



Frederico Eduardo Zenedin Glitz

*Organizador*

# Questões de Direito Internacional:

*pessoa, comércio e procedimento II*





Frederico Eduardo Zenedin Glitz

*Organizador*

Questões de  
**Direito  
Internacional:**  
*pessoa, comércio e procedimento II*

JML

2018

 **JML**  
— EDITORA —



## Editora JML

Rua Mandaguaçu, 534 - Sobre Loja, Bairro Emiliano Pernetá, Pinhais - PR.

CEP: 83324-430

Central de Relacionamento JML: (41) 3595.9999

Fax: (41) 3595.9998

Portal: [www.jmleventos.com.br](http://www.jmleventos.com.br)

## Organizador

Frederico Eduardo Zenedin Glitz

Telefone: +55 (41) 3328.3603

E-mail: [contato@fredericoglitz.adv.br](mailto:contato@fredericoglitz.adv.br)

Site: [www.fredericoglitz.adv.br](http://www.fredericoglitz.adv.br)

## Projeto Gráfico e Diagramação

Studio Bild Design & Fotografia

Marcela Grassi Mendes de Faria

[www.studiobild.design](http://www.studiobild.design)

### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

D597 Questões de Direito Internacional: pessoa, comércio e procedimento II [livro eletrônico]. / Frederico Eduardo Zenedin (coordenador). - Curitiba: Editora JML, 2018. 2,5 Mb; PDF.

ISBN 978-85-93826-02-3

1. Direito. 2. Direito Internacional.

CDD 340

CDU 341.9



# **SOBRE O ORGANIZADOR**

**Frederico E. Z. Glitz** é Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná e atualmente é Professor do Mestrado em Direito da Universidade Comunitária da Região de Chapecó (UNOCHAPECÓ) e de Direito Internacional Privado do Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). É membro do Conselho Editorial de diversos periódicos especializados nacionais e internacionais e compõe da lista de árbitros da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Paraná (CAMFIEP). É autor de livros e artigos sobre Direito internacional Privado, Contratos internacionais e *Lex Mercatoria*. Advogado e titular da Frederico Glitz Consultoria Jurídica ([www.fredericoglitz.adv.br](http://www.fredericoglitz.adv.br)).



# SUMÁRIO

|                           |   |
|---------------------------|---|
| <b>APRESENTAÇÃO</b> ..... | 6 |
|---------------------------|---|

|                               |   |
|-------------------------------|---|
| <b>PARTE 1 – PESSOA</b> ..... | 8 |
|-------------------------------|---|

|   |   |
|---|---|
| 1.1 NOVA LEI DE MIGRAÇÃO BRASILEIRA: ANÁLISE DOS AVANÇOS FACE AO ESTATUTO DO ESTRANGEIRO E DAS DIFICULDADES POSTAS PELOS VETOS PRESIDENCIAIS..... | 9 |
|---|---|

*Joséli Fiorin Gomes*

|  |    |
|--|----|
| 1.2 CONFLITO ENTRE TRATADOS INTERNACIONAIS E A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR BRASILEIRO: O CASO DA CONVENÇÃO DE MONTREAL..... | 34 |
|--|----|

*Rodrigo Otávio Monteiro da Silva e Andreza Cristina Baggio*

|                                 |    |
|---------------------------------|----|
| <b>PARTE 2 – COMÉRCIO</b> ..... | 53 |
|---------------------------------|----|

|  |    |
|--|----|
| 2.1 A CISG COMO UM CÓDIGO DA VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS..... | 54 |
|--|----|

*Véra Jacob de Fradera*

|  |    |
|--|----|
| 2.2 LA IMPORTANCIA DE LOS USOS Y COSTUMBRES PARA EL DERECHO COMERCIAL: ALGUNOS DEBATES EN TORNO A LA LEGITIMIDAD DE LA NUEVA LEX MERCATORIA..... | 71 |
|--|----|

*Dennis José Almanza Torres*

|  |    |
|--|----|
| 2.3 O DEVER DE MITIGAÇÃO DE PERDAS EM CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS ..... | 92 |
|--|----|

*Guilherme Stadler Penteado e Frederico Eduardo Zenedin Glitz*

|   |     |
|---|-----|
| 2.4 O REINO UNIDO E A UNIÃO EUROPEIA: O POSICIONAMENTO DO REINO UNIDO EM UM AMBIENTE DE INTERAÇÕES VOLÁTEIS ..... | 112 |
|---|-----|

*Marcelo Markus Teixeira e Clemir José Kades Junior*

|   |     |
|---|-----|
| 2.5 INSTRUMENTOS DE DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL EM UM MUNDO PLURILINGUÍSTICO: TENTATIVAS DE SUPERAÇÃO DAS BARREIRAS IDIOMÁTICAS POR MEIO DE CONCEITOS JURÍDICOS “NEUTROS” ..... | 129 |
|---|-----|

*Sabrina Maria Fadel Becue*

|                                     |     |
|-------------------------------------|-----|
| <b>PARTE 3 – PROCEDIMENTO</b> ..... | 144 |
|-------------------------------------|-----|

|   |     |
|---|-----|
| 3.1 LA EFECTIVIDAD DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS..... | 145 |
|---|-----|

*José Antonio Moreno Rodríguez*

|  |     |
|--|-----|
| 3.2 COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DE 2015..... | 163 |
|--|-----|

*Thaysa Prado*



# APRESENTAÇÃO

O ano de 2017 trouxe importantes discussões para o Direito Internacional brasileiro, especialmente se nos concentrarmos na atuação do Legislativo e do Judiciário. Alguns dos paradigmas da matéria não só estão sendo debatidos como, também, revistos. Por outro lado, o Brasil persiste em sua tendência em adiar a completa ratificação de Tratados internacionais<sup>1</sup>.

Em termos mundiais, a matéria também tem sido exposta a desafios. De um lado observa-se o fortalecimento dos movimentos independentistas, de outro, a perspectiva de um conflito global causa perplexidade. Além disso, ainda não estão resolvidas, nem completamente conhecidas, as consequências do desmonte parcial da União europeia (BREXIT) e das crises migratórias globais.

Todos esses eventos acabam refletindo uma maior curiosidade do público em geral, e da imprensa em especial, em torno do Direito internacional. Passam a ser constantes as reportagens e documentários que abordam cada possível espectro dessa matéria: da curiosidade da gestação por substituição internacional, passando-se pelas ferramentas disponíveis para o combate à corrupção e repatriação de recursos desviados, a proteção do consumidor em negócios internacionais e a forma de se obter um visto para fixação de domicílio no exterior.

É, então, como forma de contribuir para o adensamento do estudo do Direito internacional no Brasil que apresentamos este segundo volume de coletânea de artigos. Ele foi concebido como expressão interdisciplinar desta preocupação. Os autores, a partir de diferentes premissas, mas com a intenção de contribuir para o incremento do debate público e o aprofundamento do estudo destes temas, oferecem o resultado de suas pesquisas ao público.

Esses autores tratam de questões atuais, relacionando o Direito internacional com os diferentes aspectos da atividade humana. Dentro desta perspectiva, a obra é dividida em três partes: Pessoa, Comércio e Procedimento.

Na primeira delas, então, são abordados temas diretamente relacionados ao tratamento do sujeito no Direito Internacional. O capítulo de abertura, de Joséli Fiorin Gomes, enfrenta a nova legislação brasileira de migrações, comparando-a com o regime anterior e apresentando as dificuldades surgidas dos vetos presidenciais, seguido do artigo de Rodrigo da Silva e Andreza Baggio sobre a proteção internacional do consumidor brasileiro, a partir do caso da Convenção de Montreal.

A segunda parte do livro se ocupa da perspectiva internacional do Comércio, visitando os temas da Convenção de Viena sobre compra e venda internacional de mercadorias como codificação, na perspectiva de Vera Fradera e o dever de mitigação de danos nos contratos internacionais, no artigo de Guilherme Penteado e Frederico Glitz; a importância dos costumes para o Direito Comercial, no artigo de Dennis José Almanza Torres; o relacionamento do Reino Unido e da União Europeia, em especial

<sup>1</sup> Para informações e dados, vide: <https://www.conjur.com.br/2017-out-24/brasil-demora-anos-promulgar-acordos-internacionais>. Acesso em 08/11/2017.



sob a perspectiva do BREXIT, no artigo de Marcelo Teixeira e Clemir Kades Jr e, por fim, a dificuldade e superação das barreiras idiomáticas em instrumentos normativos do Comércio Internacional, na abordagem de Sabrina Becue.

A obra fica, então, completa com a análise de temas dos procedimentos judicial e arbitral, típicos do Direito internacional. Para tanto são apresentados os textos sobre a efetividade da arbitragem internacional de Jose Antonio Moreno Rodriguez e sobre a cooperação jurídica internacional na nova codificação processual brasileira, no artigo de Thaysa Prado.

Boa leitura!

Curitiba, março de 2018.

*Frederico Glitz*





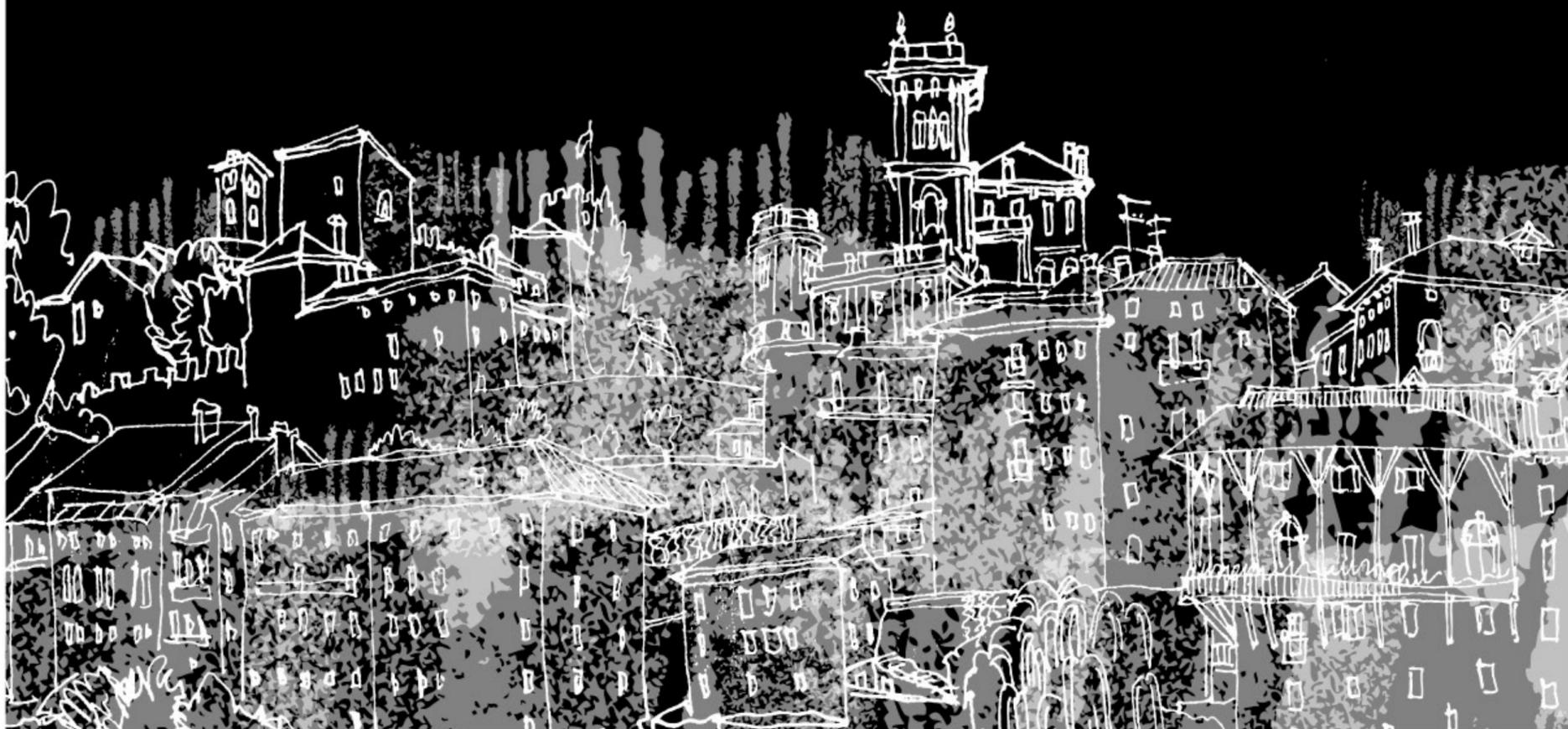
*Parte 1*

# Pessoa



**NOVA LEI DE MIGRAÇÃO  
BRASILEIRA: ANÁLISE  
DOS AVANÇOS FACE  
AO ESTATUTO DO  
ESTRANGEIRO E  
DAS DIFICULDADES  
POSTAS PELOS VETOS  
PRESIDENCIAIS**

*Joséli Fiorin Gomes*



# NOVA LEI DE MIGRAÇÃO BRASILEIRA: ANÁLISE DOS AVANÇOS FACE AO ESTATUTO DO ESTRANGEIRO E DAS DIFICULDADES POSTAS PELOS VETOS PRESIDENCIAIS

## NEW BRAZILIAN MIGRATION STATUTE: ANALYSIS OF ITS ADVANCES IN FACE OF THE FOREIGNER STATUTE AND THE DIFFICULTIES PLACED BY PRESIDENTIAL VETOES

## NUEVA LEY DE MIGRACIÓN BRASILEÑA: ANALISIS DE LOS AVANCES ANTE EL ESTATUTO DEL EXTRANJERO Y DE LAS DIFICULTADES POSTAS POR LOS VETOS PRESIDENCIALES

*Joséli Fiorin Gomes<sup>1</sup>*

**RESUMO:** A mobilidade humana, gerada pelas mais diversas causas, caracteriza o cenário contemporâneo. Este movimento, paradoxalmente, constante e crescente, propõe desafios aos Estados que recebem migrantes, demandando-lhes melhor regulação de suas políticas migratórias. Frente a isso, no Brasil, face à inadequação do anacrônico Estatuto do Estrangeiro, regulação forjada à época da ditadura militar, aprovou-se uma Nova Lei de Migração, a Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017. Nesse sentido, o presente artigo objetiva examinar a disciplina estabelecida pela Nova Lei de Migração, questionando quais os avanços que traz acerca da matéria em face ao anterior Estatuto do Estrangeiro, bem como perquirindo sobre as dificuldades postas ao estabelecimento de uma política migratória vanguardista no País diante dos vetos presidenciais ao texto desta Nova Lei. Para tanto, o estudo foi dividido em duas seções. A primeira seção dedicou-se ao exame dos progressos previstos pela nova legislação, enquanto a segunda versou sobre os problemas trazidos pelos vetos, para responder aos questionamentos propostos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Lei de Migração; Avanços; Vetos.

**ABSTRACT:** Human mobility, generated by the most diverse causes, characterizes the contemporary scenario. This movement, paradoxically, constant and growing, poses challenges to states that receive migrants, demanding a better regulation of their migration policies. In view of this, in Brazil, faced with the inadequacy of the anachronistic Foreigner Statute, regulation forged at the time of the military dictatorship, a New Migration Statute was passed, Law no. 13.445, dated May 24, 2017. In this sense,

1 Doutora em Direito e Especialista em Direito Internacional Público, Privado e da Integração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Franciscano (UNIFRA). Professora Adjunta do Curso de Relações Internacionais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande (FURG).



the present article aims to examine the discipline established by the New Migration Statute, questioning the progress it brings about the matter in the face of the former Foreigner Statute, as well as asking what difficulties were put to the establishment of an avant-garde migration policy in the country in the face of the presidential vetoes to the text of this new legislation. For that, the study was divided into two sections. The first section was devoted to examining the progress anticipated by the New Statute, while the second dealt with the problems brought by the vetoes, in order to answer the questions proposed.

**KEY WORDS:** Migration statute; Advances; Vetoes.

**RESUMEN:** La movilidad humana, generada por las más diversas causas, caracteriza el escenario contemporáneo. Este movimiento, paradójicamente, constante y creciente, plantea desafíos a los Estados que reciben migrantes, demandándoles una mejor regulación de sus políticas migratorias. Frente a ello, en Brasil, ante la inadecuación del anacrónico Estatuto del Extranjero, regulación forjada en la época de la dictadura militar, se aprobó una nueva Ley de Migración, la Ley n. 13.445, de 24 de mayo de 2017. En este sentido, el presente artículo tiene por objeto examinar la disciplina establecida por la Nueva Ley de Migración, cuestionando cuáles son los avances que trae sobre la materia frente al anterior Estatuto del Extranjero, así como perquiriendo sobre las dificultades planteadas al establecimiento de una política migratoria vanguardista en el país ante los vetos presidenciales al texto de esta nueva ley. Para ello, el estudio se dividió en dos secciones. La primera sección se dedicó al examen de los progresos previstos por la nueva legislación, mientras que la segunda versó sobre los problemas traídos por los vetos, para responder a los cuestionamientos propuestos.

**PALABRAS CLAVE:** Ley de Migración; Avances; Vetos.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 A Nova Lei de Migração Brasileira: progressos diante do anacrônico Estatuto do Estrangeiro; 2 Os vetos presidenciais à Lei de Migração: dificuldades postas ao estabelecimento de uma política migratória brasileira arrojada; Considerações Finais; Referências.



## INTRODUÇÃO

A mobilidade humana, gerada por diversos fatores decorrentes de circunstâncias políticas, econômicas e sociais, tem caracterizado o cenário global contemporâneo. Este termo, de espectro amplo, segundo Ventura<sup>2</sup>, contempla tanto as migrações internacionais, referentes à saída voluntária, por múltiplas razões, de migrantes<sup>3</sup> de seus países originários, quanto os deslocamentos forçados<sup>4</sup>,

2 VENTURA, Deisy. Mobilidade Humana e Saúde Global. *Revista USP*, São Paulo, n. 107, outubro/novembro/dezembro 2015, p. 57.

3 O Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), agência da Organização das Nações Unidas (ONU) dedicada à temática, diferencia os termos “migrante” e “refugiado”. Para a referida agência, o termo “migrante” refere-se à pessoa que cruza fronteiras voluntariamente em busca de melhores oportunidades, denotando processo de escolha. Com isso, a agência reprova a utilização do termo como sinônimo de “refugiado”, por entender que esta última expressão refere-se a pessoas que não podem retornar às suas residências em segurança, razão pela qual têm direito a proteções específicas no âmbito do direito internacional. Ademais, a agência sublinha o fato de não haver, em nível internacional, definição legal uniforme para o termo geral “migrante”, apenas existindo previsões jurídicas quanto ao “trabalhador migrante” em normas da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e do Conselho da Europa. E, a agência aponta que confundir “migrante” e “refugiado” ofusca a disciplina legal específica destinada aos refugiados, como a proteção contra o *refoulement* (devolução) e contra punições por ingressar sem autorização no território de outros países em busca de segurança. Em face disso, Black, ao analisar o campo de pesquisa, afirma que comumente distingue-se o termo “refugiado” da expressão “migrante econômico”, indicando que aquele se refere a pessoas forçadas a migrar, as quais demandam políticas públicas específicas de intervenção humanitária em face à ruptura de relações sociais, econômicas e culturais normais, enquanto esta diz respeito a indivíduos que se movimentam mais ou menos voluntariamente, a despeito de reconhecer haver trabalhos acadêmicos que argumentam pela extensão da primeira definição para incluir outros tipos de migrantes forçados. Assim, parece haver, no campo teórico sobre migrações, o emprego majoritário da expressão “migrante” para designar o indivíduo que se desloca de modo voluntário, diferenciando-a do termo “refugiado”, juridicamente especificado em âmbito internacional pela definição contida na Convenção das Nações Unidas de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados, seus protocolos adicionais e em instrumentos legais regionais dedicados à temática. Ver: ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (ACNUR). *Notícias*. “Refugiados” e “Migrantes”: Perguntas Frequentes. 22 de Março de 2016. Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/refugiados-e-migrantes-perguntas-frequentes/>. Acesso em: 07 set. 2017; BLACK, Richard. Fifty Years of Refugee Studies: from theory to policy. *International Migration Review*, Vol. 35, n. 1, Primavera/2001, p. 63-64.

4 Deslocamentos forçados ou migração forçada são termos mais amplos, estabelecidos no âmbito dos estudos migratórios, na tentativa de abarcar tipos de migração que não se inserem na definição jurídica internacional de refúgio, e que também não se enquadram na categoria de deslocamento voluntário. O conceito de deslocamento forçado ou migração forçada refere-se, nesse passo, a movimentos migratórios involuntários, que podem atravessar fronteiras internacionais ou deslocar-se dentro do território de um mesmo país, os quais não são abarcados pelo instituto do refúgio, relativas a pessoas que se deslocam por desastres ambientais, conflitos, fome, projetos de desenvolvimento em larga escala, entre outras situações. Contempla circunstâncias, por exemplo, como as dos deslocados internos, dos apátridas, dos exilados, dos transferidos, da servidão por dívida, da servidão por contrato, do deslocamento forçado do campo para a cidade, da migração feminina por trabalho sexual, do trabalho forçado no setor de tecnologia da informação na Índia (*body shopping*), do tráfico internacional de pessoas. O estabelecimento do conceito, nesse sentido, segundo Samaddar significa o desprendimento dos estudos de migração forçada do quadro restritivo do refúgio, como evolução que compreenda, de modo pós-colonial, vários outros aspectos das migrações. Isto faz-se necessário diante da emergência novos tipos de fluxos migratórios, que, segundo Sassen, trazem uma combinação maior de condições crescentes, desde novos tipos de guerra e violência, até grandes perdas de habitat, convidando a considerar essas condições estruturais mais amplas. No entanto, no campo de pesquisa sobre refúgio, há aqueles, como Hathaway, que argumentam que a ampliação do campo para as migrações forçadas, ou mesmo para outras formas de migrações, como uma só área de estudos mais abrangente, tiraria o foco da proteção específica necessária às situações individuais que se enquadram na caracterização legal do refúgio. Em debate, há teses, como a de DeWind, no sentido de promover a reunião dos estudos sobre refúgio com os estudos sobre migrações forçadas promovendo um único, e mais amplo, campo de pesquisa sobre migrações, pois isto seria capaz de transpor as dificuldades atuais em encaixar deslocados políticos, econômicos e ambientais como refugiados, já que esta não é uma definição suficiente face a variados movimentos migratórios contemporâneos, bem como impediria a continuidade de conflitos ideológicos sobre a legitimidade de regimes jurídicos e governamentais que relegam algumas pessoas à pobreza enquanto premiam, com ajuda, a outras. Portanto, parece que a construção do conceito de deslocamentos forçados vem a contribuir para a reflexão quanto à necessidade de se reconhecer outras espécies de movimentos migratórios para além da mera tipificação jurídica do refúgio. Ver: MEZZADRA, Sandro. Sandro. Multiplicação das Fronteiras e Práticas de Mobilidade. *REHMU* – Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana, Brasília, Ano XXIII, n. 44, jan./jun. 2015, p. 12-13; SAMADDAR, Ranabir. Forced Migration: State of the Field. *Peace Prints: South Asian Journal of Peacebuilding*, Vol. 4, n. 1, Verão/2012, p. 2; SASSEN, Saskia. Três migrações emergentes: uma mudança histórica. *SUR* – Revista Internacional de Direitos Humanos, Vol. 13, n. 23, p. 29-42, 2016; HATHAWAY, James C. Forced Migration Studies: Could We Agree Just to ‘Date’? *Journal of Refugee Studies*, Vol. 20, n. 3, p. 349-369, Set./ 2007; DeWIND, Josh. Response to Hathaway. *Journal of Refugee Studies*, Vol. 20, n. 3, Set./ 2007, p. 381-382.



como, por exemplo, o refúgio<sup>5</sup> e o deslocamento interno<sup>6</sup>, entre outros fenômenos, os quais atinam à saída coercitiva de pessoas, por diferentes motivos, de suas habitações, ingressando (ou não) no território de outros Estados.

Abordar esta problemática a partir da expressão mobilidade humana, nesse sentido, contempla a complexidade desse movimento de indivíduos e/ou grupos, o qual, paradoxalmente, mostra-se, ao longo da história da humanidade, constante, e, face às transformações globais em curso o século XXI, ao mesmo tempo, crescente. Com isso, percebe-se a imprecisão dos conceitos e categorias aplicados a seu estudo para tratar de pessoas reais, as quais, durante suas vidas, poderão ser sujeitas a múltiplas categorias de deslocamento, inserindo-se, inclusive, em mais de uma delas simultaneamente<sup>7</sup>. Isto propõe importantes desafios aos Estados que as recebem, demandando-lhes melhor regulação de políticas migratórias, instando-os, juntamente a outros atores globais, a “...levar a sério o momento de instabilidade tanto conceptual [sic] quanto material determinado pelos processos contemporâneos de proliferação e transformação das fronteiras...”<sup>8</sup>.

Inserido neste panorama está o Brasil, país construído por processos migratórios, o qual, nas últimas décadas, pela sua tentativa em se firmar como liderança regional e das potências emergentes, tem-se constituído como Estado de “...forte atração imigratória...”<sup>9</sup>. A regulação brasileira à questão migratória, no entanto, não parecia congruente às ambiciosas pretensões de inserção internacional do País, já que se mantinha no ordenamento interno norma estabelecida durante o período ditatorial, o anacrônico Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815/1980)<sup>10</sup>, fundado em noções de segurança nacional e

5 O instituto do refúgio destina-se à proteção jurídica internacional dos refugiados, cujo conceito é definido pela Convenção das Nações Unidas de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados. De acordo com o art. 1º, 2, da referida Convenção, é tida como refugiada qualquer pessoas que “...temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele”. Ver: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU); ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (ACNUR). **Convenção das Nações Unidas de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados**. Disponível em: [http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados](http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados). Acesso em: 07 set. 2017.

6 Os deslocamentos internos correspondem às situações de pessoas forçadas ou obrigadas a escapar ou sair de seus lares ou de seus locais de residência habitual como resultado de conflitos armados, ou para evita-los, ou, ainda, por situações de violência generalizada, de violações de direitos humanos ou de catástrofes naturais ou provocadas pelo ser humano e que não tenham cruzado uma fronteira estatal internacionalmente reconhecida. Difere do conceito de refugiado por não apresentar o elemento de extraterritorialidade essencial ao reconhecimento deste *status*, pois não há saída de dentro dos limites territoriais do Estado de residência ou de origem. Também, são diferentes os motivos que levam ao deslocamento, pois enquanto para ser considerada refugiada uma pessoa deve sofrer perseguição por questões de raça, nacionalidade, religião, vinculação a determinado grupo social ou opiniões políticas, o conceito de deslocado interno considera graves violações de direitos humanos, violência generalizada, conflitos armados ou catástrofes naturais ou provocadas pelo agir humano. Ver: Id. **Guiding Principles on Internal Displacement**. Disponível em: <http://www.unhcr.org/43ce1cff2.html>. Acesso em: 07 set. 2017; PEREIRA, Luciana Diniz Durães. **O Direito Internacional dos Refugiados: análise crítica do conceito de “refugiado ambiental”**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 106-111.

7 WENDEN, Catherine Withol de. **La question migratoire au XXIe siècle: migrants, réfugiés et relations internationales**. 2. ed. atualizada (Formato Kindle). Paris: Presses de Science Po, 2015, p. 01; VENTURA, Op. Cit., p. 58.

8 MEZZADRA, Op. Cit., p. 23.

9 PATARRA, Neide Lopes; FERNANDES, Duval. Brasil: país de imigração? In: **RILP – Revista Internacional em Língua Portuguesa: Migrações**, Lisboa, III Série, n. 24, 2011, p. 66.

10 BRASIL. **Lei n. 6.815**, de 19 de agosto de 1980. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm). Acesso em: 07 set. 2017.



proteção ao trabalhador brasileiro, entendendo o estrangeiro como ameaça<sup>11</sup>. Tratava-se de norma em clara incompatibilidade<sup>12</sup> com os valores previstos pela Constituição Federal de 1988<sup>13</sup>, pelas diversas convenções e declarações internacionais adotadas pelo País<sup>14</sup> e pela regulação nacional sobre refúgio, a Lei n. 9.474/1997<sup>15</sup>. A despeito disso, esta legislação pouco (senão nada) adequada à conjuntura pós-redemocratização, preservava-se por não haver, de acordo com Ventura, “...consenso sobre sua substituição”<sup>16</sup>.

Contudo, a questão migratória tornou-se cada vez mais relevante, ao fim do século XX e início do século XXI, por diversos fatores, como a crescente emigração de brasileiros, a entrada irregular de trabalhadores vindos de países vizinhos, a vinda em massa de haitianos e africanos, os quais fugiam ao controle governamental, demandando uma tomada de posição, já que a legislação vigente não permitia o seu enfrentamento eficaz.<sup>17</sup> Assim, passou-se a buscar o estabelecimento de uma nova legislação sobre a temática.

Paratanto, várias propostas<sup>18</sup> foram elaboradas, com diferentes visões, demonstrando a continuidade da falta de coesão para a alteração necessária. Isto resultou na apresentação, ao Congresso Nacional, de diversas iniciativas sobre a temática, como o Projeto de Lei (PL) n. 5.655/2009<sup>19</sup>, de autoria do

11 OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de. Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças. **REBEP** – Revista Brasileira de Estudos de População, Belo Horizonte, v.34, n.1, jan./abr. 2017, p. 171.

12 VENTURA, Deisy. Política migratória brasileira é obsoleta e dificulta vida de estrangeiros. **UOL Notícias**, 03 de maio de 2014. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/opiniao/coluna/2014/05/03/politica-migratoria-brasileira-deixa-estrangeiros-em-situacao-precaria.htm>>. Acesso em: 08 set. 2017.

13 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 07 set. 2017.

14 Como, por exemplo, Convenção das Nações Unidas de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados, a Declaração de Cartagena de 1984, diversas Convenções da Organização Internacional do Trabalho, dentre outras.

15 BRASIL. **Lei n. 9.474**, de 22 de julho de 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm). Acesso em: 07 set. 2017.

16 Segundo Ventura, esta falta de consenso para a revogação do Estatuto do Estrangeiro evocava “...a expressão ‘no man’s land’, cuja origem militar refere-se ao território entre duas trincheiras ou em disputa, onde não há proteção de lado algum e o risco de ser abatido por qualquer dos contendores é iminente. Em sentido figurado, ‘no man’s land’ remete a um tema a respeito do qual os interesses antagônicos se equivalem, impedindo que uma decisão seja tomada. No caso do Brasil, há por certo interesses antagônicos: do mercado, que defende a imigração seletiva, triando a mão de obra da qual precisa no momento, para depois descartá-la; dos conservadores, que se preocupam apenas em atrair e bem acolher os ricos, especialmente investidores; das polícias, que amiúde confundem estrangeiros com criminosos; e até mesmo de alguns setores do governo federal, que preferem esta lei ruim a uma eventual perda de poder, recursos ou prestígio.” Ver: VENTURA, Op. Cit.

17 OLIVEIRA, Op. Cit., p. 171-172.

18 Segundo Oliveira, houve iniciativas da Secretaria de Assuntos Estratégicos, com foco na atração de força de trabalho qualificada; do Ministério da Justiça, o qual, mediante Comissão de Especialistas, apresentou Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil, embasado na proteção dos direitos humanos; e do Conselho Nacional de Imigração (CNIg), o qual também buscava a garantia de direitos dos migrantes. Ver: Id. Ibid., p. 173.

19 Este projeto de nova lei de migrações, apresentado pelo Governo Lula, dispunha sobre o ingresso, permanência e saída de estrangeiros no território nacional, o instituto da naturalização, as medidas compulsórias, transformava o Conselho Nacional de Imigração em Conselho Nacional de Migração, definia infrações e dava outras providências, com vistas a revogar o Estatuto do Estrangeiro. Contudo, foi considerado, segundo Sprandel, desatualizado e burocrático por organizações ligadas à questão. Ver: CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei n. 5.655**, de 20 de julho de 2009. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=443102>. Acesso em: 07 set. 2017; SPRANDEL, Marcia Anita. Marcos legais e políticas migratórias no Brasil. In: PRADO, Erlan José Peixoto do; COELHO, Renata. (Orgs.). **Migrações e trabalho**. Ministério Público do Trabalho, 2015, p. 47.



Poder Executivo; o PL n. 206/2011<sup>20</sup>, de autoria do Deputado Sandes Junior; o Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 288/2013<sup>21</sup>, de autoria do então Senador Aloysio Nunes; o PL n. 3.354/2015<sup>22</sup>, de autoria do Deputado Luiz Nishimori; e o PL n. 5.293/2016<sup>23</sup>, de autoria do Deputado Jean Wyllys. Diante desta profusão de projetos, segundo Oliveira, “...o governo federal procurou ter uma atuação unificada, buscando algum consenso em torno...”<sup>24</sup> do PLS n. 288/2013, o qual foi aprovado, a partir de substitutivo proposto pelo relator, Senador Ricardo Ferraço.

Enviado à Câmara dos Deputados, o projeto foi renumerado como PL n. 2.516/2015<sup>25</sup>, ao qual foram apensados os outros PLs anteriores e posteriores relativos à matéria. O texto do projeto, durante a tramitação na Câmara, sofreu algumas modificações, logrando aprovação. Foi, então, reencaminhado ao Senado para apreciação, recebendo nova aprovação. Assim, estabeleceu-se a Nova Lei de Migração, Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017<sup>26</sup>, encaminhando-a para a sanção presidencial, sofrendo vetos parciais pelo Presidente Temer.

Nesse sentido, o presente artigo objetiva examinar a disciplina estabelecida pela Lei de Migração, questionando quais os avanços que traz acerca da matéria em face ao anterior Estatuto do Estrangeiro, bem como perquirindo sobre as dificuldades postas ao estabelecimento de uma política migratória vanguardista no País diante dos vetos presidenciais ao texto desta Nova Lei. Para tanto, o estudo foi dividido em duas seções. A primeira seção dedicou-se ao exame dos progressos previstos pela nova legislação, enquanto a segunda seção versou sobre os problemas trazidos pelos vetos a seu texto, para responder aos questionamentos propostos. É o que segue.

20 Este projeto de lei dispunha sobre a obrigatoriedade de registro, perante o órgão competente do Poder Executivo, das pessoas que entrassem ou saíssem do território nacional. Ver: Id. **Projeto de Lei n. 206**, de 08 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491323>. Acesso em: 07 set. 2017.

21 Propunha instituir a Lei de Migração e regular a entrada e estada de estrangeiros no Brasil, revogando o Estatuto do Estrangeiro. Ver: SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado n. 288**, de 11 de julho de 2013. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113700>. Acesso em: 08 set 2017.

22 Este projeto dispunha sobre a concessão de visto permanente ao estrangeiro que investisse e pretendesse fixar-se no Brasil, alterando o Estatuto do Estrangeiro. Ver: CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei n. 3.354**, de 21 de outubro de 2015. Disponível e: <http://www2.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2023983>. Acesso em: 07 set. 2017.

23 O projeto dispunha sobre a questão da expulsão do estrangeiro, visando alterar a disciplina contida no Estatuto do Estrangeiro. Ver: CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei n. 5.293**, de 17 de maio de 2016. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2084622>. Acesso em 07 set. 2017.

24 OLIVEIRA, Op. Cit., p. 173.

25 CÂMARA DS DEPUTADOS. **Projeto de Lei n. 2.516**, de 04 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1594910>. Acesso em: 07 set. 2017.

26 BRASIL. **Lei n. 13. 445**, de 24 de maio de 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm). Acesso em: 07 set. 2017.



## 1. A NOVA LEI DE MIGRAÇÃO BRASILEIRA: PROGRESSOS DIANTE DO ANACRÔNICO ESTATUTO DO ESTRANGEIRO

Diante da aprovação, em 24 de maio de 2017, da Lei n. 13.445, a Nova Lei de Migração brasileira, cuja *vacatio legis* é de 180 dias a contar de sua publicação no Diário Oficial da União<sup>27</sup> (publicação ocorrida na edição de 25 de maio de 2017<sup>28</sup>), encerrar-se-á, afinal, a vigência da Lei n. 6.815/1980, o Estatuto do Estrangeiro, um dos símbolos da persistência de resquícios da ditadura militar no seio do direito nacional. Nesse passo, em razão da dificuldade, em períodos anteriores, em obter, no cenário político brasileiro, posições congruentes o suficiente para a alteração ou revogação do referido Estatuto, que permitiu a continuidade de sua vigência por 29 (vinte e nove) anos em visível contradição à ordem constitucional de 1988 e aos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil desde então, é possível considerar-se a sanção, ainda que realizada com vetos parciais, do texto de uma Nova Lei de Migração, uma relevante, e quiçá animadora, alteração na regulação interna quanto à temática da mobilidade humana.

A aprovação da nova norma, segundo Ventura, deu-se, no âmbito do Senado, de onde partiu a iniciativa que a gerou, por unanimidade, constituindo-se numa “...conquista difícil no momento de profunda polarização do país...[...] [a qual]...foi possível graças às concessões feitas por todos os interessados...[tornando-se]...um avanço moderado, mas sólido em relação ao Estatuto do Estrangeiro...”<sup>29</sup>. Nesse viés, esta seção destina-se a examinar os principais progressos trazidos pela Nova Lei de Migração em face ao anacrônico Estatuto do Estrangeiro.

A primeira melhoria em relação à regulação anterior é o enfoque que a Nova Lei traz com relação ao fenômeno da mobilidade humana. O Estatuto do Estrangeiro abordava tal fenômeno por um viés combativo, voltado aos interesses nacionais, visando à manutenção da segurança territorial e à proteção do trabalhador brasileiro em face do “estrangeiro”<sup>30</sup>. O migrante, nesse sentido, não era visto como pessoa, como sujeito de direitos, mas, sim, como uma ameaça ou concorrência. Já a Nova Lei trata o fenômeno migratório sob o olhar dos direitos humanos<sup>31</sup>, voltado à garantia dos direitos das pessoas migrantes<sup>32</sup>, reconhecendo-o “...como objeto de necessária regulação, e contribui para erodir a conotação negativa que cerca a referência ao migrante como ‘estrangeiro’, um estranho ou até adversário a ser combatido”<sup>33</sup>.

Nesse aspecto, importante progresso trazido pela Nova Lei diz respeito ao estabelecimento de princípios e diretrizes<sup>34</sup> para a política migratória brasileira (art. 3º)<sup>35</sup>, os quais baseiam-se no respeito

27 Id. Ibid.

28 BRASIL; IMPRENSA NACIONAL. *Diário Oficial da União*, Brasília, Ano CLIV, n. 99, Quinta-feira, 25 de maio de 2017, p. 1-10. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=25/05/2017&jornal=1&pagina=1&totalArquivos=304>. Acesso em: 09 set. 2017.

29 VENTURA, Deisy. Entrevista a Nana Soares. In: PORTAL APRENDIZ. Transformar a Cidade. *Apesar de vetos*, nova Lei de Migração é um avanço para migrantes no Brasil. 02 de junho de 2017. Disponível em: <http://portal.aprendiz.uol.com.br/2017/06/02/apesar-de-vetos-nova-lei-da-migracao-e-um-avanco-para-migrantes-brasil/>. Acesso em: 09 set. 2017.

30 Arts. 1º a 3º, Lei n. 6.815/1980. Ver: BRASIL, Op. Cit.

31 Art. 3º, I, Lei n. 13.445/2017. Ver: BRASIL, Op. Cit.

32 OLIVEIRA, Op. Cit., p. 174.

33 Id. Ibid.

34 Id. Ibid., p. 175.

35 BRASIL, Op. Cit.



aos direitos humanos, no repúdio e prevenção à discriminação, na descriminalização da mobilidade humana, com preocupações relativas à regularização, tratamento igualitário, acolhida humanitária, inclusão social e econômica do migrante e sua família, promoção e garantia de direitos e obrigações ao migrante, fomento ao desenvolvimento das regiões de fronteira, atenção ao melhor interesse da criança/adolescente migrante, reconhecimento profissional no País e repúdio às expulsões e deportações coletivas. Em face disso, a Lei de Migração atribui ao migrante, no território nacional, direitos individuais e coletivos<sup>36</sup> (art. 4º)<sup>37</sup>, como, por exemplo, direito à livre circulação pelo País, à reunião familiar<sup>38</sup>, a medidas protetivas para vítimas e testemunhas de crimes e violações de direitos, à reunião e à associação, inclusive sindical, ao acesso a serviços públicos de saúde, assistência e previdência sociais, à educação pública, a ser informado sobre as garantias para regularização migratória, entre outros.

Outro avanço apresentado pela Nova Lei refere-se à “regularização migratória”<sup>39</sup>. O Estatuto do Estrangeiro, em seus arts. 3º a 21, abordava os critérios de admissão do estrangeiro em território nacional, estabelecendo condições a serem alcançadas e limitações a observar para a concessão de vistos e entrada do migrante ao Brasil. A Nova Lei, ao contrário, aparenta facilitar a regularização do migrante, com vistas à sua maior inclusão e visibilidade sociais, em combate a relegá-lo à condição de vulnerabilidade.<sup>40</sup>

Para tanto, a Lei 13.445/2017, em seus arts. 5º a 37<sup>41</sup>, previu sobre a situação documental e a condição jurídica do migrante. Com relação a estas questões: a) elencou os documentos de viagem aceitos no Brasil, cuja concessão será objeto de regulamento; b) tratou, de modo mais claro, sobre onde e como obter vistos e a quem estes não serão concedidos; c) abordou os tipos de visto, tornando mais fácil sua compreensão; d) estabeleceu, dentre os vistos temporários, hipóteses que contemplam situações relevantes, como, por exemplo, pesquisa, ensino e extensão acadêmicas, tratamento de saúde, acolhida humanitária e reunião familiar, não contempladas na norma anterior; e) facilitou a livre circulação dos residentes fronteiriços; f) tratou sobre os apátridas e medidas de redução da apatridia; g) tratou sobre o asilo; h) referiu-se às condições para autorização de residência e à reunião familiar. Com isso, para Rodrigues e Pereira, enquanto o Estatuto do Estrangeiro dificultava e burocratizava a regularização do migrante, a Nova Lei a incentiva.<sup>42</sup>

36 OLIVEIRA, Op. Cit., p. 175.

37 Id. Ibid.

38 O Ministério da Justiça e Segurança Pública define reunião familiar como “...uma modalidade de permanência que visa à aproximação da família, mantendo a unidade de seus membros. Assim, um estrangeiro registrado como permanente, ou um brasileiro, assume a qualidade de chamante de um ente familiar que se enquadre na condição de dependente legal (chamado)... [...] A permanência com base em reunião familiar só será concedida ao estrangeiro que se encontrar com estada regular no País”. Esta modalidade é regulamentada pela Resolução Normativa n. 108/2014, do Conselho Nacional de Imigração (CNig). Ver: BRASIL; MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Seus Direitos. Migrações. Entrada e Permanência. Permanência ao dependente legal de brasileiro ou estrangeiro permanente ou temporário residente no País – Reunião Familiar. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/migracoes/permanencia/permanencia-ao-dependente-legal-de-brasileiro-ou-de-estrangeiro-permanente-ou-temporario-residente-no-pais-2013-reuniao-familiar>. Acesso em: 09 set. 2017.

39 RODRIGUES, Sarita Bassan; PEREIRA, Luciano Meneghetti. A proteção dos direitos humanos dos migrantes no Brasil: breves considerações sobre o projeto de lei n. 2.516/2015 e o Estatuto do Estrangeiro. *Revista Juris UniToledo*, Araçatuba, SP, v. 02, n. 02, abr./jun.2017, p. 81.

40 Id. Ibid., loc. Cit.

41 BRASIL, Op. Cit.

42 RODRIGUES; PEREIRA, Op. Cit., loc. Cit.



Nesse passo, uma questão relevante refere-se ao acesso ao mercado de trabalho por parte do migrante. No âmbito da lei anterior, a regularização migratória ligava-se à obtenção de vínculo empregatício formal, porque, sendo a proteção do trabalhador brasileiro uma preocupação contida no Estatuto, segundo Cahali, o legislador teria o intento de evitar o livre acesso de mão de obra estrangeira ao mercado nacional.<sup>43</sup> A Nova Lei, por sua vez, permite o ingresso no Brasil e regularização ao migrante que venha em busca de trabalho<sup>44</sup>, pois prevê, no § 5º, art. 14, que o visto temporário para trabalho poderá ser concedido com ou sem vínculo empregatício no Brasil, desde que se comprove oferta de trabalho por pessoa jurídica no País, dispensando-se esta exigência se comprovada titulação em curso superior ou equivalente<sup>45</sup>.

