitragem*, Volume XVI Issue 64, 2019, pp. 167-177).

<sup>10</sup> Para o Brasil como referência, cf. JUSTEN FILHO, Marçal; PEREIRA, Cesar; ROST, Maria Augusta (Eds), *Brazil Infrastructure Law*, (Eleven International Publishing, 2016). Para licitações dos Estados Unidos, cf. J. CIBINIC, Jr. R.C. NASH, Jr. NAGLE, J.F. *Administration of Government Contracts*, 5th edn. (Wolters Kluwer, 2016); CIBINIC, Jr., NASH and C.R. Jr. YUKINS. *Formation of Government Contracts*, 4th edn., (Wolters Kluwer, 2011); S.W. FELDMAN, *Government Contract Guidebook*, 4th edn., (Thomson Reuters Westlaw, 2013); and W.N. KEYES, *Government Contracts under the Federal Acquisition Regulation*, 3rd ed., (Thomson West, 2003).

partida para a compreensão dos problemas concretos envolvendo compras governamentais internacionais. A CISG é um diploma de normas dispositivas, as quais podem ser afastadas pela vontade das partes e se aplicam apenas se não houver disposição contratual em contrário. Mas ainda assim esse reconhecimento é um elemento fundamental para que se tenha clareza acerca das regras aplicáveis a tais operações, especialmente em face de regras da CISG que não são passíveis de exclusão pelas partes.

Embora haja menos decisões judiciais e arbitrais conhecidas do que a relevância econômica do tema poderia fazer supor, a jurisprudência internacional existente também afirma com frequência a premissa de que os contratos administrativos se encontram abrangidos pelo campo de aplicação da CISG. Em 2019, o Supremo Tribunal Federal suíço entendeu aplicável a CISG a um contrato entre uma empresa estatal suíça de direito público e uma empresa da Eslovênia para o fornecimento de medidores de eletricidade. A CISG foi aplicada para, entre outros pontos, se reputar a pretensão do comprador (empresa estatal suíça) extinta pelo decurso do prazo do art. 39 da CISG.<sup>11</sup> Destaca-se nesse sentido o caso *Hilaturas*, julgado pela U.S. District Court, New York (Southern District) em 2008. Tratava-se de contrato para o fornecimento de mercadorias por um fornecedor espanhol para o governo do Iraque, no âmbito do programa Oil For Food. O caso foi decidido em favor do governo iraquiano com base na CISG.<sup>12</sup> Outros casos nesse mesmo sentido são o *ETECSA* (Empresa de Telecomunicaciones de Cuba S.A., uma sociedade de economia mista, compradora de telefones celulares fornecidos por empresa sul-africana), julgado pela Sala de lo Económico del Tribunal Supremo Popular em Havana, Cuba, em 16.06.2008,<sup>13</sup> e o *Agropodderzhka Trade House LLC v. Sozh State farm complex*, julgado pela Economic Court of the Gomel Region em 06.03.2003.<sup>14</sup>

Outros casos conhecidos ilustram situações comuns envolvendo compras governamentais internacionais e sua relação com a CISG. Em caso envolvendo um submarino russo, tratava-se da venda internacional de um submarino

<sup>11</sup> CLOUT case 1824, com sumário preparado por U. SCHROETER; CISG Online 4463. A CLOUT (Case Law on Uncitral Texts) é um banco de dados sobre vários textos normativos da Uncitral, inclusive a CISG, mantido para acesso público pela Organização das Nações Unidas. CISG Online é um banco de dados de decisões internacionais sobre a CISG, mantido para acesso público na Universidade de Basileia originalmente por I. SCHWENZER e posteriormente por U. SCHROETER (cf. <http://www.globalsaleslaw.org/index.cfm?pageID=28>).

<sup>12</sup> *Hilaturas Miel, S.L. v. Republic of Iraq*, CISG Online 1777.

<sup>13</sup> Disponível em <http://www.cisgspanish.com/seccion/jurisprudencia/cuba/>.

<sup>14</sup> CLOUT case 496.

desativado para utilização como sucata. Reconheceu-se que, por força de uma exclusão do art. 2.º (e), da CISG, a Convenção não se aplicava ao caso porque a venda tinha por objeto uma embarcação, ainda que considerada desativada pelo vendedor, que era o Estado russo.<sup>15</sup> Em um caso da compra de armamentos pelo governo da Eslovênia, havia a intermediação formal de uma empresa privada eslovena, embora as negociações tenham sido realizadas pelo governo então recém-constituído, em 1993, com o vendedor austríaco.<sup>16</sup> No caso *Diversitel*, tratava-se de subcontratação destinada ao cumprimento de um contrato administrativo celebrado com o Departamento de Defesa do Canadá, na qual se reputou que o atraso no fornecimento por um vendedor situado na Califórnia representava uma violação essencial do contrato por impedir a compradora canadense, *Diversitel*, de cumprir tempestivamente o seu contrato administrativo com o governo do Canadá.<sup>17</sup>

O governo brasileiro frequentemente se vale de escritórios nos Estados Unidos, em geral em Washington D.C., para a realização de compras de materiais militares. Os contratos correspondentes preveem a aplicação do direito local do Distrito de Columbia ou de Nova York, com a exclusão expressa da CISG.<sup>18</sup> Embora a exclusão afaste a aplicação da CISG – e, pelas razões expostas adiante neste texto, devesse ser revista pelo governo brasileiro –, trata-se de reconhecimento importante de que tais contratações internacionais estão cobertas pela CISG, que apenas não rege as referidas contratações em face do art. 6º da própria CISG.

