

18º Congresso Internacional de Arbitragem - CBAr

Lígia Espolaor Veronese

Aplicação da CISG a contratos administrativos de compra e venda internacional de mercadorias: limites



L.O. BAPTISTA

Aplicação da CISG aos Contratos Administrativos

Aplicação Limitada - CISG:

- **Artigo 1(1):**

“(1) Esta Convenção aplica-se aos contratos de compra e venda de mercadorias entre partes que tenham seus estabelecimentos em Estados distintos:

(a) quando tais Estados forem Estados Contratantes; ou

(b) quando as regras de direito internacional privado levarem à aplicação da lei de um Estado Contratante.”

- **Artigo 1(3):**

“(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.”

Aplicação da CISG aos Contratos Administrativos

Aplicação Limitada - Lei 8.666/93:

- **Artigo 42 § 5º:**

“Para a realização (...) aquisição de bens com recursos provenientes de financiamento ou doação oriundos de agência oficial de cooperação estrangeira ou organismo financeiro multilateral de que o Brasil seja parte, poderão ser admitidas, na respectiva licitação, as condições decorrentes de acordos, protocolos, convenções ou tratados internacionais aprovados pelo Congresso Nacional (...) desde que (...) também não conflitem com o princípio do julgamento objetivo e sejam objeto de despacho motivado do órgão executor do contrato, despacho esse ratificado pela autoridade imediatamente superior.”

- **Artigo 54:**

“Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.”

- **Artigo 24, XIV:**

“É dispensável a licitação: (...) XIV: para a aquisição de bens ou serviços nos termos de acordo internacional específico aprovado pelo Congresso Nacional, quando as condições ofertadas forem manifestamente vantajosas para o Poder Público: ”

Aplicação da CISG aos Contratos Administrativos

Questões discutidas:

- Haveria derrogação da Lei 8.666/93 pela CISG (lei especial posterior)?
ou
- A aplicação da Lei 8.666/93 aos contratos internacionais com a Administração Pública representa uma derrogação/exclusão da CISG nos termos do seu artigo 6?

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

Dificuldades:

- Subcontratações feitas por empresas brasileiras e empresas estrangeiras sediadas no Brasil (artigo 28, V da Lei 8.666/93) - afasta da aplicação da CISG
- Tema não endereçado pela jurisprudência

Exclusões - CISG

Validade dos Contratos:

- **Artigo 4 (a):**

“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;”

Propriedade:

- **Artigo 4(b):**

“(b) aos efeitos que o contrato possa ter sobre a propriedade das mercadorias vendidas.”

Vendas específicas:

- **Artigo 2:**

“Esta Convenção não se aplicará às vendas: (...)

(b) em hasta pública;

(c) em execução judicial;”

Distinções entre CISG e Lei nº 8.666/93

Liberdade de Forma:

- **Artigos 11 e 29(2) da CISG:**

“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.”

“(2) O contrato escrito que contenha disposição prevendo que qualquer modificação ou rescisão somente se possa fazer por escrito não poderá ser modificado ou rescidido por outra forma. Todavia, uma parte poderá ser impedida por sua própria conduta de invocar esta disposição, na medida em que a outra parte tiver confiado nessa conduta.”

- **Artigo 60 da Lei 8.666/93:**

“Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas (...). Parágrafo único: É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento.”

Distinções entre CISG e Lei n° 8.666/93

Liberdade de Forma:

- **Forma escrita do contrato** – requisito de validade (artigo 60, § único) – afastamento da CISG ou exceção ao artigo 4 (a)?
- Possível aplicação da CISG (artigo 29(2)) aos aditamentos? Importante para os contratados
 - Aditamentos não são mencionados no artigo 60 § único da Lei 8.666/93
 - **Artigo 65 §8º da Lei 8.666/93** dispensa o aditivo em hipótese específica:

“A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento.”
 - **Artigo 57 §2º da Lei 8.666/93** agente competente:

“Toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato.”

Distinções entre CISG e Lei nº 8.666/93

Formação dos Contratos:

- **Licitação** – Lei 8.666/93 vai além da mera escolha do fornecedor
- **Conclusão do Contrato:**
 - **Artigos 23 e 24 da CISG:**

“Considerar-se-á concluído o contrato no momento em que a aceitação da proposta se tornar eficaz, de acordo com as disposições desta Convenção.”

“Para os fins desta Parte da Convenção, se considerará que a proposta, a manifestação de aceitação ou qualquer outra manifestação de intenção “chega” ao destinatário quando for efetuada verbalmente, ou for entregue pessoalmente por qualquer outro meio, no seu estabelecimento comercial, endereço postal, ou, na falta destes, na sua residência habitual.”
 - **Artigo 43, VI da Lei 8.666/93:**

“A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos: (...)”