Ademais, outra clara melhoria trazida pela Lei de Migração em face ao Estatuto do Estrangeiro está na inserção de previsões que se referem ao direito à reunião familiar. Na legislação anterior, esta questão não havia sido contemplada, tendo em vista a preocupação maior com os interesses e segurança nacionais e com a proteção ao trabalhador brasileiro, não havendo qualquer interesse em proporcionar o encontro de famílias de migrantes. Na Nova Lei, além de estar contemplada a reunião familiar como direito dos migrantes (art. 4º, VIII)<sup>46</sup>, as hipóteses pelas quais poderá ser garantida estão reguladas no art. 37<sup>47</sup>, segundo o qual serão beneficiados pelo visto ou autorização de residência os cônjuges ou companheiros, os filhos, os ascendentes, os descendentes até o segundo grau, irmãos e os que tenham brasileiros sob sua guarda ou tutela.

Além disso, a Lei de Migração altera a disciplina sobre o impedimento ao ingresso do migrante no Brasil. O Estatuto do Estrangeiro estabelecia, no art. 26<sup>48</sup>, a discricionariedade do Ministério da Justiça em obstar a entrada, estada e registro do estrangeiro por motivos de inconveniência de sua presença no território nacional. Também, previa a possibilidade de não conceder-lhe visto nos casos previstos no seu art. 7º<sup>49</sup>, no qual se elencavam situações bastante obscuras e propensas a aplicações de cunho subjetivo, como, por exemplo, a nocividade à ordem pública e aos interesses nacionais (algo típico de regime ditatorial) e a não satisfação de condições de saúde estabelecidas pelo Ministério da Saúde, enxergando-se no estrangeiro possível ameaça à saúde e à ordem públicas. Já a Nova Lei estabelece, de forma bastante clara, em seu art. 45<sup>50</sup>, uma gama de critérios objetivos<sup>51</sup> para o impedimento à entrada do migrante no País, apenas contemplando uma hipótese que deixa espaço para a discricionariedade da

43 CAHALI, Youssef Said. *Estatuto do Estrangeiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 76.

44 RODRIGUES; PEREIRA, Op. Cit., p. 82

45 BRASIL, Op. Cit.

46 BRASIL, Op. Cit.

47 Id. Ibid.

48 Id. Lei n. 6.815..., Op. Cit.

49 Id. Ibid.

50 Id. Lei n. 13.445..., Op. Cit.

51 São critérios estabelecidos na Nova Lei para o impedimento: a) expulsão vigente; b) condenação por ou estar respondendo a processo por crimes definidos no Estatuto de Roma; c) condenação por ou estar respondendo a processo por crimes dolosos passíveis de extradição; d) nome incluído em lista de restrições por ordem judicial ou por compromisso assumido pelo Brasil perante organismo internacional; e) apresente documento inválido, vencido, rasurado, falsificado; e) não apresente documento de viagem; f) viagem por motivo não condizente com o visto ou com alegação para a isenção de visto; g) comprovada fraude de documento ou prestação de informações falsas para solicitação de visto; h) prática de ato contrário aos princípios e objetivos dispostos na Constituição Federal. Ver: Id. Ibid.

Administração, referente à prática de ato contrário aos princípios e objetivos da Constituição Federal. Mas, mesmo assim, exige que, para haver o impedimento, seja realizada entrevista individual e seja emitido ato fundamentado<sup>52</sup>, o que não se previa na lei anterior.

Diante disso, a Lei de Migração inova, no que tange à regulação da saída compulsória do migrante, ao inserir previsão sobre o instituto da repatriação, distinguindo-a da deportação. A repatriação é definida, pela Nova Lei, em seu art. 49, como “medida administrativa de devolução de pessoa em situação de impedimento ao país de procedência ou de nacionalidade”<sup>53</sup>, enquanto a deportação é prevista, pelo art. 50, como “medida decorrente de procedimento administrativo que consiste na retirada compulsória de pessoa que se encontre em situação migratória irregular em território nacional”<sup>54</sup>. Ao que parece, a diferença essencial entre os dois institutos refere-se ao momento, realizando-se a repatriação tão logo haja a tentativa de entrada em território nacional do migrante em situação de impedimento (conforme as hipóteses previstas pelo art. 45, antes analisado), ao passo que a deportação realizar-se-ia em momento posterior, quando da constatação de irregularidade da permanência de migrante já em estadia no País.

A despeito de parecer haver preciosismo técnico na diferenciação destas medidas administrativas, a Nova Lei traz importante previsão acerca da repatriação, pois dela exclui pessoas em situação de refúgio ou apatridia, menores de 18 (dezoito) anos desacompanhados ou separados da família, e aqueles que necessitem de acolhida humanitária de devolução a país ou região que possa colocar em risco sua vida, segurança ou integridade, concedendo ao migrante permissão de estadia condicional, segundo o previsto no art. 49, §4º.<sup>55</sup> De acordo com Rodrigues e Pereira, esta disposição mostra-se “...compatível com a normativa internacional que regula o assunto, colocando a vida, a integridade física e a dignidade do imigrante em primeiro plano, preocupação que...”<sup>56</sup> não estava presente no Estatuto anteriormente vigente.

Ainda, no que concerne à deportação, a Lei de Migração traz relevante alteração. No texto do Estatuto do Estrangeiro (art. 57 e ss.)<sup>57</sup>, o estrangeiro em estado irregular no território nacional era autuado e notificado a deste se retirar, no prazo de 8 (oito) dias, sem possibilidade de regularizar sua situação, somente podendo fazê-lo depois de sair do País, para fins de poder retornar. Contudo, na Nova Lei, esta já não será a realidade, pois o seu art. 50, §1º<sup>58</sup>, prevê manifestamente a possibilidade de regularização da situação do migrante irregular, pois determina que, ao ser este informado sobre a deportação, da notificação deverão constar, de modo expresso, as irregularidades verificadas e prazo não inferior a 60 (sessenta) dias para regularização, o qual pode, ainda, ser prorrogado pelo mesmo período. Esta, inclusive, parece ser mais uma das diferenças técnicas estabelecidas entre a deportação e a repatriação, esta última na qual a possibilidade de regularização não está contemplada por se referir a hipóteses de impedimento para entrada no território nacional.

52 Art. 45, Lei n. 13.445/2017. Ver: Id. Ibid.

53 Id. Ibid.

54 Id. Ibid.

55 Id. Ibid.

56 RODRIGUES; PEREIRA, Op. Cit., p. 83.

57 BRASIL, Op. Cit.

58 BRASIL, Lei n. 13.445, Op. Cit.



Também é relevante mencionar que a Nova Lei expressamente veda a realização de medidas administrativas de saída compulsória do migrante (repatriação, deportação e expulsão) em caráter coletivo nem quando houver motivos para crer que estas medidas possam colocar em risco a vida ou integridade pessoal do migrante, o que está previsto nos arts. 61 e 62.<sup>59</sup> Ainda, da Lei de Migração consta anexo, no qual foram atualizados para a moeda em curso no País, o Real, e atualizados os valores relativos aos emolumentos e taxas consulares a serem cobrados pelas autoridades brasileiras, alterando o que estava previsto no Estatuto do Estrangeiro, cujo anexo continha ainda valores em cruzeiros. E, conforme Oliveira,

...a facilitação das remessas, a proteção aos brasileiros residentes no exterior, a cooperação com os Estados de origem, trânsito e destino buscando a proteção dos direitos do migrante e o fortalecimento da integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina são medidas protetivas importantíssimas e que fazem com que avance o trato das questões migratórias nas relações com os demais países envolvidos nessa temática.<sup>60</sup>

Diante disso, segundo Rodrigues e Pereira, em razão das diferenças apontadas entre o Estatuto do Estrangeiro, cuja vigência cessará ainda em 2017, e a Nova Lei de Migração, percebe-se que esta “... constitui um instrumento muito mais antenado com a nova realidade migratória que se instalou no mundo e no Brasil nos últimos anos”<sup>61</sup>. Então, a Nova Lei traz importantes alterações e inovações, que promovem o progresso do tratamento da questão da mobilidade humana no Brasil.

Contudo, ainda que a nova norma traga relevantes avanços para o tratamento da temática, infelizmente, seu texto, que já não era o ideal diante da realidade da mobilidade humana no cenário contemporâneo, foi mutilado por múltiplos vetos apostos pelo Presidente Michel Temer, em atendimento a pressões e interesses diversos, o que pode dificultar a eficácia e efetividade da regulação a entrar em vigor. Assim, a segunda seção do trabalho tratará destes vetos e seus impactos para a política migratória brasileira.

## 2. OS VETOS PRESIDENCIAIS À LEI DE MIGRAÇÃO: DIFICULDADES POSTAS AO ESTABELECIMENTO DE UMA POLÍTICA MIGRATÓRIA BRASILEIRA ARROJADA

Na seção anterior, exploraram-se os avanços trazidos à disciplina da política migratória brasileira pela Nova Lei de Migração. No entanto, o texto da referida norma sofreu, ao ser submetido à sanção presidencial, vários vetos, os quais trouxeram impactos para a sua eficiente aplicação e para a consolidação da política migratória no País. Assim, esta seção dedicar-se-á ao seu exame, para compreender os impasses legados à aplicação da norma.

Por meio da Mensagem n. 163<sup>62</sup>, de 24 de maio de 2017, a Presidência da República comunicou ao

59 Id. Ibid.

60 OLIVEIRA, Op. Cit., p. 176.

61 RODRIGUES; PEREIRA, Op. Cit., p. 84.

62 BRASIL; PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Mensagem n. 163, de 24 de Maio de 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Msg/VEP-163.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Msg/VEP-163.htm). Acesso em: 09 set. 2017.



Presidente do Senado Federal ter vetado parcialmente o PLS n. 288/2013 (PL n. 2.516/2015 na Câmara dos Deputados), convertida na Lei n. 13.445/2017, a Nova Lei de Migração, por entender haver em seu texto “...contrariedade ao interesse público e inconstitucionalidade”. É importante destacar estes motivos, pois, ao se examinar os vetos e as razões expostas para tanto, verificar-se-á, abaixo, que, de fato, não havia no texto original do PLS n. 288/2013 (PL n. 2.516/2015) substanciais “contrariedade ao interesse público” e “inconstitucionalidade”. O que ocorreu, realmente, foi o atendimento a pressões oriundas de grupos conservadores diversos, que se apresentaram “suficientemente bem articulados”<sup>63</sup> e cuja influência é patente sobre o governo que sancionou a Nova Lei, as quais se sobrepuseram ao real interesse público e ao espírito da Constituição.<sup>64</sup>

Em razão disso, segundo Ventura, os vetos realizados pela Presidência “...desfiguraram a lei e a tornaram contraditória. Ao mesmo tempo em que ela se apresenta como uma norma protetiva dos direitos dos migrantes, diversos dispositivos capazes de prover efetivamente essa proteção foram retirados”<sup>65</sup>. Isto se deu, em função de, conforme Gersztein, o Poder Executivo (juntamente aos interesses a que este acatou) apresentar uma visão fundada sobre a soberania nacional, a qual não encontra respaldo “...no direito e no dever de não ingerência em relação a outros Estados, tampouco na igualdade jurídica e na autodeterminação que constituem pilares (atuais) do Direito das Gentes”<sup>66</sup>. Na mesma linha, Oliveira aponta que os vetos demonstram

... as contradições e as disputas colocadas ao longo de todos esses anos em que se buscou um novo aparato jurídico para as políticas migratórias, reveladas pela presença na esfera de governo de setores, ainda com expressão política, que: consideram as migrações uma questão de segurança, daí o discurso da soberania nacional; veem no migrante uma ameaça ao mercado de trabalho dos nacionais; e não conseguem compreender que é muito mais fácil lidar com migrações regulares, sobretudo quando se tem preocupação exacerbada com segurança e controle.<sup>67</sup>

Frente a isso, os vetos, ao parecerem pouco fundados sobre reais inconsistências jurídicas do texto e, sim, representarem a “articulação política”<sup>68</sup> de grupos que ainda creem cegamente em “mitos sobre migrações”<sup>69</sup>, os quais já foram desmentidos por diversos estudos sérios<sup>70</sup>, que demonstram seu caráter

63 OLIVEIRA, Op. Cit., p. 176.

64 Ventura, ao tratar sobre os vetos, assinala que “...o primeiro grande prejuízo, não apenas à lei, mas ao nosso país, é constatar que certas corporações e grupos políticos encontraram na Presidência da República, por meio do uso deturpado do poder de veto, um espaço para obter aquilo que não conseguiram durante o processo legislativo”. Ver: VENTURA, Op. Cit.

65 Id. Ibid.

66 GERSZTEIN, Paola. Quando a discricionariedade vale mais que o direito: análise do elemento comum às razões de veto impostas à Lei de Migração. **Mundorama** – Revista de Divulgação Científica em Relações Internacionais, 17 de agosto de 2017. Disponível em: <http://www.mundorama.net/?p=23862>. Acesso em: 27 ago. 2017, p. 2.

67 OLIVEIRA, Op. Cit., p. 177.

68 SESTOKAS, Lucia. Entrevista a Nana Soares. In: PORTAL APRENDIZ. Transformar a Cidade. **Apesar de vetos**, nova Lei de Migração é um avanço para migrantes no Brasil. 02 de junho de 2017. Disponível em: <http://portal.aprendiz.uol.com.br/2017/06/02/apesar-de-vetos-nova-lei-da-migracao-e-um-avanco-para-migrantes-brasil/>. Acesso em: 09 set. 2017.

69 VENTURA, Op. Cit.

70 Id. Ibid.; OLIVEIRA, Op. Cit., p. 177. São exemplos deste tipo de estudos trabalhos como os de Martine (2005), Patarra (2006) e Barricarte (2010). Ver: BARRICARTE, J. J. S. **Socioeconomía de las migraciones em um mundo globalizado**. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2010; MARTINE, George. A globalização inacabada: migrações internacionais e pobreza no século 21. **São Paulo em Perspectiva**, v. 19, n. 3, p. 3-22, jul./set. 2005; PATARRA, Neide Lopes. Migrações internacionais: teorias, políticas e movimentos sociais. **Estudos Avançados**, v. 20, n. 57, p. 7-24, mai./ago. 2006.



mais benéfico do que prejudicial aos países de destino<sup>71</sup>, acabam por prejudicar o que estava previsto na Nova Lei<sup>72</sup>. Nesse passo, é preciso verificar quais foram os vetos promovidos pelo Presidente, analisando as dificuldades que trouxeram para a implementação da Lei. É o que se verifica abaixo.

O primeiro veto ao texto da Lei de Migração já se encontra em seu art. 1º, §1º, referente ao inciso I. No texto original, este inciso definia o migrante como “pessoa que se desloca de país ou região geográfica ao território de outro país ou região geográfica, incluindo o imigrante, o emigrante, o residente fronteiriço e o apátrida”<sup>73</sup>. Foi vetado porque estabeleceria “...conceito demasiadamente amplo de migrante...”<sup>74</sup>, dispensando a qualquer estrangeiro tratamento igualitário aos nacionais, o que a Presidência considerou como contrário ao previsto no art. 5º, da Constituição, porque este estabeleceria igualdade limitada aos estrangeiros, exigindo sua residência no país para tanto. Entendeu-se que a inclusão do imigrante, emigrante, residente fronteiriço e apátrida nessa definição seria incompatível com o texto constitucional.

Retirou-se, então, da Nova Lei a definição de um termo que, ao longo de todo o seu texto, aparece inúmeras vezes, e é especialmente relevante no art. 4º, que define os direitos dos migrantes. Nesse passo, gera-se uma incongruência no texto, pois o art. 4º<sup>75</sup> atribui direitos ao migrante, mas o texto sancionado não define quem estaria incluído nesta categoria. Isso prejudica demasiadamente a implementação da Nova Lei, pois se deixa à interpretação, seja dos agentes do Poder Executivo, seja ao Poder Judiciário em análises posteriores, quem são os titulares dos direitos elencados no art. 4º. Promove-se a dúvida se apenas os estrangeiros residentes no Brasil serão sujeitos dos direitos ali listados ou se será possível atribuí-los a outros estrangeiros recém-chegados ao País, como os que solicitam refúgio, por exemplo. Ademais, ao permitir interpretações sobre quem é o migrante que é mencionado ao longo dos demais dispositivos mantidos na Lei, o veto abre espaço para discriminações para com estrangeiros, já que trará a possibilidade de estabelecer categorias distintas entre estes (os residentes, que terão direitos iguais aos nacionais, e os demais, que poderão não os ter). Isso faz com que a inovação trazida pelo art. 4º, ao tratar dos direitos dos migrantes, perca o sentido, já que, ao possibilitar tais interpretações, mantém-se a lógica imperante no regime anterior.

Vetou-se, também, o §2º do art. 1º, o qual previa a garantia dos direitos originários dos povos indígenas, principalmente o de livre circulação em terras tradicionalmente ocupadas<sup>76</sup>. A justificativa para o veto expõe que a previsão seria contrária à Constituição, a qual determinaria

...a defesa do território nacional como elemento de soberania, pela via da atuação das instituições brasileiras nos pontos de fronteira, no controle da entrada e saída de índios e não índios e a competência da União de demarcar as terras tradicionalmente ocupadas, proteger e fazer respeitar os bens dos índios brasileiros.<sup>77</sup>

71 OLIVEIRA, Op. Cit., loc. Cit.

72 SESTOKAS, Op. Cit.

73 SENADO FEDERAL, Op. Cit.

74 Id; PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, Op. Cit.

75 BRASIL, Lei n. 13.445, Op. Cit.

76 SENADO FEDERAL, Op. Cit.

77 BRASIL; PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, Op. Cit.

Em face disso, segundo Sestokas, a justificativa presidencial significaria que os indígenas deveriam se submeter a um Estado-Nação, o que implicaria violação de seus direitos e descumprimento dos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário.<sup>78</sup> Parece, nesse sentido, ter prevalecido o entendimento de que a defesa do território sobrepõe-se aos direitos dos povos originários, historicamente, em face à colonialidade persistente nos países periféricos, subjugados e ignorados pela ordem estatal. Isto, também, dificulta sobremaneira a concretização dos princípios e diretrizes expostas na Nova Lei.

Ademais, foram vetados os §§ 2º, 3º e 4º do art. 4º e o art. 30, II, d, do projeto para a Nova Lei. O § 2º permitia ao migrante o exercício de cargo, emprego e função pública, salvo os reservados a brasileiros natos, enquanto o § 3º previa que não se exigiria do migrante prova documental impossível ou descabida que dificultasse o exercício de seus direitos, inclusive o relativo a cargo, emprego e função pública. E, o art. 30, II, d, referia-se à concessão de autorização para residência do migrante aprovado em concurso público para exercício de cargo ou emprego público. Já o § 4º, por sua vez, previa que direitos garantidos ao migrante pelo art. 4º seriam estendidos ao visitante.<sup>79</sup>

As razões para o veto dos §§ 2º e 3º, do art. 4º, e do art. 30, II, d, dizem respeito ao entendimento de que nessas disposições haveria afronta à Constituição e ao interesse nacional, ao permitir o exercício de cargo público por estrangeiro não residente, mesmo tendo sido extirpada do texto a definição de migrante que o incluía na garantia de direitos previstos na Nova Lei.<sup>80</sup> Trata-se de razão descabida e discriminatória, visto que se é permitida, pelo § 5º, do art. 14, da Lei de Migração<sup>81</sup>, a concessão de visto temporário de trabalho ao imigrante que venha ao Brasil exercer atividade laboral, com ou sem vínculo empregatício, dispensando-se comprovação de oferta de trabalho por pessoa jurídica atuante no País se demonstrada titulação em curso do ensino superior ou equivalente, o estrangeiro, ainda que não residente, que fosse aprovado, conforme os critérios definidos em edital, em concurso público para provimento de cargo junto à Administração Pública brasileira, deveria obter a concessão do visto, deixando de ser um não residente. Se o referido dispositivo da Lei permite que o estrangeiro ingresse ao território nacional para buscar trabalho, mais ainda permite que estrangeiro concorra a cargo ou função pública mediante concurso, desde que não se trate de cargo privativo de brasileiro nato. Dessa forma, a justificativa para os vetos não se sustenta.

No que se refere ao veto ao § 4º do art. 4º, o Ministério da Fazenda, ouvido pela Presidência, influenciou sua retirada do texto sancionado. Isso porque apresentou entendimento de que o dispositivo alcançaria a todo visitante o acesso aos serviços públicos de saúde e de assistência e previdência sociais, o que “...representaria pressões fiscais adicionais à União e aos demais entes nacionais, prejudicando a adequação das despesas públicas ao limite de gastos constitucionalmente previsto”<sup>82</sup>. Esta justificativa não se sustenta, pois o acesso universal à saúde está previsto na Constituição, não havendo, portanto contrariedade com esta, o que apenas demonstra, segundo Ventura,

78 SESTOKAS, Op. Cit.

79 SENADO FEDERAL, Op. Cit.

80 BRASIL; PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, Op. Cit.

81 BRASIL, Op. Cit.

82 BRASIL; PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, Op. Cit.



...o quanto é limitada e anacrônica a visão de segurança do atual governo federal, pois a saúde dos migrantes ou de qualquer pessoa de passagem pelo território nacional é do interesse dos próprios brasileiros. Um dos pilares do combate à propagação internacional de doenças é justamente a capacidade de detecção e de prevenção, que só é possível quando a pessoa é encorajada a se dirigir ao sistema público de saúde.<sup>83</sup>

Outro veto referiu-se ao parágrafo único do art. 6º, do PLS n. 288. Este dispunha que o visto poderia ser apostado em qualquer documento de viagem emitido nos padrões da Organização da Aviação Civil Internacional (OACI) ou do Comitê Internacional da Cruz Vermelha (CICV).<sup>84</sup> O veto justificou-se porque se careceria de informações sobre o documento de viagem emitido pelo CICV, não havendo prejuízo àqueles reconhecidos pela OACI, já observados pelo País. Trata-se, contudo, de motivo infundado, tendo em vista que o documento de viagem emitido pelo CICV é um *emergency travel document*, para situações emergenciais e excepcionais, o qual é dado na forma de *laissez-passer* aos solicitantes de asilo, refúgio, deslocados, apátridas e migrantes em situação vulnerável, como instrumento de ajuda humanitária, o que é reconhecido pela OACI.<sup>85</sup> Assim, está o documento emitido pela CICV incluído nos documentos admitidos pela OACI, o que deveria ser reconhecido pelo Brasil como os demais regulados por este organismo internacional.

Vetou-se, ainda, o §10, do art. 14<sup>86</sup>. Neste previa-se que regulamento disporia sobre demais situações de concessão de visto temporário. O veto justificou-se porque isto traria “...risco de discricionariedade indevida e com potencial de gerar insegurança jurídica”<sup>87</sup>. Todavia, não se verifica qualquer discricionariedade indevida em permitir que a concessão dos vistos temporários fosse realizada por regulamento, por se tratar de uma forma garantida pela lei, efetuada dentro da margem de discricionariedade assegurada juridicamente, proporcionando solução para situações urgentes para entrada de pessoas em trânsito ao território brasileiro.<sup>88</sup>

Outro veto diz respeito ao art. 30, § 1º, II, o qual dispunha que se poderia conceder autorização para residência no Brasil ao condenado por crime transitado em julgado que estivesse reabilitado ou em liberdade provisória ou em cumprimento de pena no território nacional.<sup>89</sup> A razão para o veto referia-se ao entendimento de haver incongruência lógica na disposição, pois quem cumpre pena no Brasil teria sido condenado por sentença transitada em julgado, enquadrando-se nas proibições de autorização de residência contidas no *caput* do mencionado § 1º, do art. 30. Contudo, se alguém cumpre pena no Brasil, em razão de sentença com trânsito em julgado oriunda do País ou do outro Estado, se está no território nacional em caráter temporário, para fins de execução penal, ilógico é que não se conceda

83 VENTURA, Op. Cit.

84 SENADO FEDERAL, Op. Cit.

85 NUNES, Paulo Henrique Faria. **Lei de Migração**: novo marco jurídico relativo ao fluxo transnacional de pessoas. Goiânia: Edição do Autor, 2017, p. 70; ORGANIZAÇÃO DA AVIAÇÃO CIVIL INTERNACIONAL (OACI). **Guidance on Emergency Travel Documents**. Maio 2016. Disponível em: <https://www.icao.int/Security/mrtd/Downloads/Guidance%20Material/Guidance%20on%20Emergency%20Travel%20Documents%20May%202016%20final.pdf>. Acesso em: 15 set. 2017, p. 3.

86 SENADO FEDERAL, Op. Cit.

87 BRASIL; PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, Op. Cit.

88 GERSZTEIN, Op. Cit., p. 3.

89 SENADO FEDERAL, Op. Cit.



a este indivíduo autorização para residir no Brasil, já que, dentro de sistema prisional nacional, aqui já reside, mas, se sem autorização, o faria de modo irregular, provocando um paradoxo quanto à sua condição de estadia no País. Assim, dificulta-se a própria aplicação de penas a serem cumpridas no território nacional.

Vetou-se, além disso, o parágrafo único do art. 37 e o art. 40, IV<sup>90</sup>. O parágrafo único do art. 37 dispunha que se estenderia concessão de visto/autorização de residência para fins de reunião familiar a outras hipóteses de parentesco, dependência afetiva ou fatores de sociabilidade, enquanto o art. 40, IV, referia-se à admissão excepcional no Brasil a criança/adolescente acompanhada de responsável legal residente no País, desde que manifeste intenção de requerer autorização de residência para reunião familiar. O veto motivou-se no entendimento de que estas hipóteses poderiam facilitar ou permitir situações de sequestro internacional de menores. Ainda que relevante o cuidado com circunstâncias que venham a ensejar o sequestro de menores, o veto parece ignorar as configurações diversas em que se apresentam as famílias contemporâneas, nas quais fatores de afetividade e sociabilidade são tão importantes quanto os laços sanguíneos e as atribuições legais de guarda, desatendendo ao melhor interesse da criança/adolescente, princípio que consta como diretriz da política migratória brasileira, no art. 3º, XVII, da Lei.<sup>91</sup>

Houve veto, também, ao art. 44<sup>92</sup>, que previa a entrada no território nacional de pessoa titular de visto ou de nacionalidade beneficiária de dispensa de visto por tratado ou comunicação diplomática. Justificou-se o veto dizendo-se que isto “...esvaziaria indevidamente a discricionariedade para exercício da soberania nacional”<sup>93</sup>. No entanto, em havendo concessão ou dispensa de visto, esta última prevista por tratado ou comunicação diplomática, a própria existência deste tratado ou ato diplomático configura exercício de soberania, o qual não se esgota no Poder de Polícia desempenhado pelas instituições migratórias, não havendo, pela vigência do tratado ou ato que dispense o visto e a entrada no território nacional de pessoa por isto beneficiada, qualquer esvaziamento da discricionariedade do exercício da soberania brasileira.<sup>94</sup>

Ademais, vetou-se o §5º, art. 49<sup>95</sup>, relativo à repatriação, o qual previa recair sobre a empresa transportadora os custos da medida de repatriação, se comprovado seu dolo ou culpa. Motivou-se o veto em contrariedade ao interesse público por criar ônus indevido ao País e procrastinar a estada de migrante impedido de ingresso no território nacional, pois Convenção da OACI preveria que as empresas transportadoras receberiam valores para custeio da repatriação por parte de seguros obrigatórios. Não se verifica qualquer incongruência entre tal Convenção e o que previa o parágrafo vetado, pois havendo prova de dolo ou culpa da transportadora em trazer ao território nacional pessoa impedida de nele ingressar, não se cria qualquer ônus indevido ao Estado brasileiro por fazê-la arcar com as despesas da

90 Id. Ibid.

91 BRASIL, Op. Cit.

92 SENADO FEDERAL, Op. Cit.

93 BRASIL; PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, Op. Cit.

94 GERSZTEIN, Op. Cit., p. 3

95 SENADO FEDERAL, Op. Cit.



repatriação. Pelo contrário, estar-se-ia atendendo ao interesse público, punindo empresas que realizam atividade ilegal ou se imiscuem em atender à estrita legalidade.

Vetou-se, também, o art. 55, II, e<sup>96</sup>, no qual se previa a não expulsão de quem, ao tempo de cometimento do crime, tenha vivido no Brasil por 4 (quatro) anos. Entendeu-se que isto “esvaziaria a discricionariedade do Estado para gestão de sua política migratória”. No entanto, mantiveram-se a possibilidade de evitar a expulsão de quem residisse no território nacional há mais de 10 (dez) anos, quando tivesse mais de 70 (setenta) anos de idade, ou que aqui morasse desde os 12 (doze) anos de idade, previstas nas alíneas “c” e “d” do mesmo dispositivo. Não há congruência em manter a proibição de expulsão a uns residentes em razão do tempo de estadia e não a outros. Ademais, a pessoa que residisse no Brasil por 4 (quatro) anos seria elegível a receber a naturalização, segundo o art. 64, II, da Nova Lei<sup>97</sup>, o que, caso concretizado, a deixaria de fora, de qualquer forma, da possibilidade de expulsão.

Outros vetos foram direcionados ao art. 66, I e IV<sup>98</sup>, os quais, respectivamente, traziam previsões sobre a nacionalidade de país de língua portuguesa e de Estado parte do MERCOSUL como condições para redução do prazo de residência para obtenção de naturalização. Motivaram-se os vetos porque o dispositivo, ao não trazer exigência de reciprocidade, “... teria o condão de ampliar o exercício da cidadania brasileira, podendo fragilizar o processo eleitoral nacional e introduzir elementos com efeitos imprevisíveis sobre a democracia do País”<sup>99</sup>. De acordo com Gersztein, essa motivação é grandemente absurda, por diversas questões: a) a redução do prazo de residência para pessoas originárias de países de língua portuguesa já é garantida pela Constituição; b) a atribuição de direitos políticos a naturalizado, via processo simplificado, não deveria ser visto como problema, por se tratar de direitos humanos; c) não haveria qualquer fragilização do processo eleitoral nacional ao conceder naturalização, pois aquele processo existe para garantir a participação dos diversos membros de uma comunidade nas decisões tomadas; d) seria a democracia brasileira a única no mundo em que ampliação da cidadania traria possibilidade de seu colapso.<sup>100</sup>

Vetou-se, também, o art. 74<sup>101</sup>, o qual previa a emissão de Certificado de Dispensa de Incorporação ao serviço militar brasileiro ao naturalizado que cumprira com as obrigações militares perante o país de nacionalidade originária, por motivo de vício formal referente à iniciativa para regular o regime jurídico dos militares<sup>102</sup>. Este veto demonstra o formalismo presente no governo atual, o qual poderá ser superado na regulamentação posterior à Nova Lei. Por outro lado, e paradoxalmente, com vistas a evitar formalismos na transferência internacional de presos<sup>103</sup>, vetou-se o §3º, do art 105<sup>104</sup>, no qual se dispunha sobre a competência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) para homologação de sentença

96 Id. Ibid.

97 BRASIL, Op. Cit.

98 SENADO FEDERAL, Op. Cit

99 BRASIL; PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, Op. Cit.

100 GERSZTEIN, Op. Cit., p. 5

101 SENADO FEDERAL, Op. Cit

102 BRASIL; PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, Op. Cit.

103 Id. Ibid.

104 SENADO FEDERAL, Op. Cit



relativa a pedido de transferência de pessoa condenada. Parece que, nesses casos, na questão em que se poderia evitar formalismo, houve preocupação em mantê-lo, enquanto na que se poderia buscar maior segurança com a homologação de decisão para transferir condenado, esta preocupação foi esquecida, demonstrando a heterogeneidade dos vetos ao atender a interesses de grupos diversos na análise da Nova Lei.

Foi vetado, ademais, o §4º, do art. 113, no qual se definiam como grupos vulneráveis, para fins de isenção de taxas e emolumentos consulares quanto a vistos e documentos de regularização migratória, grupos vulneráveis os solicitantes de refúgio, os requerentes de visto humanitário, as vítimas de tráfico de pessoas, as vítimas de trabalho escravo, os migrantes em cumprimento de pena ou que respondem criminalmente em liberdade e os menores desacompanhados<sup>105</sup>. O veto ocorreu em função da inserção dos migrantes que respondem criminalmente em liberdade, entendendo-a como imprópria e indevida<sup>106</sup>. Contudo, se o migrante responde a processo em liberdade, isto deve decorrer de decisão judicial devidamente fundamentada, não havendo razão para temor e dúvidas quanto à sua vulnerabilidade.

Vetou-se o art. 116<sup>107</sup>, o qual tratava sobre a revogação das expulsões procedidas antes da vigência da Constituição de 1988. O veto justificou-se por entender se tratar de ato de soberania nacional, de competência da Presidência, e porque “...poderia representar um passivo indenizatório à União, com efeitos negativos nas contas públicas e insegurança jurídica às decisões de instituições brasileiras a expulsões”<sup>108</sup>. Segundo Gersztein, mediante este veto, parece que o Brasil mantém-se na tradição de tentar “...se eximir da necessária reparação dos danos causados por expulsões arbitrárias durante o período que antecedeu a atual Constituição, marcado pela violência – e pela impunidade – dos agentes da ditadura civil-militar”<sup>109</sup>.

Também foi vetado o art. 118<sup>110</sup>, o qual previa a concessão, a requerimento no prazo de um ano da entrada em vigor da Nova Lei, de autorização para residência aos migrantes ingressantes no País até 06 de julho de 2016, independentemente de suas situações migratórias. Justificou-se o veto pelo entendimento de que “a anistia indiscriminada” concedida pelo dispositivo provocaria o “esvaziamento da discricionariedade do Estado para acolhimento de estrangeiros” e porque não se poderia precisar a data de entrada dos migrantes.<sup>111</sup> Estas razões demonstram a equivocada visão da Presidência (e dos grupos de interesses a que esta atendeu) quanto ao fenômeno migratório, pois, de acordo com Gersztein, já que “...‘anistia’ é o instituto jurídico que concede perdão àqueles que cometeram crimes...”<sup>112</sup>, não sendo o caso dos migrantes, mesmo os ingressantes em situação irregular, pois a Nova Lei expressamente descriminaliza a mobilidade humana.

105 Id. Ibid.

106 BRASIL; PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, Op. Cit.

107 SENADO FEDERAL, Op. Cit.

108 BRASIL; PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, Op. Cit.

109 GERSZTEIN, Op. Cit., p. 6.

110 SENADO FEDERAL, Op. Cit.

111 BRASIL; PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, Op. Cit.

112 GERSZTEIN, Op. Cit., p. 6.



Por fim, vetou-se a última linha do Anexo à Nova Lei<sup>113</sup>, no qual se definia o valor da taxa para procedimento de autorização de trabalho, porque não haveria na Nova Lei exigência para esta autorização, apenas dispondo sobre o visto temporário de trabalho, ao qual já havia menção no Anexo em item específico, entendendo-se inconstitucional falta de elementos que definam de modo suficiente a prestação estatal objeto de remuneração<sup>114</sup>. Este veto afigura-se o mais razoável, tendo em vista não haver necessidade de prever taxa para autorização de trabalho se já se dispôs sobre o visto de trabalho.

Em face do que se verificou acima, percebe-se que a maioria dos vetos colocados à Nova Lei pela Presidência contemplaram, infelizmente, receios, temores, preconceitos, calcados em mitos equivocados sobre a mobilidade humana, com olhar de desconfiança sobre o migrante, considerando-o como “...alguém que a qualquer momento poderá ‘trair os interesses nacionais’..”<sup>115</sup>, sustentado por grupos influentes sobre o governo. As concessões feitas à pressão de tais grupos, contudo, implica no cerceamento de inúmeros instrumentos que poderiam atribuir à política migratória brasileira caráter arrojado, vanguardista, alinhado a uma concepção mais cosmopolita sobre a mobilidade humana, garantindo ao País papel de relevo para sua consecução.

Os vetos, nesse passo, tornaram a lei incongruente em alguns aspectos, dificultando sua eficácia e efetividade, caso não se consiga, por meio da regulamentação que está por ser realizada, propor soluções a estas dificuldades, a fim de sobrepor os avanços trazido pela Nova Lei. Nesse viés, é imperiosa a atenção e mobilização dos setores da sociedade civil que participaram das discussões para a elaboração e aprovação da Lei de Migração, para garantir que sua regulamentação preserve as melhorias por esta inseridas no ordenamento brasileiro e para promover esclarecimentos quanto à implementação da lei, a fim de combater os preconceitos infundados contra as migrações sustentados pelas elites ligadas ao governo.<sup>116</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face da realidade atual, a mobilidade humana intensifica-se, a cada dia, no mundo todo, trazendo aos Estados desafios com relação ao estabelecimento de políticas migratórias, e suas correspondentes regulações internas e internacionais, de modo a contemplar uma visão mais humanista e cosmopolita. Diante das diversas tragédias humanas noticiadas, decorrentes das dificuldades dos Estados em proverem melhores condições para o fluxo contínuo e constante de pessoas que se movem pelo planeta, pelas mais variadas razões, uma mudança de tratamento, com reconhecimento pleno do direito de migrar, passa a ser fundamental para garantir paz, segurança e condições de desenvolvimento sustentável ao cenário global.

Nesse aspecto, o estabelecimento de normas, nacionais e internacionais, alinhadas com esta perspectiva, passa a ser tarefa necessária aos Estados. Diante desse panorama, o Brasil, que há muito mantinha em vigor uma legislação anacrônica e incompatível com sua atual Constituição no que tange

113 SENADO FEDERAL, Op. Cit.

114 BRASIL; PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, Op. Cit.

115 GERSZTEIN, Op. Cit., p. 2.

116 OLIVEIRA, Op. Cit., p. 178.



à temática migratória, o Estatuto do Estrangeiro, finalmente, depois de inúmeros esforços legislativos e sociais, aprovou uma Nova Lei de Migração. Em razão disso, o presente trabalho dedicou-se ao exame dos avanços promovidos por esta Nova Lei quanto ao tratamento da mobilidade humana, bem como às dificuldades postas à consecução da política migratória por ela estabelecida pelos vetos presidenciais parciais colocados a seu texto original.

Frente a isso, na primeira parte do estudo, abordaram-se os progressos propostos pela Nova Lei face ao antigo Estatuto do Estrangeiro, destacando-se suas diretrizes embasadas nos direitos humanos, com garantias asseguradas aos migrantes, alterando o foco antes promovido pela lei anterior fundado sobre a segurança nacional. Verificou-se, com isso, que a Nova Lei, apesar de não constituir-se na norma ideal, configurou-se como uma norma possível, que trouxe significativas melhorias à regulação brasileira sobre a matéria, prevendo direitos e instrumentos para um tratamento mais digno à mobilidade humana.

Contudo, estas melhorias encontraram empecilhos para sua concretização. Tratam-se dos vetos parciais apostos pela Presidência da República ao texto da Nova Lei, quando de sua sanção. Diante disso, a segunda seção do trabalho destinou-se a examinar, de modo crítico, os referidos vetos presidenciais, a fim de explorar os impasses por estes postos à consecução da política migratória proposta pela Nova Lei. Ao se analisar os vetos e as suas justificativas percebe-se que muitos destes não encontram suporte em reais inconsistências jurídico-constitucionais no texto original da Lei, mas, sim, expressam visões conservadoras, temerosas face às migrações, cunhadas sobre preconceitos e mitos equivocados, sustentadas por grupos de interesses que, aproveitando-se de sua influência sobre o governo, buscaram alterar o resultado final do texto legal depois de vencidos durante o longo processo legislativo para sua elaboração e aprovação. Isto traz consequências sobremaneira negativas à colocada em prática das disposições da Lei e à consecução de uma política migratória brasileira arrojada e dinâmica, tendo em vista que os vetos alcançaram termos e instrumentos relevantes para a eficácia e efetividade da norma, tornando-a inconsistente em muitos pontos essenciais.

Diante disso, é preciso atenção da sociedade civil quanto à regulamentação da norma, a fim de buscar reverter, ao menos, alguns dos prejuízos causados pelos vetos presidenciais, com vistas a garantir que os avanços propostos pela Nova Lei não se tornem palavras desperdiçadas, mas, sim, atinjam a realidade de inúmeros migrantes que, todos os dias, chegam, esperançosos, ao País. Portanto, deve-se reconhecer que, a despeito de não abranger todas as minúcias que dela fariam o melhor instrumento de regulação da questão migratória no Brasil, a Nova Lei representa uma importante conquista, suprimindo, mesmo com todos os danos causados a seu texto pelos vetos, o antiquado Estatuto do Estrangeiro, lançando uma nova luz sobre o tratamento da matéria no País. Há muito que se fazer para garantir que aquilo que foi mantido, em termos de progresso, na Nova Lei transponha-se para o mundo real, mas a simples entrada em vigor de uma norma cujas diretrizes se pautam pelos direitos humanos, num momento de tamanha polarização e instabilidade nos cenários nacional e global, é um alento e, ao mesmo tempo, um incentivo para buscar-se, a partir da mudança de visão e de compromisso legal para com as migrações, um maior cuidado com as vidas envolvidas.



## REFERÊNCIAS

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (ACNUR). *Notícias*. “Refugiados” e “Migrantes”: Perguntas Frequentes. 22 de Março de 2016. Disponível em: <http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/refugiados-e-migrantes-perguntas-frequentes/>. Acesso em: 07 set. 2017.

BARRICARTE, J. J. S. *Socioeconomía de las migraciones em um mundo globalizado*. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 2010.

BLACK, Richard. Fifty Years of Refugee Studies: from theory to policy. *International Migration Review*, Vol. 35, n. 1, p. 57-78, Primavera/2001.

BRASIL. **Lei n. 6.815**, de 19 de agosto de 1980. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm). Acesso em: 07 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 07 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 9.474**, de 22 de julho de 1997. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm). Acesso em: 07 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 13.445**, de 24 de maio de 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm). Acesso em: 07 set. 2017.

\_\_\_\_\_; IMPRENSA NACIONAL. **Diário Oficial da União**, Brasília, Ano CLIV, n. 99, Quinta-feira, 25 de maio de 2017, p. 1-10. Disponível em: <http://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?data=25/05/2017&jornal=1&pagina=1&totalArquivos=304>. Acesso em: 09 set. 2017.

\_\_\_\_\_; MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. Seus Direitos. Migrações. Entrada e Permanência. Permanência ao dependente legal de brasileiro ou estrangeiro permanente ou temporário residente no País – Reunião Familiar. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/migracoes/permanencia/permanencia-ao-dependente-legal-de-brasileiro-ou-de-estrangeiro-permanente-ou-temporario-residente-no-pais-2013-reuniao-familiar>. Acesso em: 09 set. 2017.

\_\_\_\_\_; PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Mensagem n. 163**, de 24 de Maio de 2017. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Msg/VEP-163.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Msg/VEP-163.htm). Acesso em: 09 set. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei n. 5.655**, de 20 de julho de 2009. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=443102>. Acesso em: 07 set. 2017.



\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei n. 206**, de 08 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=491323>. Acesso em: 07 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei n. 3.354**, de 21 de outubro de 2015. Disponível e: <http://www2.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2023983>. Acesso em: 07 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei n. 5.293**, de 17 de maio de 2016. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2084622>. Acesso em 07 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Projeto de Lei n. 2.516**, de 04 de agosto de 2015. Disponível em: <http://www2.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1594910>. Acesso em: 07 set. 2017.

CAHALI, Youssef Said. **Estatuto do Estrangeiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

GERSZTEIN, Paola. Quando a discricionariedade vale mais que o direito: análise do elemento comum às razões de veto impostas à Lei de Migração. **Mundorama** – Revista de Divulgação Científica em Relações Internacionais, 17 de agosto de 2017. Disponível em: <http://www.mundorama.net/?p=23862>. Acesso em: 27 ago. 2017.

HATHAWAY, James C. Forced Migration Studies: Could We Agree Just to ‘Date’? **Journal of Refugee Studies**, Vol. 20, n. 3, p. 349-369, Set./ 2007.

MEZZADRA, Sandro. Multiplicação das Fronteiras e Práticas de Mobilidade. **REHMU** – Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana, Brasília, Ano XXIII, n. 44, p. 11-30, jan./jun. 2015.

NUNES, Paulo Henrique Faria. **Lei de Migração: novo marco jurídico relativo ao fluxo transnacional de pessoas**. Goiânia: Edição do Autor, 2017.

OLIVEIRA, Antônio Tadeu Ribeiro de. Nova lei brasileira de migração: avanços, desafios e ameaças. **REBEP** – Revista Brasileira de Estudos de População, Belo Horizonte, v.34, n.1, p.171-179, jan./abr. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU); ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA REFUGIADOS (ACNUR). **Convenção das Nações Unidas de 1951 relativa ao Estatuto dos Refugiados**. Disponível em: [http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados](http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados). Acesso em: 07 set. 2017.

\_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. **Guiding Principles on Internal Displacement**. Disponível em: <http://www.unhcr.org/43ce1cff2.html>. Acesso em: 07 set. 2017.

ORGANIZAÇÃO DA AVIAÇÃO CIVIL INTERNACIONAL (OACI). **Guidance on Emergency Travel Documents**. Maio 2016. Disponível em: <https://www.icao.int/Security/mrtd/Downloads/>



Guidance%20Material/Guidance%20on%20Emergency%20Travel%20Documents%20May%202016%20final.pdf. Acesso em: 15 set. 2017.