Em contrapartida, o contrato 52/2021, de 18.3.2021, relativo a uma compra internacional de vacinas para a Covid-19 e que acabou por ser divulgado pelo governo brasileiro quando de sua celebração<sup>19</sup>, contém cláusula de definição da lei aplicável que não parece excluir a CISG (“Todas as controvérsias serão regidas pelas Leis do Estado de Nova York, EUA, excluindo, no entanto, suas disposições de conflito de leis que não o disposto na Seção 5-1401 da Lei

<sup>15</sup> Russia 18 December 1998 Maritime Commission Arbitration proceeding 1/1998, disponível em <http://www.cisg-online.ch/content/api/cisg/urteile/1588.pdf>.

<sup>16</sup> Austria 24 February 1999 Appellate Court Graz (*Military weapons case*), disponível em <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=6724>.

<sup>17</sup> Ontario Superior Court of Justice, *Diversitel Communications Inc. v. Glacier Bay Inc.*, disponível em <https://cisg-online.org/search-for-cases?caseId=7357>.

<sup>18</sup> Centenas de contratos similares licitados pelo governo brasileiro entre 2017 e 2021 são referidos em <http://www.cebw.org/en/previous-processes>.

<sup>19</sup> Em novembro de 2021, a relação dos contratos firmados pelo governo brasileiro para o fornecimento de vacinas está disponível em <https://www.gov.br/saude/pt-br/acesso-a-informacao/licitacoes-e-contratos/coronavirus>, sem que estejam acessíveis os textos dos respectivos contratos.



Geral de Obrigações de Nova York, ressalvado que qualquer disputa relava à arbitrabilidade ou ao escopo e aplicação desta Cláusula será regida pela Lei de Arbitragem Federal dos Estados Unidos” – item 12.4 do contrato<sup>20</sup>).

O tema da aplicação da CISG a contratos para fornecimento de vacinas é tratado pela doutrina internacional em relação também a contratos celebrados com governos de outros países, inclusive tendo em vista litígios específicos.<sup>21</sup> Trata-se de campo que pode consolidar a aplicação prática da CISG em contratos envolvendo a Administração Pública.

Por fim, cabe destacar que diversos governos e entidades responsáveis pela realização de licitações públicas já reconhecem a aplicação e a relevância da CISG em relação a contratos promovidos pela Administração Pública. Em obra clássica acerca da *Federal Acquisition Regulation* dos Estados Unidos, W. Noel Keys expõe a *U.N. Convention on International Sales (CISG)* como parte da disciplina normativa aplicável às *foreign acquisitions* (compras internacionais).<sup>22</sup> Em 2005, Gary Bell noticiou que o governo de Cingapura passara a manter, em seus contratos administrativos internacionais, a CISG como lei aplicável.<sup>23</sup>

<sup>20</sup> Sobre a inexistência de exclusão da CISG pela alusão a “Leis do Estado de Nova York” (as quais, no caso concreto (item 1.32 do contrato), não parecem excluir uma lei uniforme como a CISG), cf. New York Governing Law in US-Style Commercial Agreements. Disponível em: <https://www.jdsupra.com/legalnews/new-york-governing-law-in-us-style-22799/>, e Court Analyzes Application of UN Convention on Contracts for International Sale of Goods <https://www.schlamstone.com/court-analyzes-application-of-un-convention-on-contracts-for-international-sale-of-goods/>.

<sup>21</sup> Sobre contrato da União Europeia relativo a vacinas da AstraZeneca, cf. Köhler, Ben. Global sales law in a global pandemic: The CISG as the applicable law to the EU-AstraZeneca Advance Purchase Agreement?. Disponível em <https://conflictoflaws.net/2021/global-sales-law-in-a-global-pandemic-the-cisg-as-the-applicable-law-to-the-eu-astrazeneca-advance-purchase-agreement/>, MAIER-LOHMANN, Till. EU-AstraZeneca contract – applicability of the CISG?, CISG-Online, 01 February 2021. Disponível em <https://cisg-online.org/Home/international-sales-law-news/eu-astrazeneca-contract-applicability-of-the-cisg>, MAIER-LOHMANN, Till. EU v. AstraZeneca - both sides win but no side sides with the CISG?, 23 June 2021. Disponível em: <https://cisg-online.org/Home/international-sales-law-news/eu-v-astrazeneca-both-sides-win-but-no-side-sides-with-the-cisg>.

<sup>22</sup> KEYES, W. Noel. *Government Contracts under the Federal Acquisition Regulation*. 3ª ed. Thomson West. 2003. p. 566-569.

<sup>23</sup> BELL, Gary. Why Singapore should withdraw its reservation to the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). (2005) 9 SYBIL 55–73. Nota 36 (“A happy exception is now found in the standard procurement contract terms of the Government of Singapore which, in most cases, no longer excludes the CISG. The standard choice of law clause now reads: “This Contract shall be deemed to be made in Singapore and shall be subject to, governed by and interpreted in accordance with the Laws of the Republic of Singapore for every purpose”. See *Contract and Purchasing Procedures*, issued by the Government of Singapore, at 4 and available online at [http://www.gebiz.gov.sg/scripts/doc/contract\\_purchasing.pdf](http://www.gebiz.gov.sg/scripts/doc/contract_purchasing.pdf)”).