VI - deliberação da autoridade competente quanto à homologação e adjudicação do objeto da licitação.”

Distinções entre CISG e Lei nº 8.666/93

Formação dos Contratos:

- **Retirada/Revogação das propostas:**

- **Artigos 15(2) e 16 (1) da CISG:**

“(2) Ainda que seja irrevogável, a proposta pode ser retirada, desde que a retratação chegue ao destinatário antes da própria proposta, ou simultaneamente a ela.”

“(1) A proposta poderá ser revogada até o momento da conclusão do contrato, se a revogação chegar ao destinatário antes de este expedir a aceitação.”

- **Artigos 49 e 64 da Lei 8.666/93**

“A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.”

“A Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 desta Lei.”

Distinções entre CISG e Lei nº 8.666/93

Formação dos Contratos:

- Regras de aceitação de propostas da CISG previstas nos artigos 19 a 21 vs. Procedimentos previstos no artigo 43 da Lei 8.666/93

- **Contagem de Prazos:**

- **Artigo 20(2) da CISG:**

“Serão considerados na contagem de prazo os feriados oficiais ou os dias não úteis nele compreendidos. Todavia, caso a comunicação de aceitação não possa ser entregue no endereço do autor da proposta no último dia do prazo, por ser feriado ou dia não útil no local do estabelecimento comercial do proponente, o prazo considerar-se-á prorrogado até o primeiro dia útil subsequente.”

- **Artigo 110 da Lei 8.666/93**

“Na contagem dos prazos estabelecidos nesta Lei, excluir-se-á o dia do início e incluir-se-á o do vencimento, e considerar-se-ão os dias consecutivos, exceto quando for explicitamente disposto em contrário. Parágrafo único. Só se iniciam e vencem os prazos referidos neste artigo em dia de expediente no órgão ou na entidade.”

Distinções entre CISG e Lei nº 8.666/93

Alteração dos Contratos:

- **Artigo 29(1) da CISG:**

“O contrato poderá ser modificado ou resilido por simples acordo entre as partes.”

- **Artigo 58, I da Lei 8.666/93:**

“O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;”

Pagamento:

- **Artigo 58(1) da CISG:**

“Se o comprador não estiver obrigado a pagar o preço em momento determinado, deve pagá-lo quando o vendedor colocar à sua disposição as mercadorias ou os documentos que as representarem, de acordo com o contrato ou com a presente Convenção.”

- **Artigo 40, XIV (a) da Lei 8.666/93:**

“O edital (...) indicará, obrigatoriamente, o seguinte: (...) XIV - condições de pagamento, prevendo: a) prazo de pagamento não superior a trinta dias, contado a partir da data final do período de adimplemento de cada parcela;”

Distinções entre CISG e Lei nº 8.666/93

Rescisão dos Contratos:

- **Artigos 49(1) e 64(1) da CISG:**

“(1) O comprador poderá declarar o contrato rescindido:

(a) se o descumprimento, pelo vendedor, de qualquer das obrigações que lhe atribui o contrato ou a presente Convenção constituir violação essencial do contrato; ou

(b) no caso de falta de entrega, se o vendedor não entregar as mercadorias dentro do prazo suplementar concedido pelo comprador (...).”

“(1) O vendedor poderá declarar rescindido o contrato se:

(a) o descumprimento pelo comprador de qualquer das obrigações que lhe incumbem segundo o contrato ou a presente Convenção constituir violação essencial do contrato; ou

b) o comprador não cumprir a obrigação de pagar o preço, ou não receber as mercadorias no prazo suplementar fixado pelo vendedor (...).”

- **Artigos 58(II) e 79 da Lei 8.666/93:**

“O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;”

”A rescisão do contrato poderá ser: I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior;”

Distinções entre CISG e Lei nº 8.666/93

Outros:

- Resolução por entrega parcial - artigo 51(2) da CISG
- Resolução por inadimplemento antecipado – artigo 73(2) da CISG
- Fixação de parâmetros de indenização – artigo 75 da CISG

Desigualdade entre licitantes:

- **Artigo 3º da Lei 8.666/93:**

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

Considerações Finais

CISG e Contratos Administrativos:

- Aplicação limitada e supletiva
- Clareza sobre sua aplicação
- Conveniência para a Administração Pública:
 - Maior proteção e segurança vs. Mais obrigações à Administração Pública, por exemplo:
 - Obrigações de inspeção e conservação (artigos 38 e 86 da CISG)
 - Responsabilidade limitada a danos previsíveis (artigo 74 da CISG)
 - Mitigação de danos (artigo 77 da CISG)



OBRIGADA!

lev@baptista.com.br

Avenida Paulista, 1294 | 8º andar

01310-100 | São Paulo | Brasil
+55 11 3147 0800