PATARRA, Neide Lopes. Migrações internacionais: teorias, políticas e movimentos sociais. **Estudos Avançados**, v. 20, n. 57, p. 7-24, mai./ago. 2006.

\_\_\_\_\_; FERNANDES, Duval. Brasil: país de imigração? In: **RILP** – Revista Internacional em Língua Portuguesa: Migrações, Lisboa, III Série, n. 24, p. 65-96, 2011.

PEREIRA, Luciana Diniz Durães. **O Direito Internacional dos Refugiados**: análise crítica do conceito de “refugiado ambiental”. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

RODRIGUES, Sarita Bassan; PEREIRA, Luciano Meneghetti. A proteção dos direitos humanos dos migrantes no Brasil: breves considerações sobre o projeto de lei n. 2.516/2015 e o Estatuto do Estrangeiro. **Revista Juris UniToledo**, Araçatuba, SP, v. 02, n. 02, p. 74-89, abr./jun.2017.

SAMADDAR, Ranabir. Forced Migration: State of the Field. **Peace Prints: South Asian Journal of Peacebuilding**, Vol. 4, n. 1, p. 1-7, Verão/2012.

SASSEN, Saskia. Três migrações emergentes: uma mudança histórica. **SUR** – Revista Internacional de Direitos Humanos, Vol. 13, n. 23, p. 29-42, 2016.

SENADO FEDERAL. **Projeto de Lei do Senado n. 288**, de 11 de julho de 2013. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/113700>. Acesso em: 08 set 2017.

SENADO NOTÍCIAS. **Nova Lei de Migração é sancionada com vetos**. 25 de maio de 2017, atualizado em 30 de maio de 2017. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/05/25/nova-lei-de-migracao-e-sancionada-com-vetos>. Acesso em: 21 ago. 2017.

SESTOKAS, Lucia. Entrevista a Nana Soares. In: PORTAL APRENDIZ. Transformar a Cidade. **Apesar de vetos**, nova Lei de Migração é um avanço para migrantes no Brasil. 02 de junho de 2017. Disponível em: <http://portal.aprendiz.uol.com.br/2017/06/02/apesar-de-vetos-nova-lei-da-migracao-e-um-avanco-para-migrantes-brasil/>. Acesso em: 09 set. 2017.

SPRANDEL, Marcia Anita. Marcos legais e políticas migratórias no Brasil. In: PRADO, Erlan José Peixoto do; COELHO, Renata. (Orgs.). **Migrações e trabalho**. Ministério Público do Trabalho, 2015, p. 41-54.

WENDEN, Catherine Withol de. **La question migratoire au XXIe siècle**: Migrants, réfugiés et relations internationales. 2. ed. atualizada (Formato Kindle). Paris: Presses de Science Po, 2015.

VENTURA, Deisy. Mobilidade Humana e Saúde Global. **Revista USP**, São Paulo, n. 107, p. 55-64, outubro/novembro/dezembro 2015.



\_\_\_\_\_. Política migratória brasileira é obsoleta e dificulta vida de estrangeiros. **UOL Notícias**, 03 de maio de 2014. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/opinia0/coluna/2014/05/03/politica-migratoria-brasileira-deixa-estrangeiros-em-situacao-precaria.htm>>. Acesso em: 08 set. 2017.

\_\_\_\_\_. Entrevista a Nana Soares. In: PORTAL APRENDIZ. Transformar a Cidade. **Apesar de vetos**, nova Lei de Migração é um avanço para migrantes no Brasil. 02 de junho de 2017. Disponível em: <http://portal.aprendiz.uol.com.br/2017/06/02/apesar-de-vetos-nova-lei-da-migracao-e-um-avanco-para-migrantes-brasil/>. Acesso em: 09 set. 2017.





**CONFLITO ENTRE TRATADOS  
INTERNACIONAIS E A  
PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR  
BRASILEIRO: O CASO DA  
CONVENÇÃO DE MONTREAL**

*Rodrigo Otávio Monteiro da Silva  
Andreza Cristina Baggio*



# CONFLITO ENTRE TRATADOS INTERNACIONAIS E A PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR BRASILEIRO: O CASO DA CONVENÇÃO DE MONTREAL

## CONFLICT BETWEEN INTERNATIONAL TREATIES AND THE PROTECTION OF THE BRAZILIAN CONSUMER: THE CASE OF THE MONTREAL CONVENTION

*Rodrigo Otávio Monteiro da Silva<sup>1</sup>*

*Andreza Cristina Baggio<sup>2</sup>*

**RESUMO:** O presente artigo se desenvolverá em três partes principais. Na primeira delas analisa-se a proteção ao consumidor no Brasil sob o enfoque da vulnerabilidade, para, em seguida, versar-se sobre o posicionamento dos tratados internacionais dentro da perspectiva constitucional, em especial acerca de sua hierarquia normativa e sua influência no ordenamento jurídico brasileiro. Num terceiro momento buscar-se-á demonstrar a dicotomia normativa, doutrinária e jurisprudencial existentes entre os tratados internacionais e o Código de Defesa do Consumidor. Por fim, tentar-se-á alertar os operadores do direito em relação à recente inversão de posicionamento do Supremo Tribunal Federal que poderá colocar em risco à proteção destinada constitucionalmente aos consumidores nacionais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Constituição Federal; Tratados Internacionais; Direito do Consumidor; Conflitos de Normas.

**ABSTRACT:** This article will be developed in three main parts. At first, the Brazilian consumer's protection will be analyzed under the vulnerability focus, in order to discuss the positioning of international treaties within the constitutional perspective, especially about its normative hierarchy and its influence on the Brazilian legal order. In a third step, it will be tried to demonstrate the normative, doctrinal and jurisprudential dichotomy existing between the international treaties and the Consumer's Protection Code. Finally, it will try to alert the operators of the law in relation to the recent reversal of the position of the Brazilian Supreme Court that may jeopardize the constitutionally protected protection of Brazilian consumers.

**KEYWORDS:** Federal Constitution; International Treaties; Consumer Law; Conflicts of Standards.

1 Mestrando em Direito pelo Centro Universitário Internacional - UNINTER em Jurisdição e Processo na Contemporaneidade; Pós-graduado em Direito Processual Civil; Graduado em Direito pela UNINTER; Professor de Direito Processual Civil da UNINTER e Advogado.

2 Doutora em Direito Econômico e Socioambiental pela PUCPR, advogada, professora de Direito Processual Civil no Centro Universitário UNINTER, Professora de Direito do Consumidor e Direito Processual Civil, Chefe do Departamento de Prática Jurídica e Supervisora do Núcleo de Prática Jurídica do Curso de Direito do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA.



**SUMÁRIO:** 1 Introdução; 2. Vulnerabilidade proteção ao consumidor no Brasil. 3. O posicionamento dos tratados internacionais dentro do direito constitucional brasileiro; 4. Conflito de leis: aparente e efetivo e a posição do STF sobre o assunto; 5. Considerações finais; Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

A Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro, completou 27 anos de existência neste ano de 2017. A importância desta Lei se justifica por uma simples razão: consumir é uma realidade cotidiana. O ato de consumir está relacionado à satisfação de necessidades humanas, desde aquelas consideradas essenciais, àquelas que podem ser tidas por supérfluas. É de se dizer, portanto, que consumir faz parte da existência humana, é ato comum, responsável pelo bem-estar dos indivíduos em sociedade.

As mudanças na sociedade, decorrentes do desenvolvimento econômico e social, levaram também à modificação dos processos de consumo. Se à época da sociedade manufatureira a produção era individual e personalizada, da industrialização resultou a produção em larga escala, massificada e despersonalizada.

Por conta desta realidade, constatou-se ao longo do tempo que o consumidor, aquele que busca satisfação pessoal pelo consumo, precisa de proteção, pois a massificação e a despersonalização geram desigualdades inevitáveis. Estas modificações encontraram resposta do Direito, que relativizando o dogma da vontade, inseriu no Direito Contratual a tutela da dignidade da pessoa humana.

Assim, percebe-se a dinamicidade do direito, de um lado. Os grandes interesses nacionais e internacionais, de outro. As garantias e fundamentos constitucionais em uma terceira via. Os direitos e sua proteção em relação aos consumidores, em geral menos potentes nas relações jurídico-comerciais, em uma última face do problema. Esse ambiente de constante ebulição, de entrelaçamento de interesses e insegurança jurídica eventual é que leva à elaboração deste estudo.

O transporte aéreo internacional é regido pela Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, conhecida como Convenção de Montreal. Referida convenção entrou em vigor no Brasil em 2006 e atualizou a Convenção de Varsóvia, de 1929 e os diplomas subsequentes. Vigem no Brasil também o Código de Defesa do Consumidor, norma protetiva com fundamento constitucional aplicável a todas as relações jurídicas ditas de consumo.

Este artigo tem por objetivo analisar a hierarquia jurídica entre as normas constitucionais, as normas ordinárias e os tratados internacionais, em específico no que tange à matéria consumerista, diante de contradição existente entre a Convenção de Montreal e o Código de Defesa do Consumidor. No tocante aos direitos dos passageiros em caso de extravio de bagagem, por exemplo, enquanto a convenção limita o montante de eventuais indenizações, o Código de Defesa do Consumidor determina que este merece ser integralmente indenizado, sendo este um dos direitos básicos dos consumidores previstos no artigo 6º do Código consumerista.



Embora o Código de Defesa do Consumidor Brasileiro seja norma de ordem pública e interesse social, criada para tutelar a dignidade da pessoa humana, e a Convenção de Montreal seja norma que teve por objetivo fomentar a aviação civil internacional, com evidentes interesses econômicos, em decisão recente o Supremo Tribunal Federal entendeu que em caso de extravio de bagagens de consumidores brasileiros em voos internacionais deverá ser aplicada a convenção.

Tentar-se-á demonstrar neste artigo que o entendimento do STF afasta indevidamente a aplicabilidade e nega vigência ao CDC, oportunizando um momento de insegurança jurídica e de incertezas quanto ao futuro das relações entre fornecedor de bens e serviços e o consumidor final, ao passo que se tenta definir claramente o posicionamento de cada um dos entes envolvidos nas relações entre consumidores e fornecedores de transporte aéreo.

Em que pese a necessidade de cobertura de qualquer solução pela Carta Magna, tentar-se-á, por derradeiro, patentear os riscos a que toda a proteção consumerista está exposta, especialmente considerando-se a necessidade de reconhecimento da importância da tutela do consumidor em detrimento dos interesses meramente econômicos de quaisquer grupos.

## 2. VULNERABILIDADE E PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR NO BRASIL

Reconhecida como direito humano fundamental, a proteção ao consumidor no Brasil tem status constitucional. Baseado na tutela da proteção à dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na igualdade, dentre outros princípios, o legislador constitucional determina, justamente no artigo que trata dos direitos fundamentais, que “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.<sup>3</sup> Além do artigo 5º, também o artigo 170 do texto constitucional revela a preocupação com a nova ordem econômica que surgia no Brasil nos anos pós ditadura militar, e com o acesso equilibrado de todos os cidadãos brasileiros aos bens de consumo.

Já no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna de 1988, observa-se a previsão de que a dignidade da pessoa humana se constitui em fundamento da República Federativa do Brasil. Em seguida, no artigo 3º do mesmo diploma legal, lê-se que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, os de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza, e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Segundo Gustavo Tepedino (1999, p. 48), da forma como expostas na Carta Magna, a escolha da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, associada ao objetivo fundamental de erradicação da pobreza e da marginalização, e de redução das desigualdades sociais, juntamente com a previsão do § 2º do art. 5º, no sentido da não exclusão de quaisquer direitos e garantias, mesmo que não expressos, e desde que decorrentes dos princípios adotados pelo texto maior, configuram uma verdadeira cláusula geral de tutela e promoção da pessoa humana, tomada como valor máximo pelo ordenamento jurídico brasileiro.

3 Constituição Federal Brasileira, artigo 5º, XXXII.



Retira-se também a existência de tutela constitucional expressa ao consumidor nos artigos 150, §5º, artigo 175, parágrafo único, inciso II, do artigo 220, §4º, e artigo 221, todos da Constituição Federal<sup>4</sup>. E como lembra Adolfo Mamoru Nishiyama (1999, p. 119) há no texto constitucional disposições implícitas voltadas à tutela do consumidor a partir de direitos como a igualdade, o direito ao acesso à informação, o direito de resposta, o devido processo legal, bem como, a necessidade de se promover solidariedade e justiça e erradicar a pobreza.

Importa salientar, entretanto, que o Código de Defesa do Consumidor, cujas normas são cogentes e de ordem pública<sup>5</sup>, somente incidirá em uma relação contratual quando ela possa ser qualificada como relação de consumo. Para o CDC uma relação contratual será de consumo quando em um dos polos estiver um consumidor, e, em outro, um fornecedor, e o objeto da contratação seja um produto ou um serviço, todos definidos pelo Código. Em seu artigo 2º o Código de Defesa do Consumidor dispõe: “Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produtos ou serviços como destinatário final.”

E a proteção ao consumidor no Brasil, além de possuir status constitucional, é pautada na vulnerabilidade, que, como preleciona Paulo Valério Dal Pai Moraes (2009, p.125):

“Vulnerabilidade é, então, o princípio pelo qual o sistema jurídico positivado brasileiro reconhece a qualidade ou condição daquele(s) sujeito(s) mais fraco(s) na relação de consumo, tendo em vista a possibilidade de que venham a ser ofendido(s) ou ferido(s), na sua incolumidade física ou psíquica, em como no âmbito econômico, por parte do(s) sujeitos(s) mais potente(s) da mesma relação.”

No mesmo sentido, Andreza Cristina Baggio (2015, p. 280) assevera que, “a vulnerabilidade é o desencontro de forças, a desigualdade econômica ou de conhecimento técnico entre o consumidor e o fornecedor que explicam essa ideia de vulnerabilidade, e o chamado princípio da vulnerabilidade, que permeia todo Código de Defesa do Consumidor”. Decorre daí, com meridiana clareza, que o legislador constitucional quis reconhecer a defesa do direito do consumidor mais além do um direito, mas consagrando-a como princípio constitucionalmente protegido.

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor está relacionado à proteção ao princípio constitucional da igualdade consagrado no artigo 5º, caput da Constituição Federal de 1988<sup>6</sup>, pois é

4 É o teor dos citados artigos: art. 150. § 5º - A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços; Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: II - os direitos dos usuários; Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 4º - A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas; II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação; III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei; IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

5 São consideradas de ordem pública todas as normas que veiculem interesses públicos, interesses da coletividade. Por esta razão, referidas normas são de aplicação obrigatória, não dependendo, portanto, da vontade das partes para a sua incidência. O próprio Código de Defesa do Consumidor explica em seu artigo 1º, que suas normas são de ordem pública e interesse social.

6 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:...



ele – o consumidor – a parte fraca na relação, decorrendo tal “fraqueza” de vários aspectos, dentre eles os de ordem técnica e econômica. O fornecedor é sem dúvida aquele que detém o conhecimento técnico a respeito do produto ou serviço que está oferecendo, aquele que tem melhores condições de compreender a contratação em toda a sua amplitude. Como é o responsável pelo produto ou pelo serviço, por sua fabricação e colocação no mercado, tem condições de saber quais as melhores condições de contratação, quais as especificidades do produto, quais os possíveis erros ou falhas na sua utilização.

Ao afirmar que a vulnerabilidade do consumidor deve ser objeto de proteção, o Código de Defesa do Consumidor, em 1990 (Lei 8.78/90), optou por reconhecer a desigualdade que se estabelece entre o consumidor e o fornecedor em uma relação de consumo, desigualdade esta que pode resultar do desequilíbrio econômico ou técnico entre as partes. Sobre a vulnerabilidade, Antônio Carlos Efig (2002, p. 105) observa que ela ocorrerá “pelo simples fato de o cidadão se encontrar na situação de consumidor, independente de grau cultural, econômico, político, jurídico, etc.,” entendimento que reforça a ideia do Código de Defesa do Consumidor de que todo consumidor é vulnerável.

O consumidor não detém essas informações, e, portanto, coloca-se em situação de desvantagem em relação ao fornecedor. Como ilustra Paulo Valério Dal Pai Moraes (2009, p. 142) “concretiza-se a vulnerabilidade, também, porque a complexidade do mundo é ilimitada, sendo impossível ao consumidor o conhecimento específico das propriedades, dos malefícios e das consequências em geral da utilização ou contato com os modernos produtos e serviços. Assim, o desconhecimento é generalizado desde a resistência é generalizada desde a resistência do material utilizado para a fabricação de um simples prego, capaz de gerar um acidente de consumo, até a contínua utilização dos serviços da *internet*, estes com possibilidades de gerar danos comportamentais nos consumidores.”

Note-se que qualquer forma de desigualdade revela a fragilidade do consumidor, no caso, a sua vulnerabilidade, que é reconhecida pelo Código de Defesa do Consumidor, seja de forma expressa, no artigo 4º, inciso, I, seja de forma implícita em todos os seus artigos, em todas as situações em que a norma tenta diminuir ou acabar com o desequilíbrio existente entre as partes, tanto é assim, que a vulnerabilidade é tratada como verdadeiro princípio norteador das relações de consumo.

Uma relação jurídica de consumo é formada essencialmente toda vez que um consumidor e um fornecedor transacionam produtos ou serviços entre si. O Código de Defesa do Consumidor ao regular as relações consumeristas prescreve no seu artigo 2º que o consumidor “é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”

Importagizar que a edição do Código de Defesa do Consumidor trouxe algumas escoras fundamentais para a proteção dos direitos consumeristas. Com foco no assim denominado “destinatário final”<sup>7</sup>, vale dizer, aquele que é destinatário último na aquisição de bens, direitos ou serviços, o Código de Defesa

7 “O destinatário final é o consumidor final, o que retira o bem do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico) e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é consumidor final, ele está transformando o bem, utilizando o bem, incluindo o serviço contratado no seu, para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor, utilizando-o no seu serviço de construção, nos seus cálculos do preço, como insumo da sua produção.” (Marques, Cláudia lima; Benjamim, Antônio Herman V. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2. ed. São Paulo, Editora Revista do Tribunais, 2006, p. 83-84).



do Consumidor estabeleceu os parâmetros para a proteção daqueles que, em geral, são a parte fraca da cadeia econômica, como já se falou.

A discussão a respeito do conceito de consumidor da forma como apresentado pelo Código de Defesa do Consumidor resultou na existência de três correntes que se ocupam do tema: a) a corrente maximalista<sup>8</sup>, b) a corrente finalista<sup>9</sup>, e c) o finalismo mitigado (Miragem, 2011, p. 89). Para a corrente maximalista, o conceito de consumidor deve ser interpretado extensivamente, sendo o Código do Consumidor verdadeiro Código de proteção às relações de consumo, tratando-se de norma a regulamentar as relações de mercado. Explica Antônio Carlos Efig (2004, p. 44)

[...] o CDC veio para introduzir nova linha de conduta entre os partícipes da relação jurídica de consumo. Assim, não importa ter vislumbrada a relação de hipossuficiência do consumidor, como querem alguns autores, mas sim, uma completa moralização das relações de consumo da sociedade brasileira, onde somente permanecerão nos diversos segmentos da cadeia de consumo aqueles (pessoas físicas ou jurídicas) que assumirem esta posição com todos os seus ônus e encargos, dentre os quais o atingimento da perfeição no fornecimento de produtos e serviços, em total consideração ao consumidor (adquirente ou utente deste produto ou serviço).

Já para a corrente finalista, será consumidor o destinatário final fático ou econômico do produto ou do serviço, aquele que adquire e retira o produto ou o serviço da cadeia de produção, utilizando-o, e lhe dando, portanto, destinação final. O ato de consumo deste destinatário final, não deverá visar obtenção de lucro, podendo ser considerado como consumidor apenas o não profissional, o não especialista, que retira o produto ou serviço do mercado para utilização própria ou de sua família (Miragem, 2011, p. 87). Para tal corrente, o Código de Defesa do Consumidor existe para tutelar o contratante débil, aquele que, por estar em posição de desigualdade, merece amparo, para que a relação contratual encontre equilíbrio, de forma que a aplicação extensiva deste conceito poderia causar ainda maior

Inevitável é a conclusão de que o conceito de consumidor deverá ser interpretado amplamente, de forma a tutelar a vulnerabilidade do consumidor, afastando-se o desequilíbrio. Aliás, atualmente uma terceira interpretação é dada ao conceito de consumidor, naquilo que se chama de “finalismo mitigado”, ou seja, uma terceira corrente defendida por autores como Bruno Miragem e Cláudia Lima Marques, para quem a interpretação do conceito jurídico de consumidor por equiparação poderá ser ampliada quando exista vulnerabilidade, ideia que inclusive é acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça<sup>10</sup>, para os casos em que a pretensa relação de consumo se dá entre pessoas jurídicas, nas hipóteses do chamado consumo intermediário.

8 Filiam-se a essa corrente maximalista, autores como Antônio Carlos EFING e Luiz Antônio Rizzato NUNES.

9 Já a corrente finalista tem como defensores autores como FILOMENO, José Geraldo Brito, Alcides TOMASETTI JR.

10 O Superior Tribunal de Justiça vem entendendo pela aplicação do Código, com fundamento na vulnerabilidade, sem, contudo, afastar-se do finalismo. Para ilustrar o que aqui se afirma, leia-se os seguintes julgados: RMS 27.512/BA, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJ 23/09/2009), e ainda, RESP. 716877, no qual, reconhece o tribunal superior a possibilidade de aplicação do CDC em favor de um caminhoneiro, cujo caminhão apresentou problemas de fabricação; RESP. 914384, que trata de litígio sobre a venda de defensivo agrícola a produtor de soja; o RESP. 1080719, que aplica o CDC em favor de um freteiro que adquiriu caminhão que apresentou problemas de fabricação e o RESP. 1010834, que aplicou o CDC em favor de uma costureira, que adquiriu máquinas para o exercício de sua profissão.

Por sua vez, o parágrafo único do artigo 2º equipara o consumidor “a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.” Especificamente em relação às práticas comerciais e à proteção contratual, também o artigo 29 do CDC equipara os consumidores a todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas do mercado.

Significa dizer que tal dispositivo supera a determinação da identificação pessoal do consumidor. Assim, a equiparação ocorrerá mesmo que o consumidor não seja o adquirente direto do produto ou serviço, mas venha, como destinatário final, sofrer danos ou abalos decorrentes da prática lesiva do fornecedor. Nessa esteira, Claudia Lima Marques (2002, p. 278-279) assevera:

**“Efetivamente, se a todos considerarmos ‘consumidores’, a nenhum trataremos diferentemente, e o direito especial de proteção imposto pelo CDC passaria a ser um direito comum, que já não mais serve para reequilibrar o desequilibrado e proteger o não-igual. E mais, passa a ser um direito comum, nem civil, mas sim comercial, nacional e internacional, o que não nos parece correto. A definição do art. 2º é a regra basilar do CDC e deve seguir seu princípio e sua *ratio legis*. É esta mesma ‘ratio’ que incluiu no CDC possibilidades de equiparação, de tratamento analógico e de expansão, mas não no princípio, sim na exceção, que exige prova ‘in concreto’ daquele que se diz em posição ‘equiparada a de consumidor’. O direito é a arte de distinguir e a *ratio legis* do CDC não pode ser desconsiderada de forma a levar à própria destruição do que representa, logo, da própria *ratio legis* de proteção preferencial dos mais fracos, mais vulneráveis no mercado. (...).”**

Do outro lado da relação consumerista encontra-se o fornecedor, que o artigo 3º do CDC conceitua como sendo “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.”

Já o parágrafo 1º do artigo 3º do CDC conceitua produto como “qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial” e o 2º do mesmo dispositivo conceitua serviço como “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.”

Como é usual numa sociedade de consumo as forças produtoras são, quase sempre mais potentes do que o consumidor individual, cuja vulnerabilidade precisa da proteção normativa e legal. Não é por acaso que tem se multiplicado as providências de “compliance”<sup>11</sup> nas empresas visando diminuir a distância entre as obrigações do gerador de bens e serviços e os direitos do consumidor final.

Pode-se dizer, pois, que o direito do consumidor é uma coleção de expectativas e de esperanças cravadas num relacionamento justo entre fornecedor e consumidor. Evidencia-se pois, que o legislador ao produzir o código em comento pretendeu cobrir todas as facetas da relação consumerista e resguardar

11 *Compliance* “é o dever de cumprir, de estar em conformidade e fazer cumprir leis, diretrizes, regulamentos internos e externos, buscando mitigar o risco atrelado à reputação e o risco legal/regulatório, sendo por, conseguinte, um estado de adequação a padrões éticos e legais de condutas que norteiam a vida e a administração dos órgãos e das corporações.” COIMBRA, Marcelo de Aguiar; BINDER, Vanessa Alessi Manzi, organizadores. **Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 2.



o consumidor final não apenas do eventual maior poder do fornecedor mas, mesmo, de sua própria impotência jurídica e econômica.

Entretanto, tem se visto que tratados internacionais, muitas vezes engendrados, para beneficiar produtores e fornecedores, tem tido tentativas de serem usados para impedir o pleno exercício dos direitos e obrigações consagrados no código do consumidor. É o que se pretende que ficará patente no próximo capítulo.

### 3. O POSICIONAMENTO DOS TRATADOS INTERNACIONAIS NO DIREITO BRASILEIRO

Em outubro de 1929 foi assinada a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, ou Convenção de Varsóvia. Referido documento tinha por objetivo a regulamentação do sistema de transporte aéreo internacional. Como explicam Daniel Vicente Evaldt da Silva, Jonas Sales Fernandes da Silva e Júlio Edstron Secundino Santos (2016, p. 375),

Deve-se entender que, em seus primórdios, a aviação era tratada como uma modalidade de transporte incipiente, ainda sem regulamentação específica e com custos elevados para a sua implantação. Na primeira metade do século XX, diversos países estiveram preocupados em implementar a aviação comercial, o que se fez por meio de tratamento jurídico diferenciado para as empresas do setor, visando minimizar os riscos e proporcionando condições para seu desenvolvimento.

O Brasil ratificou a Convenção em 1931, por meio do Decreto 20.704, tendo sido esta convenção atualizada e difundida mundo afora pelos Protocolos de Haia (1955), da Guatemala (1971) e a Convenção de Montreal (1975), esta última concluída em setembro de 1999 e ratificada, no Brasil, pelo Decreto 5.910, de setembro de 2006, recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro com o status de norma infraconstitucional (Silva, Silva e Santos, 2016, p. 480). Tal conclusão é possível quando se observa que o §2º do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, prescreve que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, bem como que a redação do parágrafo acima citado não foi objeto da Emenda Constitucional nº 45 de 2004, não se tratando, portanto, de matéria equivalente à Emenda Constitucional.

Assim, é certo que os direitos e garantias constitucionais devem respeitar o conteúdo dos tratados nos quais o Brasil seja partícipe, mas que, de outra mão, tais tratados não podem afetar, modificar ou excluir os direitos e garantias plasmados na Constituição Federal. Sobre isso, é importante registrar-se a posição de José Gomes Canotilho (2008, p.37):

“(…) quanto ao conteúdo normativo, em seu aspecto material: a matéria deve ser constitucional, verificada pela importância, pela relevância, tudo que diz respeito a estrutura fundamental do estado e a garantias e direitos fundamentais são materialmente constitucionais. Algumas normas da CF/88 além de formais são materialmente constitucionais”.



Das lições do citado autor, depreende-se que “não há normas superiores ou inferiores, todas possuem a mesma hierarquia, hierarquia de norma constitucional” (Canotilho, 2008, p.37). Dessa primeira abordagem, diz-se que os tratados internacionais dos quais o Brasil seja signatário assumem, via de regra e para fins do ordenamento jurídico pátrio, a posição de lei ordinária que, por sua própria natureza, não pode ofender os princípios basilares da Carta Magna. Não se trata aqui, por óbvio, dos tratados acerca dos direitos humanos, que merecem tratamento específico na Lei Maior e que se equiparam à Emenda Constitucional (CF, §3º do artigo 5º)<sup>12</sup>.

Ainda no artigo 5º da Constituição Federal, o inciso XXXII preceitua que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”. Gize-se que este enquadramento se dá no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), no Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos). Essas cláusulas, alinhadas no artigo 5º, vão muito mais além do que meras declarações e devem ser consideradas complementaridades dos princípios fundamentais que norteiam o texto constitucional. O que se questiona nesse artigo é a possibilidade de tratados internacionais, como visto, leis ordinárias que são em regra, enfrentarem o dispositivo da Lei Maior.

E não fica só nisso, no Título VII (Da Ordem Econômica e Financeira) encontra-se o artigo 170, que comanda que a defesa do consumidor constitui fundamento basilar da ordem econômica, prescrevendo que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.”

Isso significa que a observância dos princípios elencados nos incisos do referido artigo, servirão de alicerce para estabelecer que as relações consumeristas devam ser sempre pautadas no equilíbrio contratual e na harmonia que se almeja para uma sociedade justa e igualitária. Segundo explicam Daniel Vicente Evaldt da Silva, Jonas Sales Fernandes da Silva e Júlio Edstron Secundino Santos (2016, p. 375)

As normas relativas aos consumidores têm amparo constitucional e, portanto, não podem sofrer erosão por atos internacionais ratificados pelo Brasil antes da EC 45/2004. Elas possuem status de norma supralegal, ou seja, estão subordinadas à Constituição. Essa distinção se tornou possível em virtude da EC 45/2004, que possibilitou normas internacionais serem recepcionadas com hierarquia equivalente à Constituição. Seu rito é próprio, estabelecido pelo artigo 5º, §3º e, conseqüentemente, os demais tratados ratificados sem aquelas condições são recepcionados com o status de norma supralegal.

Assim sendo, é de estranhar que no universo jurisdicional não raro se pretenda defender a prevalência de tratados internacionais em visível detrimento à proteção do consumidor, o que, como acima constatado, trata-se de princípio basilar e irretorquível da proteção ao consumidor brasileiro. Trata-se pois, de uma total inversão de valores. Como já se asseverou, não existem, entre leis de mesma hierarquia, maiores ou menores, mais aplicáveis ou menos aplicáveis. Tanto o código quanto eventuais

12 Cabe menção a tese defendida pela doutrina jurídica pátria em relação ao nível hierárquico atribuído aos tratados internacionais de direitos humanos, tese esta que desaguou em 2008 no Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº466.343-1/SP. No julgamento do mérito da causa, por maioria de votos, o pleno do STF adotou o posicionamento do Min. Gilmar Mendes que defendeu a supralegalidade dos tratados internacionais de direito humanos, isto é, colocando os tratados dessa natureza em um nível hierárquico intermediário, entre a Constituição Federal e a legislação ordinária.

acordos internacionais são acolhidos pelo sistema legal brasileiro na mesma condição, de legislação ordinária e, portanto, sem admitir prevalência de uns sobre outros.

Diz-se de antemão que o Código de Defesa do consumidor se autoproclamou como norma de ordem pública<sup>13</sup>, de aplicação inafastável, portanto, sempre que se esteja diante de uma relação de consumo, assim como já acima descrita. Qualquer tentativa, no caso concreto, de afastar a sua aplicação, deverá ser tida por inconstitucional e contrária aos ditames de proteção à dignidade da pessoa humana.

#### 4. CONFLITO DE LEIS: APARENTE E EFETIVO E A POSIÇÃO DO STF SOBRE O ASSUNTO

A questão nodal da problemática apresentada neste trabalho é saber se, no tocante aos contratos de transporte aéreo internacional de passageiros, problemas enfrentados por passageiros brasileiros deverão ser solucionados com base no Código de Defesa do Consumidor ou na Convenção de Montreal. Para clarificar a situação conflitante ora retratada far-se-á uso de alguns exemplos que demonstram a possibilidade de que interesses que se entrecrocaram podem levar a situações jurídicas extremas. Num caso bem amplo e genérico poder-se-ia trazer à baila a questão da proteção ambiental. O Acordo de Paris (2015), por exemplo, ratificado pelo governo brasileiro em 12 de setembro de 2016<sup>14</sup>, estabelece metas quantitativas e qualitativas para o controle climático e as mudanças que se vem operando<sup>15</sup>.

As legislações nacionais tendem a enquadrar-se nos termos do Acordo, mas sem olvidar da defesa dos interesses de cada unidade política. Trazendo essa situação para a realidade brasileira, observa-se que a legislação nacional preexistente ao Acordo de Paris traçava metas diferentes, bem como que cuidava dos interesses nacionais, como por exemplo, o uso de carvão mineral, supressão de vegetação (desmatamento controlado), entre outros. Não se pode dizer que o Brasil, ao acolher os termos do Acordo tenha se obrigado a fazer uma total revisão legislativa para adaptar-se. Evidente é que, uma vez acolhido o Acordo não mais se legislará em descompasso aos termos aceitos. Nesse caso, o conflito de leis é apenas aparente e temporário.

13 Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

14 O Acordo de Paris sobre mudanças climáticas foi ratificado pelo governo brasileiro através do Decreto Legislativo, nº140, de 2016.

15 Segundo o Ministério do Meio Ambiente: “O Acordo de Paris foi aprovado pelos 195 países Parte da UNFCCC para reduzir emissões de gases de efeito estufa (GEE) no contexto do desenvolvimento sustentável. O compromisso ocorre no sentido de manter o aumento da temperatura média global em bem menos de 2°C acima dos níveis pré-industriais e de envidar esforços para limitar o aumento da temperatura a 1,5°C acima dos níveis pré-industriais.

Para que comece a vigorar, necessita da ratificação de pelo menos 55 países responsáveis por 55% das emissões de GEE. O secretário-geral da ONU, numa cerimônia em Nova York, no dia 22 de abril de 2016, abriu o período para assinatura oficial do acordo, pelos países signatários. Este período se estende até 21 de abril de 2017.

ANDC do Brasil compromete-se a reduzir as emissões de gases de efeito estufa em 37% abaixo dos níveis de 2005, em 2025, com uma contribuição indicativa subsequente de reduzir as emissões de gases de efeito estufa em 43% abaixo dos níveis de 2005, em 2030. Para isso, o país se compromete a aumentar a participação de bioenergia sustentável na sua matriz energética para aproximadamente 18% até 2030, restaurar e reflorestar 12 milhões de hectares de florestas, bem como alcançar uma participação estimada de 45% de energias renováveis na composição da matriz energética em 2030.” Fonte: Ministério do Meio Ambiente. Acesso 03/07/2017. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/acordo-de-paris>.

Caso diferente e não menos merecedor de atenção e cuidados diz respeito à legislação internacional sobre transporte aéreo de cargas e passageiros<sup>16</sup>. Importa destacar a discordância existente, tanto doutrinária quanto na jurisprudência, acerca de qual norma deve prevalecer no caso de conflito entre a lei infraconstitucional e a norma internacional inserida no ordenamento jurídico pátrio.

Note-se inicialmente que o tema do transporte aéreo no Brasil é regulamentado pela Constituição Federal de 1988, que estatuiu em seu artigo 178: “A lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade.”

Além do texto constitucional, convivem no ordenamento jurídico brasileiro a tratar o transporte aéreo de passageiros as normas do Código de Defesa do Consumidor, do Código Civil, a própria Convenção de Montreal e o Código Brasileiro de Aeronáutica, ou seja, a Lei 7.565/1986. Acerca do Código Brasileiro de Aeronáutica, é importante lembrar que naquilo em que ele disciplina a responsabilidade civil das transportadoras, encontra-se tacitamente derogado pelo Código Civil e pelo Código de Defesa do Consumidor (Roland, 2015, p. 8).

No que concerne às regras que normatizam o transporte aéreo internacional, a antinomia se verifica em face do Código de Defesa do Consumidor, uma vez configurada a relação de consumo contratual com as empresas de transporte aéreo. O Código de Defesa do Consumidor trata do mesmo tema, mas de maneira diversa do contido na Convenção de Montreal.

O tratado internacional vigente (Convenção de Montreal) prevê limites e obrigações aos passageiros, consumidores dos serviços de transporte aéreos, como no caso da responsabilização subjetiva (culpa presumida) do transportador aéreo (alínea 2, do artigo 22), em que cabe ao passageiro vítima o ônus de provar valor superior de sua bagagem, em caso de extravio ou perda de seus bens materiais. Também há limitação do *quantum* indenizatório em caso de violação de direitos por parte do transportados (artigo 29), e o mesmo dispositivo veda qualquer indenização punitiva ou exemplar (dano extrapatrimonial), devendo a indenização ser de natureza eminentemente compensatória. Dentre outras, o decreto ainda reduz o prazo prescricional de 5 (cinco) para 2 (dois) anos para o exercício do direito à reparação civil (artigo 35).

De outra banda, o Código de Defesa do Consumidor estabelece, em sentido contrário à Convenção de Montreal, em seu artigo 14 que “o fornecedor de serviços responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.” Tem-se, portanto, que o legislador infraconstitucional optou pela responsabilidade objetiva do fornecedor de produtos ou serviços.

Outra discrepância entre os diplomas legais elencados acima é o prazo prescricional, uma vez que o CDC estabelece prazo mais alongado (5 anos) para o exercício da pretensão à reparação de danos causados por fato do produto ou do serviço (artigo 27). Ainda vale destacar que, o Código de Defesa do

16 O Decreto nº 5.910 de 2006 promulgou a Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, celebrada em Montreal, em 28 de maio de 1999. A convenção de Montreal substituiu a Convenção de Varsóvia promulgada em 1929.



Consumidor, ao estabelecer as premissas básicas quanto aos direitos do consumidor (artigo 6º, inciso VI), não prevê qualquer limitação quanto ao direito à reparação, podendo a indenização ser fixada tanto com relação aos danos patrimoniais, bem como os de natureza extrapatrimoniais. Sobre isso, Nelson Nery Júnior (s/d, p.78), certifica:

No sistema brasileiro do CDC sobre a responsabilidade do fornecedor, não existe limitação para a indenização, também denominada indenização tarifada. Em alguns ordenamentos jurídicos, o legislador impôs limite à responsabilidade, fixando um teto máximo a fim de garantir a continuidade da empresa e evitar-lhe a quebra. No Brasil não houve essa limitação pelo CDC, de modo que, havendo danos causados aos consumidores, o fornecedor deve indenizá-los em sua integralidade.

No mesmo sentido, Claudia Lima Marques (1992, p.155-197) já criticada essa limitação:

Limitar os danos é imputar à vítima que suporte o resto dos prejuízos não indenizados. No mundo atual, a tendência é justamente a de socializar os danos, alocar os custos, dividindo-os entre todos na sociedade e não somente sobre os ombros da vítima. A tendência é do ressarcimento amplo, efetivo, quando não, integral.

E segue:

(...) a reparação não visa somente a volta ao *status quo ante*, o que seria impossível no dano moral, ou a compensação pura e simples dos danos. A reparação possui uma importante função preventiva, no sentido de chamar atenção dos agentes para possíveis consequências de suas atividades ou falhas, uma importante função compensatória, para equilibrar a posição dos sujeitos envolvidos pelo dano, mas possui também uma função satisfativa, na medida em que em alguns casos não se possa repor o *status quo ante*, pode a indenizar amenizar a dor, o sofrimento da vítima, na medida que demonstra à vítima e à coletividade que o dano originou uma resposta jurídica, uma diminuição no patrimônio do agente responsável.

Como se vê, tal tratado internacional feito de forma a atender os interesses das transportadoras aéreas preservam poucos direitos aos consumidores, exacerbando os direitos dos prestadores de serviços. Mais que isso, esses tratados pretendem estabelecer o próprio foro, a competência e a jurisdição sobre eventuais querelas que exijam a intervenção da autoridade judiciária. Como justificativa, pautam-se no art. 2º, § 1º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) que dispõe que a lei posterior revoga a anterior, inclusive quando for com ela incompatível ou quando regule matéria de que tratava norma anterior.

Conforme explica Carlos Roberto Gonçalves (2014, p. 56): “O que caracteriza a revogação tácita é a incompatibilidade das disposições novas com as já existentes. Na impossibilidade de coexistirem normas contraditórias, aplica-se o critério da prevalência da mais recente (critério cronológico: *lex posterior derogat legi priori*).” Dessa forma, ainda que exista a garantia legal dos consumidores verem sua quizila apreciada pela Justiça Brasileira, não se aplica, de forma linear, o Código de Defesa do Consumidor, haja vista não estarem configurados nenhum dos requisitos para ficar evidenciada a relação de consumo à luz da legislação brasileira.

Em uma perspectiva diametralmente oposta, a doutrina majoritária, bem como o judiciário brasileiro firmou, há muito, o entendimento de que os direitos do consumidor se revestem de garantias



individuais e coletivas com previsão na Constituição Federal. Portanto, como o Código de Defesa do Consumidor estabelece uma uniformidade jurídica e geral para tutelar os interesses jurídicos (patrimoniais e extrapatrimoniais) dos consumidores, observando os ditames constitucionais de justiça social e de ordem pública, a norma consumerista deve prevalecer naquilo que com ela se harmoniza (Cavaliere Filho, 2007, p. 320-321).

A jurisprudência dominante dos tribunais estaduais, até o momento, revela que se deve prevalecer o Código de Defesa do Consumidor frente à Convenção de Montreal<sup>17</sup>. Nesse mesmo viés jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça determina também a prevalência do Código Consumerista em detrimento das Convenções internacionais por entender que há evidente relação de consumo entre as empresas aéreas e o consumidor, patenteando cristalinamente que a Constituição Federal elevou a proteção dos direitos do consumidor à esfera constitucional do ordenamento jurídico pátrio.<sup>18</sup>

Importante esclarecer que esse posicionamento prevaleceu durante muitos anos no Supremo Tribunal Federal. Entretanto é, por deveras, preocupante o recente posicionamento adotado pela Suprema Corte, no julgamento conjunto do Recurso Extraordinário nº 636331, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes e Agravo em Recurso Extraordinário nº 766618, sob a relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso.

17 TJ-RS - APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. EXTRAVIO DE BAGAGENS. DANO MORAL CONFIGURADO. 1. Ausência de controvérsia quanto ao fato de ter havido extravio da bagagem entregue pelos autores aos cuidados da empresas aéreas rés para transporte do Brasil para a Europa.

2. **A jurisprudência é firme no entendimento de que prevalece o Código de Defesa do consumidor sobre a anterior Convenção de Varsóvia, que foi substituída pela Convenção de Montreal, ainda que se trate de transporte internacional.**

3. As aflições e transtornos enfrentados pelos autores certamente ultrapassaram a condição de mero dissabor cotidiano, pelo que caracterizado o dano moral.

4. Quantum indenizatório arbitrado que deve levar em conta os princípios da proporcionalidade e razoabilidade, pelo que deve ser majorado de R\$ 5.000,00 para R\$ 10.000,00 para cada autor. 5. Ônus sucumbenciais corretamente aplicados, em razão da sucumbência recíproca. 6. Provitimento parcial do apelo dos autores e desprovimento do recurso da 2ª ré. 0015542-34.2011.8.19.0207 - APELACAO 1ª Ementa DES. JACQUELINE MONTENEGRO - Julgamento: 30/07/2013 - DECIMA QUINTA CÂMARA CIVEL (grifos no original)

18 STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. ATRASO DE VOO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONVENÇÕES INTERNACIONAIS. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. RISCOS INERENTES À ATIVIDADE. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 283 DO STF. QUANTUM INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DISSÍDIO NÃO CONFIGURADO.

1. A jurisprudência dominante desta Corte Superior se orienta no sentido de prevalência das normas do CDC, em detrimento das Convenções Internacionais, como a Convenção de Montreal precedida pela Convenção de Varsóvia, aos casos de atraso de voo, em transporte aéreo internacional.

2. O Tribunal de origem fundamentou sua decisão na responsabilidade objetiva da empresa aérea, tendo em vista que os riscos são inerentes à própria atividade desenvolvida, não podendo ser reconhecido o caso fortuito como causa excludente da responsabilização. Tais argumentos, porém, não foram atacados pela agravante, o que atrai, por analogia, a incidência da Súmula 283 do STF.

3. No que concerne à caracterização do dissenso pretoriano para redução do quantum indenizatório, impende ressaltar que as circunstâncias que levam o Tribunal de origem a fixar o valor da indenização por danos morais são de caráter personalíssimo e levam em conta questões subjetivas, o que dificulta ou mesmo impossibilita a comparação, de forma objetiva, para efeito de configuração da divergência, com outras decisões assemelhadas.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no Ag 1.343.941/RJ, Relator Ministro Vasco Della Giustina, Desembargador Convocado do TJ/RS), Terceira Turma, DJe 25/11/2010 - sem grifos no original).

STJ - AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EXTRAVIO DE BAGAGEM. INDENIZAÇÃO AMPLA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.

1. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que, após a edição do Código de Defesa do Consumidor, não mais prevalece a tarifação prevista na Convenção de Varsóvia. Incidência do princípio da ampla reparação. Precedentes.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 262.687/SP, Rel. Ministro Fernando Gonçalves, DJe 22/2/2010).