Em estudo de 2013 não publicado, Dianne Hanson fez menção à disciplina do tema na Nova Zelândia, a partir de material divulgado pelo governo neozelandês para orientação de potenciais licitantes internacionais. Esse material governamental expressamente mencionava a CISG como parte da estrutura normativa que disciplina tais aquisições internacionais. A mesma orientação constava do manual acerca das regras para licitações internacionais da Nova Zelândia, embora em novembro de 2021 não consta da versão posterior do referido manual, o qual apenas alude à “*common law of contracts*”<sup>24</sup> – incluindo a CISG apenas de modo implícito. Em sua revisão de julho de 2016, as regras padronizadas de licitação para a aquisição de mercadorias do Banco Mundial recomendam a adoção, como lei aplicável, do direito do país adquirente, sem a exclusão da CISG.<sup>25</sup>

A partir dessa visão jurisprudencial e doutrinária, pode-se concluir que os contratos administrativos internacionais de compra de mercadorias estão abrangidos pelo campo de aplicação da CISG. Como se apontou acima, essa constatação é apenas um início de raciocínio e não permite, por si só, resolver as questões concretas que se põem nos pontos de interferência entre a legislação interna e a lei uniforme.

A CISG se aplica, em abstrato, a compras e vendas internacionais independentemente de serem públicas. Cabe verificar se as compras e vendas públicas estão concretamente excluídas por alguma regra específica.

O art. 2 (b) da CISG, que exclui vendas realizadas por meio de “*auction*” (leilão), não implica o afastamento da CISG dos contratos administrativos derivados de leilão, pregão ou pregão eletrônico. No Brasil, os pregões eletrônicos, que consistem em leilões invertidos, são o método mais comum de licitação. Além disso, os entes públicos frequentemente se valem de leilões para a alienação de bens inservíveis ou de produtos apreendidos em processos criminais ou sancionatórios. Isso não afasta a aplicação da CISG, pois a exclusão do art. 2(b) não se estende a tais situações. A doutrina já examinou o tema e afastou essa interpretação.<sup>26</sup> O tema também foi enfrentado nesse mesmo sentido em 28.5.2019 pelo Supremo Tribunal Federal suíço.<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Cf. <https://www.procurement.govt.nz/procurement/principles-charter-and-rules/>,

<sup>25</sup> Cf. <https://policies.worldbank.org/en/policies/all/ppfdetail/a3656cb7-8847-417b-886f-11fa0235216e>, acesso em 21.09.2021.

<sup>26</sup> Ingeborg SCHWENZER e Pascal HACHEM comentam o art. 2.º (b) da CISG, afirmando que “Um contrato atribuído à maior oferta em um procedimento público (internacional) de licitação poderá muito bem ser regido pela CISG” (SCHWENZER, Ingeborg *et alii*, *Comentários* ..., cit., p. 186). No mesmo sentido, KRÖLL, S. MISTELIS, L. PERALES Viscasillas, P. UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods. C.H.Beck, Hart, Nomos. 2018. 2a ed. p. 47.

<sup>27</sup> CLOUT caso 1824, com sumário preparado por Ulrich SCHROETER; CISG-online no. 4463.

O mesmo vale para contratos normativos, como *framework agreements* ou contratos *IQID* (*indefinite quantity, indefinite delivery*), derivados de registro de preços no sistema brasileiro (arts. 15, II e §§ 1º e 3º, 24, VII, e 43, IV, da Lei 8.666; arts. 82 a 86 da Lei 14.133). Tais contratos normativos recebem o mesmo tratamento em relação à CISG que se aplica quando as partes são privadas, não a Administração Pública.

Por outro lado, a exclusão do art.2(a) da CISG não se estende a compras internacionais feitas por governos. Embora a Administração Pública em geral não adquira mercadorias para revenda ou emprego em processos produtivos, as referidas compras não se enquadram na definição de relação de consumo para os fins da CISG, consistente em compras para uso pessoal, familiar ou residencial.<sup>28</sup> Ademais, a exclusão prevista no art.2(a) da CISG não depende do conceito de contratos de consumo estabelecido em cada direito nacional.<sup>29</sup> Mesmo que um ente da Administração Pública possa ser protegido como consumidor segundo o seu direito interno para determinados fins,<sup>30</sup> isso não implica que suas compras internacionais serão excluídas da CISG como contratos de consumo de acordo com o art.2(a) CISG.<sup>31</sup>

Também não seria relevante algum argumento de *lex specialis*. Se a legislação de licitações e contratos administrativos pode ser tida como especial em face da CISG porque se aplica a compras públicas internas ou internacionais, a CISG é igualmente especial porque se aplica a compras internacionais, privadas ou públicas. Prevalece a CISG em relação às compras e vendas internacionais por ser baseada em tratado internacional, o que traduz um compromisso do Estado brasileiro em face de outros Estados.

<sup>28</sup> Ver SCHWENZER e HACHEM em SCHWENZER. *Commentary* (2016), pp. 49-54.

<sup>29</sup> Ver A. C. Beneti. "A Convenção de Viena sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG) e a questão do Direito do Consumidor" em SCHWENZER, PEREIRA e TRIPODI (Coord.), *A CISG e o Brasil* (2015), pp. 93-107, republicado com atualizações na presente coletânea.

<sup>30</sup> O STJ decidiu em 2010 que o direito do consumidor não é plenamente aplicável a contratações da Administração Pública, apenas em circunstâncias especiais (STJ, 2a. T, RMS 31.073, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 26.8.2010).

<sup>31</sup> Sobre a prevalência da CISG sobre o direito do consumidor, ver SCHWENZER e HACHEM em SCHWENZER. *Commentary* (2016), pp. 54-55.