Notícia veiculada em 25/05/2017, no sítio do Supremo Tribunal Federal<sup>19</sup>, deu conta de que a maioria dos Ministros que integram aquela Corte de Justiça entendeu que, nas demandas que envolvam companhias aéreas internacionais, as convenções internacionais devem prevalecer sobre o Código de Defesa do Consumidor.

Em análise inicial ao entendimento agora adotado pelo STF, que possui implicações jurídicas futuras, pode-se concluir que as empresas aéreas internacionais deverão ser responsabilizadas apenas e, tão somente, com relação aos danos patrimoniais sofridos pelos consumidores, como no caso de extravio de bagagens, podendo, inclusive, ser limitado o *quantum* indenizatório. Estão excluídos, portanto, dos direitos dos consumidores, os danos extrapatrimoniais. Também ficou decidido que o prazo prescricional do qual poderá lançar mão o consumidor para acesso ao judiciário deve ser reduzido de 5 (cinco) para 2 (dois) anos.

#### 19 Transporte aéreo deve seguir convenções internacionais sobre extravio de bagagens

Por maioria de votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, no julgamento conjunto do Recurso Extraordinário (RE) 636331 e do RE com Agravo (ARE) 766618, que os conflitos que envolvem extravios de bagagem e prazos prescricionais ligados à relação de consumo em transporte aéreo internacional de passageiros devem ser resolvidos pelas regras estabelecidas pelas convenções internacionais sobre a matéria, ratificadas pelo Brasil.

A tese aprovada diz que “por força do artigo 178 da Constituição Federal, as normas e tratados internacionais limitadoras da responsabilidade das transportadoras aéreas de passageiros, especialmente as Convenções de Varsóvia e Montreal, têm prevalência em relação ao Código de Defesa do Consumidor”.

O julgamento foi concluído na sessão desta quinta-feira (25), após o voto-vista da ministra Rosa Weber, que acompanhou os relatores pela prevalência, nos dois casos, das Convenções de Varsóvia e de Montreal sobre o Código de Defesa do Consumidor, com base, principalmente, no que preceitua o artigo 178 da Constituição Federal. A redação atual do dispositivo, dada pela Emenda Constitucional 7/1995, diz que “a lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre, devendo, quanto à ordenação do transporte internacional, observar os acordos firmados pela União, atendido o princípio da reciprocidade”.

O RE 636331, de relatoria do ministro Gilmar Mendes, foi ajuizado no Supremo pela Air France contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJ-RJ) que, levando em conta a existência de relação de consumo entre as partes, determinou que a reparação pelo extravio de bagagem deveria ocorrer nos termos do CDC, e não segundo a Convenção de Varsóvia.

Já o ARE 766618, relatado pelo ministro Luís Roberto Barroso, foi interposto pela empresa Air Canadá contra acórdão da justiça paulista, que aplicou o CDC e manteve a condenação da empresa ao pagamento de R\$ 6 mil a título de indenização por danos morais a uma passageira, por atraso de 12 horas em voo internacional. A empresa pedia a reforma da decisão, alegando que o prazo de prescrição de ação de responsabilidade civil decorrente de atraso de voo internacional deveria seguir os parâmetros da Convenção de Montreal, sucessora da Convenção de Varsóvia, que é de dois anos, e não do CDC, cuja prescrição é quinquenal.

#### Relatores

No início do julgamento, em maio de 2014, os relatores votaram pela prevalência das convenções internacionais. Para o ministro Gilmar Mendes, o preceito de Defesa do Consumidor não é o único mandamento constitucional que deve ser analisado no caso. Segundo ele, a Constituição prevê a observância aos acordos internacionais. O ministro Barroso concordou com esse entendimento, lembrando que o artigo 178 da Constituição Federal estabelece, exatamente, a obediência aos acordos internacionais ratificados pelo país na ordenação dos transportes aéreos. Os dois foram acompanhados, na ocasião, pelo voto do ministro Teori Zavascki. O julgamento foi suspenso pelo pedido de vista da ministra Rosa Weber.

#### Voto-vista

Em longo voto proferido na sessão desta quinta-feira (25), a ministra Rosa Weber decidiu acompanhar os relatores. Com base no artigo 178 da Constituição Federal, a ministra disse entender que deve ser dada prevalência à concretização dos comandos das convenções de Varsóvia e Montreal, ratificadas pelo Brasil, às quais se confere status supralegal, de acordo com entendimento jurisprudencial do Supremo. Para a ministra, que fez questão de salientar que seu voto se restringia a danos materiais decorrentes de casos de extravio de bagagens e de prescrição, as citadas convenções são compatíveis com a Constituição de 1988.

Com base neste mesmo fundamento votaram pelo provimento de ambos os recursos, acompanhando os relatores, os ministros Edson Fachin, Luiz Fux, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e a presidente, ministra Cármen Lúcia.

Ficaram vencidos os ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, que votaram pelo desprovimento dos recursos. Os dois ministros salientaram que os casos em análise envolvem empresas de transporte aéreo internacional de passageiros, que realizam atividades qualificadas como prestação de serviços. Dessa forma, frisaram, trata-se de uma relação jurídica de consumo, à qual aplica-se o CDC, lei superveniente aos mencionados códigos. (grifos no original)



Para Beatriz da Silva Roland (2015, p. 16), “a solução apontada pelo STF – de aplicação da Convenção de Montreal para voos internacionais e do CDC para o transporte doméstico – pode levar a situações indesejadas e estapafúrdias no plano prático.” E a autora traz exemplo que merece ser transcrito:

Imaginemos que a transportadora X opera um voo entre São Paulo e Lisboa com escala em Recife. Nesse voo, o passageiro A comprou o trecho São Paulo-Recife com conexão na cidade pernambucana para Belém do Pará, portanto, um voo doméstico regido pelo CDC, e o passageiro B adquiriu o trecho São Paulo-Lisboa com escala em Recife, um voo internacional regido pela Convenção de Montreal. Ambos os passageiros, A e B, são brasileiros, residentes em São Paulo e adquiriam suas passagens da loja da transportadora X na Avenida Paulista. Imaginemos que, ao chegar em Recife, o voo é cancelado por problemas técnicos e os passageiros recebem suas malas de volta para a pernoite no hotel da cidade. Percebe-se que várias malas foram extraviadas, inclusive as malas dos passageiros A e B, e, ao final de 60 dias, foram dadas como perdidas. Nesse caso, em que pese a completa identidade entre o fato gerador do dano e o dano em si, a solução jurídica será diferenciada para o passageiro A e para o passageiro B, sendo o primeiro beneficiado pela liberdade de valor indenizatório e o segundo, atrelado à existência de indenização tarifada pela Convenção de Montreal.

No exemplo acima, observa-se violação a vários princípios constitucionais, a começar pelo próprio princípio da igualdade. Nada justifica que situações idênticas tenham tratamento diferenciado. É se se dizer também que, nesse caso, viola-se a ideia trazida pelo CDC de que a interpretação das relações entre consumidor e fornecedor deverão sempre merecer interpretação a favor do vulnerável, princípio consumerista estampado no artigo 47 daquele diploma legal: “As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor.”

Como se pode depreender o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal e futuramente por todo Poder Judiciário brasileiro representa um enorme retrocesso à proteção aos direitos do consumidor, e nem de longe é aquele que representa a melhor doutrina sobre o assunto. Como explicam Daniel Vicente Evaldt da Silva, Jonas Sales Fernandes da Silva e Júlio Edstron Secundino Santos (2016, p. 375) “pela interpretação constitucional calcada no princípio da máxima efetividade, a proteção ao consumidor deve prevalecer juridicamente sobre os tratados ratificados que estabelecem a indenização tarifada. Isso porque o entendimento em contrário diminuiria a proteção prevista na Carta Magna e, dessa maneira, a própria dignidade da pessoa humana.”

Assim, sugere-se que tal posicionamento seja analisado com parcimônia, utilizando-se o aplicador do Direito da interpretação sistêmica necessária à preservação da parte vulnerável nas relações de consumo, com base no diálogo das fontes (MARQUES, 2002, p. 663-667). É o que defendem Claudia Lima Marques e Tatiana Squéf (2017), visto que

é necessário, desde logo, afirmar três pontos para evitar uma leitura inconstitucional da Convenção de Montreal (Convenção de Montreal para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, promulgada pelo Decreto 5.910/06): a Convenção de Montreal não trata de danos morais (só proíbe as perdas e danos punitivos), não trata da responsabilidade por *overbooking*/práticas comerciais/cláusulas abusivas e por recusa de embarque! E a Convenção de Montreal, ao contrário do que uma leitura apressada do *decisum* do STF pode afirmar, é regra imperativa de proteção dos passageiros que permite apenas derrogação *in favorem* dos direitos dos passageiros-consumidores. Assim, por exemplo, em caso de demora ou atraso de voo, o



consumidor europeu pode escolher entre a indenização “taxada” e automática do Regulamento 261/2004/CE ou da Convenção de Montreal, que procura fixar o verdadeiro dano em caso de atraso, possuindo apenas máximos.

Segundo as autoras, quando trata apenas da indenização por perdas e danos punitivos, e não se manifesta sobre o dano moral, a Convenção de Montreal não o exclui, mas, ao contrário, deixa ao judiciário a possibilidade de determinar os critérios de indenização, aplicando-se, assim, integralmente o CDC. Para Claudia Lima Marques e Tatiana Squéf (2017) “Em outras palavras, ao contrário do que parece emergir do resumo da decisão do STF, a Convenção de Montreal permite o diálogo com outras fontes de proteção do consumidor e, obviamente, de proteção da pessoa humana em caso de violação de direitos fundamentais (ou seria uma interpretação inconstitucional da convenção, inferior à Constituição Federal de 1988, por exemplo em caso de passageiros com deficiência ou no que se refere à proteção dos dados sensíveis dos passageiros).”

O diálogo entre as fontes é aquele no qual o Código de Defesa do Consumidor e outras fontes do Direito do Consumidor são analisados em condição de complementaridade, de modo que duas normas ao tratarem do mesmo tema não excluam a aplicação uma da outra, mas se complementem. Ao tratar do tema, Flávio Tartuce (2016, p. 66) aduz que “a teoria do diálogo das fontes surge para substituir e superar os critérios clássicos de solução das antinomias jurídicas (hierárquico, especialidade e cronológico). Realmente, esse será o seu papel no futuro”

As normas que de algum modo incidam sobre as relações de consumo, portanto, deverão ser aplicadas em conjunto, assegurando-se, por meio desse diálogo, a aplicação da norma mais favorável ao consumidor, considerados os direitos fundamentais e valores constitucionais trazidos pelo CDC. A proposta do Código de Defesa do Consumidor é diminuir as desigualdades entre fornecedores e consumidores, equilibrando as relações de consumo. Para isto, se inserem no seu estudo preocupações que superam os paradigmas de outrora fundados na máxima determinação da vontade, e encontram fundamento na tutela constitucional da dignidade da pessoa humana.

Não é mais possível entender a relação de consumo, e portanto, os contratos de transporte aéreo, sob os fundamentos liberais, mas é preciso analisá-lo sob o prisma da relativização dos interesses privados em detrimento do bem-estar de toda a coletividade.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Direito do Consumidor no Brasil vive um momento de modificações e muitos dos avanços realizados pelo movimento consumerista nos últimos 27 (vinte e sete) anos correm risco de perecer. Exemplo claro é o do caso exposto neste trabalho, no qual observou-se que o entendimento do STF em matéria de transporte aéreo internacional e consumo anda longe da noção de primazia na aplicação do CDC.

A Sociedade de Consumo é uma realidade. Nela o ato de consumo é elevado ao patamar de ato existencial, o qual se faz muitas vezes em meio à escassez de informações, tornando-se o consumidor



vulnerável, induzido a aceitar hábitos e padrões de comportamento que lhe são sugeridos. Também o consumismo se destaca, e, as promessas de satisfação das necessidades e da realização de sonhos, fomentam a aquisição de bens e serviços, nem sempre necessários ou refletidamente contratados.

O desenvolvimento gerou mudanças na sociedade e nas formas de produção, e o consumidor passou a ser figura fundamental para o crescimento econômico. A complexidade atingiu a todos, a preocupação com o social e com os efeitos desse desenvolvimento chegou ao Direito.

No Brasil, a proteção ao consumidor tem *status* de direito fundamental, e ganhou proteção constitucional. Ao tutelar a dignidade da pessoa humana, preocupou-se também o legislador com a proteção do consumidor, que não encontra amparo apenas no texto constitucional, mas também na Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor. A preocupação com os efeitos sociais do contrato ganhou corpo, e a sua função social passou a ser reconhecida como princípio apto a limitar a autonomia privada dos contratantes, buscando evitar os efeitos das desigualdades entre estes.

Observou-se no primeiro tópico deste trabalho que a proteção ao consumidor é movimento com base constitucional e que se baseia na vulnerabilidade deste sujeito que está exposto às práticas do mercado, para, em seguida tratar-se da posição em que foram recebidos os tratados internacionais no Direito Brasileiro, com ênfase para a Convenção de Montreal, que disciplina o contrato de transporte aéreo em âmbito internacional.

Entendeu recentemente o Supremo Tribunal Federal pela aplicação da Convenção de Montreal no caso de extravio de bagagens em transporte aéreo internacional em detrimento da legislação de proteção ao consumidor pátria, mais benéfica para a parte vulnerável da relação. Conclui-se, assim, que a atuação do judiciário, muitas vezes fomentada por espúrias teses de defesa esposadas pelas empresas, pode abalar o arcabouço jurídico que penosamente se conseguiu erigir para proteção do consumidor.

Evidente que as presentes reflexões não têm a pretensão de querer atribuir perfeccionismo nem caráter exauriente à matéria ou aos textos legais que a abarcam. Longe, também, de tentar negar vigência a tratados internacionais já firmados e homologados pelo Poder Público. O que se pretendeu, tão somente, foi deitar um alerta sobre os riscos a que legislação consumerista está exposta e a necessidade de desenvolvimento de mais estudos, de ordem constitucional, para que ameaças advindas de entidades mais potentes não venham a trazer prejuízos, de toda ordem, aos consumidores finais nacionais.

## REFERÊNCIAS

BAGGIO, Andreza Cristina, A proteção da confiança e a formação de redes contratuais como fundamento da responsabilidade dos sites de compras coletivas perante o consumidor. Revista de Direito do Consumidor, 2015.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Estudo sobre direito fundamentais. São Paulo, Revista dos Tribunais, Coimbra editora, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio: Programa de Responsabilidade Civil. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; BINDER, Vanessa Alessi Manzi, organizadores. Manual de compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações. São Paulo: Atlas, 2010.



EFING, Antônio Carlos. Fundamentos do Direito das Relações de Consumo, Curitiba: Juruá, 2ª Edição, revista e atualizada, página 105.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: parte geral. v. 1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 4. ed., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_: A responsabilidade do transportador aéreo pelo fato do serviço e o Código de Defesa do Consumidor – antinomia entre norma do CDC e de leis especiais. Revista de Direito do Consumidor. Ano 2, n. 3, 1992.

\_\_\_\_\_. SQUEFF, Tatiana. As regras da Convenção de Montreal e o necessário diálogo das fontes com o CDC, in [www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br), 21 de junho de 2017, acesso em 13 de setembro de 2017.

\_\_\_\_\_. BENJAMIM, Antônio Herman V. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 2. ed. São Paulo, Editora Revista do Tribunais, 2006.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Código de defesa do consumidor: o princípio da vulnerabilidade no contrato, na publicidade, nas demais práticas comerciais: interpretação sistêmica do direito. 3. ed. Atual., e ampl., de acordo com o Código Civil de 2002 e com acréscimos relativos à Internet, neuromarketing, conceitos psicanalítico e questões tributárias. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson: Aspectos da responsabilidade civil do fornecedor no Código de Defesa do Consumidor. Revista do Advogado. n. 33.

ROLAND, Beatriz da Silva. O Diálogo das Fontes no Transporte Aéreo Internacional de Passageiros: Ponderações sobre a Aplicabilidade da Convenção de Montreal/ou do CDC, Revista de Direito do Consumidor, vol. 99, 2015.

TARTUCE, Flávio. Manual de direito civil: volume único. 2. Ed. Ver., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016





*Parte 2*

# Comércio



# A CISG COMO UM CÓDIGO DA VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS

*Véra Jacob de Fradera*



## A CISG COMO UM CÓDIGO DA VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS

### THE CISG AS A CODE OF INTERNATIONAL SALE OF GOODS

*Véra Jacob de Fradera<sup>1</sup>*

**RESUMO:** O autor demonstra ser possível considerar a CISG como um Código da Compra Internacional de Mercadorias, porque essa Convenção abrange um importante e variado campo de matérias concernentes a essa espécie de comércio, e por essa razão apresenta problemas em relação à interpretação, apresenta lacunas (internas e externas) que necessitam ser preenchidas pelo Juiz ou pelo intérprete. Ademais, a CISG incluiu entre suas normas algumas cláusulas gerais, para regular certas matérias sob essas normas, especiais e abertas, como no caso do artigo 07, do qual emergem numerosas questões, no momento de ser aplicada pelo Juiz. Essas características tão peculiares tornam a interpretação uniforme uma dura tarefa para Juízes, intérpretes e árbitros. Por todas essas razões, a CISG pode ser vista como um autêntico Código, pois ela abrange os mesmos problemas perceptíveis em um Código Nacional.

**PALAVRAS-CHAVE:** CISG. Compra e Venda Internacional de mercadorias. Codificação.

**ABSTRACT:** the author demonstrates that the CISG can be considered as a Code of International Sale of Goods, because this Convention embraces an important and varied field of matters concerning this kind of commerce, and for this reason, it presents problems regarding interpretation, it has gaps (internal and external) that need to be filled by the Judge or by the interpreter. Moreover, the CISG includes in its rules some general clauses to dispose certain matters under special and open norms, like article 07, from which arises a number of questions at the moment to be applied by the judge. All these very peculiar characteristics make the uniform interpretation of the CISG a hard task to interpreters, judges and arbitrators. For all these reasons, a CISG can be visualized as an authentic Code, because it embraces the same problems that we can find in a national one.

**KEYWORDS:** CISG. International Sale of goods. Codification.

**SUMÁRIO:** INTRODUÇÃO. 1ª PARTE: É POSSÍVEL CONSIDERAR A CISG SER COMO UM CÓDIGO DA VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS? A) Algumas das características da CISG próximas do conceito de Código; B) A constatação da incompletude do Código de Venda Internacional de Mercadorias : as lacunas internas e externas, presentes no seu texto; C) O desafio da interpretação uniforme da CISG. 2ª PARTE: A FORMA DE PREENCHIMENTO DAS LACUNAS DA CISG: UMA APROXIMAÇÃO AOS CÓDIGOS CIVIS NACIONAIS; A) O artigo 7º da CISG, uma cláusula geral presente também nos Códigos nacionais; B) O preenchimento das lacunas internas da

<sup>1</sup> Mestre e Doutora em Direito pela Universidade de Paris II. Professora na UFRGS. Advogada em Porto Alegre, RS



CISG : O recurso à BF, ao DIP e à analogia; b.1) A Boa Fé no art.7º da CISG: concepção distinta da adotada pelos Códigos nacionais; b.2) O preenchimento das lacunas da CISG mediante o recurso aos princípios gerais que a informam; b.3) O preenchimento das lacunas da CISG, mediante o recurso ao Direito Internacional Privado e à analogia; b.3.1) Conforme o texto da alínea 2a do art. 7º da CISG; b.3.2) O recurso à analogia, para preenchimento de lacunas; CONCLUSÃO.

## INTRODUÇÃO

Ao receber o convite do prof. Frederico Glitz, para contribuir com a elaboração de obra a ser por ele organizada, mediante um artigo versando sobre tema relativo à temática geral do direito internacional (Pessoa, Comércio e Procedimento) decidi contestar algumas das ideias do professor Franco Ferrari, expostas em um de seus mais conhecidos artigos, precisamente aquele intitulado -<sup>2</sup>Interprétation uniforme de la Convention de Vienne de 1980 sur la vente internationale<sup>22</sup>, de maneira a estabelecer uma relação dialética entre o teor de suas ideias e o meu pensamento acerca da qualificação e alcance da Convenção sobre Venda Internacional de Mercadorias de 1980<sup>3</sup> e também reforçar outras, a respeito das quais concordamos, devendo chamar a atenção para o fato de a coincidência de ideias predominar sobre as discordâncias.

Deve ficar bem claro que estas ponderações não se revestem de caráter crítico, muito menos provocador, apenas estou advogando em favor da consideração da CISG como dotada das características de um autêntico Código, tornando menos relevantes as suas falhas, evidentemente existentes, como bem assinalado pelo professor Ferrari.

Ademais, trago exemplos de Códigos nacionais dotados de características muito próximas das da CISG, para reforçar meu argumento.

Assim, adotando a divisão deste estudo em duas partes, na **1ª parte** tratarei das razões da qualificação da CISG como Código da venda internacional de mercadorias ; na **2ª**, apontarei as soluções existentes no próprio texto da CISG para preenchimento das lacunas, internas e externas, nela identificáveis, tal como ocorre em relação a qualquer outro Código.

## 1ª PARTE: É POSSÍVEL CONSIDERAR A CISG SER COMO UM CÓDIGO DA VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS?

Ao mesmo tempo em que a CISG pretendeu uniformizar as regras relativas ao contrato de venda internacional de mercadorias, procurou forjar regras absolutamente originais para regular esse especial setor do comércio. Contudo, ainda pretendendo e logrando originalidade em inúmeros aspectos, a CISG não pode fugir a algo existente há muito tempo no mundo jurídico, qual seja, a forma codificada para expor suas normas.

2 *Revue Internationale de Droit Comparé*, 4, 1996, pp. 813-852.

3 A partir de agora, na sigla em inglês- CISG- .

Desta sorte, neste primeiro segmento deste meu escrito, tratarei das semelhanças entre a CISG e as codificações nacionais, porquanto em muitos aspectos elas se aproximam.

### A) Algumas das características da CISG próximas do conceito de Código

A meu ver, a CISG foi elaborada à maneira de um Código Uniforme da Venda Internacional de Mercadorias, de forma bastante insólita, construída de modo absolutamente novo no mundo jurídico. Insólita igualmente, por pretender eliminar os obstáculos ao comércio internacional de mercadorias, mediante uma lei uniforme. Ao referir-me à existência de obstáculos ao comércio internacional de mercadorias, estou evocando a diversidade de línguas jurídicas e de concepções de contrato vigentes na Europa<sup>4</sup>, e, em consequência, em outros sistemas jurídicos, inspirados diretamente ou simplesmente copiados de modelos europeus, tais o da França, em maior número, o da Alemanha<sup>5</sup> escassamente, e o do Reino Unido, nesse caso, todo um sistema assente no Costume e no Precedente<sup>6</sup>, adotado em grande parte<sup>7</sup> no Reino Unido e nas regiões do mundo colonizadas pelos ingleses.

Pois bem, essas diferenças na concepção de contrato representaram, desde sempre, um grande empecilho à realização das trocas internacionais de mercadorias, gerando demora e gastos desnecessários, pois as regras de Direito Internacional Privado indicam ora um ora outro sistema, conforme o caso concreto.

4 - Sobre esse tema, particularmente relevante em relação à fluidez do comércio internacional e também para o funcionamento dos Mercados Regionalizados ( União Europeia e Mercosul), v. os seguintes textos, todos relevantes para o estudo da *língua jurídica*: Mendelssohn, Moses [et al.] *Que signifie éclairer? Aufklärung, les Lumières allemandes*, textos e comentários por Raullet Aulet, Gérard. GF-Flammarion, 1997, p. 17; Vendryes, J. *Le Langage, introduction linguistique à l'Histoire*. Paris Ed. La Renaissance du Livre, 1921; Bunse, Henrich. *Iniciação à Filologia Germânica*, Porto Alegre: Ed. UFRGS 1983; Jayme, Erik, <sup>2</sup>O Risco da Diversidade Lingüística e o Direito Internacional Privado<sup>2</sup>, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, v. 4, 1978, p. 1 et seq.; Sacco, Rodolfo. <sup>2</sup>Riflessioni di un giurista sulla lingua <sup>2</sup> (La lingua del Diritto uniforme e il Diritto al servizio di una lingua uniforme) *Rivista Dir. Civile*, n. 1, 1996. p. 57 e seq. Pescatore, Pierre. <sup>2</sup>Recht in einem mehrsprachigen Raum<sup>2</sup>, *Zeup*, Munchen, Heft 1, 1998, p. 01. Terré, Francois, <sup>2</sup>Brèves notes sur les problèmes de la traduction juridique<sup>2</sup>. *R.I.D.C.*; Palmisciano, Giuseppe, <sup>2</sup>Aspects lingüistiques de la communication juridique en Europe: pratique et problèmes des *juristes-réviseurs* de la Commission des Communautés européennes<sup>2</sup>, *Il Diritto Privato Europeo: problemi e Prospettive*, Giuffrè, 1993. Chatillon, Stéphane, <sup>2</sup>Droit et langue<sup>2</sup> *RIDC*, n° 3, juillet-septembre 2002, pp. 687 e s.; Fradera, Vera <sup>2</sup> Langue et Droit au Mercosur <sup>2</sup>, in *Langue et droit*, Erik Jayme, (éd.), La Haye: Kluwer Law International 2000, I.S.B.N. 2-8027-1308-6, pp. 123-140.

5 - Sofreram forte influência do *BGB* os sistemas jurídicos mais próximos da língua e cultura germânicos, tais a Áustria e a Suíça alemã. Apesar de culturalmente distante, o Código Civil Japonês recebeu muitos elementos do *BGB*, sobretudo no plano dos contratos. Sobre esse tema, permitam-me mencionar meu ensaio, A boa fé objetiva, uma noção comum ao conceito alemão, brasileiro e japonês de contrato, in Ávila, Humberto (org.). *Fundamentos do Estado de Direito. Estudos em homenagem ao Professor Almiro do Couto e Silva*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 357-377;

Mais recentemente, os Códigos Civis português e peruano recepcionaram conceitos do *BGB*. E, por um desses incríveis fenômenos da circulação de modelos jurídicos, o projeto de Código Civil da China está inspirado, no referente aos contratos, nos princípios UNIDROIT e no *BGB*.

6 - Questão importante relativamente a esse assunto diz respeito à busca da verdadeira natureza do direito inglês, se direito judiciário ou costumeiro. De acordo com alguns autores, o direito inglês tem a natureza de costume, contudo, afirmam e Camille Jauffret-Spinosi que nada é mais falso, pois, segundo esses mestres, a *Common Law* formou-se através do labor dos juizes, e, em consequência, o direito inglês é, indiscutivelmente, um direito jurisprudencial, o magistrado não aplica a regra, ele a extrai, pelo método da indução. Diversamente, outro não menos renomado comparatista, André Tunc, manifesta-se de maneira original: "...na origem, a questão não tem sentido. A *Common Law* é indivisivelmente costumeira e jurisprudencial (<sup>2</sup>Coutume et Common Law<sup>2</sup>, *Droits*, Paris, v.3, 1986, p.51 et seq., principalmente p. 53)

7 - Alguns membros do Reino Unido, como a Escócia, adotam um sistema híbrido ou misto, contendo elementos de *civil e common law*. A respeito das diferenças e semelhanças entre as duas famílias de direito, consultar a clássica obra de René David/Camille Jauffret-Spinosi, Marie Goré, *Les grands systèmes de droit contemporain*, Dalloz, Paris, 2016, 12<sup>a</sup> Édition, e Basil Markesinis, <sup>2</sup>Quattro secoli di convergenze e divergenze fra diritto inglese e diritto francese<sup>2</sup>, *Rivista Trimestrale da Diritto e Procedura Civile*, Settembre 2005, n.º 3, pp. 835-865.



Qual a razão de ser a codificação tão importante no mundo do Direito?

Em 1929, J. Van Kan, autor citado por Jean-Louis Gazzaniga<sup>8</sup>, asseverava visar uma Codificação a quatro finalidades: em primeiro lugar, simplificar, em segundo, dar certeza, depois, tornar o direito mais acessível e, por fim, modernizá-lo. Bruno Oppetit (1996) refere-se à codificação de maneira semelhante, acrescentando um detalhe interessante, o de ela tender à uniformidade, constatação importante, verificável atualmente, dada a cópia de instrumentos internacionais a regular certos âmbitos do direito<sup>9</sup>

Se nós examinarmos as origens de duas das mais importantes e influentes legislações modernas<sup>10</sup>, o *Code Napoléon* e o Código Alemão, o *BGB*, nelas perceberemos a presença das quatro finalidades apontadas por Van Kan, relativamente à finalidade da Codificação.

Com efeito, o Código Napoleão foi inspirado fortemente pelo Costume de Paris e pelo Direito Canônico, tendo como pano de fundo o Direito Romano e a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789 da qual foi, e continua sendo, o veículo de concretização.

Já o legislador alemão, ao elaborar o *BGB*, foi buscar no antigo Direito Romano o material essencial de seu texto, por acreditar na excelência comercial e política dos romanos, como legisladores, conquistadores de territórios e sobretudo criadores de grande riquezas, ambicionando o povo alemão uma legislação perfeita, segura, para atrair compradores dos produtos produzidos pela sua já então fulgurante indústria. Tendo em vista esse objetivo, a maior preocupação do legislador germânico foi a de imprimir segurança jurídica ao contrato, este o instrumento por excelência para fazer progredir o comércio.

Alguém poderia argumentar que, na CISG, não se pode perceber um elemento presente na maioria dos Códigos nacionais, qual seja, a evolução nacional. A tradição jurídica nacional está igualmente ausente nos Códigos dos países colonizados, cujo Direito, em geral, foi imposto pelo colonizador e, após a proclamação de sua independência das respectivas Metrôpoles, Portugal e Espanha, a maioria esmagadora imitou servilmente ou parcialmente o *Code Napoléon*, apenas alguns poucos se inspiraram do *BGB*<sup>11</sup>, pois, em nenhum caso, existente uma autêntica tradição nacional<sup>12</sup>.

8 <sup>2</sup>Rédaction des Coutumes et Codification<sup>2</sup>, *Droits*, nº 26, <sup>2</sup>La codification<sup>2</sup>, PUF, Paris, 1998, p.71 e segs.

9 - No mesmo sentido, Peter Schlechtriem, <sup>2</sup>The Growing Importance of European Law and How it affects Teaching and Reserch in the Field of Private Law and Obligations ( Torts, Contracts and Restitution)<sup>2</sup>, *Texas International Law Journal*, vol.36, 2001, ISSN: 0163-7479, 727 East Dean Keeton Street, Ste 4.129 Austin, Texas, 78705 U.S.A, pp. 531- 537, especialmente pp. 536, IV ( Growing Importance of Uniform Concepts).

10 -No sentido de terem sido os primeiros autênticos Códigos.

11 - Sobre esse assunto, consultar meu artigo <sup>2</sup>A Circulação de Modelos Jurídicos Europeus na América Latina, um Entrave à Integração no Cone Sul ? <sup>2</sup> *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 736, 1997, p. 20 e ss.

12 Vide meu estudo, intitulado <sup>2</sup>La Tradition nationale et données historiques<sup>2</sup> apresentado no 17<sup>e</sup>. Congrès de l'Académie Internationale de Droit Comparé, **Utrecht**, relator geral prof. Patrick GLENN, Universidade MacGill, Canadá; publicado nos *General Reports of the XVIIth Congress of Comparative Law*, Utrecht, 16 - 22 July 2006, Editor Katharina Boele-Woelki & Sjef van Erp (éd.), Bruylant/ Eleven international publishing: Bruxelles/ Utrecht 2007, 1037 p., ISBN 978-90-77596-19-7.



Nesse aspecto, talvez fosse possível considerar-se, no caso da CISG, a *Lex mercatoria*<sup>13</sup> como sendo a tradição jurídica internacional....

Um ponto interessante diz com a distinção entre Codificação e Consolidação, aspecto apontado por Denis Tallon, ao estudar as formas de codificação na *Common Law*, constituindo a consolidação uma maneira de fornecer aos operadores um conjunto de regras extraídas da desordem reinante, em tempos mais recuados, entre os precedentes. Foram assim consolidadas as regras do *Sale of Goods Act* de 1893, as várias regras relativas ao Direito Marítimo, da mesma forma, o direito das Sociedades (reunião de um mesmo assunto), a Lei sobre Falência, de 1986 (444 artigos), o *Road Traffic Act* e vários outros. Esses conjuntos de regras constituíam, pois, espécies de mini-códigos, consolidando o direito existente, quando esse estivesse demasiado denso.

Havia também os Códigos consolidados e simplificados nas Colônias, regiões nas quais o direito era subdesenvolvido, sobretudo em matérias como o Direito Penal e o Direito dos Contratos.

Como se percebe, a feição da CISG, tal como ela se apresenta, pode ser visualizada como conjunto de regras uniformes de comércio, a consolidar as regras de venda internacional, em dado momento demasiado densas, reunidas de forma aleatória, em vários locais, criando desordem e insegurança.

Uma observação constante do texto do professor Ferrari, antes referido, em relação ao artigo 90<sup>14</sup> da Convenção, reforça nossa tese de ser a CISG um Código: ele refere a exclusão de certos contratos e certas áreas do direito como um exemplo de não aplicação da CISG como uma norma uniforme, algo que, segundo ele, desfiguraria, parcialmente, a internacionalidade da Convenção.

Ora, isso ocorre também relativamente a alguns Códigos nacionais, podendo esse fenômeno ser igualmente observado em sistemas jurídicos, cujos países tenham distintas legislações para algumas etnias, para grupos religiosos estabelecidos em seu território, ou até mesmo determinados grupos linguísticos. Um interessante exemplo disso é o Código Civil de Israel, em cujo texto não há disposições sobre o direito de família, matéria regulada pelo estatuto pessoal de cada cidadão, sendo os litígios ocorrentes nessa peculiar esfera decididos pelos tribunais religiosos, tais os rabínicos para os judeus e por jurisdições equivalentes para membros de outros credos, presentes naquele estado.

13 A tendência de unificar as regras do comércio internacional tem origem bastante remota, tendo surgido no período medieval, podendo ser definida, segundo Clive Schmitthoff, como *um corpo de autênticas regras costumeiras internacionais, governando a comunidade cosmopolita dos mercadores internacionais, viajando através do mundo civilizado, de um lado a outro e de feira em feira*. In <sup>2</sup> The unification of the law of International Trade<sup>2</sup>, 1968, *Journal of Business Law*, p.105-119, nota 16, Ed. Stevens & Sons, London, apud Franco Ferrari, in <sup>2</sup>Interprétation Uniforme de la Convention de Vienne sur la Vente Internationale<sup>2</sup>, *RIDC*, vol. 48, fasc. 04 -1996, p. 813-852. Nesse mesmo texto, Ferrari menciona Harold Berman e Colin Kaufman ( <sup>2</sup>The Law of International Commercial Transactions<sup>2</sup>, 19, *Harvard International Law Journal*, 221, 225, 1978) os quais apresentam um elenco de características da *Lex Mercatoria*: 1-transnacionalidade; 2-sua fonte principal eram os costumes comerciais; 3-era aplicada não por juízes profissionais, sim pelos próprios comerciantes; 4- seu processo era rápido e informal; 5-ela insistia na equidade, no sentido medieval de honestidade, como um princípio preponderante. Outro artigo interessante é o de Franco Russo, <sup>2</sup> Le istituzioni della globalizzazione, *Lex mercatoria*<sup>2</sup>, *La Rivista del Manifesto*, numero 14, febbraio 2001, in <http://www.larivistadelmanifesto.it/archivio/4/14/A20010211html>, acesso em 21 de setembro de 2014.

14 - Art. 90: *A presente Convenção não prevalece sobre qualquer acordo internacional já celebrado, ou que vier a sê-lo, que contenha disposições relativas às matérias regidas pela presente Convenção, desde que as partes tenham seus estabelecimentos comerciais em Estados Partes nesse acordo*. No original: *This Convention does not prevail over any international agreement which has already been or may be entered into and which contains provisions concerning the matters governed by this Convention, provided that the parties have their places of business in States parties to such agreement*.



Outro exemplo interessante de comparação entre a CISG e um Código Nacional diz respeito ao fato de nela, CISG, coexistirem, lado a lado, duas distintas famílias de direito, a da *Civil Law* e a da *Common Law*, em razão de terem sido os seus legisladores oriundos de países pertencentes a uma ou outra dessas famílias.

Embora pouco frequente, esse fenômeno também é perceptível em alguns Códigos Nacionais, como os da Luisiana<sup>15</sup> e Países Baixos, ambos datados de 1992<sup>16</sup>.

Prosseguindo no propósito de comparar a CISG a um Código Nacional ou interno, vou a seguir adentrar no tema das lacunas existentes no interior da Convenção sobre Venda Internacional de Mercadorias, no seu caso, como será explanado, elas divergem um pouco das existentes em outros modelos de Código.

Esse será o objeto da minha análise no próximo segmento.

## **B) A constatação da incompletude do Código de Venda Internacional de Mercadorias : as lacunas internas e externas, presentes no seu texto.**

A esta altura, é relevante indagar o que são lacunas e qual a razão de existirem na CISG. Assim, antes de tudo, convém conceituar o que sejam lacunas num Código. Segundo os dicionários, a palavra lacuna tem o sentido de espaço vazio, solução de continuidade em um corpo, numa série, num encadeamento, num sistema, num conjunto<sup>17</sup>, interrupção involuntária e incômoda em um texto, hiato, falta, inanidade, intervalo, oco, vácuo, vão, omissão... tal é o seu sentido amplo.

Em direito, a doutrina faz distinções. C. Perelman<sup>18</sup>, por exemplo, aponta duas espécies de lacunas: lacunas *intra legem*, resultantes de uma omissão do legislador, quando ele deveria ter legislado e não o fez e lacunas *praeter legem*, descobertas pelos exegetas de um texto, os quais apontam a presença de

15 - V. Alain Levasseur <sup>2</sup>Les maux des mots en droit comparé - L'avant projet de réforme du droit des obligations en anglais<sup>2</sup>, RIDC, 2008, vol.60, n° 4, pp. 819-859. Neste primoroso artigo, seu autor refere essa dupla identidade do Código Civil de seu Estado, a Luisiana : *O sistema jurídico da Luisiana, por radicar em duas grandes tradições jurídicas, a do Direito Civil e a da Common Law, das quais é um produto misto, em razão de sua história, constitui um laboratório ideal para avaliar as possibilidades de uma mescla de culturas jurídicas.* No original : *Le système juridique de la Louisiane, parce qu'il trouve ses racines et ses fondements dans les deux grandes traditions juridiques du droit civil et de la common law dont il est le produit mixte du fait de son histoire, constitue un laboratoire idéal pour évaluer les possibilités d'une mixité des cultures juridiques par le truchement de l'expression de ces cultures.* O sistema da Luisiana, na sua origem, deriva dos Códigos Napoleão e Espanhol. Todos estão de acordo com isso, mas reina todavia confusão a respeito da extensão dessa influência espanhola. Importante destacar o fato de diferir esse Código dos demais 49 Códigos dos Estados Americanos, ocorrendo um fato insólito, o de ambos sistemas serem utilizados pelos Juizes da Luisiana.

16 - O Professor Mackay descreve o Código Civil Neerlandês da seguinte maneira : *Certes, l'ancien Code de 1838 avait eu pour modèle - mal imité, disent de mauvaises langues - le Code civil français, mais les auteurs du nouveau Code avaient jeté le filet des sources d'inspiration plus loin et introduit des éléments de droit allemand, de la common law anglaise et d'une quinzaine d'autres pays...* ( em vernáculo: *Certamente o antigo Código de 1838 teve como modelo -mal imitado- dizem as más línguas, o Código Civil francês, mas os autores do novo Código jogaram a rede das fontes inspiradoras mais longe e introduziram elementos de direito alemão, da common law inglesa e de uma quinzena de outros países...* Ejan Mackaay , *Jurilinguistique : entre langue et droits/Jurilinguistics : Between Law and Language*, Jean-Claude Gémir et Nicolas Casirer (dir), Montréal, Éditions Thémis - Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 539-549. Os grifos são meus. No mesmo sentido, manifestou-se o prof. Denis Tallon, ao mencionar que seus redatores se inspiraram em modelos estrangeiros muito variados, sobretudo os da Europa Continental, na *Common Law* e Convenções internacionais. Conclui com uma interessante reflexão, *...desta sorte, o NBW se parece com o Jus Commune, tão desejado por René David.* RIDC, 1992, volume 44, fascículo 2, pp. 485-486.

17 -Cf. Houaiss, *Dicionário da Língua Portuguesa*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, pp. 1710.

18 - C. Perelman, *Méthodes du Droit, Logique Juridique*. 2° éd., Paris: Dalloz, 1976, p.47 et seq.

lacunas axiológicas, naqueles âmbitos onde, em sua opinião, deveria existir uma regulação mediante normas jurídicas.

O mesmo filósofo neerlandês esclarece serem verdadeiras lacunas, apenas as de natureza *intra legem*, enquanto as demais constituem criações da Doutrina, adepta da interpretação teleológica, funcional e sociológica, conferindo aos juízes um papel criador, permitindo-lhes, em consequência, emancipar-se do jugo do legislador.

Os professores C.M. Bianca e M. J. Bonell, em seu conhecido *Comentary on the international sales law, the 1980 Vienna Sales Convention*<sup>19</sup>, ao tratarem do tema das lacunas na CISG colocam em destaque ser a primeira condição para a existência de uma lacuna no sentido do artigo 7º (2) esteja o caso concreto vinculado às matérias governadas pela Convenção.

Cumpra ainda estabelecer a distinção entre lacunas e carências, pois são situações distintas: a lacuna representa uma espécie de *esquecimento* do legislador, enquanto a carência revela sua intenção deliberada de não estender as regulamentações existentes ao caso concreto<sup>20</sup>.

Deve ser feita menção à contribuição de Weiszberg, em relação à origem dessas lacunas no texto da CISG. Segundo esse autor, as lacunas provêm, em primeiro lugar, das divergências existentes, desde o anteprojeto de Convenção, datado de 1978, entre países ocidentais e países comunistas,<sup>21</sup> sendo os primeiros precipuamente exportadores e os segundos, por serem emergentes, fazerem parte do grupo dos compradores, dominando os primeiros (países ricos/exportadores) as negociações diplomáticas, fato causador, pelo menos de início, de desentendimentos vários, contudo, justificáveis.

Como sabido, os Códigos nacionais, sem exceção, apresentam vazios, ou *zonas cinzentas*, como querem alguns doutrinadores, porquanto nenhum legislador pode prever todas as ocorrências capazes de suscitar interesse no mundo do direito, previstos os Códigos para regular uma sociedade, cuja evolução, como se sabe, é contínua. O mesmo acontece em relação à CISG, ela apresenta, como referido, lacunas internas<sup>22</sup> e externas<sup>23</sup>. A doutrina vem buscando, há mais de 20 anos, segundo o magistério de Guillaume Weiszberg e de muitos outros destacados estudiosos da CISG, esclarecer o que se encontra sob o *terreno movediço* do preenchimento dessas suas lacunas.

19 - Editor Giuffrè-Milan 1987, pp. 75 e 76.

20 - V. sobre a distinção entre lacuna e carência, Marie Françoise Mercadier-Francisci, *Le Vide Juridique et ses Conséquences Institutionnelles en Droit Communautaire*, Revue Trimestrielle de Droit Européen, Paris, v. 30, n° 4, oct/déc., 1994, pp. 579 e segs.

21 - Guillaume Weiszberg, *Vingt ans d'interprétation et de comblement des lacunes dans la Convention internationale de vente de marchandises du 11 avril 1980*,<sup>2</sup> January 2009, CISG 3. Law. pace.edu/cisg/biblio/weiszberg

22 - O caso mais emblemático desse tipo de lacuna é o artigo 7º e seus §§.

23 - Trata-se dos Arts. 4 e 5º.

Art. 4º: *La présente Convention régit exclusivement la formation du contrat de vente et les droits et obligations qu'un tel contrat fait naître entre le vendeur et l'acheteur. En particulier, sauf disposition contraire expresse de la présente Convention, celle-ci ne régit pas: a) la validité ni celle d'aucune de ses clauses non plus que celle des usages; b) les effets que le contrat peut avoir sur la propriété des choses vendues* ( trad.livre: Esta Convenção rege exclusivamente a formação do contrato de venda e os direitos e obrigações originadas do contrato entre o vendedor e o comprador. Em particular, salvo disposição em contrário, expressa nessa Convenção, ela não regula: a) a validade de nenhuma de suas cláusulas, tampouco a dos usos; b) os efeitos que o contrato possa ter sobre a propriedade das coisas vendidas ).

-Art. 5 *La présente Convention ne s'applique pas à la responsabilité du vendeur pour décès ou lésions corporelles causés à quiconque par les marchandises.* (trad. livre: esta Convenção não se aplica à responsabilidade do vendedor pela morte ou lesões corporais causadas a alguém pelas mercadorias).