#### 4. Aplicação das normas de estrutura (normas de competência) da CISG

Em termos jurídicos, a principal e mais imediata consequência de os contratos administrativos estarem no campo de aplicação da CISG é a incidência plena de suas normas de estrutura ou competência.

A CISG permite, na quase totalidade dos casos, que as partes acordem a exclusão total ou parcial de suas regras materiais. Assim, a CISG só disciplinará efetivamente uma determinada relação jurídica entre um comprador e um vendedor se não tiver sido eficazmente excluída a sua aplicação. Esse é o ponto em que o reconhecimento da extensão do campo de aplicação aos contratos administrativos produz efeitos mais diretos e imediatos. A própria CISG é que dá o fundamento de validade para os atos que excluem total ou parcialmente a sua aplicação. Tais atos são interpretados à luz das regras da CISG, inclusive e especialmente da premissa de aplicação uniforme constante do seu art. 7.º, que exige a atenção do aplicador nacional à jurisprudência e à doutrina internacionais. Do contrário pode-se passar a adotar decisões baseadas em fatores puramente locais, que minam o caráter internacional da CISG.

As principais regras de estrutura da CISG são os arts. 6.º (exclusão ou derrogação),<sup>32</sup> 7.º (interpretação da Convenção e princípios correspondentes, como a uniformidade e a internacionalidade),<sup>33</sup> 8.º (prova ampla e qualificação das condutas das partes)<sup>34</sup> e 9.º (usos e práticas como fonte de obrigações).<sup>35</sup>

<sup>32</sup> “Artigo 6.º – 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”<sup>8</sup>

<sup>33</sup> “Artigo 7.º – (1) Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional. (2) As questões referentes às matérias reguladas por esta Convenção que não forem por ela expressamente resolvidas serão dirimidas segundo os princípios gerais que a inspiram ou, à falta destes, de acordo com a lei aplicável segundo as regras de direito internacional privado”.

<sup>34</sup> “Artigo 8.º – (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”.

<sup>35</sup> “Artigo 9.º – (1) As partes se vincularão pelos usos e costumes em que tiverem consentido e pelas práticas que tiverem estabelecido entre si. (2) Salvo acordo em contrário, presume-se que as partes

Mesmo quando a Administração optar por excluir ou derrogar parcialmente a CISG, tal como lhe permite o art. 6.º e é feito com frequência pelo governo brasileiro em compras internacionais de material militar (v. acima), seu ato será reconhecido, interpretado e qualificado segundo tais regras da CISG. Esta é a lição de Schwenzer e Hachem: “A formação e a interpretação da exclusão das CISG estão sujeitas às regras da Convenção, uma vez que a CISG determina autonomamente sua esfera de aplicação”.<sup>36</sup>

## 5. Relação entre a CISG e o direito interno de licitações

Os governos em geral – e a Administração Pública brasileira não é exceção – usualmente adotam em seus contratos administrativos uma referência à lei interna sobre licitações e disciplinam minuciosamente as obrigações das partes. A relação entre tais atos e a CISG é regulada pelo art. 6.º. Recebe o tratamento de uma exclusão ou derrogação parcial, conforme o caso. Voltarei a este tópico adiante.

Na doutrina internacional,<sup>37</sup> afirma-se que os principais pontos de interferência entre a CISG e o direito nacional de licitações são os problemas de *validade*, inclusive representação ou competência do agente (art. 4.º da CISG, que exclui de seu âmbito de aplicação as questões de validade),<sup>38</sup> e *liberdade de forma* (o art. 11, com as especificações dos arts. 12 e 13, estabelece quase absoluta liberdade de forma, o que levaria à possibilidade teórica de contratos orais entre a Administração Pública e seus fornecedores).<sup>39</sup>

consideram tacitamente aplicáveis ao contrato, ou à sua formação, todo e qualquer uso ou costume geralmente reconhecido e regularmente observado no comércio internacional, em contratos de mesmo tipo no mesmo ramo de comércio, de que tinham ou devessem ter conhecimento”.

<sup>36</sup> SCHROETER, op. loc. cit., p. 233.

<sup>37</sup> SCHROETER, cit. HONNOLD, cit.

<sup>38</sup> “Artigo 4.º 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.”

<sup>39</sup> “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. Artigo 12. 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 em Estado Contratante que tenha feito a declaração no artigo 96

A validade é matéria excluída pela CISG nos termos do art. 4.º. Assim, o processo de seleção que conduz à escolha do contratado é tido normalmente como alheio às preocupações da CISG. Como em muitos países (ao contrário do Brasil e dos Estados Unidos, por exemplo) o direito interno de licitações não regula o conteúdo do contrato, apenas a forma de seleção do contratado, isso afasta a maior parte dos problemas práticos que resultariam da introdução da CISG.

O raciocínio também se aplica à representação ou competência do agente: o direito administrativo interno definirá a autoridade competente para celebrar o contrato; esta definição é externa e pressuposta pela CISG.

Por essa mesma razão, a doutrina adverte que a identificação dos problemas de representação ou competência deve ser rigorosa. A confusão entre questões de *competência* e de *forma* pode implicar uma ampliação indevida da área excluída do campo de aplicação da CISG.

A *liberdade de forma*, por outro lado, assegurada pelo art. 11, é usualmente vista como um ponto de potencial conflito com o direito interno de licitações e contratos administrativos. Tal como ocorre no Brasil (art. 54, caput e § 1º da Lei 8.666 e art. 89, §§1º e 2º da Lei 14.133), as leis internas de licitações normalmente exigem a forma escrita para os contratos como requisito de validade.

Conforme destaca Honnold, a doutrina se divide entre duas interpretações possíveis.<sup>40</sup> Uma corrente afasta a liberdade de forma do art. 11, com base no art. 4.º, mas impõe que as exigências de forma nos contratos públicos tenham justificativas substanciais e não são sejam apenas uma formalidade. Outra corrente afirma que o art. 11 é justamente uma exceção ao art. 4.º (este dispositivo estabelece que as matérias de validade estão excluídas do âmbito da CISG “salvo disposição expressa em contrário da presente Convenção”; a liberdade de forma do art. 11 seria uma disposição expressa em contrário). Portanto, assegura a liberdade de forma mesmo quando o direito interno exija para os contratos administrativos a forma escrita. Neste caso, a suposta invalidade decorrente da exigência de forma escrita no direito interno não estaria protegida da incidência da CISG pelo art. 4.º.

desta Convenção. As partes não poderão derrogar nem modificar o efeito do presente artigo. Artigo 13. Para os fins desta Convenção, o termo ‘escrito’ abrange o telegrama e o telex.”

<sup>40</sup> HONNOLD, cit., p. 181-183.

## 6. Aplicação da lei interna como derrogação parcial da CISG (art. 6.º)

Na generalidade dos casos, o contrato administrativo será feito por escrito e conterá alusão às leis brasileiras aplicáveis. Também conterá uma reprodução, como cláusulas contratuais, de muitas das previsões legais sobre o conteúdo das obrigações e as consequências do seu inadimplemento.

Tais previsões devem ser interpretadas como exclusão ou derrogação consensual das normas da CISG, com fundamento de validade no art. 6.º da própria Convenção.

A decorrência disso é que as premissas da CISG sobre a interpretação da exclusão ou derrogação se aplicam para se determinar a efetividade e a extensão do afastamento da CISG em favor da lei interna de licitações. A doutrina e a jurisprudência internacionais estabelecem requisitos para a interpretação da exclusão ou derrogação, como, por exemplo, (i) a necessidade de clareza, com o não-afastamento da CISG nas áreas em que não tiver havido a exclusão ou derrogação claras (mediante a aplicação da jurisprudência internacional sobre a caracterização da exclusão)<sup>41</sup> e (ii) os métodos de interpretação da conduta e das práticas das partes (arts. 8.º e 9.º). Como referido em tópico posterior, a exigência de clareza para se identificar uma exclusão da CISG em contratos administrativos elaborados unilateralmente pelo ente governamental pode ser ainda mais elevada devido à proteção constitucional da confiança legítima do contratado ou, se inaplicável, em razão do princípio da interpretação *contra proferentem*.

A menção a leis nacionais de licitações no contrato, sem a exclusão expressa da CISG, pode fazer com que o contrato seja regido pela CISG, mas com parte – ou, em certos casos, muito – das disposições substanciais da CISG sendo derogadas pelas previsões das referidas leis nacionais de licitações. Essa solução pode ser contratualmente complexa e, por isso, indesejável, mas é a que deriva do art. 6 da CISG. Há apenas uma diferença de grau entre a derrogação de apenas uma disposição da CISG e a derrogação da maior parte das suas disposições. Se a incorporação das leis nacionais de licitações, por remissão,

<sup>41</sup> Há tendência de se exigir que a exclusão seja inequívoca, conforme amplo entendimento internacional. Alguns exemplos estão em *Forestal Guarani, SA v Daros International, Inc.* (CISG-online 1779), *Easom Automation Systems, Inc v Thyssenkrupp Fabco, Corp* (CISG- online 1601), *Cedar Petrochemicals, Inc v Dongbu Hannong Chemichal Co, Ltd* (CISG-online 1509), *Property Casualty Company of America et al v Saint-Gobain Technical Fabrics Canada Limited* (CISG-online 1435), *TeeVee Toons, Inc et al v Gerhard Schubert GmbH* (CISG-online 1272) e *Ajax Tool Works, Inc v Can-Eng Manufacturing Ltd* (CISG-online 772).

tornar inaplicáveis todas as disposições da CISG com exceção de uma (por exemplo, o art. 11, sobre liberdade de forma), ainda assim isso será importante e útil para a parte que pretender invocar a CISG para a defesa de seus direitos.

Um ponto relevante de discussão é justamente o art. 11. Mesmo que o contrato seja escrito, e na prática sempre será, pode haver dúvida sobre a possibilidade de *aditivos* celebrados com liberdade de forma. Se as partes não houverem proibido aditivos orais, estes serão válidos com base no art. 11 da CISG.

É usual que, nos litígios administrativos, os contratados invoquem a troca de correspondências ou outros atos imputáveis à Administração como base para modificações das obrigações contratuais. O art. 11 da CISG lhes dará um novo fundamento de validade ao atribuir caráter contratual a atos praticados ainda que com forma diversa da do contrato original.

No direito norte-americano sobre licitações e execução de contratos administrativos, a doutrina e a jurisprudência adotam a noção de “constructive changes” em contraste com as alterações formais do contrato. Aquelas são inferidas a partir da conduta ao invés de formalizadas por meio de aditivos específicos.<sup>42</sup> Conceitos similares existem em outros países. É comum que os contratados em litígios com entes governamentais utilizem correspondências trocadas, atas de reunião ou outras condutas imputáveis ao ente governamental como fundamento para a identificação de “constructive changes”. O art. 11 pode aplicar-se nessas situações para atribuir a natureza de um acordo vinculante a tais condutas destinadas a modificar o contrato mesmo que elas não tomem a forma de um instrumento escrito. A solução adotada dependerá dos limites da derrogação da CISG verificados em cada caso.