A problemática das lacunas está relacionada, melhor dito, está intimamente vinculada a outros aspectos controvertidos e, ao mesmo tempo, sumamente instigante, da exigência de ser a CISG interpretada de maneira uniforme, para evitar esvair-se a sua internacionalidade. Este é um terreno dos mais complexos, merecedor de aprofundada reflexão, dele dependendo, em grande parte, a eficácia da CISG como lei uniforme, reguladora da venda internacional de mercadorias e também algo presente, de certa forma, na exigência de ser harmonizada a aplicação e interpretação dos Códigos nacionais, nos diferentes tribunais de um país como ocorre, por exemplo, no Brasil, com relação à missão do STJ e, na França, relativamente à Corte de Cassação, com o escopo de ser atingida a igualdade e a segurança jurídicas em determinado estado, em uma determinada época.

Desta sorte, no próximo segmento, tratarei do sentido da expressão *interpretação uniforme*, buscando a resposta para uma pergunta, que todos acabam formulando, qual seja, existe a possibilidade de atingi-la?

### C) O desafio da interpretação uniforme da CISG

Invocando uma vez mais o pensamento do professor Weisberg, diz ele ser impossível, *ab initio*, prever as dificuldades de interpretação<sup>24</sup> de uma Convenção Internacional, tal como o exige o art. 21 da CISG: *para a interpretação da presente Convenção, dever-se-á levar em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação assim como assegurar o princípio da boa fé no comércio internacional.*

Dado o fato de haver unanimidade em relação a esse ponto, pode-se afirmar seja imperativo ser a sua interpretação efetuada de forma independente, autônoma, desvinculada de toda e qualquer outra interpretação conforme a um sistema nacional. Nesse sentido, com razão o professor Ferrari, ao proclamar deva o jurista *precaver-se de ler a CISG com seus óculos de jurista nacional*,<sup>25</sup> pois, na interpretação, está concentrada a ameaça ao direito uniforme, a qual, em não sendo controlada, acabará por miná-la ao longo do tempo.

Concluindo esta Iª parte, é possível afirmar, sem temor, ser impossível adotar-se um código da venda internacional de mercadorias nos moldes oitocentistas, ou seja, um código total, como pretendeu o *Code Napoléon*. Diversamente, é preciso *levar os Códigos menos a sério*, abandonando

24 - *Pour l'interprétation de la présente convention, il sera tenu compte de son caractère international et de la nécessité de promouvoir l'uniformité de son application ainsi que d'assurer le principe de bonne foi dans le commerce international*. L'article 7.2 dispose quant à lui que les « questions concernant les matières régies par la présente Convention, et qui ne sont pas expressément tranchées par elle, seront réglées selon les principes généraux dont elle s'inspire ou, à défaut de ces principes, conformément à la loi applicable en vertu des règles du droit international privé ». Em vernáculo: Para interpretação desta convenção, dever-se-á levar em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação assim como assegurar o princípio da boa fé no comércio internacional. Já o artigo 7.2 dispõe que as questões concernentes às matérias regidas por essa Convenção e que não sejam expressamente resolvidas por ela, serão decididas pelos princípios gerais do direito nos quais ela se inspira ou, na sua falta, conforme a lei aplicável em razão das regras de direito internacional privado. Estão aqui estampados, em primeiro lugar, o caráter internacional da interpretação devida à CISG, a necessidade de ser essa interpretação uniforme e o respeito à boa fé. Ademais, no caso de lacunas na Convenção, preconiza o legislador o recurso aos princípios gerais do direito e na sua falta, ao direito internacional privado.

25 -<sup>2</sup> CISG Case Law: A new challenge for interpreters<sup>2?</sup> *Rev. Dr. Aff. Int.*, p. 495, 1998.

a visão de absoluta completude, almejada pelas codificações do século passado<sup>26</sup>. Nesse sentido, ainda contando com alguns dos problemas típicos das Codificações, a CISG seria um Código, onde a venda internacional de mercadorias visa atingir o ideal da uniformização do contrato sobre venda internacional de mercadorias, em meio à variedade de modelos existentes a respeito desse tema, minimizando os problemas em comum com as Codificações ao estilo clássico, mediante soluções que lhe são próprias, justamente pelo fato de, em seu interior, coexistirem duas famílias de direito e por pretender ser interpretada de maneira uniforme, tendo em vista a consecução de seus objetivos.

No referente aos métodos de preenchimento de suas já apontadas lacunas, nota-se na CISG uma aproximação dos recursos nela utilizados, aos de um Código de tipo clássico.

Isso será a seguir explicitado.

## 2ª PARTE: A FORMA DE PREENCHIMENTO DAS LACUNAS DA CISG : UMA APROXIMAÇÃO AOS CÓDIGOS CIVIS NACIONAIS

Ao abordar essa parte de minha exposição, vou retornar ao artigo 7º da CISG, antes mencionado, considerado como uma cláusula geral, conceito bastante complexo, sobre o qual seria importante tecer pelo menos algumas breves considerações, a par de indicar bibliografia sobre esse tema, vasta e escrita em quase todos os idiomas. É de ser destacado esse papel de cláusula geral do artigo 7º da CISG pois, da mesma forma como ocorre no BGB, como sublinhado por John Dawson,<sup>27</sup> essa cláusula serve para aproximar os sistemas, ou famílias, da Civil law e da Common law, *pois nelas se conjugam dois modos distintos do verbo “decidir: o modo dedutivo da Civil law e o indutivo da Common law”*<sup>28</sup>.

Essa característica do artigo 7º representa a fórmula de sucesso, encontrada pela CISG, para lograr seu objetivo de ser uma língua franca relativamente à regulação da venda de mercadorias.

Veremos a seguir, que a CISG, assim como um Código nacional, dispõe de cláusulas gerais em seu texto, de modo a dar-lhe flexibilidade e possibilidade de atualização e adaptação às condições do comércio internacional e do mercado.

### A) O artigo 7º da CISG, uma cláusula geral presente também nos Códigos nacionais

À unanimidade, o artigo 7º da CISG é considerado uma cláusula geral. As cláusulas gerais são disposições legislativas abertas, visando dar aos Códigos uma maior flexibilidade, permitindo-lhe

26 -Segundo afirma Fábio de Andrade, *não é possível supor que se possa adotar atualmente um código nos moldes oitocentistas...É preciso levar os Códigos menos a sério, abandonando a visão globalizante que as codificações do século passado tiveram. Esta perspectiva de codificação, efetivamente, não tem mais lugar no panorama jurídico.* Ob. cit., p. 153. Grifos meus.

27 In « The general clauses viewed from a distance », *RabelsZ* Jg. 41, H.3. 1977, págs. 441 e segs.

28 - Op. Cit.



evoluir juntamente com a sociedade para a qual foram criados<sup>29</sup>.

Contudo, certos juristas as consideram como fatores de um real perigo, dada a sua extrema abertura, porque acabam por dotar os juízes de uma grande liberdade, e, em consequência disso, as cláusulas gerais podem acabar por gerar um sentimento de insegurança junto aos jurisdicionados.

Não obstante, sua adoção pela Alemanha representou o reconhecimento de um papel expressivo aos juízes na tarefa de tornar equilibrados os contratos<sup>30</sup>. Nesse sentido, três parágrafos do BGB são fundamentais, o 138<sup>31</sup>, o 242<sup>32</sup> e o 826<sup>33</sup>, pois autorizam o recurso às ideias morais, à Boa Fé e aos Bons Costumes, revelando, destarte, a adoção do princípio da separação de poderes de maneira mitigada, naquele país.

Apenas para lembrar, as cláusulas gerais caracterizam-se por sua vagueza (linguagem fluída ou vaga), por serem necessariamente expressas e também pela exigência de serem precisadas pelo aplicador, precisão essa decorrente do fato de a cláusula geral não ser uma norma pronta e acabada, porquanto ela deve ser construída pelo intérprete ou pelo aplicador, no caso concreto. Como claramente se percebe, o art. 7º detém todas essas características.

Ainda dentro dessa temática, a doutrina insiste, com ênfase, em estabelecer a diferença entre conceito indeterminado e cláusula geral. De uma maneira concisa e objetiva, podemos distingui-los da seguinte forma: o conceito indeterminado, inserido numa norma jurídica, apresenta as consequências, os efeitos incidentes no caso concreto; diversamente, na cláusula geral, ao juiz incumbe determinar os efeitos e consequências da cláusula, ao aplica-la à espécie. A Doutrina<sup>34</sup> distingue entre conceitos

29 --Sobre as cláusulas gerais existe uma abundante literatura, em quase todas as línguas. Na Europa: J. Hedemann, *Die Flucht in die Generalklauseln, Eine Gefahr für Recht und Staat*, Tübingen, 1933, J. Esser, *Princípio y Norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, Bosch, 1961, *Generalklauseln als Gegenstand der Sozialwissenschaften*, mit Beiträgen von K. Luederssen, E. Noelle Neumann, T. Raiser, G. Teubner und A. Zielcke, Baden-Baden, Nomos Verlag, 1978; Stefano Rodotà, « Il tempo delle clausole generale ». in *Riv. Crit del Diritto Privato*, vol. 05, 1986, p. 709 et s., Luciana Cabella Pisu e Luca Nanni ( a cura di ) *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Cedam, 1998 .No Brasil , J. Martins-Costa , « As cláusulas gerais como fatores de flexibilização do sistema » in *Rev. de Informação Legislativa do Senado Federal*, v. 112, 1992; .Antonio Junqueira de Azevedo, in « Insuficiências, Deficiências e Desatualização do Projeto de Código Civil na questão da Boa Fé Objetiva nos contratos », *Revista dos Tribunais*, fasc. civ., vol. 775, maio 2002, p. 11 a 17, sobretudo p. 11 et 12; Fabiano Menke, « A Interpretação das Cláusulas Gerais : a subsunção e a concreção dos conceitos », in *Revista de Direito do Consumidor*, nº 50, 2004, p.9 e s.

30 - J. Dawson reconhece a importância dessas cláusulas, ao afirmar: *em relação à necessidade das cláusulas gerais quem, pode duvidar ? É impossível imaginar o que a lei alemã teria sido, se os legisladores dos códigos não tivessem tido a sabedoria de prover, mediante uma linguagem aberta , muitas avenidas para a entrada de novas ideias, incluindo novos standards de valor e, dentre essas, a mais importante certamente tem sido as cláusulas gerais. Op. cit. pp. 450.*

31 - Ato jurídico contrário aos bons costumes, § 138 do BGB: (1) É nulo o ato jurídico que fere os Bons Costumes. (2) É sobretudo nulo o ato jurídico pelo qual uma pessoa promete ou concorda, seja para ela mesma, seja para uma outra pessoa, em contrapartida de uma prestação, vantagens patrimoniais em desproporção flagrante com essa prestação e isso mediante a exploração do estado de necessidade, da inexperiência, da falta de capacidade de julgamento ou de grande fraqueza de caráter de alguém.

32 -Prestação conforme a Boa Fé: § 242: O devedor deve prestar a prestação como o exige a boa fé, levando em consideração os usos admitidos pelos usos de tráfico.

33 -Dano causado intencionalmente contraria os Bons Costumes; §826: Aquele que age intencionalmente e contrariamente aos Bons Costumes, causando um prejuízo a outrem, é obrigado à reparação do dano.

34 -V. por todos, Judith Martins-Costa, <sup>2</sup> O direito privado como um sistema em construção- as cláusulas gerais no Projeto de Código Civil brasileiro <sup>2</sup>, *Revista de Informação Legislativa*, v. 28, nº 112, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas do Senado Federal, pp. 13-32.



jurídicos indeterminados, referentes a valores e conceitos indeterminados referentes a realidades fáticas, sendo os primeiros bastante próximos, em sua compreensão, às cláusulas gerais.

Dada essa similitude, a doutrina alemã e também a nacional <sup>35</sup> se divide, pois Larenz, English e Canaris entendem possa a cláusula geral conter, eventualmente, um conceito indeterminado, como no caso do § 138, relativo aos Bons Costumes, concebida então, a norma redigida como cláusula geral, como uma *diretriz* para o aplicador da norma.

Qualificado, por conseguinte, o artigo 7º da CISG como uma cláusula do tipo aberto, importante assinalar o entendimento de Claude Witz a esse respeito, pois, além de abalizado conhecedor dessa Convenção, seu pensamento é bastante lógico, como veremos a seguir.

Para o mestre de Saarbrücken, a discussão sobre a aplicação dessa cláusula geral, o artigo 7º, em sua alínea 1ª, é de pouco alcance, porquanto a Boa Fé como princípio pode e deve sim ser aplicado, mas sob o fundamento do artigo 7, alínea 2ª, na condição de um importante princípio geral, inspirador da Convenção, servindo entre outros objetivos, a preencher suas lacunas.

Uma importante característica desse Código da venda internacional de mercadorias, a CISG, é a sua impressionante riqueza de expressões indeterminadas, verdadeiramente muito abundantes e dotadas de alto grau de imprecisão. Essas noções de conteúdo impreciso estão, não raras vezes, presentes no conceito de alguns princípios gerais do direito, por exemplo, a boa fé, A\_ existência de *vazios* no texto da CISG deve-se, sobretudo, ao fato de ser o comércio algo em permanente evolução, ainda guardando algumas das suas características \_originais. Desta sorte, os princípios gerais informadores da CISG colimam o suprimento das suas lacunas, como princípios de interpretação e ainda como instrumentos idôneos para a sistematização das regras uniformes da venda internacional de mercadorias.

Por outro lado, nem todos os vazios podem ser qualificados como lacunas. A primeira condição para afirmar a ocorrência de alguma delas, no sentido desse artigo 7º, 2ª, é a de que o caso concreto tenha relação com matérias governadas pela CISG.

Discussões situadas fora do escopo da Convenção, escopo esse estampado no seu art. 4º, têm sido deliberadamente deixadas à competência dos direitos nacionais, como enfatizam C.M.Bianca e J.M.Bonnel, em seu comentário à CISG <sup>36</sup> e não constituem lacunas.

Feitas essas ponderações acerca da natureza do art.7º <sup>37</sup>, devo adentrar no próximo assunto, relativo ao preenchimento das lacunas internas da CISG, a ser realizado de modo assemelhado aquele previsto pelas legislações nacionais.

35 -V. Sobre esse ponto, consultar F. Menke, *op. citada*, p.15 e 16.

36 - *Commentary on the International Sales Law, the 1980 Vienna Sales Convention*, Giuffrè -Milan, 1987, pp. 75.

37 -Para uma comparação entre a noção de boa fé no direito brasileiro e na CISG, v. Judith Martins-Costa, <sup>2</sup>O Princípio da Boa Fé Objetiva : notas comparativas entre as perspectivas da CISG e do Direito Civil brasileiro<sup>2</sup>, in Silvio de Salvo Venosa, Rafael Villar Gagliardi e Eduardo Ono Terashima, organizadores, *A Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, Desafios e Perspectivas*, Editora Atlas, São Paulo, 2015, p. 118 e segs.



## B) O preenchimento das lacunas internas da CISG: O recurso à BF, ao DIP e à analogia.

Como mencionado anteriormente, há, para suprimento das lacunas internas da Convenção, alguns recursos, como o recurso à analogia e ao DIP, além da boa fé, não poucas vezes entendida como sendo “um princípio geral da Convenção”, assim reconhecido por alguns Tribunais, por exemplo, na decisão em que a Corte impôs a uma das partes o pagamento de indenização, porque sua conduta havia contrariado o *princípio* da Boa Fé no comércio internacional, tal como exposto no artigo 7º da CISG<sup>38</sup>.

Contudo, entendo que, na CISG, o conceito de Boa Fé é percebido de forma distinta, como a seguir se verá.

### b.1) A Boa Fé no art.7º da CISG: concepção distinta da adotada pelos Códigos nacionais

Dentre as soluções inovadoras aportadas pela CISG no tocante ao contrato de venda internacional de mercadorias, nenhuma delas, ainda sendo abundantes, se iguala em originalidade e complexidade ao texto do artigo 7º, reputado, pela Doutrina, como a disposição da qual mais depende o sucesso e o futuro da Convenção, tanto no referente às dificuldades de ser efetiva a sua interpretação uniforme, desprovida da influência dos direitos internos, tanto no tocante ao papel desempenhado pela Boa Fé, no contrato internacional regido pela Convenção.

Dentre os aspectos reconhecidamente pouco claros, Phanesh Koneru<sup>39</sup>, ao buscar a definição de boa fé, faz a indagação seguinte: qual o exato papel da boa fé? Para ele, isso resta obscuro.<sup>40</sup> Ademais, refere que o juiz, ao olhar para o comportamento conforme a boa fé e ao interpretar a Convenção, não poderá olhar de maneira favorável para a parte, cujo comportamento desviou-se da boa fé.

Essa *leitura* do assunto não é uma unanimidade em meio à doutrina internacionalista, existindo, a esse respeito, outros pontos de vista, vislumbrando-se a boa fé na CISG como um princípio, cuja origem estaria na *lex mercatoria*, servindo a controlar o comportamento dos contratantes na relação comercial internacional.

Para ilustrar esse ponto de vista, trago à baila as palavras do renomado professor da Universidade de Paris I, J. Ghestin, *...diante da dificuldade de escolher a lei nacional, cuja aplicação forçosamente se imporia, o Tribunal considerou que seria conveniente, levando em consideração o caráter internacional do contrato, afastar qualquer referência obrigatória a uma legislação específica, seja ela turca ou francesa, e aplicar a lex mercatoria internacional. Um de seus princípios inspiradores é o da boa fé, que deve presidir a formação e a execução dos contratos. A ênfase posta sobre a boa fé contratual é, aliás, uma*

38 - CLOUT Case, nº 154, Cour d'Appel de Grenoble, France, 22 de fevereiro (1995).

39 Phanesh Koneru, “The international interpretation of the UN Convention on Contracts for the international Sales of Goods: an approach based on general principles”, Pace University School of Law, <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/koneru.html>, último acesso, 1º fevereiro 2010, 15,50.

40 -Art. cit., III parte, letra A. .... *beyond concerns about what “good faith” is, the exact role of good faith in the Convention is nuclear. A plain reading of Article 7 (1) suggests that in interpreting the Convention, “regard is to be had to . . . the observance of good faith in international trade. This reading requires the judge to look for good faith behavior and interpret the Convention so that the party who has deviated from good faith behavior should not be looked upon favorably.*

*das tendências dominantes, que revela a convergência das legislações nacionais nesta matéria....Ora, a boa fé expressa não apenas um estado psicológico, o conhecimento ou a ignorância de um fato, mas também uma referência aos usos, a uma regra moral de comportamento...Ela traduz, pois, uma exigência de comportamento que pode ser aproximado do princípio geral da responsabilidade. De acordo com o princípio da boa fé, que inspira a lex mercatoria internacional, o Tribunal apurou se, no caso concreto, a ruptura do mandato era imputável ao comportamento de uma das partes e se ela havia causado a outra um prejuízo, que seria injustificado, impondo desta sorte a equidade, seja ele reparado<sup>41</sup>.*

De acordo com os adeptos dessa concepção de contrato, erigida sobre o alicerce da boa fé objetiva, é possível deduzir outro dever, impositivo a ambas as partes, o dever de cooperação, jamais mencionado no texto da CISG, mas cuja exigência decorre da noção mesma de contrato, constituindo uma *diligência reforçada pelo dever de solidariedade*<sup>42</sup>.

No próximo segmento desta exposição, veremos que, uma vez mais, a CISG se aproxima dos Códigos nacionais, recorrendo aos princípios gerais e à analogia, para preencher eventuais lacunas internas, tal como determinado, por exemplo, na Lei de Introdução às Normas do Direito brasileiro: *Face a uma lacuna da lei, o juiz terá recurso à analogia, ao costume e aos princípios gerais do direito.*

## **b.2) O preenchimento das lacunas da CISG mediante o recurso aos princípios gerais que a informam.**

Conforme o texto da alínea 2<sup>a</sup> do art. 7º da CISG, *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>43</sup>

Como bem assinalado por Francisco Pignatta, em seu excelente comentário ao artigo 7º da CISG<sup>44</sup>, o sistema dos princípios gerais na Convenção tem por escopo afastar dos operadores do direito a natural tentação de inclinarem-se sobre suas tradições nacionais, ao suprir-lhe uma lacuna, porquanto o direito uniforme e o direito nacional são dois sistemas opostos, insuscetíveis de serem confundidos. Esse mesmo autor, citando Van Alstine<sup>45</sup>, afirma ter sido essa *a maneira encontrada pelos legisladores da Convenção para adquirir uma certa autossuficiência, sem depender dos sistemas nacionais. Assim, sua estrutura interna a deixa capaz de se adaptar e evoluir.*

Relativamente a esse assunto, o elenco de princípios varia conforme o seu autor ou autores, mas, na maioria das listas apresentadas, estão presentes os seguintes princípios gerais, *enervando a CISG,*

41 - Loc. e *op.cit.* Tradução minha .

42 -V. François Diesse, « La bonne foi, la coopération et le raisonnable dans la Convention des Nations Unies relative à la vente internationale de marchandises », *JDI*, 1, 2002, págs. 59 e segs.

43 - Tradução de Eduardo Grebler e Gisely Radael.

44 - “Comentários à Convenção de Viena de 1980 – Artigo 7º”, in [www.cisg-brasil.net](http://www.cisg-brasil.net), outubro/2012, pp. 10.

45 - M. Van Alstine, <sup>2</sup>Dynamic Treaty Interpretation<sup>2</sup>, (1998), 146, U. Pa. L. Rev., pp. 788.



conforme dito por Claude Witz e P. Schlechtriem: a liberdade contratual<sup>46</sup>, o consensualismo, o *pacta sunt servanda*, o dever de minimizar o próprio prejuízo, a restituição do indébito, o do *favor contractus*, o silêncio não vale aceitação....Outros estudiosos da CISG acrescentam mais alguns princípios: o princípio da informação, consistindo no dever de fornecer uma informação, em sendo ela relevante para o negócio, conforme Bernard Audit<sup>47</sup>; o princípio da preferência à manutenção do contrato, em detrimento de sua dissolução, conforme V. Heuzé<sup>48</sup>.

Além desses, a cada dia mais, são invocados os Princípios UNIDROIT, cujo texto, a exemplo do ocorrente na CISG, contém uma disposição visando a interpretação uniforme e o preenchimento de lacunas<sup>49</sup>. Nesse texto, importante destacar, não há menção à boa fé.

Mister se faz referir o fato de essa técnica de preenchimento de lacunas de um sistema jurídico, mediante o recurso aos princípios gerais do direito é amplamente conhecida e utilizada nos Códigos civis da família da Civil Law, bastando lembrar aqui os exemplos da Áustria, Brasil, Itália, Espanha, Egito, Suíça dentre outros.

Exemplo importante da utilização desse método de suprimento dos vazios legislativos é utilizado em grande escala pelo Direito Comunitário, dada a sua característica de sistema em formação<sup>50</sup>.

Em que pese ser esse recurso bastante empregado, não posso deixar de chamar a atenção, da mesma forma como o faz o professor Ferrari, para o fato de a noção de princípio geral, na Common Law, assumir outros contornos e outra importância, sobretudo em razão das distintas fontes de onde eles provém. Com efeito, na Civil Law, os princípios gerais têm origem na própria lei, na Common Law, eles são *captados* na jurisprudência. Nesse mesmo sentido, a manifestação de Otto Khan-Freund<sup>51</sup> a esse propósito: no mundo da Common Law, o advogado olha para os seus princípios nos *cases*, *as leis preenchendo meros detalhes, protagonizando os case-law, o papel dos Códigos no Continente*.

A diferença de concepção reinante entre as duas famílias de direito, a respeito desse tema, acarreta algumas discussões diante do caso concreto, malgrado o fato de hoje, em razão da intensa circulação de modelos jurídicos da *Common Law* na *Civil Law* e vice-versa constituir uma evidência, a ponto de falar-se em civilização da Common Law, ainda assim a busca do denominador comum pode ser algo árduo.

46 - Cf. J. Honnold, *o tema dominante na Convenção é o papel do contrato construído à luz da prática comercial e dos usos, um tema de profunda importância, perceptível à primeira vista. Uniform Law for International Sales Under the 1980 United Nations Convention* by John O. Honnold, Jan 1, 1987, Publisher: Kluwer Law Publishers, apud Ferrari, *op.cit.*, p. 848, nota 221.

47 - *La Vente Internationale de Marchandises Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, Coll. <sup>2</sup>Droit des Affaires<sup>2</sup>, LGDJ 1990, pp. 50 e segs.

48 - *La Vente Internationale de Marchandises, Traité des Contrats*, LGDJ, 2000, pp.89, apud Pignatta.

49 - Art 1.6. : (1) Na interpretação dos Princípios, ter-se-á em conta o seu caráter internacional e a sua finalidade, notadamente a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação. (2)-As questões que se encontrem no âmbito de aplicação dos Princípios, mas não sejam por estes expressamente disciplinadas, serão, na medida do possível, resolvidas em conformidade com os princípios gerais em que os Princípios se inspiram.

50 - A esse respeito, peço vênia referir meu texto, *Reflexões sobre a contribuição do direito comparado para a elaboração do Direito Comunitário*, Editora Del Rey, 2010, Coleção *Qualitas*.

51 - *Common Law and Civil Law- Imaginary and Real Obstacles to Assimilation*, in *New Perspectives for a Common Law in Europe*, apud Ferrari, *op.cit.*, p. 846, nota 209.



### **b.3) O preenchimento das lacunas da CISG, mediante o recurso ao Direito Internacional Privado e à analogia**

**b.3.1) Conforme o texto da alínea 2ª do art. 7º da CISG - As questões referentes às matérias reguladas por esta Convenção, que não forem por ela expressamente resolvidas serão dirimidas. ....de acordo com a lei aplicável, segundo as regras de direito internacional privado<sup>52</sup>.**

Esta menção ao Direito Internacional Privado como instrumento hábil a sanar as lacunas existentes na CISG, demonstra, nas palavras de Bianca e Bonell, em seu conhecido comentário, supra citado, que a CISG, ainda formando um corpo bem elaborado de normas independentes e autônomas dos direitos nacionais, não tem valor absoluto, podendo, sim, frente a uma lacuna em seu texto, a qual não pode ser preenchida pelos princípios gerais extraídos da própria Convenção ( aí incluída a boa fé, conforme se depreende do artigo 7º, 2) ser aplicado o direito nacional indicado pela regra de conflito. Essa aplicação, quando indicada pela regra de DIp poderá ser obrigatória.

Com efeito, Schlechtriem & Schwenger, em seu Commentary<sup>53</sup>, assinalam ser o recurso à lei doméstica admitido somente em *ultima ratio*. Por outro lado, esses mesmos autores, referem que, em certas circunstâncias, não há outra alternativa, dando como exemplo a hipótese em que as partes tivessem afastado uma ou mais disposições da CISG, por exemplo, o artigo 6º<sup>54</sup>, sem ter preenchido a lacuna daí resultante mediante acordo contratual.

O recurso ao Direito Internacional Privado para suprir vazios legislativos não é um método comumente utilizado pelos legisladores dos Códigos Nacionais, no âmbito das relações jurídicas onde todos os seus participantes sejam nacionais e o objeto do negócio esteja situado em território nacional. Contudo, em se tratando de contratos internacionais, essa possibilidade existe, pois a regra de *sobre direito*(DIp) tem por finalidade indicar qual direito nacional deverá reger a espécie, levando em conta o indicado pelo elemento de conexão regente do caso concreto, ou seja, o domicílio, o local da celebração do negócio, ou lugar do cumprimento, etc.

### **b.3.2) O recurso à analogia, para preenchimento de lacunas**

Este é um recurso tradicional, encontrável em quase todos os Códigos Nacionais, frente à presença de uma lacuna.

Com efeito, é clássica a fórmula de decidir um caso, para o qual não há previsão legal, mediante a aplicação de norma prevista para uma situação semelhante àquela não prevista.

<sup>52</sup>

<sup>53</sup> - *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods* ( CISG), Third Edition, Edited by Ingeborg Schwenger, Oxford, pp. 142, 6, 42.

<sup>54</sup> - 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.

Art.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 comercial em Estado Contratante que tenha feito a declaração prevista no artigo 96 desta Convenção. As partes não poderão derrogar nem modificar o efeito do presente artigo.

No plano da CISG, existe até uma recomendação, de parte de um dos mais importantes autores franceses sobre essa matéria, o professor da Universidade de Paris II, Bernard Audit, no sentido de antes de recorrer aos princípios gerais informadores da Convenção, com o escopo de preencher uma lacuna, o operador do direito deve socorrer-se da analogia.

O professor Audit, em sua já mencionada obra sobre a CISG<sup>55</sup>, lembra o caso do art. 81.2<sup>56</sup>, cuja solução deve ser feita mediante o apelo à analogia, conforme os artigos 57<sup>57</sup> e 58<sup>58</sup>.

## CONCLUSÃO

Chegando ao término destas minhas reflexões, acredito ter demonstrado ser a CISG um autêntico Código da venda internacional de mercadorias, pois nela estão presentes todas as características de um autêntico corpo de normas jurídicas, cuja finalidade é a regulação uniforme do contrato mais antigo e mais utilizado em todos os tempos e em todos os lugares do mundo.

Acredito que, a exemplo do que ocorre com outros setores do Direito, como o Direito Comunitário, a CISG também acabará por formar um conjunto de normas<sup>59</sup> dotadas de uma certa sistematização, mediante a aplicação de suas cláusulas gerais, como visto, uma forma de aproximar as famílias de direito ( Civil Law e Common Law ) e de sistematizar aquilo todavia necessitando ser interpretado e construído.

Essa tem sido a tarefa dos inúmeros juízes, árbitros e advogados, oriundos dos mais distintos sistemas jurídicos, desempenhada com denodo e com rara competência, na maioria das vezes, ao longo dos 30 anos de existência da CISG.

Oxalá os operadores nacionais do Direito e a doutrina brasileira, no momento em que a Convenção passa a integrar nosso ordenamento, possam colaborar para as suas importantes finalidades.

55 -pp. 50 e segs.

56 - ARTIGO 81: (1)A rescisão do contrato liberará ambas as partes de suas obrigações, salvo a de indenizar as perdas e danos que possam ser devidas. Todavia, a rescisão não prejudicará as disposições contratuais a respeito da solução de controvérsias, nem qualquer outra estipulação do contrato que regule os direitos e obrigações das partes em caso de rescisão.

(2) **A parte que tiver cumprido total ou parcialmente o contrato poderá reclamar da outra a restituição daquilo que houver fornecido ou pago nos termos do contrato. Se ambas as partes estiverem obrigadas a restituir, deverão fazê-lo simultaneamente.**

57 - Art.57: (1) Se o comprador não estiver obrigado a pagar o preço em lugar determinado, deverá pagá-lo ao vendedor: (a) no estabelecimento comercial do vendedor; ou(b) no lugar em que se efetuar a entrega, se o pagamento tiver de ser feito contra entrega das mercadorias ou de documentos.

(2) O vendedor deverá arcar com qualquer aumento de despesas relativas ao pagamento resultante da transferência de seu estabelecimento comercial, após a conclusão do contrato.

58 - Art.58: ARTIGO 58

(1) Se o comprador não estiver obrigado a pagar o preço em momento determinado, deve pagá-lo quando o vendedor colocar a sua disposição as mercadorias ou os documentos que as representarem, de acordo com o contrato ou com esta Convenção. O vendedor poderá considerar o pagamento como condição para a entrega das mercadorias ou dos documentos.

(2) Se o contrato envolver transporte das mercadorias, o vendedor poderá expedi-las com a condição de que as mercadorias ou os documentos que as representarem só sejam entregues ao comprador contra o pagamento do preço.

(3) O comprador não estará obrigado a pagar o preço antes de ter tido a possibilidade de inspecionar as mercadorias, salvo se as modalidades de entrega ou de pagamento ajustadas pelas partes forem incompatíveis com essa possibilidade.

Consultar o comentário de F.A. Pignatta, já mencionado, pp. 12.

59 -Prefiro a expressão *conjunto* ao invés de sistema.



**LA IMPORTANCIA DE LOS  
USOS Y COSTUMBRES PARA  
EL DERECHO COMERCIAL:  
ALGUNOS DEBATES EN TORNO  
A LA LEGITIMIDAD DE LA  
NUEVA *LEX MERCATORIA*.**

*Dennis José Almanza Torres*



## LA IMPORTANCIA DE LOS USOS Y COSTUMBRES PARA EL DERECHO COMERCIAL: ALGUNOS DEBATES EN TORNO A LA LEGITIMIDAD DE LA NUEVA *LEX MERCATORIA*.

### THE IMPORTANCE OF USES AND CUSTOMS FOR COMMERCIAL LAW: SOME DISCUSSIONS ABOUT THE LEGITIMACY OF THE NEW *LEX MERCATORIA*.

*Dennis José Almanza Torres<sup>1</sup>*

**RESUMEN:** Frente a la ausencia de una normatividad uniforme y ágil que permita el desarrollo del comercio, en la Edad Media, los hombres de negocios crearon sus propios estatutos con el objetivo de regular sus actividades comerciales, de tal forma que estas sean beneficiosas y ventajosas para sus participantes. Actualmente la nueva *lex mercatoria* está retomando su posición como derecho de los comerciantes eficiente y flexible. Sin embargo, su reducida vinculación con el derecho estatal ha ocasionado que surjan posturas críticas que pretendan cuestionar su legitimidad como conjunto de reglas cardinales que regulan la actividad comercial.

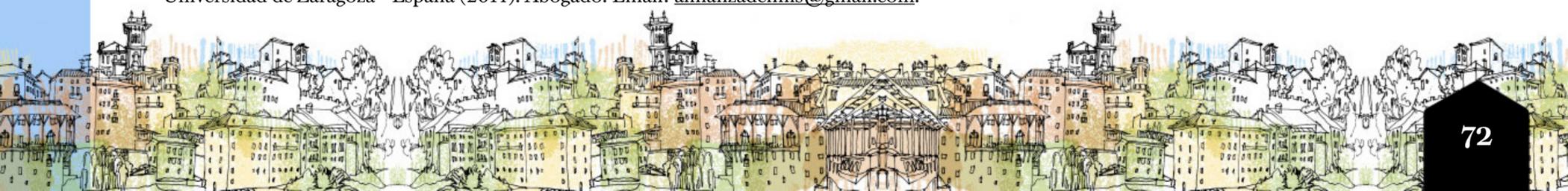
**PALABRAS-CLAVE:** Usos y costumbres. Derecho comercial. Nueva *Lex mercatoria*. Eficiencia.

**ABSTRACT:** In the absence of a uniform and agile regulation that allows the development of commerce, in the Middle Ages, businessmen created their own statutes with the objective of regulating their commercial activities, so that these rules are beneficial and advantageous for their participants. Currently the new *lex mercatoria* is resuming its position as an efficient and flexible traders' right. However, its reduced linkage with state law has led to the emergence of critical positions that seek to question its legitimacy as a set of cardinal rules that regulate commercial activity.

**KEYWORDS:** customs and habits. Commercial law. New *Lex mercatoria*. Efficiency.

**SUMÁRIO:** INTRODUCCIÓN; I. LOS USOS Y COSTUMBRES DE LOS COMERCIANTES DURANTE LA EDAD MEDIA. 1.1 El papel de las corporaciones en el surgimiento y la consolidación del *ius mercatorium*. 1.2 Las ferias y la solución de conflictos en el comercio medieval. II. BERTHOLD GOLDMAN Y LA NUEVA *LEX MERCATORIA*. 2.1. El papel de la sociedad civil en el comercio contemporáneo. 2.2 El crédito documentario y los incoterms: la preeminencia de los usos y costumbres en el comercio contemporáneo. III. LA INTEGRACIÓN A LA LEGISLACIÓN BRASILEIRA DE LOS USOS Y COSTUMBRES COMERCIALES. IV. CUESTIONAMIENTOS A LA NUEVA *LEX MERCATORIA* COMO CONJUNTO DE REGLAS QUE REGULAN LA ACTIVIDAD COMERCIAL. V. APUNTES FINALES. REFERENCIAS.

<sup>1</sup> Maestro y Doctor en Derecho por la *Universidade Federal do Paraná* (Brasil). Profesor de Derecho del Comercio Internacional en la Universidad La Salle de Arequipa (Perú). Pos-doctorando en Derecho por la *Universidade Federal do Paraná* (Brasil). *Visiting Researcher* en la Universidad de Zaragoza - España (2014). Abogado. Email: [almanzadennis@gmail.com](mailto:almanzadennis@gmail.com).



## INTRODUCCIÓN.

Si bien el derecho comercial es una subdivisión del derecho privado, esta rama no está compuesta exclusivamente por normas de este tipo,<sup>2</sup> en esta materia, “el monopolio del Estado en la elaboración del derecho ha cedido lugar a un sistema distinto que admite, más allá de la ley, otras fuentes no estatales de derecho”.<sup>3</sup> En consecuencia, el derecho comercial actual no comprende solamente el derecho legislado (código civil y leyes especiales), una de sus principales fuentes son los usos y las costumbres comerciales.<sup>4</sup>

A pesar de ser consideradas fuentes secundarias en relación al derecho legislado, ya que el Derecho consuetudinario ha quedado relegado a segundo plano por obra del legislador,<sup>5</sup> mantienen un rol destacado en la regulación de la materia mercantil “dado o carácter dinâmico deste, a natureza profissional das atividades em que se projeta e a natural lentidão com que o sistema legal responde às novas realidades”.<sup>6</sup> Además, “la imposibilidad de que los Códigos Mercantiles, incluso los más perfectos, llenen las exigencias siempre nuevas del comercio, hace que el uso siga conservando un importante papel como fuente del Derecho mercantil moderno”.<sup>7</sup>

Los usos comerciales surgen espontáneamente cuando el hábito de un comerciante es transferido a otros, quienes lo adoptan convirtiéndolo en regla para ese grupo, estos, en un inicio son locales, luego regionales y finalmente usos internacionales.<sup>8</sup>

Garo define a los usos como “la repetición constante, consciente y continuada de actos voluntarios, ya sea por parte de los individuos – individuales –, ya por una colectividad – generales o costumbres jurídicas –”.<sup>9</sup>

Los usos de los mercaderes se tornan reglas implícitas de la relación jurídica para la cual nacieron, solo si son una práctica uniforme, constante y por un periodo de tiempo.<sup>10</sup>

Al nacer espontáneamente de la praxis comercial, los usos y costumbres pasan por una “selección

2 ASCARELLI, Tullio, *Panorama do Direito Comercial*, p. 4.

3 GALGANO, Francesco. *La globalización en el espejo del derecho*, p. 46. Ver también: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A nova Lex mercatoria como fonte do Direito do comércio internacional: um paralelo entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde. In: FIORATI, Jete Jane y MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Novas vertentes do Direito do comércio internacional*, p. 186.

4 SCHMIDT, Karsten. *Derecho Comercial*, p. 18,19. En el mismo sentido ver: FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos contratos empresariais*, p. 114. GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 48. OLAVARRÍA ÁVILA, Julio. *Manual de Derecho Comercial*, p. 62. Al respecto Heinsheimer afirma: “Así aparece el Derecho de los comerciantes, sobre todo en su fase originaria, como fundamentalmente consuetudinario, incluso en aquellos países en que el Derecho civil ha sido ya objeto de codificación, cual sucede en todos los que se inspiraron en el Derecho romano” (HEINSHEIMER, Karl. *Derecho mercantil*, p. 03). Por su parte, Marzorati aclara que el sistema legal argentino no reconoce a la costumbre como fuente del derecho. “Los usos y costumbres no pueden crear derechos, sino cuando las leyes se refieren a ellos (art. 17 C. Civil argentino)”. Asimismo, el autor argentino agrega: “No obstante ello, nuestro sistema legislativo no eleva a los usos y costumbres comerciales a la categoría de fuente material, hasta la ratificación de la Convención sobre Normas Uniformes para la Compraventa Comercial de Viena de 1980, que elevan a las costumbres o el uso, allí definidos, a la categoría de fuente de derecho”. (MARZORATI, Osvaldo, *Derecho de los negocios internacionales*, p. 12,13).

5 HEINSHEIMER, Karl. *Derecho mercantil*, p. 11.

6 BERTOLDI, Marcelo y RIBEIRO, Márcia Carla. *Curso avançado de direito comercial*, p. 48.

7 URÍA, Rodrigo, *Derecho mercantil*, p. 15.

8 REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, p. 53.

9 GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 48.

10 REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, p. 53,54.



natural”, de tal forma que se imponen y prevalecen aquellas que tienden a resolver con mayor eficiencia los problemas adaptándose al funcionamiento del mercado. En razón a ello, se configura un repertorio de experiencias bien sucedidas que permiten una mayor previsibilidad en el comportamiento de los participantes de la relación comercial, transformando el mercado en un repositorio de “memorias de jugadas”.<sup>11</sup>

Las reglas nacidas de la práctica comercial fueron denominadas *Lex Mercatoria o ius mercatorium*, un derecho de los comerciantes o de profesionales desvinculados de las normas legales del Estado.<sup>12</sup>

En el presente trabajo se pretende traer a debate controversias que cierta doctrina emite, cuestionando la legitimidad de los usos y costumbres como conjunto de reglas fundamentales que regulan la actividad comercial.

Con la finalidad de sentar nuestra posición en esta discusión, en un principio realizaremos un análisis histórico buscando determinar los orígenes de la *lex mercatoria*; posteriormente estudiaremos la aplicabilidad de este ordenamiento en el comercio nacional e internacional, así como su integración a la legislación brasilera. Finalmente manifestaremos nuestra posición frente a las críticas surgidas, destacando la importancia de este importante sistema para el comercio.

## I. LOS USOS Y COSTUMBRES DE LOS COMERCIANTES DURANTE LA EDAD MEDIA.

Durante la Edad Media los usos y prácticas conformaron un verdadero derecho “paraestatal” que hacía parte de la pluralidad de fuentes que caracterizaba al derecho medieval. Fue en este periodo cuando el Derecho comercial adquirió su configuración como ente jurídico autónomo<sup>13</sup> “diferenciado de la ley civil tanto en lo que respecta a los términos de las relaciones jurídicas que disciplina, como a la fisonomía de su estructuración total, su metodología, etc.”.<sup>14</sup>

La separación entre el Derecho civil y el comercial, se dio por el surgimiento y consolidación de las prácticas comerciales<sup>15</sup> a partir de la construcción de institutos nacidos de la insuficiencia del derecho común y del rechazo de los comerciantes a las normas del Derecho Canónico que inviabilizaban el ejercicio del comercio, (este se basaba en fundamentos del cristianismo originados en su mayoría en el Antiguo Testamento hebraico), pues este último contenía diversas prohibiciones, entre ellas vetaba el cobro de intereses y las ganancias derivadas del intercambio.<sup>16</sup>

11 FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos contratos empresariais*, p. 116.

12 MAGALHÃES, José Carlos de y TAVOLARO, Agostinho Tofoli. *Fontes do Direito do comércio internacional: a lex mercatoria*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais*, p. 58, ver también: GALGANO, Francesco. *Lex Mercatoria*. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Económico e Financeiro*, nº 129, p. 224. MELO, Jairo Silva. *Contratos Internacionais e cláusulas hardship*, p. 37.

13 MEDINA VERGARA, Jairo. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 8. En el mismo sentido ver: DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, p. 18. OLAVARRÍA ÁVILA, Julio. *Manual de Derecho Comercial*, p. 65.

14 GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 14.

15 BLANCO CONSTANS, Francisco. *Estudios elementales de Derecho Mercantil*, p. 76.

16 VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *O futuro do direito comercial no Brasil*. In: *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*, nº 153/154, p. 17,18.



Asimismo, otro obstáculo que frenaba el desarrollo del comercio fue la preeminencia del feudo agrario. Como la vida económica medieval giraba en torno a la tierra, el cultivo de la tierra para el campesino consagraba una especie de servidumbre hacia el terreno donde trabajaba, “era servo da gleba”; por su parte el *status* del señor feudal estaba sentado en el feudo agrario. En ese contexto, el surgimiento de la clase burguesa, urbana, libre de vínculos de vasallaje y clientela, exigía la construcción de un nuevo derecho que regule tanto las actividades personales y familiares cuanto sus actividades económicas.<sup>17</sup>

En líneas generales, el periodo medieval presentaba características contrarias al crecimiento del comercio,<sup>18</sup> predominaba la inseguridad jurídica y social. El Estado Medieval - cuya concepción era diferente a la del Estado Moderno - era débil, tanto por la pluralidad de fuentes del derecho, por la influencia de la iglesia en todos los sectores de la sociedad y por la carencia de producción normativa por parte del Estado.