## 7. Possível desigualdade de regime entre os licitantes?

Nos termos do seu art. 1.º, a CISG somente será aplicável a contratos celebrados entre partes que tenham estabelecimentos em Estados nacionais distintos. Ou seja, a internacionalidade é um requisito para a sua aplicação. Em um dado processo licitatório internacional realizado pela Administração Pública brasileira, havendo licitantes de nacionalidades distintas, pode surgir a situação em que cada licitante ficará sujeito a regras contratuais parcialmente diferentes conforme seja nacional ou estrangeiro. Se o adjudicatário for estabelecido no

<sup>42</sup> Ver S.W. FELDMAN, *Government Contract Guidebook*, 4th edn. (Thomson Reuters Westlaw, 2013), especialmente pp. 532-535 (“formal changes”) e pp. 535-545 (“constructive changes”).



Brasil, não será aplicável a CISG; se for estabelecido no exterior, a CISG será aplicável, mesmo que o seu Estado de origem não seja signatário, em face de as regras de direito internacional privado brasileiras apontarem para a aplicação do direito brasileiro (art. 1.º(1)(b) da CISG).

Indaga-se se essa situação poderia representar uma desigualdade indevida entre os licitantes e comprometer a validade do certame. Não há desigualdade indevida nem invalidade. A desigualdade de regras aplicáveis corresponde a uma desigualdade jurídica real entre os licitantes, que se submetem a regimes distintos. Não há diferença entre esta situação e quaisquer outras em que há regras especiais aplicáveis a determinadas estruturas jurídicas ou tributárias passíveis de escolha pelos licitantes. A opção por participar do certame por meio de um estabelecimento nacional ou estrangeiro é do licitante e traz consigo as consequências jurídicas pertinentes. A doutrina enfrenta especificamente o tema e conclui que ambos, contratante e contratado, têm condições de avaliar, em um sistema de licitação entre diversos proponentes, a incidência ou não da CISG no eventual contrato dependendo do proponente que vier a ser selecionado.

Destaque-se que o art. 10(a) da CISG trata especificamente da situação em que a parte pode ter mais de um estabelecimento, definindo as condições para se identificar qual o estabelecimento decisivo para o contrato.<sup>43</sup> Em caso julgado em 2019, o Supremo Tribunal Federal suíço examinou situação em que um fornecedor estrangeiro, em um contrato com uma empresa estatal, passou a valer-se de um estabelecimento local. Reputou-se que ambos os estabelecimentos seriam relevantes, mas que a presença de pelo menos um estabelecimento estrangeiro já assegurava a aplicação da CISG.<sup>44</sup>

## 8. Necessidade de clareza nos contratos administrativos

Exige-se da Administração Pública a definição clara, em seus contratos, acerca dos pontos em que as regras dispositivas da CISG serão substituídas pelas normas de direito interno ou por disposições contratuais. A falta de clareza

<sup>43</sup> “Artigo 10. Para os fins da presente Convenção: (a) quando uma parte tiver mais de um estabelecimento, 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, considerar-se-á sua residência habitual.” Sobre o tema, cf. os comentários de Schwenzler e Hachem em (SCHWENZLER, Ingeborg *et alii*, *Comentários ...*, cit., p. 326-329).

<sup>44</sup> CLOUT caso 1824, com sumário preparado por Ulrich Schroeter; CISG-online no. 4463.

será resolvida em favor das normas da CISG, inclusive quanto ao conteúdo das obrigações.

Além de exigida pela própria CISG como requisito de eficácia da exclusão ou derrogação, a transparência na escolha da CISG integra o compromisso internacional do Brasil ao ingressar no sistema da CISG. No plano internacional, a acessão do Brasil ou Portugal à CISG produz, nas contrapartes estrangeiras, a expectativa legítima de que seus contratos com partes brasileiras serão regulados pela CISG. Essa expectativa legítima e a confiança dos particulares não deve ser frustrada, especialmente pelos próprios entes governamentais, por meio da adoção de instrumentos contratuais ambíguos ou que produzam insegurança para os fornecedores estrangeiros acerca do direito aplicável ou de outras condições contratuais.

A consequência dessas premissas é que os critérios gerais para o reconhecimento de uma exclusão ou derrogação da CISG se aplicam, mas não exaurem as considerações necessárias para se reputar ou não as disposições da CISG como regulando a relação entre as partes do contrato. A doutrina e a jurisprudência já desenvolveram amplamente tais critérios gerais. Tanto acordos explícitos quanto implícitos são admitidos para promover tal exclusão ou derrogação. Alude-se, por exemplo, a que a escolha do “direito brasileiro” não afasta por si só a CISG, que é parte desse direito. Porém, a escolha do “Código Civil brasileiro” poderia ser suficiente para excluir a CISG por implicar a adoção de outro sistema completo de regras. Mesmo à luz dos critérios gerais, essa conclusão não é absoluta. Como explicam Schwenzer e Hachem, determinadas limitações do diploma referido no contrato podem implicar a manutenção da CISG como direito aplicável.<sup>45</sup>

Com ainda mais razão, a conclusão de que a mera referência a diplomas legislativos nacionais pode não implicar o afastamento da CISG se aplica aos contratos administrativos, nos quais se exige um padrão mais elevado de clareza para que se efetive a exclusão ou derrogação. Os fornecedores estrangeiros que vendem mercadorias a uma entidade integrante de um Estado detêm a expectativa legítima de que os contratos sejam, como regra geral,