El insuficiente poder coercitivo del Estado, agregado a la carencia de estructura y la falta de estímulo para el desarrollo de actividades económicas comprometían el desarrollo del comercio, llegando incluso a prever la extinción de la clase mercantil en este periodo, pues no existían las condiciones mínimas para el desarrollo de sus actividades.<sup>19</sup>

Este escenario desfavorable para la actividad mercantil, hizo necesaria la actuación urgente de los hombres de negocios, quienes empezaron a reunirse en las corporaciones de oficio, donde compartían sus experiencias, métodos y sus costumbres.<sup>20</sup> En las ciudades los comerciantes se organizaron con fines netamente mercantiles, con ello “rindieron un inmenso servicio a la ciencia del derecho comercial, pues perfeccionaron e inventaron instituciones que subsisten aún en nuestros tiempos”.<sup>21</sup>

### **I.1. El papel de las corporaciones en el surgimiento y la consolidación del *ius mercatorium*.**

Las corporaciones conocidas como *guildas*,<sup>22</sup> tenían entre sus objetivos, auxiliar a sus miembros, en principio ordenándolos en grupos (herreros, sastres, boticarios, comerciantes, etc.); para luego, elaborar y aplicar reglas deontológicas (leyes y estatutos) y sus respectivas sanciones. Las *guildas* imponían penas pecuniarias, e incluso, por la gravedad de la conducta de sus miembros, estos eran

17 COMPARATO, Fábio Konder. *A civilização capitalista*, p. 76,77.

18 Justamente la *lex mercatoria* surgió como respuesta a los derechos feudales, que con sus innumerables privilegios entrababan las relaciones comerciales de la época. (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A nova Lex mercatoria como fonte do Direito do comércio internacional: um paralelo entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde. In: FIORATI, Jete Jane y MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Novas vertentes do Direito do comércio internacional*, p. 187).

19 ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. *Codificação e não codificação: do paradigma moderno ao direito de empresa*, p. 51,52.

20 GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 7.

21 DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, p. 13

22 Las denominaciones de estas agrupaciones, variaban conforme el país donde estaban localizadas; en Italia tenían nombres diversos, en Francia eran llamadas *corps de métier*, con *jurandes* y *maîtrises*; en Alemania e Inglaterra *Ghildes*.



expulsados de la localidad, lo que representaba la imposibilidad de ejercer el oficio en esa plaza.<sup>23</sup>

Las corporaciones eran dirigidas por miembros elegidos dentro del grupo, obedecían una *carta de derechos* emitida por el soberano, así como normas y estatutos propios; tenían patrimonio propio constituido por las contribuciones de los asociados, impuestos y multas, además de las contribuciones de miembros de otros lugares que venían a realizar sus actividades a una determinada plaza.<sup>24</sup>

Las corporaciones de los comerciantes, gobernadas por los cónsules,<sup>25</sup> tenían como objetivo restablecer las condiciones para que el comercio vuelva a desarrollarse; esto lo conseguirían retomando su poderío, defendiendo sus intereses y dignidad, y manteniendo el orden y la paz entre sus miembros.<sup>26</sup>

También se buscaba la unificación de las prácticas de los mercaderes, de tal forma que reglas que eran válidas en determinada región, sean válidas también en otros territorios. Fue así como surgió el derecho de los comerciantes o *ius mercatorum*.<sup>27</sup> La unificación de estas reglas pretendía dotar de un tratamiento jurídico claro y uniforme para que la clase de los comerciantes tenga la seguridad de que las actividades económicas que se realicen, sean válidas y eficaces en otros ámbitos.

La diferencia entre las reglas que conformaban el *ius mercatorum* y aquellas reglas locales, feudales, reales o eclesiásticas, giraba en torno a cinco aspectos fundamentales; las reglas que conformaban el *ius mercatorum*: (i) Tenían como característica la transnacionalidad, (ii) tenían un origen común basado en la fidelidad a las costumbres mercantiles, (iii) los encargados de su aplicación no eran los jueces comunes, sino los comerciantes por medio de sus corporaciones o de las cortes que se establecían en las grandes ferias, (iv) el proceso era rápido e informal, (v) se enfatizaba la libertad contractual y la decisión de los actos *ex aequo et bono*.<sup>28</sup>

De la misma forma, una de las principales innovaciones en los negocios mercantiles, guardó relación con la nueva formalidad de los contratos, pues estos ya no estaban más revestidos de solemnidades rígidamente formales (celebrados ante el notario o autoridad eclesiástica), sino, tenía preeminencia el consenso, la palabra de los contratantes. En base a ello surgieron nuevas modalidades contractuales como el contrato de seguros, el contrato de cambio, los contratos de crédito, etc.

23 MEDINA VERGARA, Jairo. *Derecho comercial. Parte general*, p. 9. Ver también: BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos internacionais*, p. 62. Dentro de sus diversas funciones, las siguientes eran las más destacadas: designaban los oficiales que las representarían en las ferias y mercados; establecían sus propios ordenamientos; bregaban por la seguridad de las vías de comunicación y proveían a su mejoramiento; mandaban cónsules al exterior para proteger a sus asociados; cumplían oficios de piedad religiosa y civil; socorrían a los pobres, enfermos y miembros despojados o arruinados; tenían un patrimonio inmobiliario y un depósito para la custodia de las mercaderías; cubrían los gastos con las contribuciones de sus componentes, con donaciones y peajes, los réditos del pesaje público, multas, etc. (GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 7)

24 BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos internacionais*, p. 62.

25 DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, p. 13. Los cónsules, al tomar posesión de su cargo, leían una declaración de propósitos donde se detallaba la labor que realizarían, así como las reglas y los principios que se proponían poner en práctica. Estos documentos eran archivados en la sede de la corporación, cuando eran numerosos, se les compilaba sistemática y cronológicamente evitando contradicciones. Las compilaciones fueron llamados *Estatutos*. (GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 13)

26 BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos internacionais*, p. 62. Los Cónsules “se encargaban de proteger a los asociados, organizaban y supervigilaban los mercados y las ferias. Además administraban justicia, decidiendo las contiendas que surgían entre los asociados basándose en la equidad solamente”. (OLAVARRÍA ÁVILA, Julio. *Manual de Derecho Comercial*, p. 66).

27 ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. *Codificação e não codificação: do paradigma moderno ao direito de empresa*, p. 53,54.

28 MAGALHÃES, José Carlos de y TAVOLARO, Agostinho Tofolli. *Fontes do Direito do comércio internacional: a lex mercatoria*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais*, p. 59,60



Asimismo, fue en la Edad Media donde se desarrolló la “*commenda*” y aparecieron instituciones comerciales que hasta hoy tienen vigencia, como las sociedades colectivas, la sociedad en comandita, la letra de cambio, el seguro, los libros de contabilidad y el Registro del comercio.<sup>29</sup>

Estas nuevas modalidades necesitaban una regulación ágil y adaptable a las nuevas circunstancias. Es por ello que las prácticas y usos del comercio nacidas casi todas de su aplicación y uso reiterado entre la sociedad internacional de los comerciantes, adquirieron gran relevancia como reglas que disciplinan el derecho comercial.<sup>30</sup> Estos usos y prácticas mercantiles tradicionales estaban plasmados en los estatutos escritos propios.

Estas figuras nuevas y las técnicas innovadoras, fueron surgiendo conjuntamente con la reapertura del comercio mediterráneo a partir del siglo XII y con el desarrollo periódico de ferias en varias ciudades europeas.<sup>31</sup>

## I.2. Las ferias y la solución de conflictos en el comercio medieval.

Las ferias tuvieron un papel relevante en diversos campos durante la Edad Media; en el aspecto económico, además de generar riquezas a través del intercambio de materias primas y productos acabados, contribuyeron al desarrollo de actividades bancarias y de cambio, pues

las costumbres adoptadas en aquellas ferias que formaron en su pleno florecimiento un domicilio cambiario para todo el comercio de Europa, un centro habitual para la conclusión y la liquidación de los negocios, contribuyeron grandemente a perfeccionar el derecho de cambio, a tutelar la circulación de las mercancías, a difundir el uso de arreglar las cuentas por medio de compensaciones periódicas y a proteger los derechos de los acreedores con un procedimiento ejecutivo rápido y riguroso (de hora in horam) cuyos beneficios se comunicaron más tarde a todo el comercio.<sup>32</sup>

Los estatutos, las normas y los usos que se creaban y consolidaban en las ferias, formaron un cuerpo doctrinario y jurisprudencial que con el transcurrir del tiempo adquirieron la fuerza de *verdaderas leyes* destinadas a regular las relaciones entre comerciantes.<sup>33</sup> Estas normas fueron fundamentales para el crecimiento del comercio; así, como señala North: “El crecimiento de formas de intercambio más complejas a fines de la Edad Media e inicios de la Europa moderna fue posible debido a una diversidad de instituciones informales tales como los primeros códigos de conducta mercantil”.<sup>34</sup>

Asimismo, el papel de las ferias trascendió lo netamente económico, pues culturalmente estas

29 DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, p. 14. Ver en el mismo sentido: BLANCO CONSTANS, Francisco. *Estudios elementales de Derecho Mercantil*, p. 76.

30 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A nova Lex mercatoria como fonte do Direito do comércio internacional: um paralelo entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde. In: FIORATI, Jete Jane y MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Novas vertentes do Direito do comércio internacional*, p. 186. Resaltando que la variedad de fuentes del derecho en el orden jurídico medieval reflejaba la no exclusiva función del Estado como ente legitimado para emitir comandos legales.

31 COMPARATO, Fábio Konder. *A civilização capitalista*, p. 78-80. Ver en el mismo sentido: MEDINA VERGARA, Jairo. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 8,9. DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, p. 14.

32 MEDINA VERGARA, Jairo. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 10.

33 GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 14

34 NORTH, Douglass. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*, p. 61.



reuniones posibilitaban el intercambio de informaciones, conocimientos, costumbres y hábitos entre personas de diferentes grupos.<sup>35</sup>

También se instituyeron Tribunales de Mercaderes (jurisdicción consular),<sup>36</sup> que resolvían las cuestiones surgidas entre los asociados, administrando justicia en base a los usos y costumbres del comercio<sup>37</sup> y a los estatutos. Excepcionalmente se utilizaban las opiniones de los jurisconsultos.<sup>38</sup>

Los cónsules, que eran los encargados de juzgar las causas comerciales,<sup>39</sup> buscaban emitir decisiones con rapidez, sin formalidades procesales preestablecidas. La fórmula tradicional fue “*simpliciter et de plano ac sine strepitu et figura iudicii*”.<sup>40</sup>

La concurrencia de los litigantes a los Tribunales se realizaba sin la presencia de abogados o procuradores. Cuando no era necesario mayor debate para solucionar el conflicto, el magistrado lo resolvía sin mayor trámite, casi de inmediato; su sentencia por lo general era definitiva, sin embargo, para los casos complejos donde se concedía apelación, este era resuelto por los *sobrecónsules*, que era un tribunal formado por comerciantes elegidos por sorteo. Si existía diferencia entre la sentencia de primera y segunda instancia, el Consejo General de los comerciantes, hacia el papel de tercera instancia, resolviendo en forma definitiva el conflicto planteado.<sup>41</sup>

En las ferias, donde los litigios entre comerciantes eran frecuentes, estos eran resueltos por Árbitros escogidos entre los cónsules o mercaderes más antiguos o prestigiosos de cada grupo o nacionalidad. Ellos administraban justicia en base a la *Lex mercatoria*.<sup>42</sup> Resulta importante agregar que, el derecho internacional privado mercantil, se gesta a raíz de la extensión de la jurisdicción consular, ya que la jurisdicción de los cónsules se extendía fuera de los límites de las ciudades donde se localizaban las corporaciones, aplicándose también a pedido de las partes, en las factorías y colonias del extranjero que guardaban dependencia con la corporación principal. Así nació la extraterritorialidad de dicha justicia.<sup>43</sup>

Es por estos acontecimientos que las primeras nociones de derecho comercial surgieron en la Edad Media,<sup>44</sup> como consecuencia de la insuficiencia del derecho común para satisfacer las necesidades

35 Los comerciantes – explican Magalhães y Tavoraro - “deslocavam-se para as grandes feiras, os grandes mercados e os portos principais, levando, além de suas mercadorias, seus usos e costumes, que foram incorporados às regras das diferentes cidades e portos, adquirindo, em virtude do comércio oceânico, principalmente em Veneza, Genova, Marselha, Barcelona, Amsterdam e as cidades da Liga Hanseática, um verdadeiro caráter cosmopolita”. (MAGALHÃES, José Carlos de y TAVOLARO, Agostinho Tofolli. *Fontes do Direito do comércio internacional: a lex mercatoria*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais*, p. 59). Ver en el mismo sentido: BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos internacionais*, p. 63.

36 OLAVARRÍA ÁVILA, Julio. *Manual de Derecho Comercial*, p. 66.

37 URÍA, Rodrigo. *Derecho Mercantil*, p. 4. *Secundum bonos veteres usos*, explica Blanco Constans (BLANCO CONSTANS, Francisco. *Estudios elementales de Derecho Mercantil*, p. 77)

38 GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 15.

39 Eran los jueces de los comerciantes (DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. *Tratado de Derecho Comercial Comparado*, p. 13).

40 GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 15. Traducido al portugués: “Mais simples, sem estrépito ou aprimorada forma jurídica”.

41 GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 15.

42 BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos internacionais*, p. 63

43 GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 15,16.

44 GARO, Francisco. *Derecho Comercial. Parte general*, p. 13.



en materia jurídica del comercio de esa época.<sup>45</sup> Además fue en ese periodo cuando aparecieron y se perfeccionaron instituciones que hasta la fecha se mantienen vigentes.

## II. BERTHOLD GOLDMAN Y LA NUEVA *LEX MERCATORIA*.

En la actualidad, el deseo de universalizar el derecho mercantil, propició que los usos y costumbres adquieran gran relevancia al ser considerados “parámetros” para la interpretación de las normas comerciales. Esta es la razón por la cual los mercaderes, con mayor frecuencia, opten por sistemas privados de reglas que permiten concretar sus operaciones en el menor tiempo posible y con menores costos de transacción.<sup>46</sup>

Esto es frecuente, porque el derecho nacional “no ha respondido a cabalidad las exigencias hechas por los nuevos actores internacionales, impulsándolos a buscar alternativas”.<sup>47</sup> Galgano destaca lo afirmado cuando explica que

el advenimiento de la sociedad postindustrial no reclama (...), profundas reformas legislativas y que el cuadro que abarca el derecho codificado permanece inmutable en sustancia. Pero éste queda inmutable porque ya no son las leyes sino otros los instrumentos relevantes mediante los cuales se llevan a cabo las innovaciones jurídicas.<sup>48</sup>

Durante la década del sesenta del siglo XX, Berthold Goldman, deparándose con las dificultades que se suscitaban en el campo comercial y observando la existencia de un derecho *costumbrista* internacional, trajo a discusión para los juristas, la doctrina de la *nueva Lex mercatoria*, entendida esta como una teoría nacida de las prácticas comerciales internacionales, libertada y desvinculada de cualquier frontera estatal; dando inicio así al estudio de las reglas que gobiernan el comercio nacional e internacional.<sup>49</sup>

La sociedad actual, con su complejidad y organización en red donde no se admiten más estructuras organizadas y rígidas, es el espacio ideal para el desarrollo de la nueva *lex mercatoria*.

Contribuye bastante en esta progresión, la influencia de la llamada “sociedad civil”, la misma que está compuesta por grupos de intereses económicos, culturales, éticos, religiosos, etc.

45 MALAGARRIGA, Carlos. *Tratado elemental de Derecho Comercial*, p. 5.

46 SZTAJN, Rachel. Codificação, decodificação, recodificação: a empresa no código Civil Brasileiro. In: *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*, nº 143, p. 13. Resulta interesante transcribir la reflexión de Olavarría Ávila quien señala: “los usos mercantiles no han cesado de ejercer su poderosa influencia aún después de la codificación, subordinados a la ley, es cierto, pero siempre a la vanguardia de la misma y siguiendo de cerca todo progreso, toda nueva forma y las múltiples combinaciones del tráfico, siendo en la mayoría de las veces los primeros en regular las nacientes relaciones jurídicas”. (OLAVARRÍA ÁVILA, Julio. *Manual de Derecho Comercial*, p. 62).

47 CADENA AFANADOR, Walter René. La Nueva Lex Mercatoria: Un caso pionero en la globalización del Derecho. In: *Papel político* N° 13, p. 109; en el mismo sentido ver: MAGALHÃES, José Carlos de y TAVOLARO, Agostinho Tofolli. Fontes do Direito do comércio internacional: a lex mercatoria. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais*, p. 61). FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos contratos empresariais*, p. 116.

48 GALGANO, Francesco. *La globalización en el espejo del derecho*, p. 40.

49 FIORATI, Jete Jane. *Direito do Comercio Internacional*. p. 31. ; MAGALHÃES, José Carlos de y TAVOLARO, Agostinho Tofolli. Fontes do Direito do comércio internacional: a lex mercatoria. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais*, p. 61.



La comunidad mercantil, participa activamente en la sociedad civil, los diversos grupos que hacen parte de esta comunidad, tienen como puntos comunes el interés por el comercio, la actuación de los comerciantes en el mercado global y la búsqueda de lucro y ganancias.<sup>50</sup> La efectividad de sus reglas no es impuesta por el Estado sino por los propios integrantes de las corporaciones formada en cada uno de estos sectores.<sup>51</sup>

## II.1. El papel de la sociedad civil en el comercio contemporáneo.

Actualmente el Estado no es más el único actor de las relaciones comerciales nacionales e internacionales, comparte escenario con otros sujetos como las organizaciones no estatales y las empresas privadas. Estas últimas constituyen un potente factor de propagación de las prácticas y de los modelos contractuales uniformes auxiliando en la formación de la nueva *Lex Mercatoria*, tan universal cuanto fue la *Lex Mercatoria* de la era pre-industrial. A dicho ordenamiento jurídico de la *bussines community* se le reconocía su carácter originario y supranacional así como su extensión, abarcando toda la aldea global.<sup>52</sup>

La Cámara de Comercio Internacional de Paris (CCI), organismo privado cuya finalidad es la elaboración de reglas para facilitar el intercambio de mercaderías entre sus integrantes; es la entidad de representación de la comunidad empresarial internacional. Este gremio, fundado en 1919, que agrupa representantes de categorías empresariales de diversos países, además de destacar por su participación en la creación de cláusulas y reglas uniformes que son utilizados en el comercio internacional (cobranzas documentarias, cartas de crédito, *incoterms*), también es reconocido por su Tribunal de Arbitraje. La CCI, cuenta con comités nacionales de los diversos países que de ella participan, también con órganos de administración centrales que funcionan en Paris.<sup>53</sup> Esta entidad, actualmente tiene un papel importante a nivel mundial al facilitar las negociaciones comerciales con la emisión de diferentes reglas para tornar más viable el comercio.

Entre las diversas elaboraciones de la CCI, merecen destacar, tanto por su perfeccionamiento como por el crecimiento en su utilización, el crédito documentario y los *incoterms*.

50 BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*, p. 65.

51 MAGALHÃES, José Carlos de y TAVOLARO, Agostinho Tofolli. *Fontes do Direito do comércio internacional: a lex mercatoria*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais*, p. 62.

52 GALGANO, Francesco. *Lex Mercatoria*. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, econômico e financeiro*. Vol. 29, p. 228.

53 SALOMÃO NETO, Eduardo. *As operações de crédito documentário, as cartas de crédito e as comfort letters*. In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro* N° 123, p. 24.



## II.2. El crédito documentario y los *incoterms*: la preeminencia de los usos y costumbres en el comercio contemporáneo.

El crédito documentario, institución relativamente nueva, de naturaleza jurídica *sui generis*,<sup>54</sup> definida como: “a operação pela qual o banco de acordo com instruções do comprador de uma mercadoria, se compromete a pagar, por este, ao terceiro vendedor, contra a entrega dos documentos, o respectivo preço”,<sup>55</sup> se caracteriza por su flexibilidad, su autonomía y su irrevocabilidad.

El Crédito documentario, operación bancaria típica del derecho del comercio internacional, utilizada también en el comercio interno, constituye una figura autónoma, que tiene como objetivo disminuir los riesgos y otorgar seguridad a las partes envueltas en la operación, las cuales se encuentran en espacios distantes con sistemas jurídicos diferentes.<sup>56</sup>

Esta figura, producto de un fenómeno económico particular que consiste en el pago de una obligación y en la entrega de un bien material representado por documentos específicos, es de difícil regulación en el ordenamiento jurídico interno. En consecuencia, las dificultades legislativas y la falta de coherencia y uniformidad por parte de la jurisprudencia hicieron necesaria la elaboración de reglas internacionales para regularlo.<sup>57</sup>

El crédito documentario no se subordina a las normas legales,<sup>58</sup> su marco regulador está en las reglas consuetudinarias, las cuales, a través de los años, se consolidaron en la práctica bancaria internacional y fueron sistematizadas con la edición de las Reglas y Usos Uniformes Relativos al Crédito Documentario (RUU).

Estas reglas, elaboradas por la CCI son una de las mayores expresiones de la nueva *lex mercatoria*,<sup>59</sup> en tal sentido, al no tener fuerza de ley, adquieren la calidad de directrices de los bancos para regular el mecanismo del crédito documentario.

Debido principalmente a las contribuciones y sugerencias de entidades bancarias de diversos países, estas reglas se perfeccionan periódicamente, con la intención de disminuir o eliminar las posibles incertidumbres, dudas o desaciertos que podrían presentarse durante su aplicación.

A pesar de las frecuentes revisiones, siempre estuvieron presentes situaciones no contempladas en el texto o difíciles de solucionar con la reglamentación que estaba vigente. Tales eran los entrabes que, utilizando las RUU en su versión 500 (*Brochure 500*), aproximadamente el setenta por ciento

54 En ese sentido: MAYA, Rômulo. Da natureza jurídica do crédito documentário confirmado e irrevogável. In: *Revista forense*, vol. 249, p. 411; BAPTISTA, Luiz Olavo. O crédito documentário. In: *Revista de Direito Público* N° 63, p. 233. Martins considera a esta figura como: “[o] instituto autônomo, inconfundível com qualquer outro existente em qualquer ordenamento nacional”. (MARTINS, Ricardo José. Aspectos do crédito documentário. In: *Revista de Direito Mercantil, industrial, económico e financeiro* N° 110, p. 137).

55 ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*, p. 127.

56 SIERRALTA, Anibal. *Operaciones de Credito Documentario*, p. 53.

57 CARVALHO de MENDONÇA, José Javier. *Tratado de direito comercial brasileiro*, Livro IV, p. 221.

58 MAGALHÃES, José Carlos de y TAVOLARO, Agostinho Tofolli. Fontes do Direito do comércio internacional: a *lex mercatoria*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais*, p. 63.

59 ALMANZA TORRES, Dennis José. *Comercio Internacional & Crédito Documentário*, p. 144.



de los documentos presentados en esta operación eran rechazados en la primera presentación debido principalmente a la falta de concordancia entre estos y lo estipulado en la carta de crédito.

Frente a esta situación, se hizo imprescindible una última revisión a fin de mantener esta figura como medio de pago reconocido en el comercio internacional. La CCI encargó esta labor a la Comisión de Técnicas y Prácticas Bancarias, y recomendó tener en consideración la evolución de diversos sectores de la sociedad, entre ellos el financiero, el de transportes y los seguros; además de revisar el estilo y el lenguaje con el que este documento fue redactado. Con ello se buscó facilitar su comprensión y disminuir los problemas, producto de su aplicación.<sup>60</sup>

Luego de casi tres años de labor de la CCI, en abril de 2006, se aprobó la *Brochure 600*, que entró en vigencia en julio del año 2007. Esta nueva reglamentación consiguió reducir de 49 para 39 la cantidad de artículos que orientan las negociaciones realizadas al amparo de la carta de crédito.<sup>61</sup> La reducción se debió principalmente a la eliminación de situaciones repetitivas y en algunas situaciones, innecesarias. Asimismo, importantes alteraciones fueron agregadas, como la introducción de artículos que contenían definiciones e interpretaciones.

Estas modificaciones permiten a los participantes de la negociación, elucidaciones definitivas respecto a la carta de crédito, contrariamente a lo que sucedía con las reglas anteriores, las cuales permitían que se realice una interpretación ambigua de algunos artículos, lo que creó situaciones perjudiciales a la negociación.

Si bien la función principal de esta figura es otorgar seguridad a las partes y disminuir los riesgos en las transacciones comerciales, también trae una función financiera.<sup>62</sup> Esta función, bastante útil y necesaria en la actualidad consiste en servir como medio de pago y como instrumento de financiación.

Otras de las principales expresiones de los usos y prácticas en el comercio internacional, constituyen sin lugar a duda los *Incoterms*, estos Términos Comerciales Internacionales (*International Commercial Terms*), fueron publicados en 1936 por la CCI con la finalidad de padronizar expresiones mercantiles utilizadas por los comerciantes, de forma a evitar mal entendidos, desacuerdos y cualquier otra situación que pudiera dificultar la concretización de una transacción comercial.<sup>63</sup>

Los *Incoterms*, son considerados actualmente “un conjunto de normas para la interpretación de terminologías con el fin de realizar una negociación internacional entre un comprador y un vendedor de bienes y servicios”.<sup>64</sup>

Estas reglas tienen la función de definir los deberes y obligaciones asumidos por el importador y por el exportador en una operación comercial internacional. En cada transacción comercial realizada cada término determina de forma clara el momento en que las obligaciones son transferidas del exportador al importador, de esta manera no cabe más la posibilidad de una interpretación errónea o diferente de

60 Cfr. Câmara de Comércio Internacional. *Costumes e Práticas Uniformes da CCI relativos aos Créditos Documentários* versão. 2007, p. 3

61 ALMANZA TORRES, Dennis José. *Comercio Internacional e Crédito Documentário*, p. 152.

62 SIERRALTA, Anibal. *Operaciones de Crédito Documentario*, p. 53.

63 BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*, p. 216-219.

64 GOULART, Monica Eghrari. *A convenção de Viena e os Incoterms*. *Revista dos Tribunais*, p. 73.



la declarada por las partes, lo que conlleva a una disminución de problemas de interpretación de las condiciones acordadas y a un incremento de la seguridad y efectividad de los negocios internacionales.<sup>65</sup>

Con la finalidad de adaptarse a los cambios ocurridos en las últimas décadas a consecuencia de la modernización de los transportes, de las operaciones de embarque, de los tipos de navíos, de los embalajes, del seguro, del movimiento de carga en los puertos y aeropuertos y principalmente por el propio incremento de las actividades exportadoras e importadoras, los *Incoterms* pasaron por siete revisiones; estas se realizaron en los años 1953, 1967, 1976, 1980, 1990, 2000 y 2010, siendo esta última la que entró en vigor en enero del año 2011.

La versión actual está formada por 11 términos agrupados en 4 grupos, estos son: (i) Grupo “E” Partida: EXW-*Ex Works*; (ii) Grupo “F” Transporte principal por cuenta y riesgo del comprador: FAS-*Free Alongside Ship*, FOB-*Free on Board*, FCA-*Free Carrier*; (iii) Grupo “C” Transporte principal por cuenta del vendedor: CFR-*Cost and Freight*, CIF-*Cost, Insurance and Freight*, CPT-*Carriage Paid to*, CIP-*Carriage and Insurance Paid to*; (iv) Grupo “D” Llegada: DAT-*Delivered at Terminal*, DAP-*Delivered at Place*, DDP-*Delivered Duty Paid*.<sup>66</sup>

Los *Incoterms* no actúan como leyes o normas impositivas, su utilización o adopción es resultado de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes, siendo que sus efectos solamente recaen entre las partes que participan del negocio jurídico. Consecuentemente, al ser “usos del comercio internacional”, deben compartir espacio con el resto de reglas y normas pertinentes.

### III. LA INTEGRACIÓN A LA LEGISLACIÓN BRASILEIRA DE LOS USOS Y COSTUMBRES COMERCIALES.

La integración de la nueva *lex mercatoria* (usos y prácticas comerciales) al ordenamiento jurídico brasileiro, se realiza a través del artículo 4 de la *Lei de Introdução ao Direito Brasileiro* (LINDB),<sup>67</sup> y por medio del artículo 113 del Código Civil.<sup>68</sup> De esta forma, la legislación considera los usos y costumbres fuentes formales del derecho, tanto en forma normativa – cuando la ley obliga a su aplicación, ya que constituye el contenido de una disposición legislativa que establece expresamente que en vista de ciertos supuestos descritos, correspondería su utilización –, como en forma interpretativa – para completar

65 TORRANO, Olavo Marchetti. *Incoterms – Termos Internacionais de Comercio*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues de. (Coord.) *Direito do Comercio Internacional*, p. 269. Asimismo, Goulart explica cuáles serían los principios jurídicos que orientan estos términos comerciales: (i) Las reglas de los *Incoterms*, buscan definir, con mayor precisión, las obligaciones de las partes; (ii) Estas reglas fueron establecidas considerando las prácticas más comunes del comercio internacional con el fin de poder ser adoptadas por el mayor número de contratantes; (iii) en el supuesto en el que los usos acusen divergencias notables con los anteriormente practicados, se mantiene el principio del precio estipulado en el contrato concluido con base en el último *Incoterm* revisado. (GOULART, Monica Eghrari. A convenção de Viena e os *Incoterms*. In: *Revista dos Tribunais*, nº 856, p. 74).

66 Al respecto se recomienda ver: DEL CARPIO, Rómulo Francisco Vera. *Carta de Credito e UCP 600 comentada*. p. 179-195.

67 En tal sentido, el artículo 4 de la LINDB señala: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”.

68 Por su parte el artículo 113 del CCB. explica: “Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.



las cláusulas dudosas u oscuras en los contratos, estando tácitamente consideradas como una parte integral del negocio.<sup>69</sup>

Igualmente la Ley Brasileira de Arbitraje (Ley 9.307/96), en su artículo segundo, autoriza a las partes a elegir el derecho aplicable al contrato materia del arbitraje, permite también la utilización de principios, reglas y usos y costumbres del comercio internacional.<sup>70</sup>

Finalmente, la ley que regula el Registro Público de las Sociedades Mercantiles y las Actividades Conexas (Ley 8.934/94), en su artículo octavo, VI; y su reglamento, el Decreto N° 1.800/96, establecen que las Juntas de Comercio son responsables por el asentamiento de los usos y prácticas comerciales.<sup>71</sup>

Cabe indicar que, a pesar de ser esta una obligación de las *Juntas Comerciáis*, esto no quiere decir que sólo los usos y prácticas que las *Juntas* consideran tendrán valor, pueden existir otras prácticas utilizadas por los comerciantes que no estén registradas, estas también se consideran fuentes subsidiarias del Derecho.<sup>72</sup>

Por otro lado, en ordenamientos jurídicos como el peruano por ejemplo, la valoración de los usos y costumbres se realiza con la certificación que otorgan las Cámaras de Comercio en base a los decretos supremos que aprueban sus estatutos, de esta manera estos organismos certifican cuales usos son locales. De igual forma, la integración de los usos y costumbres como fuentes del derecho se realiza principalmente guiados por lo establecido en los artículos 2<sup>o</sup><sup>73</sup> y 792<sup>74</sup> del Código de Comercio del Perú.<sup>75</sup>

Si bien, tanto la doctrina como las legislaciones nacionales establecen criterios de aplicación del derecho legislado y de los usos y costumbres en sus sistemas jurídicos, estos criterios, por su rigidez, en

69 LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O uso das cartas de crédito comerciais como instrumento de garantia. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, N° 15, p. 57. Cabe mencionar que el Código Comercial brasileiro derogado, contemplaba específicamente estas situaciones en los arts. 131 y 133, donde se hacía referencia a la posibilidad de reconocer la existencia de Institutos de Derecho Mercantil, originados a partir de las costumbres, siempre y cuando no existan restricciones al respecto. Así el artículo 131 indicaba: “Sendo necessário interpretar as cláusulas do contrato, a interpretação, além das regras sobreditas, será regulada sobre as seguintes bases: (...) 4 - o uso e prática geralmente observada no comércio nos casos da mesma natureza, e especialmente o costume do lugar onde o contrato deva ter execução, prevalecerá a qualquer inteligência em contrário que se pretenda dar às palavras”. En sentido similar el artículo 133 señala: “Omitindo-se na redação do contrato cláusulas necessárias à sua execução, deverá presumir-se que as partes se sujeitaram ao que é de uso e prática em tais casos entre os comerciantes, no lugar da execução do contrato”. (Código Comercial brasileiro de 1850).

70 Al respecto el inciso segundo del mencionado artículo señala: “Poderão também as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais do comércio”. (Lei de Arbitragem 9.307/96).

71 REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. Vol. 1, p. 55.

72 BERTOLDI, Marcelo y RIBEIRO, Márcia Carla. *Curso Avançado de Direito Comercial* 5 ed. rev. e atual., p. 48.

73 Artículo 2.- Régimen jurídico del acto de comercio.

Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código, se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza; y a falta de ambas reglas, por las del derecho común.

74 Artículo 792.- Valuación de bienes en país extranjero.

Si la valuación de las cosas aseguradas hubiere de hacerse en país extranjero, se observarán las leyes, usos y costumbres del lugar en que haya de realizarse, sin perjuicio de someterse a las prescripciones de este Código para la comprobación de los hechos

75 MONTOYA MANFREDI, U. *Derecho Comercial*, p. 32,33.



ocasiones otorgan soluciones injustas y equivocadas en relación a los problemas que buscan resolver,<sup>76</sup> razón por la cual, estando frente a una pluralidad de fuentes del Derecho Comercial, los criterios de aplicación deben estar orientados a buscar soluciones concretas. Al respecto Ascarelli explica:

Princípios [gerais e casuísticos] e institutos devem ser entendidos no seu real alcance, cumprindo descobrir, debaixo do necessário tecnicismo das teorias dogmáticas, o sentido econômico e social; os casos particulares, há que resolvê-los consoante uma orientação e um princípio de caráter geral e consoante.<sup>77</sup>

#### IV. CUESTIONAMIENTOS A LA NUEVA *LEX MERCATORIA* COMO CONJUNTO DE REGLAS QUE REGULAN LA ACTIVIDAD COMERCIAL.

Actualmente la *nueva lex mercatoria*, se consagra como un derecho transnacional de los negocios. Este ordenamiento,<sup>78</sup> definido como “o conjunto de procedimientos que possibilita adequadas soluções para as expectativas do comércio em geral e do comercio internacional em particular, sem conexões necessárias com os sistemas nacionais e de forma jurídicamente eficaz”,<sup>79</sup> está formado por un conjunto de normas elaboradas por diversas entidades privadas y organizaciones internacionales, cláusulas, contratos tipo y decisiones arbitrales; que actúan sin relación con algún ordenamiento jurídico estatal.<sup>80</sup>

La falta de conexión *strictu sensu*, entre el Estado y las reglas particulares es materia de bastante discusión y crítica, pues, en principio, resulta difícil determinar el tipo de relación y la jerarquía que existiría entre el derecho común y la *lex mercatoria*.<sup>81</sup>

Otros cuestionamientos que discuten la preeminencia de la nueva *lex mercatoria* como fuente del derecho, giran en torno a tres aspectos:

76 Este problema ya fue advertido por Ascarelli, cuando afirmaba: “A tarefa da interpretação não pode ser substituída pelo continuo recurso à obra legislativa, que perde o seu caráter quando chega a ficar hipertrófica, ou quando perigosamente passa a exercitar uma função interpretativa que é ao contrario, privativa da jurisprudência auxiliada pela doutrina, do juiz auxiliado pelos advogados”. (ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*, p. 220).

77 ASCARELLI, Tullio. *Panorama do direito comercial*, 219.

78 Baptista utiliza esta denominación para referirse a la *Lex Mercatoria*, basado en la definición de ordenamiento jurídico propuesta por Bobbio. (BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*, p. 64).

79 STRENGER, Irineu. *Direito do comércio internacional e lex-mercatoria*. p. 78,145. Las definiciones atribuidas a la *Lex mercatória* son variadas, así, Magalhães y Tavalora explican “Segundo Goldman (...) é um conjunto de princípios e regras costumeiras, espontaneamente referidos ou elaborados no quadro do comercio internacional, sem referencia a um sistema particular de lei nacional. Schmitthoff a considera como princípios comuns de leis relacionados aos negócios comerciais internacionais, ou regras uniformes aceitas por todos os países; Langen a considera como regras do jogo do comercio internacional; enquanto Goldstajn a identifica como o corpo de normas que regem as relações internacionais de natureza de direito privado, envolvendo diferentes países”. (MAGALHÃES, José Carlos de y TAVOLARO, Agostinho Tofolli. *Fontes do Direito do comércio internacional: a lex mercatoria*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais*, p. 61)

80 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A nova *Lex mercatoria* como fonte do Direito do comércio internacional: um paralelo entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde. In: FIORATI, Jete Jane y MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Novas vertentes do Direito do comércio internacional*, p. 187; ver también: BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*, p. 63; HESPANHA, Antonio Manuel. *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*, p. 96. No debe desconsiderarse la observación de Galgano, quien, con base en el origen de estas reglas afirma: “La actual *lex mercatoria*, aunque dotada de algunos elementos de significativa originalidad, puede todavía considerarse como preponderante expresión de la civilización jurídica occidental. Pero esta marca de origen actual refleja el predominio hoy vigente de las empresas occidentales y de los valores culturales que ellas llevan consigo y difunden en el mundo”. GALGANO, Francesco. *La globalización en el espejo del derecho*, p. 46.

81 HESPANHA, Antonio Manuel. *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*, p. 97.



(i) La *lex mercatoria* no es una ley pues carece de base metodológica y de un sistema legal que la soporte. Asimismo no cuenta con una autoridad estatal que obligue al cumplimiento de sus preceptos;

(ii) es vaga, incompleta e incoherente, pues solo un número reducido de principios generales comunes se extienden a los sistemas jurídicos predominantes en el mundo entero;

(iii) la flexibilidad de la *lex mercatoria* permitiría la emisión de decisiones diferentes para cada caso en particular, a pesar de que los casos sean semejantes.<sup>82</sup>

En sentido similar, Cadena Afanador<sup>83</sup> hace referencia a críticas enfocadas, tanto en su estructura, cuanto en su formación, validez y relacionamiento. En principio, el autor colombiano explica que se critica su generalización e imprevisibilidad, pues se cree que este ordenamiento es amplio, vago y general, lo que ocasiona, al momento de ser aplicado, imprevisibilidad jurídica.

Asimismo, autores afirman que no existiría una *lex mercatoria*, sino islotes de *lex mercatoria*, por lo cual, este sería insuficiente y poco efectivo, restringiendo su desarrollo futuro y su operatividad.

Su universalidad también es discutida, pues está sería dependiente de la tolerancia de los Estados hacia ella y estaría limitada por la geografía, siendo por lo tanto su universalidad y transnacionalidad, solamente un deseo de sus creadores y aplicadores.

Su legitimidad sería relativa, ya que la *lex mercatoria* obedece a intereses y necesidades específicas de un grupo social – la *Societas mercatorum* – la misma pretende crear una normatividad y un aparato jurisdiccional a su servicio, desplazando el derecho nacional.

Se afirma también que la *lex mercatoria* presenta fragilidad teórica en razón de que no se guía por ningún canon básico del estudio científico – jurídico.

La *lex mercatoria* no es autónoma pues es necesario que sea aceptada por el Estado, en consecuencia, tendría una función netamente supletiva al servir de orientación a los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales.

Así, la aceptación de la *nueva lex mercatoria* como derecho autónomo, desvinculado de las funciones estatales, no es nada pacífica,<sup>84</sup> autores como Hespanha afirman que “Este desenho não corresponde a uma justiça consensual e estabilizadora, mas antes a uma justiça corporativa e egoísta, cega (ou mesmo irritante) em relação aos interesses mais gerais, responsáveis pela estabilização das relações comunitárias”,<sup>85</sup> por lo tanto, existiendo un conflicto entre normas jurídicas deberían de prevalecer las

82 MAGALHÃES, José Carlos de y TAVOLARO, Agostinho Tofolli. Fontes do Direito do comércio internacional: a *lex mercatoria*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais*, p. 65.

83 CADENA AFANADOR, Walter René. La Nueva Lex Mercatoria: Un caso pionero en la globalización del Derecho. In: *Papel político* N° 13, p. 106,107.

84 Al respecto Lorenzetti afirma: “Esta penetración en los Derechos nacionales produce tanto beneficios como grandes riesgos y problemas en relación a la soberanía nacional”. (LORENZETTI, Ricardo Luis. *Razonamiento Judicial. Fundamentos de Derecho Privado*, p. 46). En el mismo sentido ver: MAGALHÃES, José Carlos de y TAVOLARO, Agostinho Tofolli. Fontes do Direito do comércio internacional: a *lex mercatoria*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais*, p. 65. No obstante– Afirma Baptista – las críticas y el debate predominaban en la década del 80 del siglo pasado, actualmente esta idea es aceptada pacíficamente, pues no es necesario realizar un juicio de valor sobre este sistema, sino posicionarlo en su justa dimensión. (BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*, p. 63).

85 HESPANHA, Antonio Manuel. *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*, p. 99.



que presenten un mayor grado de validez, ello en razón al consenso que sirvió de base para su creación; pues – afirma Hespanha –, las normas que provienen de órganos democráticamente legitimados deben tener una consideración privilegiada de cara con otras normas cuya condición de validez no sea claramente determinada.<sup>86</sup>

En sentido similar, Mazzuoli explica: “há os que defendem a estrita vinculação da nova Lex mercatoria ao direito interno estatal, sob pena de se conceder parte da soberania do Estado às mãos invisíveis de uma inconstante comunidade de comerciantes, que faz a lei de acordo com suas conveniências e necessidades particulares”,<sup>87</sup> continúa el profesor Mazzuoli:

para a *Lex mercatoria* ser considerada um ‘sistema jurídico’, deve ser ela ‘positivada não só pela jurisprudência, mas também por tratados ou leis nacionais’. Um comercio internacional ‘com regras criadas diretamente pelos atores, sem conteúdo necessariamente jurídico, torna-se alvo de especulações político-econômicas e financeiras’.<sup>88</sup>

No obstante, otros autores afirman que este antiguo campo jurídico transnacional emergente, al ser aceptado y acatado por empresarios –generalmente internacionales –, no genera inseguridad o dilución conceptual, pues quienes la utilizan la conocen, identificándose con su campo de aplicación y su desarrollo.<sup>89</sup>

En ese sentido Baptista señala: “O caráter anacional da lex mercatória, ou sua classificação como direito interestatal parece predominar hoje, à revelia do pensamento positivista legalista de origem kelseniana, e é recebida como um ordenamento jurídico”.<sup>90</sup>

En sentido similar, haciendo referencia a este *nuevo derecho*, Lorenzetti explica:

la ley no surge de la práctica social nacional sino de las costumbres y la burocracia internacional, lo cual provoca tensiones profundas en el seno de las sociedades. En muchos casos, los ciudadanos las aceptan; en otros, las rechazan claramente y en muchos supuestos las ignoran. En definitiva, la eficacia de la ley depende exclusivamente del consenso social que alcance y no de la autoridad de la cual emana.<sup>91</sup>

Dentro de los resultados positivos atribuibles al surgimiento y consolidación de la nueva *lex mercatoria* –siguiendo a Cadena Afanador–, podemos destacar los siguientes: (i) Es uno de los principales

86 HESPANHA, Antonio Manuel. *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*, p. 142.

87 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A nova Lex mercatoria como fonte do Direito do comércio internacional: um paralelo entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde. In: FIORATI, Jete Jane y MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Novas vertentes do Direito do comércio internacional*, p. 221. En el mismo sentido Magalhães y Tavolaro explican: “os tribunais nacionais não a aceitam como corpo de leis alternativo a ser aplicado em um litigio. Acatando-a, estaria o Estado abdicando de parte de sua soberania em favor de mãos invisíveis de uma comunidade de mercadores em constantes mudanças”. (MAGALHÃES, José Carlos de y TAVOLARO, Agostinho Tofolli. *Fontes do Direito do comércio internacional: a lex mercatoria*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais*, p. 62).

88 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A nova Lex mercatoria como fonte do Direito do comércio internacional: um paralelo entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde. In: FIORATI, Jete Jane y MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Novas vertentes do Direito do comércio internacional*, p. 220.

89 Al respecto ver: CADENA AFANADOR, Walter René. La Nueva Lex Mercatoria: Un caso pionero en la globalización del Derecho. In: *Papel político* N° 13, p. 108.

90 BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*, p. 64.

91 LORENZETTI, Luis Ricardo. *Razonamiento judicial. Fundamentos de Derecho Privado*, p. 48,49.



esfuerzos para reacomodar las ciencias jurídicas a las transformaciones por las que viene atravesando el mundo entero. (ii) Proporciona una alternativa ágil y efectiva en contraposición con los complejos procedimientos de los derechos locales. (iii) Garantiza la prelación del principio de la autonomía de la voluntad en la contratación comercial y (iv) ofrece una vía para que las empresas corporativas dejen de tener como límite las fronteras del Estado, permitiendo su expansión.<sup>92</sup>

La nueva *lex mercatoria*, como proceso, se viene construyendo a través de la consolidación de principios generales del derecho, usos, costumbres, reglas y procedimientos que gobiernan las relaciones contractuales y comerciales a nivel global, los mismos que sirven como parámetros para la interpretación de los acuerdos comerciales, especialmente de los contratos.

Estos principios y reglas, por razones históricas y económicas están relacionados con la buena fe objetiva,<sup>93</sup> esta refuerza la preeminencia que mantiene la autonomía de la voluntad de las partes dentro de este conjunto de reglas.

De la buena fe objetiva derivan también reglas ampliamente utilizadas por los diversos organismos encargados de la regulación internacional en materia mercantil, especialmente los referidos a la prudencia y a la diligencia, entendidas estas no a partir del *bonus vir pater familiae*, sino a partir del comportamiento de un comerciante basado en su honestidad y en el conocimiento y respeto hacia reglas de lealtad profesional.<sup>94</sup>

La buena permite la objetivización de la conducta esperada por la otra parte, y consecuentemente aumenta el grado de certeza y previsibilidad presentes en el mercado.

Así, la nueva *lex mercatoria*, se viene consolidando como un sistema alterno, eficiente y dinámico que facilita el intercambio comercial, basado principalmente en el profesionalismo y la buena fe de los operadores comerciales. La autonomía de la que goza, es sumamente importante considerando el acelerado proceso de globalización comercial por el que se atraviesa y la reducida capacidad del derecho estatal para acompañar el desarrollo del comercio contemporáneo.

## V. APUNTES FINALES.

El crecimiento del proceso de internacionalización del comercio incide directamente en el derecho interno, afectando y alterándolo; es por ello que juristas promuevan “o reconocimiento de una autonomía comercial que supostamente pudiese crecer independientemente dos sistemas nacionais do Direito”.<sup>95</sup>

Las reglas utilizadas por los comerciantes y por los organismos que regulan internacionalmente la actividad mercantil, que hacen parte de la nueva *lex mercatoria*, como los *Incoterms*, o las *Reglas y Usos Uniformes relativos al Crédito Documentario*, son innovaciones jurídicas creadas por los propios operadores del tráfico comercial. Estas, a su vez, por su reiterada utilización, pareciere han conseguido

92 CADENA AFANADOR, Walter René. La Nueva Lex Mercatoria: Un caso pionero en la globalización del Derecho. In: *Papel político* N° 13, p. 112,113.

93 CARBONELL O´ BRIEN, Esteban. *Elementos de Derecho Comercial*, p. 7

94 BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*, p. 68.

95 STRENGER, Irineu, *Direito do Comercio Internacional e lex mercatória*, p, 62.



armonizarse dejando de lado tecnicismos e idiosincrasias jurídicas desplazando al derecho positivo, en lo que estos regulan.

La *nueva lex mercatoria*, como institución informal que busca reducir los costos de transacción, a pesar de sus críticas, surge como una alternativa jurídica que pretende otorgar respuestas a determinados retos que surgen en la actualidad para el derecho de los negocios, el cual actúa en un entorno ampliamente calado por la globalización e interdependencia. Asimismo, la aplicación de estas reglas que se adecuan de manera más eficiente al comercio, representa la aplicación del teorema de Coase: “facilitam-se soluções mais eficientes e afastadas do direito estatal”.<sup>96</sup>

Finalmente – como explica Forgioni –, los usos y costumbres “geram legítimas expectativas de atuação, probabilidades de comportamento; presume-se que as partes comportar-se-ão de acordo com o modelo usual, de maneira que cada agente é capaz de planejar sua jogada (...) com maior margem de segurança”.<sup>97</sup>

## REFERENCIAS

ABRÃO, Nelson. *Direito Bancário*, 6 ed. rev. atual. y ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.

ALMANZA TORRES, Dennis J. *Comercio internacional e crédito documentario*. Curitiba: Jurua, 2012.

ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. *Codificação e não codificação: do paradigma moderno ao direito de empresa*. Dissertação de Mestrado PPGD – UFPR, Curitiba, 2014.

ARAUJO, Nadia de. Uma visão econômica do Direito Internacional Privado: Contratos Internacionais e Autonomia da Vontade. In: TIMM, Luciano. *Direito e Economia no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 433-444.

ASCARELLI, Tullio, *Panorama do direito comercial*. São Paulo: Saraiva e Cia., 1947.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos internacionais*. São Paulo: Lex editora, 2010.

BERTOLDI, Marcelo M. y RIBEIRO, Márcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos tribunais, 2009.

BLANCO CONSTANS, Francisco. *Estudios elementales de Derecho Mercantil*. Madrid: Hijos de Reus Editores, 1910.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos Mercantis*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

CADENA AFANADOR, Walter René. La nueva *Lex Mercatoria*: Un caso pionero en la globalización del derecho. In: *Revista Papel Político*. Bogotá: Universidad Javeriana: Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales. n° 13, p. 101 – 114, oct. 2001.

96 ARAUJO, Nadia de. Uma visão econômica do Direito Internacional Privado: Contratos Internacionais e Autonomia da Vontade. In: TIMM, Luciano. *Direito e Economia no Brasil*, p. 441.

97 FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos contratos empresariais*, p. 117,118.



CARBONELL O'BRIEN, Esteban. *Elementos de Derecho Comercial*. Lima: Legales Ediciones, 2015.

CARVALHO de MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*, Livro IV, 6 ed. v. VI, Rio de Janeiro: Freitas Bastos S.A.

COMPARATO, Fabio Konder. *A civilização capitalista*. São Paulo: Saraiva, 2013.

DE SOLÁ CAÑIZARES, Felipe. *Tratado de Derecho Comercial Comparado*. Tomo I. Barcelona: Montaner y simón S.A., 1963.

FIORATI, Jete Jane. *Direito do Comercio Internacional*. São Paulo: UNESP, 2006.

FORGIONI, Paula A. *Teoria Geral dos Contratos Empresariais*. 2º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GALGANO, Francesco. *La globalización en el espejo del derecho*. 1º ed. Santa fe: Rubinzal- Culzoni, 2005.

GALGANO, Francesco. Lex Mercatoria. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, econômico e financeiro*. Vol. 29, Año XLII, jan/mar. 2009, p. 225-228.

GARO, Francisco J. *Derecho Comercial parte general*. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1955.

GOULART, Monica Eghrari. A convenção de Viena e os *Incoterms*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, año 96, n.856, p.67-91, fev. 2007.

HEINSHEIMER, Karl. *Derecho Mercantil*. Barcelona: Editorial Labor S.A., 1933.

HESPANHA, Antonio Manuel. *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*. São Paulo: Annablume, 2013.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. O uso das cartas de crédito comerciais como instrumento de garantia. In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 15, p. 51 – 67, 1974.

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Razonamiento Judicial. Fundamentos de Derecho Privado*. Lima: Grijley, 2006.

MAGALHÃES, José Carlos de e TAVOLARO, Agostinho Tofolli. Fontes do direito do comércio internacional: a *Lex Mercatoria*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. *Direito do comércio internacional. Aspectos fundamentais*. 2 ed. rev. e atual. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 57-68.

MALAGARRIGA, Carlos C. *Tratado elemental de Derecho Comercial*. Buenos Aires: Tipográfica Editora Argentina, 1951.

MARZORATI, Oswaldo. *Derecho de los negocios internacionales*. Buenos Aires: Astrea, 1997.



MAZZUOLI, Valério de Oliveira. A nova *Lex Mercatoria* como fonte do direito do comércio internacional: um paralelo entre as concepções de Berthold Goldman e Paul Lagarde. In: FIORATI, Jete Jane y MAZZUOLI, Valério de Oliveira. (Coord.) *Novas vertentes do direito do comercio internacional*. São Paulo: Manole, 2003 p. 185 – 223.

MEDINA VERGARA, Jairo. *Derecho Comercial*. 5º ed. Bogotá: Editorial Temis S.A., 2013.

MELO, Jairo Silva. *Contratos Internacionais e cláusulas hardship*. São Paulo: Aduaneiras, 1999.

MONTOYA MANFREDI, Ulises. *Derecho Comercial*. Tomo I, Parte General, Derecho de Sociedades, Derecho Concursal, Derecho del Consumidor, Derecho de la Competencia. Lima: Grijley, 2004.

NORTH, Douglass C. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1993.

OLAVARRIA AVILA, Julio. *Manual de Derecho Comercial*. Santiago de Chile: Editorial jurídica de Chile, 1950.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*, 14 ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALOMÃO NETO, Eduardo. As operações de crédito documentário, as cartas de crédito e as *comfort letters*. In: *Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro*. São Paulo: Malheiros, nº 123, año XL, p. 23 - 40, jul./set. 1998.

SCHMIDT, Karsten. *Derecho Comercial*. Buenos Aires: Astrea, 1997.

SIERRALTA, Aníbal. *Contratos de Comercio Internacional*. 5 ed. Lima: PUCP, 2007.

SIERRALTA, Anibal. *Operaciones de Credito Documentario*, 2ed. Bogota: Temis, 2004.

STRENGER, Irineu. *Direito do comercio internacional e lex mercatoria*. São Paulo: LTR, 1996.

SZTAJN, Rachel. Codificação, decodificação, recodificação: a empresa no Código Civil Brasileiro. In: *Revista de Direito Mercantil, Industrial, econômico e financeiro*, Nº 143, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 11-20.

TORRANO, Olavo Marchetti. *Incoterms – Termos Internacionais de Comercio*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues de (Coord.). *Direito do Comercio Internacional*. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 269-275.

URÍA, Rodrigo, *Derecho mercantil*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. O futuro do direito comercial no Brasil. In: *Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro*, vol. 49. nº 153/154, São Paulo: Malheiros, jan/jul 2010, p. 16-23.





**O DEVER DE MITIGAÇÃO  
DE PERDAS EM CONTRATOS  
DE COMPRA E VENDA  
INTERNACIONAL DE  
MERCADORIAS**

*Guilherme Stadler Penteado  
Frederico Eduardo Zenedin Glitz*



## O DEVER DE MITIGAÇÃO DE PERDAS EM CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS

### DUTY TO MITIGATE THE LOSS IN CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS

*Guilherme Stadler Penteado<sup>1</sup>*

*Frederico Eduardo Zenedin Glitz<sup>2</sup>*

**RESUMO:** Este artigo comparou o dever de mitigar danos sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro com o *duty to mitigate the loss* da Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1980 (CISG), que opera por debaixo do *princípio da interpretação uniforme*, que é, na prática, uma tentativa de utilizar a mesma interpretação de quaisquer conceitos da CISG onde quer que esta seja utilizada, de modo que aplicar o conceito nacional símile em situações onde aplica-se a CISG, ou vice-versa, é desfavorável. Após esmiuçados os dois conceitos supracitados, e depois de analisar julgados brasileiros onde aplicados, ficaram escancaradas as diferenças entre os dois e, apesar do singelo número de decisões encontradas por intermédio de criteriosa busca, notou-se grave confusão entre o conceito nacional e o internacional do *duty to mitigate the loss*, botando em xeque a devida aplicação da CISG.

**PALAVRAS-CHAVE:** CISG; compra e venda internacional; dever de mitigar a própria perda; interpretação uniforme.

**ABSTRACT:** This article compared the duty to mitigate the loss under the Brazilian body of law with the same concept from the 1980 United Nations Convention for the International Sale of Goods (CISG), which functions under the principle of uniform interpretation, which is, in practice, an attempt to utilize the same interpretation of the CISG concepts wherever it is used, so that using the similar national concept on situations where the CISG applies, or vice-versa, is unfavorable. After the break down of both aforementioned concepts, and after analyzing Brazilian decisions where those were applied, the differences between them became wide open, and despite the small number of decisions found under

1 Advogado. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba. Pós-graduado em Direito Contratual pelo Centro Universitário Curitiba. E-mail: guilherme@megerpenteado.adv.br.

2 Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2011). Mestre em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná (2005). Especialista em Direito dos Negócios Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina (2003). Especialista em Direito Empresarial pelo Instituto de Ciências Sociais do Paraná (2002). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná (2000). Professor titular da UNOCHAPECÓ e da UNICURITIBA. Professor do Programa de Mestrado em Direito da UNOCHAPECÓ. Coordenador dos Cursos de Especialização em Direito Civil e Processo Civil. do curso de Especialização em Direito de família; do curso de Especialização em Imobiliário e do curso de Especialização em Direito Contratual do UNICURITIBA. Membro do Conselho Editorial de vários periódicos especializados nacionais e internacionais. Autor de diversos livros e artigos especializados, publicados no Brasil e no exterior. Componente da lista de árbitros da Câmara de Arbitragem e Mediação da Federação das Indústrias do Paraná (CAMFIEP) e da Câmara de Mediação e Arbitragem do Brasil (CAMEDIARB). Atualmente desenvolve pesquisas nos seguintes temas: cidadania, atores internacionais, atores privados e regulação internacional, contratos internacionais. E-mail: Frederico@fredericoglitz.adv.br



careful search, it was noted a severe confusion between the Brazilian national and international concepts of the duty to mitigate the loss, threatening the accurate use of the CISG.

**KEYWORDS:** CISG; international sale of goods; duty to mitigate the loss; uniform interpretation.

**SUMÁRIO:** 1 INTRODUÇÃO; 2 OS DOIS CONCEITOS; 2.1 O DUTY TO MITIGATE THE LOSS SOB O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO; 2.2 O DUTY TO MITIGATE THE LOSS DA CISG; 3 ANÁLISE DE CASOS JULGADOS POR CORTES BRASILEIRAS; 3.1 A INTERPRETAÇÃO GAÚCHA; 3.2 A INTERPRETAÇÃO PAULISTA; CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS

## 1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo a análise das decisões prolatadas por Tribunais brasileiros em que foi aplicado o instituto do *duty to mitigate the loss* a litígios cujo mérito versava sobre contratos não-consumeristas de compra e venda de bens móveis. Este recorte se justifica, de início, pela tentativa de comparação entre a forma de abordagem da Convenção de Viena sobre compra e venda internacional de mercadorias (“Convenção”; ou “CISG”, abreviatura do título inglês do instrumento legal – ambas as terminologias utilizadas ao longo deste artigo) e a jurisprudência brasileira.

Embora enxuta a quantia de acórdãos que se encaixam neste estreito rol de requisitos, sua análise crítica é necessária, vez que, em abril de 2014, ingressou no ordenamento jurídico do Brasil a Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1980.

Para que atinja seu plano máximo de unificação, é imprescindível a aplicação uniforme dos dispositivos da CISG em todos os Estados signatários. Em nossa nação, não pode ser diferente. É justamente isso que justifica a compreensão da aplicação do instituto, ainda que em contratos nacionais e a verificação de eventual variação à brasileira de seu entendimento.

A escolha pelo tema “*duty to mitigate the loss*”, que é a imposição ao credor de uma atribuição de evitar o agravamento de seus próprios prejuízos, ocorreu porque é instituto já introduzido no Brasil em 2004 por Vera Jacob de Fradera (2004), por meio do artigo “*Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo?*”, em que foi traçada a primeira tentativa de incorporar, no sistema brasileiro de normas legais, as noções do tema aqui abordado.

A empreitada foi bem-sucedida e, eventualmente, solidificada por meio do Enunciado nº 169 da III Jornada de Direito Civil: “*Art. 422: O princípio da boa-fé objetiva deve levar o credor a evitar o agravamento do próprio prejuízo*”.

Não só isso, mas há também um precedente do Superior Tribunal de Justiça que utiliza o conceito na resolução do Recurso Especial nº 758.518<sup>3</sup>, o que serviu para fomentar ainda mais a discussão iniciada outrora.

3 < <http://bit.ly/2cTnJgL>>. Acesso em agosto de 2016.

Diante desta já antiga discussão sobre o conceito, a introdução da CISG causa um interessante fenômeno: o mesmo termo, “*duty to mitigate the loss*”, passa a ter dois significados quando usado no Brasil.

De um lado, é aquele nacional, derivado do artigo 422 do Código Civil Brasileiro (CCB). Mas, quando se trata de um contrato internacional de compra e venda de mercadorias, muda por completo toda a heurística a ser utilizada para resolução do litígio, pois a base passa a ser a Convenção de Viena e toda a carga teórica e jurisprudencial que vem por trás dela. Então, para evitar que o jurista brasileiro aplique o *duty to mitigate the loss* “brasileiro” aos casos onde a lei de mérito é a Convenção, este trabalho intenciona diferenciar aquilo que se produziu até então no Brasil daquilo que entrou em vigor em 2014, junto com a CISG.

O método foi analisar as decisões já prolatadas por nossos Tribunais e compará-las com uma gama de trabalhos acadêmicos realizados por alguns países signatários ao longo dos 35 anos em que a Convenção existe.

Para chegar a tais decisões, foi usado dos sistemas de buscas fornecidos por alguns dos Tribunais de Justiça brasileiros, em que foi feita a busca por meio de dois verbetes: “*duty to mitigate the loss*” e “dever de mitigar os danos”, sempre procurando utilizar pequenas variações destas mesmas duas orações, e abusando dos recursos dos respectivos buscadores para potencializar os resultados. O período de busca foi de 2004, termo inicial escolhido por ter sido neste ano que Fradera publicou seu artigo supracitado, até agosto de 2016, mês em que foi finalizada esta versão do artigo.

A pesquisa foi feita em sete locais: o Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal, e os Tribunais de Justiça de São Paulo, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul e Paraná. Os dois de última instância foram escolhidos por razões óbvias de uniformização de jurisprudência, os outros cinco porque, segundo o Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior<sup>4</sup>, apresentaram altos índices de exportação no ano de 2015, indicativo de serem os Tribunais destes estados bons candidatos a terem julgado alguma ação cujo mérito envolva a CISG.

Nas buscas, também foi utilizado o verbete “Enunciado nº 169”, em diversas formas, empreitada de veras inexitosa, porque não raro os julgadores usam a redação “enunciado da súmula nº 169 do Superior Tribunal de Justiça”, frase captada pelos algoritmos de busca e que nada tem a ver com o Enunciado em comento neste trabalho.

Através deste método, centenas de decisões foram encontradas, mas tão somente duas tratam do dever de mitigar os danos em contratos de compra e venda de mercadorias. Coincidentemente, estas duas decisões constam em páginas da *internet* cuja função é indexar decisões de cortes de Estados e tribunais arbitrais referentes à CISG, tal como na *database* da Universidade de Pace<sup>5</sup>, no UNILEX<sup>6</sup>, no

4 Os dados consolidados da Balança Comercial Brasileira estão disponíveis em: <<http://www.mdic.gov.br/>>. Acesso em agosto de 2016.

5 <<http://cisgw3.law.pace.edu/#cases>>. Acesso em agosto de 2016.

6 <<http://www.unilex.info/>>. Acesso em agosto de 2016.



CLOUT<sup>7</sup> e no CISG-Online<sup>8</sup>. Também constam no *site* brasileiro CISG-Brasil.<sup>9</sup>

Cabe apontar que, nestes *sites*, também são encontradas outras decisões proferidas por cortes brasileiras, que abordaram algum aspecto da CISG. Estas decisões não serão estudadas aqui, pelo mero fato de não tratarem do *duty to mitigate the loss*.

O pequeníssimo rol de casos não deve desmotivar o leitor, eis que, ainda que poucos, já é possível extrair destes dois casos situações que chamam a atenção, pois foram cometidos erros que não devem ser repetidos.

Quanto à estrutura, em um primeiro momento, no capítulo “Os dois conceitos”, tratamos do *duty to mitigate the loss* em suas duas maneiras de ser – sua faceta nacional, conforme incorporado em nosso ordenamento após os esforços de estudiosos, e depois, nos enveredamos pelo conceito da CISG – portanto internacional – do dever de mitigar os danos, já fazendo uma análise crítica e apontando diferenças para com a versão brasileira do instituto.

A intenção é introduzir o instituto do *duty to mitigate the loss* ao leitor que se depara com o tema pela primeira vez, ou refrescar a memória de quem já o conhece, a fim de tornar mais clara a leitura e análise do próximo capítulo, “Os casos brasileiros”, composto por dois subcapítulos, cada um dedicado a uma das duas decisões que encontramos usando o método acima descrito.

Com este método de pesquisa, e com esta estruturação, procuramos verificar se há risco de o conceito de *duty to mitigate the loss* até então usado no Brasil pode representar algum risco para a justa aplicação da CISG.

## 2 OS DOIS CONCEITOS

O primeiro passo num trabalho que aborda duas mesmas vertentes acerca de um assunto é diferenciá-las. É o que faremos neste capítulo, a começar pelo *duty to mitigate the loss* como abordado pelos estudiosos brasileiros.

O leitor deve manter em mente que, no cenário nacional, o dever de mitigar as próprias perdas é aplicado tanto a obrigações derivadas de contrato quanto a casos de responsabilidade civil aquiliana.

Além disso, uma ressalva deve ser feita no sentido de que a comparação do conteúdo da CISG com conceitos de uma nação não é nada incentivada. Ao contrário, como ensinam Huber e Mullis (2007, p. 7), “*deve ser dado um ‘significado-CISG’, baseado na estrutura e nas políticas subjacentes da Convenção bem como no histórico de seu esboço e negociação*”.

7 < <http://www.uncitral.org/clout/index.jsp> >. Acesso em agosto de 2016.

8 < <http://globalsaleslaw.org/index.cfm?pageID=28> >. Acesso em agosto de 2016.

9 < <http://www.cisg-brasil.net/casos> >. Acesso em agosto de 2016.



## 2.1 O *DUTY TO MITIGATE THE LOSS* SOB O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Quando se trata do tema central deste artigo, a grande maioria dos trabalhos feitos, ao menos aqueles que tivemos a oportunidade de pesquisar, se dignam a responder às seguintes perguntas, de maneira sucessiva: é necessário incorporar no direito brasileiro tal imposição ao credor? Se sim, sob quais fundamentos?

A precursora Vera Jacob de Fradera, que bem analisa o *duty to mitigate the loss* da CISG, discorre sobre o tema com base não só na própria Convenção, mas também na doutrina europeia. Como consequência, vê como fundamentos deste encargo imposto ao credor a boa-fé objetiva e também o *venire contra factum proprium* (2004).

Fradera (2004) vê como um *dever acessório* a não-inércia do credor diante de prejuízo. Este dever não é exequível e é baseado nos conceitos de *Obliegenheit* do Direito alemão (todo o rol de “*obrigações anexas, os ônus ou incumbências e os deveres para consigo mesmo*”, ou seja, “*obrigações de pequeno porte*”) e de *incombance*, do Direito suíço, também utilizado pela jurisprudência francesa (“*cujo sentido é o de pesar, onerar*”, uma “*incumbência*”).

Ambos são derivados da boa-fé objetiva, podendo ser esta o fulcro do *duty to mitigate the loss* também no Brasil, pois nosso Código Civil exige dos contratantes, em seu artigo 422, uma postura condizente com a boa-fé.<sup>10</sup> Então, a boa-fé objetiva daria às partes o dever de sempre interpretar o contrato de maneira cooperativa, sendo corolário desta prerrogativa a tomada de medidas necessárias para, dentre outros, diminuir o próprio dano.

A autora segue afirmando que, “*No âmbito do direito brasileiro, existe o recurso à invocação da violação do princípio da boa-fé objetiva, cuja natureza de cláusula geral, permite um tratamento individualizado de cada caso*” (FRADERA, 2004), tal como acontece na CISG (HUBER; MULLIS, 2007, p.90). O fato de todos os países envolvidos na construção do raciocínio da autora serem de *civil law* só facilitaria a incorporação.

Continua Fradera (2004) afirmando que a violação da boa-fé objetiva é, também, um abuso de direito. Mais precisamente, não tomar medidas para mitigar os danos é caso de *venire contra factum proprium*, onde os atos (ou a falta de atos) do titular de um direito são diretamente contrários ao conteúdo deste direito invocado. Logo, seria contraditório – e então vedado, por ferir a boa-fé objetiva – ficar inerte diante de prejuízos e, posteriormente, requerer indenização.

Flávio Tartuce (2005), por sua vez, alinha-se com Fradera:

[...] *duty to mitigate the loss* “representa muito bem a natureza do dever de colaboração, presente em todas as fases contratuais e decorrente do princípio da boa-fé objetiva e daquilo que consta do art. 422 do nCC [Código Civil de 2002]” [...] “mesmo se assim não fosse a responsabilidade objetiva estaria configurada pela presença do abuso de direito, previsto no art. 187 do Código Civil em vigor [...]” (TARTUCE, 2005)

<sup>10</sup> Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.

Alinham-se à esta ideia Frederico Glitz e Felipe Strassacapa (2017), os quais afirmam, sem margem para dúvida, que o *duty to mitigate the loss* “se relaciona diretamente com o princípio da boa-fé objetiva, mais especificamente com o dever anexo da cooperação”. (GLITZ; STRASSACAPA, 2017, p. 271).

Já Fernanda Sirotsky Scaletsky (2013) considera que a melhor maneira de recepcionar o instituto seria aplica-lo com o máximo de similaridades possíveis com a maneira que é usado quando operado sob a CISG.

Por este motivo, a autora também vê a boa-fé objetiva como a melhor maneira de agregar o *duty to mitigate the loss*, fundamento usado pela Convenção, sendo possível observá-lo como “um dever acessório advindo da boa-fé objetiva, tendo em vista que o legislador civil brasileiro adota uma concepção cooperativa do contrato”, concepção esta que “advém diretamente da boa-fé objetiva”. (SCALETSKY, 2013).

A boa-fé seria o melhor caminho, segundo a autora, também por ter sido essa a base usada pelo Superior Tribunal de Justiça quando julgou um Recurso Especial onde se versava sobre o dever de mitigar danos.<sup>11</sup> Quanto às consequências, da mesma forma que ensina Fradera (2004), Scaletsky (2013) afirma que a adoção de medidas razoáveis permite o reembolso das mesmas; e a não-adoção acarreta diminuição do valor da indenização. Ainda vai mais longe, ao dizer que a boa-fé objetiva também faz surgir o encargo de evitar o dano – não apenas mitigá-lo, traçando raciocínio que não é estranho aos trabalhos internacionais.<sup>12</sup> Então, o *duty to mitigate the loss* seria estendido, também, ao inadimplemento antecipado.<sup>13</sup>

Daniel Pires Novais Dias (2011), por outro lado, não acredita ser possível recepcionar o *duty to mitigate the loss* sob o viés do abuso de direito (aí incluso o *venire contra factum proprium*), pois não vê na inércia do credor em prejuízo “a aptidão para gerar no ofensor a confiança de que ela [a vítima] não mais iria pleitear reparação pela integralidade dos danos sofridos”, e também entende que este fenômeno de incorporação não cria no ordenamento brasileiro o mesmo sistema trazido da *common law*, porque não há no Direito pátrio uma lacuna propriamente dita para situações onde a parte lesada fica inerte perante o prejuízo que cresce.

Para Dias (2011), as consequências impostas pelo *duty to mitigate the loss* anglo-saxão não precisariam ser incorporadas, porque já constam no Código Civil, em seus artigos 402, 403, para responsabilidade contratual, e 945, para responsabilidade extracontratual, ou aquiliana.

11 Como sobredito, trata-se do Recurso Especial nº 758.518, de relatoria do Ministro Vasco Della Giustina. O voto afirma que a boa-fé objetiva, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro pelo Código Civil de 2002, “circunscreve os limites éticos das relações patrimoniais entre os contratantes”, obrigando as partes a agir, durante todo o contrato, com “probidade, cooperação e lealdade”. Apesar de usar com frequência o termo “dever”, correndo o risco de tornar o *duty to mitigate the loss* algo com aparência de exequível, indo na direção contrária da maioria das produções acadêmicas, fica clara a recepção do instituto pelo STJ, mesmo que em um só voto. Comentários mais substanciosos sobre este julgado serão deixados de lado, por tratar de uma mera promessa de compra e venda, além de versar sobre bem imóvel, escapando do escopo deste trabalho.

12 Para maiores detalhes, recomenda-se a leitura de: HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. 3. ed. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 260-263, onde o autor traz diversos exemplos de situações onde seria possível surgir a necessidade de mitigar os danos antes da concretização do inadimplemento, sem nunca deixar de lado o requisito da razoabilidade.

13 Para maiores detalhes sobre o inadimplemento antecipado, novidade trazida pela CISG, recomenda-se a leitura de: PENTEADO, Guilherme Stadler; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *Inadimplemento antecipado na Convenção de Viena de 1980 sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG): um novo desafio para o direito brasileiro?* In: Paulo Nalin; Renata C. Steiner; Luciana Pedrosa Xavier. (Org.). *Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Vigência, Aplicação e Operação da CISG no Brasil*. 1ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 347-364.

Todavia, sustenta não haver uma maneira clara de fazer, ou incentivar, a parte prejudicada mitigar seus próprios danos. Então, propõe que seja reconhecido um *encargo de evitar o próprio dano*, nova figura dogmática em que o credor não teria um dever de evitar seus prejuízos, mas, se o fizer, teria direito a ser reembolsado pelas medidas razoáveis que tomou; e se não fizesse, teria o valor da indenização reduzida na proporção dos danos que poderiam ter sido evitados. Dias (2011) refuta, entretanto, a ideia de dever, porque “*esta conduta [de mitigar os próprios danos] não é exigível*”, notadamente por dois motivos, o primeiro sendo o fato de que “*ela tem por finalidade a proteção principalmente dos seus próprios interesses, e, apenas reflexamente os do responsável*”, sendo o segundo motivo a ideia de que “*a consequência jurídica pela sua não adoção é a perda, total ou parcial, do direito à indenização pelos danos que poderia ter evitado sofrer*”, por estes motivos, prefere o termo *encargo*. (DIAS, 2011, p. 124).

Denise Pinheiro (2012), apesar de reconhecer existir a possibilidade de o credor ter de mitigar seus próprios prejuízos, crê que isto não derivaria de um novo instituto incorporado ao Direito brasileiro, visão parcialmente alinhada com a de Dias. Para a autora, “*estando no âmbito de caracterização do nexo de causalidade, esta construção é desnecessária, ao menos, para o sistema jurídico brasileiro*” (PINHEIRO, 2012, p. 9), pois a inexistência de nexo causal seria o bastante “*para afastar da obrigação indenizatória os danos que não foram causados pelo ofensor, seja por culpa da vítima ou por se tratar de um dano indireto ou remoto*.” (PINHEIRO, 2012, p. 9).

Pinheiro (2012), apoiada acima de tudo no artigo 945 do Código Civil, nota que, havendo ilicitude e dano, o nexo de causalidade serviria de baliza para quais danos foram causados pela ação do devedor, e quais foram causados pela inércia ou omissão do credor – estes últimos, excluídos da indenização, tornando desnecessário o uso de instituto estrangeiro incorporado. No máximo, propõe a adoção de um “*duty to mitigate the loss à brasileira*”.<sup>14</sup>

Este entendimento, deveras coerente, também estaria presente na clássica obra de Agostinho Alvim (1972), em que o autor não aborda diretamente o tema em tela (afinal, em 1949, quando publicada a primeira edição, sequer existia a CISG, ou, no Brasil, qualquer tentativa de incorporar o dever de mitigar os danos), mas conclui que o dano não seria indenizável por não ser dano direto.

Para Alvim, “*suposto certo dano, considera-se causa dêle a que lhe é próxima ou remota, mas, com relação a esta última, é mister que ela se ligue ao dano, diretamente*” (ALVIM, 1972, p. 356), portanto, só “*é indenizável todo o dano que se filia a uma causa, ainda que remota, desde que ela lhe seja causa necessária, por não existir outra que explique o mesmo dano*” (ALVIM, 1972, p. 356). Sob este ponto

14 Note o leitor que a autora não é a única a defender este pensar. A Apelação Cível nº 0158909-7, do Tribunal de Justiça do Paraná, de relatoria do Juiz Convocado Albino Jacomel Guérios, e que deu origem ao Recurso Especial citado na nota de rodapé nº 10 deste trabalho, também cita o nexo de causalidade como argumento cabível a retirar da indenização os danos causados (ou não-evitados) pelo próprio credor. A citação é pertinente, e bastante parecida com o texto de Denise Pinheiro, embora adstrita às relações de consumo, que é o caso da lide analisada pelo TJ-PR (e que a exclui de maiores análises neste trabalho): “*Ao lado do fundamento da boa-fé objetiva, um dos requisitos da própria responsabilidade civil, o nexo de causa e efeito, bastaria para justificar a imputação do agravamento à própria vítima, ao menos nas relações de consumo: a mesma razão que preside a culpa concorrente ou exclusiva da vítima na definição do dever de indenizar está presente no agravamento do dano. Também aqui há um dever de abstenção ou de agir, conforme o caso, para que os danos não desborem de uma ordem natural atrelada à respectiva causa originária, imputável ao ofensor*”. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/1449140/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-158909-7>> Acesso em agosto de 2016.

de vista, o dano à maior, causado pela desídia do próprio sofredor, não seria indenizável. No mesmo sentido, o já citado texto de Daniel Dias (2011, p. 105).

Como se pode notar, a justificava para a incorporação desta construção anglo-saxã em nosso ordenamento jurídico é nebulosa. Não há posicionamento comum e as decisões até então citadas (uma inevitabilidade, mesmo não sendo este o foco do trabalho) muitas vezes costumam misturar os diversos fundamentos até então apresentados.

Apesar da confusão, tanto o mais detalhista quanto o mais pragmático dos juristas não questiona o fato de estar presente entre nós a necessidade de o credor não cruzar os braços quando diante de um prejuízo causado por um ato ilícito do devedor. O *duty to mitigate the loss* existe – ainda que apoiado por diversas fundações, e com qualquer nome que lhe queira dar.

E, não esqueçamos, entrou em vigor no Brasil, em 2014, uma nova maneira de olhar o mesmo tema: o artigo 77 da Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias, cujos fundamentos passamos a analisar agora.

## 2.2 O DUTY TO MITIGATE THE LOSS DA CISG

Foi em 1980 que surgiu o texto da CISG, hoje mundialmente adotado e conhecido.<sup>15</sup> Antes disso, diversos esforços foram feitos a fim de unificar os contratos de compra e venda internacional de bens.<sup>16</sup> Muitas destas empreitadas, ainda que tenham fatalmente sido deixadas de lado, serviram de inspiração à CISG – notadamente quanto ao seu artigo 77, que versa sobre o *duty to mitigate the loss*<sup>17</sup>, sendo “*substancialmente o mesmo que o artigo 88 da ULIS*” (HONNOLD, p. 373).<sup>18</sup>

A própria Convenção já existe desde 1980. Portanto, há trinta e cinco anos a produção acadêmica é criada e utilizada por todos os países signatários, inclusive o Brasil. Serão estas produções a principal base para o restante deste trabalho, mesmo porque a assinatura da CISG incorpora ao ordenamento jurídico brasileiro, inclusive, sua carga principiológica.

15 No dia 31 de agosto de 2016, data da última revisão deste artigo, eram 85 países signatários: <[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/sale\\_goods/1980CISG\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html)>

16 Não poderíamos deixar de comentar sobre a notória e notável influência do jurista austríaco Ernst Rabel, cujas contribuições para o estudo de um direito internacional dos contratos têm impacto até hoje. Foi o responsável por criar uma base para estudos comparados de leis acerca de venda de bens, e foi o primeiro a sugerir, em 1926, ao Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), o projeto de unificar a legislação sobre compra e venda internacional de mercadorias. Foi membro de uma Comissão criada pelo governo da Holanda, justamente com o objetivo de criar um texto de uniformização de normas para a compra e venda internacional. Apesar de sua morte em 1955, a Comissão que veio a surgir por causa dos esforços de Rabel criou dois textos legais, a Convenção sobre uma Lei Uniforme de Venda Internacional (ULIS) e a Convenção sobre uma Lei Uniforme sobre a Formação de Contratos Para a Venda Internacional de Mercadorias (ULFC). Ambas as Convenções serviram de influência para a criação da CISG, e muitos de seus dispositivos foram transportados à Convenção, adotada hoje por inúmeros países. Para maiores detalhes sobre Ernst Rabel, recomenda-se a leitura de: RÔSLER, Hannes. FARIA, Nilma (trad.) Ernst Rabel e sua influência sobre um Direito Mundial dos Contratos. *Revista Meritum*, Belo Horizonte, v. 3. p. 05-29. 2008. Para maiores detalhes sobre a ULIS e a ULFC, recomenda-se a leitura de: BIANCA, C. Massimo; BONELL, Michael Joachim. *Commentary On The International Sales Law*. Milan: Guiffre, 198. parágrafos 1 a 4.

17 “A parte que invocar o inadimplemento do contrato deverá tomar as medidas que forem razoáveis, de acordo com as circunstâncias, para diminuir os prejuízos resultantes do descumprimento, incluídos os lucros cessantes. Caso não adote estas medidas, a outra parte poderá pedir redução na indenização das perdas e danos, no montante da perda que deveria ter sido mitigada.”

18 Original: [...] *substantially the same as ULIS 88*.



Em primeiro lugar, é bom apontar que o conceito de *duty to mitigate the loss*, seja a lei aplicável ao mérito o Código Civil Brasileiro ou a CISG, não se altera: o dever de mitigação de danos “*incorpora o princípio de que perdas e danos evitáveis não devem ser compensados*” (SCHWENZER; FOUNTOULAKIS, 2007, p. 551)<sup>19</sup>, sendo que, para evitar perdas, devem ser “*tomadas tais medidas que sejam razoáveis sob as circunstâncias*” (HUBER; MULLIS, 2007, p. 290)<sup>20</sup>. O fato de o credor deixar de tomar tais medidas, “*permite à outra parte requerer uma redução da indenização por perdas e danos.*” (KNAPP, 1987, p. 560)<sup>21</sup>

Dito isso, a primeira grande diferença para com o *duty to mitigate the loss* como adotado no Brasil é a sua justificativa. Como notou o leitor no item anterior, o grande problema da incorporação não é, necessariamente, a consequência do dever de mitigar danos. Todos os autores analisados não deixam de lado a ideia de o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo. O desafio está no *fundamento* para esta medida. Este empecilho é praticamente inexistente para o *duty to mitigate the loss* da CISG. Ora, para a Convenção, o fundamento é claramente a boa-fé objetiva, como expressa o artigo 7(1) da Convenção!<sup>22</sup>

Note-se que este artigo em particular tem um teor teleológico, que transparece por toda o texto da CISG. Como ensina Paulo Nalin (2014, p. 126) “*a boa-fé não deveria ser imposta ampla e indefinidamente aos contratantes, mas deveria ficar restrita a um princípio de interpretação das previsões legais da Convenção.*”

No Brasil, apenas algumas teorias veem o *duty to mitigate the loss* como uma conduta esperada das partes, derivada da própria boa-fé objetiva, e que faz surgir a necessidade de mitigação. Sequer há consenso sobre seu caráter de dever/obrigação. Mas segundo Nalin (2014, p. 127), a boa-fé da CISG “*seria um comando para a Corte implementar a função interpretativa da Convenção*”, portanto serviu de base ao legislador para criar o próprio texto do artigo 77. Em outros termos, a boa-fé objetiva é um aparato de interpretação da Convenção; uma fonte das obrigações já contidas no próprio texto legal.

Logo, a boa-fé objetiva fez surgir o artigo 77, que impõe o *duty to mitigate the loss*, e é este artigo que cria o dever à parte credora – a boa-fé objetiva em nada influencia os atos das partes, apenas do legislador e do intérprete, bastante diferente do que ocorre no Brasil, onde a boa-fé é apenas um dos argumentos passíveis de incorporar o tema central deste trabalho.

Chengwei Liu (2003) chega a afirmar que, apesar da doutrina da mitigação não ser comum em países de *civil law* (o que nos faz ponderar: não seria apenas este detalhe que torna tão complicada a sua análise no Brasil?), nos países de “*common law é uma obrigação geralmente aceita.*”<sup>23</sup>

Também não há temor em chamar de “*dever*” do credor, sendo que nos Comentários do Secretariado (UNCITRAL, [197-?]), consta se tratar de “*um dentre diversos artigos que estabelecem um dever devido*

19 Original: [...] *embodies the principle that avoidable loss is not to be compensated.*

20 Original: [...] *take such measures as are reasonable in the circumstances...*

21 Original: [...] *enables the other party to claim reduction in the damages.*

22 “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”.

23 Original: [...] *which is a generally admitted obligation in Common Law.*



à parte devedora pela parte credora.”<sup>24</sup>

Liu (2003), parafraseando Djakhongir Saidov, esclarece que “*embora possível se referir à mitigação usando termos como um ‘dever’ ou uma ‘obrigação’, a natureza deste ‘dever’ é substancialmente diferente de outras obrigações sob a CISG*”<sup>25</sup>

Seguindo adiante, o artigo 77 da CISG exige a tomada de medidas “razoáveis” para mitigação. É claro que esta razoabilidade irá variar conforme as circunstâncias do caso em apreço. Tal peculiaridade não é sem limites, servindo de referência para o que é ou não razoável a ideia de um “negociante médio”, portanto, “*a conduta de uma pessoa prudente que tem direito a perdas e danos e que esteja na mesma posição que a parte ofendida, com todos os costumes mercantis relevantes sendo considerados.*” (STOLL; GRUBER, 2005, p. 790)<sup>26</sup>

As medidas, então, não precisam ser tomadas se forem demasiadamente onerosas. Segundo Knapp, o credor “*não está obrigado a tomar medidas que, embora possam mitigar as perdas, seriam excessivas. Se a parte ofendida se abstém de tomar tais medidas excessivas, esta não será considerada como faltosa em mitigar a perda sob o artigo 77*” (KNAPP, 1987, p. 560)<sup>27</sup>. O êxito destas medidas razoáveis não importa, sendo relevante para estar caracterizada a mitigação sua mera tomada (HUBER; MULLIS, 2007, p. 291).

O *duty to mitigate the loss* também deve ser aplicado em casos de inadimplemento antecipado. Segundo os Comentários do Secretariado (UNCITRAL [197-?]), “*se for evidente que uma parte irá cometer um inadimplemento fundamental, a outra parte não pode esperar a data de execução do contrato para declarar a rescisão e tomar as medidas para reduzir a perda*”<sup>28</sup>

Ainda, Huber e Mullis (2007, p. 289) explicam que “*É tido como regra geral, deveria ser da parte que é responsável pelas perdas e danos o ônus de provar que a outra parte falhou em mitigar suas perdas.*”<sup>29</sup> Via de regra, a presença ou não de medidas razoáveis para mitigação dos danos deve ser reconhecida *ex officio* pela corte responsável (STOLL; GRUBER, 2005, p. 793).

Também esclarecem que o dever de mitigar os próprios danos só é cabível se a parte ofendida usa do remédio de indenização por perdas e danos, pois “*O requerimento de que a parte agravada deva mitigar perdas é, conforme a redação e posicionamento sistemático, um corolário de seu direito a*

24 Original: [...] one of several articles which states a duty owed by the injured party to the party in breach.

25 Original: [...] “even if it is possible to refer to mitigation using such terms as a ‘duty’ or an ‘obligation’, the nature of this ‘duty’ is substantially different from other obligations under the CISG.”

26 Original: [...] the conduct of a prudent person entitled to damages who is in the same position as the aggrieved party, with any relevant trade usages being taken into account.

27 Original: [...] not obliged to take measures which, although they may mitigate the loss, would be excessive. If the injured party abstains from taking such excessive measures he will not be considered to have failed to mitigate the loss under Article 77.

28 Original: If it is clear that one party will commit a fundamental breach of the contract, the other party cannot await the contract date of performance before he declares the contract avoided and takes measures to reduce the loss...

29 Original: It is submitted as a general rule that it should be for the party which is liable in damages to prove that the other party has failed to mitigate the loss.



*indenização por perdas e danos e se restringe apenas a este direito*” (STOLL; GRUBER, 2005, p. 788)<sup>30</sup>, não sendo aplicáveis aos outros postos à disposição da parte ofendida pela CISG.<sup>31</sup> As consequências são as seguintes: onde o credor tomou as medidas (eficazes ou não, como sobredito) razoáveis para mitigar os danos, *“pode reclamar os custos resultantes como parte de sua indenização por perdas e danos”* (HUBER; MULLIS, 2007, p. 291)<sup>32</sup>

Entretanto, se a parte ofendida não tomar as medidas razoáveis, a outra parte pode requerer *“uma redução na indenização proporcional à quantia correspondente às perdas que deveriam ter sido mitigadas (Art. 77 segunda frase CISG). Isto pode levar, em casos apropriados, a uma redução para zero.”* (HUBER; MULLIS, 2007, p. 292)<sup>33</sup>

Para o cálculo, *“primeiro toma-se como base o prejuízo ocorrido, depois o montante de que poderia ter sido evitado. A redução das perdas e danos com base no art. 77 é o resultado entre estas duas operações”* (KUYVEN; PIGNATTA, 2015, p. 767).

São estes os detalhes mais relevantes acerca do dever de mitigar os danos para a Convenção, conforme interpretado pela doutrina majoritária acima citada.

### 3 EXEMPLOS DE CASOS JULGADOS POR CORTES BRASILEIRAS

Feitas as ponderações essenciais sobre o *duty to mitigate the loss* em sua forma nacional e conforme a CISG, passamos agora a analisar seletos casos julgados por Tribunais brasileiros de compra e venda de mercadorias, e onde o credor foi instado a diminuir o próprio prejuízo.