<sup>45</sup> Ver HACHEM e SCHWENZER em SCHWENZER. *Commentary* (2016), pp. 113-115, esp. p. 114: “It seems common ground that the reference to a set of non-unified domestic sales provisions sufficiently indicates an intention to derogate from the entire Convention — e.g. ‘this contract is governed by the provisions of the German Civil Code (BGB)’. Such reference may, however, fail to effect a derogation from the entire CISG where the set of rules designated is only applicable to ‘merchants’ as defined by the domestic set of rules envisaged and this requirement is not fulfilled by both parties.”

disciplinados pela lei uniforme adotada pelo referido Estado. Trata-se de expectativa legítima coberta pelo princípio da proteção da confiança. Ao adotar a CISG, um Estado formula uma promessa dirigida a seus fornecedores estrangeiros potenciais – ou a seus compradores, nos casos em que o Estado é o vendedor – no sentido de que a lei uniforme será aplicável. Essa promessa não torna impossível a exclusão ou derrogação da CISG, prevista nela própria no art. 6. Porém, estabelece um padrão mais elevado de comprovação da intenção de excluir ou derrogar a CISG. A proteção da confiança é reconhecida como uma derivação de princípios de direito público amplamente consagrados.<sup>46</sup> Dá aos contratados em um contrato administrativo o direito de esperar que a CISG seja aplicada exceto se houver sido clara e expressamente excluída. Trata-se de um tema de validade (ou não) da exclusão com base em princípios de direito público interno, os quais são incorporados pelo art. 4 da CISG.

A mesma conclusão pode ser atingida a partir de uma perspectiva de análise *contra proferentem*, desde que o ente governamental seja – como na generalidade dos casos regidos pelo direito público – o responsável pela definição unilateral das condições contratuais. Vai além da premissa de que, em caso de dúvida, deve-se optar pela aplicação da CISG. Exige-se que o contrato seja interpretado em favor da aplicação da CISG exceto se o contrário resultar claramente da redação do contrato.

Em um sistema jurídico hipotético – não o brasileiro nem o português – em que não houvesse a proteção da confiança legítima e no qual os contratos com entes governamentais fossem negociados sem prevalência deste, ou seja, nos quais as condições fundamentais do contrato não fossem definidas unilateralmente pelo ente governamental, não existiria um padrão mais elevado de exigência para exclusão ou derrogação da CISG. Em contrapartida, nos sistemas que reconhecem tal padrão mais elevado de transparência e clareza na atuação estatal inclusive por meio de contratos, a exclusão ou derrogação da CISG em um contrato governamental deve ser expressa e explícita, e os critérios usuais para a exclusão ou derrogação não serão suficientes. A CISG será então aplicável, uma vez que os contratos se enquadrarão em seu âmbito de aplicação.

<sup>46</sup> P. Reynolds. *Legitimate Expectations and the Protection of Trust in Public Officials* (October 8, 2010). *Public Law*, Vol. 2011, p. 330, 2011. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1689518>.

## **9. Impugnação administrativa (art. 41 da Lei 8.666 E ART. 164 DA LEI 14.133) para a correção de ambiguidades**

Visto o problema sob o ponto de vista dos fornecedores internacionais, o direito brasileiro de licitações oferece mecanismos, no procedimento licitatório, para o esclarecimento e a impugnação dos termos dos editais de licitação e das minutas de contrato. Esse momento anterior à entrega das propostas na licitação é o adequado para a discussão sobre a lei aplicável, seja para se pleitear a manutenção total ou parcial das normas dispositivas da CISG, seja para se exigir clareza em sua exclusão ou derrogação. Trata-se do momento em que o ente governamental poderá promover as alterações pleiteadas e finalizará os termos dos atos convocatórios. Se um licitante não está satisfeito com as condições de contratação, pode valer-se de seu direito de impugnar para propor termos diversos, inclusive a aplicação total ou parcial da CISG. No Brasil, esse direito pode estender-se à formulação de representação a autoridades superiores ou aos Tribunais de Contas e à propositura de medidas judiciais.

## **10. A conveniência para a Administração da expressa aplicação da CISG**

Outro campo de discussão inteiramente diverso é a conveniência de a Administração Pública brasileira optar pela manutenção das normas da CISG sobre a formação e o conteúdo do contrato de compra e venda, deixando de excluir sua aplicação ou derrogá-las.

É inegável que, ao ratificar a CISG e lhe dar vigência no Brasil, o Estado brasileiro reconheceu as suas virtudes. Se disso não se extrai um dever positivo de aplicação das regras substanciais da CISG, exige que a sua eventual exclusão ou derrogação seja ponderada e fundamentada, além de clara e expressa.

Há vantagens importantes na adoção total ou parcial da CISG para regular as compras efetivamente internacionais.

Primeiro, há dispositivos da CISG que dão segurança ao fornecedor internacional e facilitam a assunção de obrigações. Suas regras são fruto de amplo debate e conciliação entre sistemas jurídicos diversos. Três exemplos importantes são (i) o ônus de inspecionar as mercadorias e notificar o vendedor sobre as desconformidades em prazo razoável, (ii) a previsão de que o vendedor é responsável apenas por danos previsíveis no momento da celebração do contrato e (iii) o ônus de mitigação dos danos por parte daquele que busca

a indenização. O afastamento dessas regras gera insegurança contratual que pode desestimular o fornecimento por vendedores responsáveis.

Depois, há o problema da subcontratação. Em muitas situações, o fornecedor internacional da Administração terá subcontratados submetidos a contratos regidos pela CISG. A manutenção das regras da CISG pode facilitar a gestão dos subcontratos. Um dos casos acima citados envolvendo a CISG em contratos de interesse da Administração (*Diversitel*) dizia respeito a uma compra internacional privada na área de defesa, tendo por objeto peças para ulterior fornecimento ao Ministério da Defesa do Canadá.

Tais vantagens refletem-se fundamentalmente no preço a ser pago pela Administração ao reduzir os riscos do fornecedor internacional.

Isso também se estende à posição jurídica de bancos financiadores e agências internacionais de fomento, que analisam e aprovam os contratos para utilização dos recursos emprestados ou doados. Outro dos principais casos internacionais de aplicação da CISG em contratos públicos, também já citado, diz respeito precisamente a um caso assim, envolvendo um fornecedor espanhol e o governo do Iraque no âmbito do programa *Oil for Food*, financiado por agência internacional.

A Administração não deve adotar a posição cômoda de simplesmente excluir direta ou indiretamente a aplicação da CISG. Seja em face do compromisso internacional que a ratificação da CISG representa, seja pelas vantagens concretas do regime uniforme, a Administração está obrigada a examinar concretamente a disciplina da CISG e decidir de modo racional e fundamentado acerca da sua aplicação plena ou eventual derrogação.

## Conclusões

O âmbito de aplicação da CISG segundo os seus arts. 1 a 3 abrange, de modo geral, os contratos celebrados pela Administração Pública direta ou indireta. Quando um ente governamental de um Estado signatário da CISG realiza uma compra (ou, mais raramente, uma venda) internacional, a CISG irá aplicar-se exceto se houver alguma exclusão dos arts. 2 ou 3 ou se o contrato excluir a CISG ou derrogar uma ou mais das disposições da CISG, de acordo com o art. 6 da própria CISG. A eficácia e a amplitude de qualquer exclusão ou derrogação serão examinadas segundo os arts. 7 a 9 da CISG. A proteção constitucional da confiança e expectativa legítimas da parte privada leva a um padrão mais elevado de exigência de comprovação da exclusão ou derrogação

da CISG. A referência contratual à lei interna de licitações ou contratos administrativos não deve ser interpretada, por si só, como exclusão consensual da CISG, mas apenas como derrogação das disposições conflitantes da CISG, tal como possibilita o art. 6 da CISG.

Na maior parte dos sistemas nacionais, as principais áreas de potencial conflito entre a CISG e a disciplina interna de contratações administrativas são limitadas aos temas de representação (art. 4 da CISG) e de liberdade de forma (art. 11 da CISG). Nesses sistemas, o regime contratual não difere substancialmente dependendo de haver ou não entes governamentais como partes contratuais.

Porém, nos países em que há normas específicas de contratação pública, como o Brasil, Portugal e os Estados Unidos, a discussão sobre a aplicação da CISG na fase de cumprimento das obrigações contratuais pode ser mais complexa. O papel atribuído à legislação interna sobre contratações públicas é mais amplo, havendo menos espaço para a possível aplicação da CISG. A exigência de transparência, eficácia e eficiência na atuação estatal impõe que haja clareza na eventual exclusão ou derrogação da CISG. A falta de uma exclusão ou derrogação clara permitirá ao contratado privado valer-se das previsões da CISG que não tenham sido derogadas pela redação do contrato ou pela incorporação, por remissão contratual, das regras internas sobre contratações públicas.

A Administração Pública direta e indireta deve analisar os benefícios da adoção da CISG, evitando exclusões indiscriminadas como as realizadas pelo governo brasileiro em suas contratações de materiais militares realizadas por meio de escritório do governo brasileiro em Washington, D.C. e submetidas ao direito de D.C. ou Nova York com expressa exclusão da CISG. Os licitantes e outros interessados, inclusive os cidadãos nos sistemas que, como o do Brasil, reconhecem a legitimidade dos cidadãos para impugnar procedimentos licitatórios, têm um papel relevante no controle das contratações públicas e na efetivação da adoção da CISG por meio da formulação de pedidos de esclarecimento, impugnações e representações. Esses instrumentos dão aos licitantes e interessados os meios para influenciar legitimamente a redação final do contrato com relação à aplicação, derrogação ou exclusão da CISG.

A CISG produz efeitos diretos sobre as compras governamentais internacionais. Nenhum Estado contratante da CISG pode ignorá-la em suas contratações de compra e venda internacional de mercadorias. A Administração Pública deve estar consciente da existência da lei uniforme e do seu impacto sobre seus contratos internacionais. A aplicação ou eventual derrogação ou

exclusão da CISG devem ser discutidas e decididas em cada caso de modo racional e motivado.

O direito público interno oferece os instrumentos para que cada ente da Administração Pública direta ou indireta tome decisões informadas e para que os licitantes e interessados interfiram de modo transparente no processo de configuração de editais de licitação e contratos administrativos. Tais instrumentos permitem exigir que o ente governamental reflita e decida sobre a aplicação da CISG com base em motivos racionais. Nos primeiros anos de vigência da CISG em cada país, a esperada inércia de entes governamentais em se adaptar à CISG pode ser superada pela conduta ativa, cuidadosa e atenta dos interessados em geral e, em especial, dos fornecedores internacionais que possam vir a participar de procedimentos licitatórios ou contratações públicas do novo Estado signatário da CISG.