O método, já descrito na introdução, trouxe apenas dois resultados pertinentes para o objetivo deste trabalho, que é analisar situações onde aplicar-se-ia a Convenção, em tese. Os verbetes utilizados nos sistemas de busca oferecidos pelos Tribunais selecionados trouxeram inúmeros resultados, mas apenas estes que seguem versam sobre casos fáticos em que a relação jurídica era a compra e venda de mercadorias – este sendo o limite da CISG. É por isso que só estes dois são analisados na sequência. A ideia é ver, com base nestas decisões, quais foram os acertos e os equívocos dos julgadores brasileiros na hora de abordar o dever de mitigar os danos.

30 Original: *The requirement that the aggrieved party should mitigate loss is, according to the wording and systemic placement, a corollary to his right to damages and restricts only that right.* Para uma opinião contrária, HONNOLD, John. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. 3. ed. The Hague: Kluwer Law International, 1999. p. 263. Honnold foi membro da comissão americana participante da elaboração do texto da CISG, e esta comissão, como se extrai do texto agora mencionado, foi a responsável por uma sugestão de emendar o artigo 77 para estender a todos os remédios o dever de mitigação. Ver também: SCHWENZER, Ingeborg; MANNER, Simon. *The Pot Calling the Kettle Black: The Impact of the Non-Breaching Party's (Non-) Behaviour on its CISG-Remedies*. In: *Sharing International Commercial Law across National Boundaries: Festschrift for Albert H. Kritzer on the Occasion of his Eightieth Birthday*. Londres: Wildy, Simmonds & Hill Publishing, 2008, p. 470-488, onde consta análise crítica sobre a não-expansão do dever de mitigar os danos aos outros remédios.

31 Para maiores detalhes sobre os remédios para inadimplemento contidos na CISG, recomenda-se a leitura de: ZARONI, Bruno Marzullo. *Descumprimento contratual na CISG: mecanismos à disposição das partes*. In: NALIN, Paulo; STEINER, Renata C.; XAVIER, Luciana Pedrosa (Org.). *Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Vigência, Aplicação e Operação da CISG no Brasil*. 1ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 347-364.

32 Original: [...] *can claim the resulting costs as part of his damages claim...*

33 Original: [...] *a reduction in the damages in the amount by which the loss should have been mitigated (Art. 77 second sentence CISG). This may lead, in appropriate cases, to a reduction to zero.*



Isto sempre mantendo em mente que, apesar de o item 2.1 versar sobre o instituto em sua forma “incorporada”, a intenção do trabalho é ver os julgados sob a ótica da CISG, apontando potenciais confusões em sua aplicação, as quais devem ser evitadas.

### 3.1 A INTERPRETAÇÃO GAÚCHA

O primeiro caso em análise teve origem no Rio Grande do Sul. Trata-se da apelação cível nº 70025609579, da Quinta Câmara Cível, de relatoria do Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack, julgado em 20/05/2009.<sup>34</sup>

No caso, duas partes firmaram contrato de compra e venda de uma máquina de eletro-erosão. O comprador alegou em juízo inadimplemento por atraso na entrega e defeito nos bens, requereu a resolução do contrato<sup>35</sup>, indenização por lucros cessantes, e a multa contratual de 10% (dez por cento), ação julgada parcialmente procedente.

Na apelação, proposta pelo comprador, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul considerou o apelante culpado, por não ter tomado medidas a fim de substituir a máquina de eletro-erosão para evitar lucros cessantes.

Considerou a apelação procedente, mas tão somente para redimensionar o ônus de sucumbência e excluir do dispositivo sentencial a parte atinente à multa, e dos honorários advocatícios da fase executória. Note o leitor que a suposta negativa do comprador em tomar as medidas razoáveis para mitigar seus danos aproximou de zero o valor de sua indenização.

Ao analisar o inteiro teor do voto, o primeiro detalhe a ser observado é o fato de ter sido usado o Enunciado nº 169 da III Jornada de Direito Civil, mas o relator usa-o como um espécime de ponte para chegar ao conceito do artigo 77 da CISG, o qual chega a citar em inglês, uma das seis línguas originais do instrumento legal.

Aparentemente não é equivocado se aplicar o *duty to mitigate the loss* no caso em tela, afinal, trata-se típica situação regulada pelo instituto: comprador precisa evitar lucros cessantes de alguma maneira – no caso, comprando um bem igual àquele vendido na relação jurídica entabulada. A doutrina estrangeira costuma chamar a medida de “*cover purchase*”, ou “compra substituta” numa tradução direta. Stoll e Gruber afirmam que é quando “*onde uma compra substituta iria evitar perdas consequência de uma execução defeituosa ou inexistente.*” (STOLL; GRUBER, 2005, p. 791)<sup>36</sup>

Contudo, Huber e Mullis ensinam que a imediata compra substituta seria forçar o comprador a resolver o contrato, pois estaria substituindo a obrigação direta do vendedor, afirmando que “*O ponto de partida deve ser que o comprador não deva ser forçado a abandonar seu direito à execução tão rápido.*”

34 Disponível em: < <http://bit.ly/1P0892G> >. Acesso em agosto de 2016.

35 Fato que por si só já é uma diferença entre a CISG e o Código Civil brasileiro, porque na Convenção, segundo seu artigo 49, a mera caracterização de um inadimplemento essencial já basta para dar cabo do contrato, ao passo que, no Brasil, a resolução deve ser requisitada em juízo, via de regra, ou conforme cláusulas resolutivas contidas no próprio contrato, conforme prelecionado nos artigos 472 a 480 do Código Civil vigente.

36 Original: [...] *where a substitute transaction would avoid consequential losses following the non- or defective performance...*



*Ele pode, portanto, insistir na execução por um certo período de tempo.*” (HUBER; MULLIS, 2007, p. 291)<sup>37</sup>

Stoll e Gruber concordam com a medida, defendendo que a compra substituta só não é problemática quando *“está de acordo com a execução original do contrato e não intenciona sua resolução.”* (STOLL; GRUBER, 2005, p. 791).<sup>38</sup> Logo, se o caso em apreço tivesse como lei de mérito a CISG, ao invés de mitigar imediatamente os danos através da compra substituta, o comprador poderia optar pela execução do contrato. Conforme o voto, o autor veio a requerer o conserto da máquina inoperante. Note-se ainda que, eventualmente, o vendedor veio a arcar com suas obrigações, através da entrega de outra máquina. Portanto, as medidas tomadas pelo comprador foram razoáveis. Ainda que moroso o trâmite por trás do restabelecimento das atividades comerciais da compradora, esta tomou diversas medidas a fim de mitigar o dano.

O Relator sugere que a parte poderia ter *“adquirido outra máquina que desempenhasse a mesma função”*<sup>39</sup>, sendo que eventualmente o fez, apenas após as tratativas com o vendedor, e sempre almejando a execução do contrato nos termos em que fora entabulado.

Ademais, o relator levanta a possibilidade de *“entabular contrato de prestação do referido serviço com outra empresa”*<sup>40</sup>, para que esta faça os trabalhos pelo comprador. Contudo, esta medida poderia vir a ser onerosa, pois exigiria a criação de um vínculo jurídico com um terceiro, que atua no mesmo ramo, podendo, mesmo, causar prejuízos posteriores (por exemplo, a perda de clientes ou a responsabilidade por má execução do serviço).

Além disso, ainda que as medidas tomadas não tenham sido absolutamente eficazes, a CISG não exige seu sucesso para que possam ser pedidos perdas e danos – basta que a parte requerente adote certas condutas. Privar a parte por completo de indenização por lucros cessantes seria exagero, e ainda que seja razoável o argumento da vendedora, de que a máquina defeituosa jamais poderia operar por tantas horas seguidas quanto alegou a compradora, é de se considerar que houve alguma perda.

Como visto acima, o fulcro do *duty to mitigate the loss* é a boa-fé objetiva, que instigou os redatores da CISG a criar obrigações com base na mútua cooperação entre as partes.

Com base nisso, e também no artigo 7º da Convenção, que exige a interpretação da mesma através de seus próprios princípios, seria contraditório dizer, de um lado, que as partes devem fazer de tudo para executar o contrato e, de outro, exigir imediatamente uma compra substituta cuja consequência capital seria a resolução do contrato. A decisão prolatada pelo E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu, entretanto, de forma distinta: negou a indenização por perdas e danos uma vez que a credora teria sido muito morosa em restabelecer suas atividades comerciais.

37 Original: [...] *The starting point should be that the buyer should not be forced to abandon his right to claim performance too quickly. He may therefore insist on performance for a certain time.*

38 Original: [...] *is in accordance with the performance of the original contract and he does not intend to avoid the contract.*

39 Id.

40 Ibid.



Outro ponto que merece destaque nesta decisão é, justamente, a do ônus probatório. No caso em comento, entendeu-se que o dever de se provar que foram tomadas as medidas razoáveis era do comprador (sendo o fundamento o art. 373 do Código de Processo Civil de 2015<sup>41</sup>). Entretanto, tem sido prática comum nos países, que há anos adotam a CISG, botar o fardo de prova nas costas da parte responsável pelos danos, no caso, a vendedora.<sup>42</sup> Se este entendimento fosse aplicado a este caso, a vendedora da máquina deveria “ter dado alguma indicação do motivo pelo qual o comprador violou seu dever de mitigar perdas e danos”<sup>43</sup> (ALEMANHA, Corte de Apelação da Província de Hamburgo, 1997).

É compreensível que tal raciocínio não tenha sido adotado no caso em análise. Aliás, é coerente assumir que sua adoção tampouco era permitida, afinal, a lei aplicável ao caso em tela era um ordenamento brasileiro no qual, até então, não estava integrada a CISG, apenas sopros de seus conceitos e fundamentos, materializados através de, por exemplo, o Enunciado nº 169 da III Jornada de Direito Civil.

Ocorre que o dever de mitigar danos é instituto que, se não observado, impede a obtenção de perdas e danos, ainda que parcialmente. Seria então coerente afirmar que é um fato que pode vir a impedir, modificar ou extinguir o direito da parte requerente, nos *exatos* moldes do inciso II, do Art. 373, do CPC.

Se tal raciocínio for considerado adequado, não se deveria impor o ônus de prova de que foram tomadas medidas mitigatórias de danos àquele que já está arcando com o inadimplemento contratual.

Se este tipo de abordagem (inversão de ônus) for o padrão adotado o Brasil seria um país que, embora signatário da CISG, oneraria a parte ofendida, já incumbida dos prejuízos, com mais um encargo.

Em conclusão, este caso acaba ensinando o risco existente na confusão da adoção dos dois “conceitos” do dever de mitigar a perda. Além disso, o Tribunal estadual, de forma louvável, ousou aplicar conceitos pouco conhecidos em um caso prático, ajudando no esforço de uma melhor solução para casos similares.

### 3.2 A INTERPRETAÇÃO PAULISTA

Neste caso, a Apelação Cível nº 1.170.013-1<sup>44</sup>, da Décima Sexta Câmara de Direito Privado, do Tribunal de Justiça de São Paulo, tendo sido designado o relator Desembargador Candido Alem, julgado em 03/07/2007, os compradores firmaram um contrato com o vendedor para a distribuição de combustível. O contrato continha uma cláusula que impunha cotas mínimas de fornecimento, além de prever cláusula penal por inadimplemento e fixar taxa de juros.

41 “O ônus da prova incumbe ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito.”

42 A título de exemplo, vide os casos CISG-Online nº 57, 224, 261 e 1188, decisões disponíveis em: < <http://globalsaleslaw.org/index.cfm?pageID=28> >. Acesso agosto de 2016.

43 Original: [...] *Anhaltspunkte dafür vorgetragen, daß die Klägerin unter Verletzung ihrer Schadensminderungspflicht sich nicht gehörig...*

44 Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=83317&cdForo=0> >. Acesso em agosto de 2016.



Alegando ter havido o uso indevido de propriedade intelectual por parte dos compradores, o vendedor ajuizou ação de resolução do contrato<sup>45</sup>, em que também requereu indenização por danos materiais e morais, ação que foi julgada parcialmente procedente em primeira instância.

Já perante o colegiado da Décima Sexta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo<sup>46</sup>, ficou demonstrado que o vendedor demorou um ano para ajuizar a ação requerendo o pagamento das penalidades contratuais, fato que pôde ter induzido os compradores a crer que a cláusula não estaria mais vigente.

Entendeu o Desembargador Candido Alem que, segundo o artigo 77 da CISG<sup>47</sup>, o vendedor deixou de mitigar as próprias perdas, afinal, permitiu que os juros e o valor da multa acumulassem e fossem atualizados durante um ano antes de pleitear seu pagamento em juízo. Por este motivo, reverteu parcialmente a decisão de primeiro grau, diminuindo o valor da condenação por perdas e danos.

Da decisão, contudo, poucos parágrafos são destinados à análise das circunstâncias do caso e da necessidade de a parte ofendida ter acionado antes a parte ofensora (foco da aplicação do dever de mitigar a perda).

A maior parte do voto discute qual seria o fundamento para fazer surgir este dever de mitigar os próprios danos. No fim das contas, o relator apoia-se bastante no artigo da Prof. Vera Jacob de Fradera, e acaba por determinar que o *duty to mitigate the loss* é uma consequência do *venire contra factum proprium*, o qual, por sua vez, é um derivado da boa-fé objetiva. Também comenta sobre o *supressio*, que nas palavras do relator convocado é um “fenômeno de supressão de determinadas relações jurídicas pelo decurso do tempo” (SÃO PAULO [Estado], Tribunal de Justiça, 2007).

Aparentemente não seria necessária toda esta preocupação em fundamentar o “dever de mitigar a perda” uma vez que a CISG, aplicável ao caso, imporia essa consideração (artigo 77 e o artigo 7(1)).

Entender os fundamentos da CISG e o motivo de existirem seus dispositivos é, sem dúvida, um diferencial para qualquer jurista que a esteja aplicando, até mesmo porque, em casos de dúvida, a própria Convenção, no artigo 7º, sugere o uso dos princípios que serviram de base à sua elaboração para esclarecimentos pertinentes.

O que se deve, contudo, evitar é se dar mais importância ao motivo de existir o dever de mitigar as perdas, ao invés de analisar com afincamento as peculiaridades do caso e, com base nas circunstâncias fáticas, bem como na conduta típica de um negociante do mesmo ramo, verificar se a parte ofendida tomou medidas razoáveis.

Aliás, o modo de aplicação do *duty to mitigate the loss* utilizado nesta apelação de São Paulo não é novidade. Segundo Stoll e Gruber, “o prometido é obrigado a chamar a atenção do promitente ao risco

45 Vide nota de rodapé nº 34.

46 O leitor que acessar o acórdão irá notar que houve voto divergente por parte do relator Desembargador Windor Santos. Contudo, seus argumentos para considerar que a apelação não devia ser procedente em nada tocam o *duty to mitigate the loss*, versando nosso trabalho tão somente sobre o voto do Desembargador Candido Alem, relator designado.

47 Interessante notar que o relator designado vai tão longe a ponto de citar o artigo 88 da ULIS (Vide nota de rodapé nº 15).



de perdas particularmente altas, que ameaçam surgir como um resultado da não-execução” (STOLL; GRUBER, 2005, p. 791)<sup>48</sup>, situação que bem se encaixa no julgado em tela.

Isto porque uma notificação ou o ajuizamento imediato da ação evitaria o avultamento desmedido dos valores pecuniários a serem pagos como consequência do inadimplemento. Trata-se de típico dever de mitigar os danos, em que uma parte ofendida, diante de um dano, não pode ficar inerte vendo-os crescer desmedidamente.

A menção ao argumento do *venire contra factum proprium* é, também, absolutamente pertinente. Quicá, é até melhor que o próprio dever de mitigar os danos do artigo 77. Entretanto os dois fundamentos não deveriam ser tratados em um mesmo caso.

Quando a lei de mérito for a CISG, talvez o ideal fosse utilizar-se do fundamento do artigo 77. Quando a lei de mérito forem as normas de Direito privado brasileiro, a fundamentação poderia ser a boa-fé objetiva, o nexo de causalidade, o *venire contra factum proprium*, ou qualquer outro fundamento que exija da parte ofendida a tomada de condutas a fim de reduzir os próprios prejuízos.

Não é recomendável, entretanto, manter os dois fundamentos operando, que foi o que aconteceu neste caso. Em outros termos, a unificação proposta pela CISG só será alcançada se sua aplicação for isolada aos casos que lhe competem.

## CONCLUSÃO

Não há como questionar a existência clara de uma necessidade da parte que sofre um dano de mitigar as suas próprias perdas. Este trabalho mostra que esta necessidade existe tanto nos países que adotam o sistema jurídico de *common law* quanto naqueles que seguem o modelo *civil law*.

Não é diferente no Brasil, onde a tentativa de incorporar o *duty to mitigate the loss* surge em 2004, fruto do trabalho de Vera Jacob de Fradera e diversos outros profissionais, cujo labor acaba formando um corpo acadêmico modesto, mas de qualidade, sobre o assunto. Mesmo assim, seu fundamento, aqui em nosso ordenamento, é bastante nebuloso e incerto.

Dentre os argumentos exibidos neste artigo, foi visto que o *duty to mitigate the loss* pode ser considerado um dever acessório derivado da boa-fé objetiva; também se observou haverem autores que entendem ser um abuso de direito (mais precisamente, *venire contra factum proprium*) a não-tomada de medidas a fim de diminuir os próprios prejuízos; há ainda quem diga não haver necessidade de incorporar o dever de mitigar os próprios danos a nosso ordenamento, porque os danos não causados pelo devedor, por não terem nexo de causalidade com o ato ilícito por este cometido, logo não deveriam ser cobrados deste.

Esta gama de pilares e bases para a existência do dever de mitigar os danos não existe para a CISG. Primeiro porque este deixa claro, em seu artigo 7(1), que requer seja assegurada a “*boa fé no comércio internacional*”. E o artigo 77, onde consta necessidade de mitigar os próprios danos, faz cessar qualquer discussão sobre a existência ou não do instituto.

48 Original: [...] *The promise is also obliged to draw the promisor's attention to the risk of especially high losses which threaten to result from non-performance.*

O problema que faz surgir este trabalho, então, é a potencial e danosa mistura de conceitos nacionais e internacionais quando aplicado o dever de mitigar os danos. Esta aplicação pouco medida do instituto é perigosa porque diminui o potencial unificador da Convenção, já que o comerciante de outro país não poderá contar com aplicação do artigo 77 no Brasil como é aplicado no resto do mundo.

Fica claro, então, que não é nada recomendável a mistura destes dois mundos, eis que, como visto nos dois julgados aqui analisados, a confusão entre os argumentos do *duty to mitigate the loss* segundo a Convenção de Viena e aqueles usados para incorporar este dever ao ordenamento jurídico brasileiro é que faz surgir interpretações divergentes daquelas que vem sido fornecidas pelas cortes estrangeiras ou tribunais arbitrais que, já há anos, aplicam a CISG.

Começamos o trabalho expondo o potencial prejuízo que a inserção de um novo panorama sobre o dever de mitigar as perdas, trazido pela CISG, poderia causar no processo decisório tomado pelos julgadores e, enfim, em todo o raciocínio jurídico usado por um jurista, em qualquer posição que seja, quando estiver construindo um argumento.

Não é exagero afirmar que a falha na aplicação de um instrumento normativo unificador internacional possa vir até a inibir os comerciantes a aceitar a jurisdição brasileira para solucionar eventuais conflitos comerciais. A análise de só duas decisões já deu cabo de evidenciar que, sim, a confusão entre conceitos e argumentos pode existir, levando ao cometimento de erros que não devem vir a se tornar jurisprudência.

Por esta razão, imperativo que o jurista brasileiro não venha a discorrer sobre os fundamentos do dever de mitigar os danos quando deparado com um caso onde a lei de mérito é a CISG.

Ao invés disso, deve fazer uso do vasto material internacional de mais diversos países, além das diversas obras nacionais que versam sobre a Convenção, algumas citadas, e também do grande rol de decisões referentes a este instrumento internacional.

Tudo isso não só para que faça seu trabalho com eficácia, mas também, e principalmente, para promover a almejada unificação dos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias.

## REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Corte de Apelação da Província de Hamburgo. Apelação nº 1 U 167/95 28. Julgada em fevereiro de 1997. Relator: desconhecido. Disponível em: < <http://bit.ly/2cC4itd> >. Acesso em agosto de 2016.

ALVIM, Agostinho. **Da inexecução das obrigações e suas consequências**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1972.

DIAS, Daniel Pires Novais. O *duty to mitigate the loss* no Direito civil brasileiro e o encargo de evitar o próprio dano. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 45, p. 89-144, 2011.

DIDIER JR., Fredie. Multa coercitiva, boa-fé processual e supressio: aplicação do *duty to mitigate the loss* no processo civil. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 171, p. 35-48, 2009.



FRADERA, Vera Maria Jacob de. Pode o credor ser instado a diminuir o próprio prejuízo? **Revista trimestral de direito civil**. Rio de Janeiro, v. 19 (jul./set.), 2004.

GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin; STRASSACAPA, Felipe. A obrigação do credor em mitigar seu prejuízo: uma perspectiva brasileira. **Revista Jurídica (FIC)**, v. 3, p. 257-274, 2016.

HONNOLD, John O. **Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention**. 3. ed. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. **The CISG: A new textbook for students and practitioners**. München: Sellier European Law Publishers, 2007.

KNAPP, Victor. Article 77. In: BIANCA, C. Massimo; BONELL, Michael Joachim. **Commentary On The International Sales Law**. Milan: Giuffrè, 1987.

KUYVEN, Fernando. PIGNATTA, Francisco Augusto. **Comentários à Convenção de Viena: Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. São Paulo: Saraiva, 2015.

LIU, Chengwei. **Remedies for Non-performance: Perspectives from CISG, UNIDROIT Principles & PECL**. Disponível em: < <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/chengwei-77.html> >, acesso em agosto de 2016.

NALIN, Paulo. A boa-fé entre dois mundos: civil law e common law (aproximação comparativa do princípio da boa-fé “brasileira” em vista da aplicação uniforme do art. 7 da CISG). In: NALIN, Paulo; STEINER, Renata C.; XAVIER, Luciana Pedroso (Org.). **Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Vigência, Aplicação e Operação da CISG no Brasil**. 1 ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 121-140.

PINHEIRO, Denise. Duty to mitigate the loss à brasileira: uma questão além do nexo de causalidade. In: **Congresso Nacional – CONPEDI 21**. 2012, não publicado. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3e524bf740dc8cfd> >. Acesso em agosto de 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. 5ª Câmara Cível. Apelação Cível nº 70025609579. Julgada em 20 de maio de 2009. Relator: Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack. Disponível em: < <http://bit.ly/1P0892G> >. Acesso em agosto de 2016.

SAIDOV, Djakhongir. **Methods of Limiting Damages under the Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods**. Disponível em: < [http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov.html#\\*](http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/saidov.html#*) >, acesso em agosto de 2016.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 16ª Câmara de Direito Privado. Apelação Cível nº 1.170.013-1. Julgada em 3 de julho de 2007. Relator: Desembargador Windor Santos. Disponível em: < <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=83317&cdForo=0> >. Acesso em agosto de 2016.



SCALETSCKY, Fernanda Sirotsky. A interpretação do duty to mitigate the loss na Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias e sua recepção pelo direito civil brasileiro. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDir./UFRGS**, v. 08, 2013. p. 01-30.

SCHWENZER, Ingeborg ; FOUNTOULAKIS, Christiana. **International Sales Law**. New York: Routledge, 2007.

STOLL, Hans; GRUBER, Georg. In: SCHLECHTRIEM, Peter. SCHWENZER, Ingeborg (org.) **Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)**. Oxford: Oxford University Press. 2. ed. 2005.

TARTUCE, Flávio. **A boa-fé objetiva e a mitigação do prejuízo pelo credor. Esboço do tema e primeira abordagem**. 2005. Disponível em: < [http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/Tartuce\\_duty.doc](http://www.flaviotartuce.adv.br/assets/uploads/artigos/Tartuce_duty.doc) >, acesso em agosto de 2016.

UNCITRAL. Text of Secretariat Commentary on article 73 of the 1978 Draft. **IX Yearbook**. [197-?]. Disponível em: < <http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/secomm/secomm-77.html> >. Acesso em agosto de 2016.





**O REINO UNIDO E A UNIÃO  
EUROPEIA: O POSICIONAMENTO  
DO REINO UNIDO EM UM  
AMBIENTE DE INTERAÇÕES  
VOLÁTEIS**

*Marcelo Markus Teixeira  
Clemir José Kades Junior*



## O REINO UNIDO E A UNIÃO EUROPEIA: O POSICIONAMENTO DO REINO UNIDO EM UM AMBIENTE DE INTERAÇÕES VOLÁTEIS

### THE UNITED KINGDOM AND THE EUROPEAN UNION: THE POSITIONING OF THE UNITED KINGDOM IN AN ENVIRONMENT OF VOLATILE INTERACTIONS

*Marcelo Markus Teixeira<sup>1</sup>*

*Clemir José Kades Junior<sup>2</sup>*

**RESUMO:** A realização de um referendo popular quanto à separação entre Reino Unido e União Europeia, assim como sua aprovação pela maioria da população participante, para muitos se trata de uma grande surpresa, mas não para aqueles que estudam o histórico das interações entre Reino Unido e União Europeia, principalmente em razão da ausência de identidade do Reino Unido pela Europa. Assim, faz-se interessante realizar uma análise quanto ao posicionamento do Reino Unido neste ambiente de interações claramente voláteis, sobretudo hoje, com a força dos diversos movimentos nacionalistas. Para tanto, foi utilizada uma pesquisa bibliográfica, estruturando-se este trabalho em três pontos específicos. Em um primeiro momento, aborda-se um breve contexto acerca da adesão do Reino Unido à União Europeia. Em um segundo momento, um relato quanto as implicações da vinculação do Reino Unido à União Europeia. Por fim, intenta-se descrever os impactos provenientes da saída do Reino Unido do bloco econômico europeu. Como se vislumbra, os impactos decorrentes de uma separação entre o Reino Unido e a União Europeia trazem reflexos profundos, consecutórios que podem influir tanto na esfera política quanto nas esferas jurídica, econômica e social. O Brexit representa, a bem da verdade, um conjunto de elementos subjetivos que devem ser superados não somente para fins de relacionamento, mas também para fins de desenvolvimento global.

**PALAVRAS-CHAVE:** Brexit. Reino Unido. União Europeia. Direito Internacional Privado

**ABSTRACT:** The holding of a popular referendum on the separation between the UK and European Union as well as its approval by the majority of the participating population for many is a great surprise but not for those studying the history of UK-Union interactions. Mainly because of the United Kingdom's lack of identity in Europe. Thus, it is interesting to analyze the position of the United Kingdom in this environment of clearly volatile interactions, especially today, with the strength of the various nationalist movements. For this, a bibliographical research was used, structuring this work in three specific points.

1 Doutor em Direito Internacional Privado pela Universität zu Köln (Alemanha). Mestre em Direito Internacional Privado pela Universität zu Köln (Alemanha), Mestre em Direito e Política da União Europeia pela Università degli Studi di Padova (Itália). Professor permanente do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Unochapecó. Advogado e Árbitro. E-mail: <[marcelomarkus@unochapeco.edu.br](mailto:marcelomarkus@unochapeco.edu.br)> .

2 Mestrando em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó (Unochapecó). Graduado em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó (Unochapecó). Conciliador Judicial voluntário e Juiz Leigo voluntário no 2º Juizado Especial Cível da Comarca de Chapecó (Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina). Bolsista CAPES/PROSUP. E-mail: <[clemirjunior@unochapeco.edu.br](mailto:clemirjunior@unochapeco.edu.br)> .



At first, a brief context is given on the accession of the United Kingdom to the European Union. In a second, an account of the implications of the UK's link to the European Union. Finally, the aim is to describe the impact of the exit of the United Kingdom from the European economic bloc. As can be seen, the impact of a separation between the United Kingdom and the European Union has profound repercussions, which can affect both the political sphere and the legal, economic and social spheres. Brexit represents, in truth, a set of subjective elements that must be overcome not only for purposes of relationship, but also for purposes of global development.

**KEYWORDS:** Brexit. United Kingdom. European Union. Private International Law.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Um contexto acerca da adesão do Reino Unido à União Europeia; 3 As implicações da vinculação do Reino Unido à União Europeia; 4 Os impactos da saída do Reino Unido do bloco europeu; 5 Considerações finais; Referências.

## 1. Introdução

A realização de um referendo popular quanto à separação entre Reino Unido e União Europeia, assim como sua aprovação pela maioria da população participante, não se trata de uma grande surpresa para aqueles que acompanham o relacionamento entre os mesmos. À bem da verdade, o Reino Unido possui um histórico deveras longínquo de insatisfação e ausência de identidade com a Europa, muito embora tenha em momentos distintos apoiado uma união entre países europeus e inclusive seja considerada uma das precursoras da União Europeia através dos ideais de seu Primeiro Ministro, Winston Churchill.

Essa insatisfação culminou com a abertura das negociações entre Reino Unido e União Europeia, previstas no artigo 50 do Tratado de Lisboa, logo após a entrega de notificação formal encaminhada pela atual Primeira Ministra britânica, Theresa May. A questão que se discute no presente momento é a seguinte: quais os impactos serão os impactos de tal fenômeno? Fenômeno este que materializa uma insatisfação histórica, também alimentada por acontecimentos recentes. Ademais, também é importante ressaltar o ambiente volátil no qual se encontram os Estados envolvidos que nada mais faz que potencializar as incertezas.

Diante disso, faz-se pertinente realizar uma análise do relacionamento existente entre Reino Unido e a União Europeia, enfatizada no posicionamento do Reino Unido neste cenário de constantes mudanças. Afinal, estando-se hoje à presença de um cenário mundial globalizado e também marcado por uma condição gradativa de interdependência entre os Estados – afora demais atores –, as incertezas e resultados provenientes das interações entre esses atores possui o interessante condão de influenciar tanto a esfera coletiva quanto a esfera particular dos indivíduos que se encontrem em relação direta ou indireta com os mesmos.

Para tanto, o presente trabalho se estruturará em três pontos específicos. Em um primeiro momento, abordar-se-á um breve contexto acerca da adesão do Reino Unido à União Europeia; item esse na qual se busca traçar uma simples narrativa quanto ao próprio ambiente e as correspondentes interações



históricas entre Reino Unido e Europa, em paralelo à uma análise quanto ao processo de formação, adesão e convivência da União Europeia pelo Reino Unido.

Em um segundo momento traçar-se-á um relato quanto as implicações da vinculação do Reino Unido à União Europeia; item no qual descreverá de modo conciso as mudanças que ocorreram, principalmente na esfera do Reino Unido, após a sua adesão ao bloco econômico preparando, assim, campo para uma posterior análise quanto ao cenário político-jurídico-econômico-social contemporâneo, claramente sem pretensão alguma de esgotar nenhum dos quatro elementos, mas de contextualizar o fenômeno, ainda que de modo inicial.

Assim, em um terceiro momento, por via de consequência, passa-se a descrever – também de forma breve, mas de modo a buscar uma compreensão quanto à complexidade do fenômeno – os impactos provenientes da saída do Reino Unido do bloco econômico europeu. Análise essa que se justifica diante do atual cenário de incertezas dentro do continente europeu, cenário que influencia de modo direto e indireto não somente a Europa, mas também todo o planeta.

Traçada essa estrutura, assim como o objetivo de compreensão do posicionamento do Reino Unido diante deste ambiente de volatilidade que permeia o cenário europeu, utiliza-se, para a concretização deste estudo, uma pesquisa de caráter bibliográfico, baseando-se na análise de documentos oficiais e de estudos acadêmicos traçando-se, assim, uma abordagem quanto à realidade e aos fenômenos que ocorrem diante das interações entre Reino Unido e Europa, bem como uma breve análise acerca das consequências que possam advir dessas interações e os motivos que as originaram.

Destaca-se, por fim, que o presente estudo não busca realizar uma análise exaustiva quanto aos fenômenos. Busca-se aqui tão somente efetuar uma breve abordagem quanto aos temas acima expostos.

## 2. Um contexto acerca da adesão do Reino Unido à União Europeia

A União Europeia, nos moldes hoje representados, é verdadeiro fruto de uma evolução contínua que vem transformando de maneira significativa a sua estrutura político-organizacional. Tendo sua origem no ano de 1950, baseada na reestruturação da Europa pós-Segunda Guerra Mundial, a União Europeia evoluiu de uma organização internacional com escopo meramente econômico para uma instituição com diferentes pontos de intervenção política (EUROPA, 2017a, n.p.).

De todo modo, verifica-se, ainda mais, que hoje a União Europeia constitui-se em uma comunidade interestatal com diversos fins, dentre os quais podem-se destacar suas interações econômicas, políticas e de integração. Reflexo tangível disso é a integração ao longo dos anos de um total – até o momento – de vinte e dois países ao seu corpo de membros originários, fazendo-se hodiernamente somar o montante de vinte e oito Estados-Membros convivendo e baseando-se em um Direito Comunitário (EUROPA, 2017a, n.p.).

Outro reflexo que contextualiza de modo claro o adendo aos objetivos da União Europeia dos propósitos de integração é a própria entrada, ao ano de 1973, do Reino Unido e demais países ao bloco através da assinatura, em 22 de janeiro de 1972, do tratado de adesão firmado entre os mesmos e os



países já integrantes da então Comunidade Econômica Europeia (CEE), da Comunidade Europeia de Energia Atômica (Euratom) e ainda da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA) (EUROPA, [1972] 2017b, p. 05-11).

Contudo, a adesão do Reino Unido à comunidade não se deu de maneira simples e tranquila. À bem da verdade, o Reino Unido, por si só, já é reconhecido como o detentor de um sentimento de insatisfação e de ausência de identidade com a Europa (XAVIER, 2016, p. 210). Como bem destaca Sam Wilson ([2014] 2017, n.p.), “a relação do Reino Unido com a União Europeia – ou, em linguagem política, “Europa” – tem sido longinquamente uma das questões mais divisivas, emotivas na política britânica”<sup>3</sup>.

E isso, para muitos historiadores, é questão de controvérsia. Enquanto muitos atribuem tal Estatocentrismo a um arcabouço de conflitos ao longo dos séculos ou ao isolamento geográfico do Reino Unido do restante do mundo em razão dos mares, outros dizem que sua principal fonte é uma influência direta da Segunda Guerra Mundial, a partir da qual sustentou uma imagem de força opositora solitária face ao nazismo, sendo ele seu próprio melhor amigo (WILSON, [2014] 2017, n.p.).

É fato também que esta autoimagem não se modificou muito no decorrer dos anos. Exemplo claro disso, vale destacar, é o antagonismo provocado pela não aderência do Reino Unido à Comunidade Europeia em sua gênese; mesmo tendo sido uma das pedras-chave do discurso de Winston Churchill em Zurique no mês de setembro de 1946 a recriação da família europeia através do fornecimento de uma estrutura pela qual seus membros pudessem “residir em paz, em segurança e em liberdade”<sup>4</sup> (WILSON, [2014] 2017, n.p; CHURCHILL [1946] 2017, n.p.).

De todo modo, ao vislumbrar a recuperação econômica dos países europeus através de seu sistema de alianças, o Reino Unido optou por redimir sua decisão e requereu sua entrada no bloco ao ano de 1961, o que foi objeto de veto pelo então presidente da França, Charles de Gaulle, que o acusou de hostilidade profunda contra a construção europeia, além de estar mais interessado em conexões com os Estados Unidos do que com a Europa. Veto este que foi ratificado pelo mesmo ao ano de 1967, face à nova requisição britânica (WILSON, [2014] 2017, n.p; FELD, 1972, p. 249).

Porém, em 1973, com a saída de Charles de Gaulle do ambiente de deliberação e a interposição de novo requerimento pelo então Primeiro Ministro conservador, Edward Heath, o Reino Unido, após uma série de negociações, teve sua entrada aceita no bloco econômico, juntamente com a Dinamarca, Irlanda e Noruega. Aderência esta que foi colocada em discussão no ano de 1975 por meio de referendo e apoiada por 67% da população britânica, incluindo a então futura Primeira Ministra britânica Margaret Thatcher (WILSON, [2014] 2017, n.p; FELD, 1972, p. 249).

Destaca-se, porém, que tal aprovação do povo do Reino Unido somente ocorreu em virtude de que grande parte das reivindicações realizadas pelo Estado à Comunidade foram atendidas. Como o que

3 Tradução própria de: “*The United Kingdom’s relationship with the EU - or, in political parlance, “Europe” - has long been one of the most divisive, emotive issues in British politics*”

4 Tradução própria de: “*It is to re-create the European Family, or as much of it as we can, and provide it with a structure under which it can dwell in peace, in safety and in freedom*”.



ocorreu, a título de exemplo, com a criação do Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional, em 1975 – pelo qual formulou-se uma promoção a ações de apoio ao desenvolvimento de regiões mais atrasadas do bloco através de recursos comunitários –, e com a implementação do Acordo de Lomé, também em 1975 – o qual assegurava a redução unilateral de barreiras comerciais em países subdesenvolvidos, fator este que veio a favorecer significativamente a relação do Reino Unido com suas colônias (WOLF e OLIVEIRA, 2016, p. 109-116).

Mas, ainda assim, a insurgência britânica continuou a ser demonstrada ao longo dos anos. Em seu discurso de 20 de setembro de 1988, em Bruges, Margaret Thatcher, não obstante o apoio declarado à uma aproximação entre os países europeus, deixou claro sua oposição a um “Super-Estado Europeu” burocrático e com poder centralizado em Bruxelas. Discurso que é até hoje utilizado pelos chamados eurocéticos. Isso ainda cumulado com a não aderência pelo Reino Unido ao Tratado Schengen (1985ss) e à Zona do Euro (1992ss), tendo optado por permanecer controlando as suas fronteiras e utilizando a clássica Libra Esterlina (*Pound*) (THATCHER, [1988] 2017, n.p; TEIXEIRA, 2017, n.p.).

Isso, contudo, não foi óbice à implementação e aderência do Reino Unido ao Tratado de Maastricht, assinado em 1992 pelo então Primeiro Ministro britânico, John Major. Tratado este que, muito embora não tenha compelido o Reino Unido a aderir às Zonas do Euro e de livre circulação, demonstra o conformismo do mesmo com a criação de um poder centralizado e burocrático, agora sedimentado à alcunha de “União Europeia” (WILSON, [2014] 2017, n.p; EUROPA, 2017c, n.p.).

A respeito do exposto, nas palavras de Xavier (2016, p. 210):

Desde o começo da recessão econômica de 2008, o mundo vivencia uma fase de “desglobalização” que contaminou, em especial, os britânicos. E as raízes de sua insatisfação com a Europa são históricas, uma vez que Londres sempre esteve mais orientada a outros continentes do que ao europeu. Mas, também geográficas: por viver numa ilha, os britânicos nunca se sentiram europeus. Falam da Europa como se fosse outro lugar [...]. No Reino Unido, mesmo os resultados econômicos sendo melhores do que França e Alemanha, com atração de investimentos estrangeiros e taxa de desemprego menor que a de seus vizinhos, o sentimento anti-europeu ainda permanece. Desde sua entrada no então Mercado Comum, em 1973, o Reino Unido foi o parceiro mais relutante da história da União Europeia. Governos de diferentes orientações ideológicas tentavam conter a demanda por “uma união cada vez mais próxima” vinda de Bruxelas. O Reino Unido, por exemplo, não faz parte da Zona do Euro (moeda única), muito menos da área Schengen, em que não há necessidade de apresentação de passaportes nas fronteiras do bloco comunitário.

E percebe-se que atualmente este ambiente continua semelhante, senão mais presente. Tanto assim é que hoje tomam espaço no Reino Unido movimentos eurocéticos e de ordem nacionalista, seja em prol ou contra o posicionamento do Estado em si (do governo). Isso pois, de nada obstante aos movimentos de apoio a uma independência estatal que dão origem a forças como o Brexit (no Reino Unido), Swexit (na Suécia), Grexit (na Grécia) e Frexit (na França); subsistem hoje ainda, concomitantemente, grupos de oposição ao separatismo e de apoio à estrutura político-organizacional da União Europeia, como o que vem ocorrendo, por exemplo, com a Escócia, que tem lutado por sua independência do Reino Unido em prol de uma vinculação com a União Europeia (XAVIER, 2016, p. 213-219). Tais forças, assim como demais impactos, serão abordados de modo mais específico subsequentemente.



### 3 As implicações da vinculação do Reino Unido à União Europeia

Desde a gênese da vinculação entre o Reino Unido e a União Europeia – até então intitulada Comunidade Econômica Europeia – diversos apontamentos têm sido realizados. E certamente uma das maiores questões levantadas seriam as mudanças ocorridas no cotidiano do Estado após sua aderência ao Direito Comunitário europeu. Questionamento este que hoje ressurge após o anúncio do Reino Unido quanto a abertura de negociações pela sua saída do bloco econômico, mas justamente no sentido oposto, ou seja, do que mudará com a separação. E nesse sentido, já aos idos dos anos 1970, Werner Feld (1972, p. 247) de pronto questionava-se:

Durante um discurso em Bruxelas em Maio, 1970, comemorando o vigésimo aniversário do Plano Schuman, o Presidente da Corte de Justiça das Comunidades Europeias, Robert Lecourt, declarou que o país que se torna um membro da Comunidade “casa com a sua lei”. Com a iminente associação britânica, a pergunta obviamente necessita ser realizada, que tipo de casamento será este?<sup>5</sup>

É claro que, como se pode notar, o questionamento do autor volta-se especificamente para o âmbito legal. No entanto, as mudanças são de fato mais profundas, muitas provenientes inclusive da utilização pelo Reino Unido do Direito Comunitário europeu. Isso não obstante, vale dizer, das implicações que a união veio a oferecer tanto para a nação britânica como para diferentes nações. Ou seja, pode-se seguramente dizer que a vinculação do Reino Unido à União Europeia, assim como sua saída, trouxe impactos das mais diversas ordens, sejam elas jurídica, política, econômica ou mesmo social.

No campo jurídico, as mudanças foram significativas. Muito embora o Reino Unido não tenha aderido a acordos como aqueles relativos à Área de Schengen e à Zona do Euro, o mesmo deixou claro em seu *White Paper* ao Parlamento britânico, “O Reino Unido e as Comunidades Europeias”, de julho de 1971, que os sistemas legais inglês e escocês iriam permanecer intactos, porém, com respectivos adendos provindos de tratados e disposições do Direito Comunitário<sup>6</sup>. Reflexo disso, por consectário, é a hodierna estimativa de que cerca de 40% do Direito vigente no Reino Unido é Direito Comunitário (FELD, 1972, p. 253-254; TEIXEIRA, 2017, n.p.).

Isso sem deixar de considerar, porém, que o Reino Unido não aderiu integralmente a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2007, fazendo constar à mesma uma cláusula especial assegurando “que a legislação britânica prevaleceria sobre a legislação europeia em assuntos contemplados pelo tratado, ou seja, em caso de divergências entre as duas legislações, o bloco não poderia obrigar o Reino Unido a fazer as adaptações necessárias para corrigir a distorção”. Fator este que conferiu ao mesmo uma grande margem de manobra em desfavor da aplicação do Direito Comunitário Europeu (WOLF e OLIVEIRA, 2016, p. 112).

5 “During a speech in Brussels in May, 1970, commemorating the twentieth anniversary of the Schuman Plan, the President of the Court of Justice of the European Communities, Robert Lecourt, declared that the country which becomes a member of the Community “marries its law.” With Britain’s membership impending, the question obviously needs to be posed, what kind of a marriage will it be?”

6 O inteiro teor desta disposição resta consignado nos seguintes termos: “Os sistemas legais Inglês e Escocês permanecerão intactos. Certas provisões [comunitárias] dos tratados e instrumentos feitos sob os mesmos, serão inclusos em nossa lei. O common law permanecerá a base de nosso sistema legal, e nossas cortes continuarão operando como no presente. Em certos casos, contudo, elas necessitarão referir pontos de Direito Comunitário à Corte Europeia de Justiça” (tradução própria) (UNITED KINGDOM *apud* FELD, 1972, p. 253-254).

E outra questão vinculada ao viés jurídico, mas que também tem reflexos no âmbito social, é a imigração. Inobstante à inexistência de livre circulação proporcionada pelo Tratado de Schengen no Reino Unido, é patente que este último, ao aderir às Comunidades, conferiu aceitação aos termos do Tratado sobre a Comunidade Econômica Europeia (1957). Tratado este que, com disposição ratificada pela alínea “D” do Artigo “G” do Tratado sobre a União Europeia (Maastricht) (1992), e, mais tarde, pelos itens 50 e seguintes do artigo 2º do Tratado de Lisboa (2007), implementou em seus artigos 48 e seguintes os Direitos dos cidadãos europeus (dos quais aqueles do Reino Unido também fariam parte) em circular livremente nos países integrantes da comunidade para fins de moradia, trabalho, serviços e estabelecimento de capital. Fator este que, por via de consequência, veio a gerar uma intensa massa de imigrantes de ambas as partes circulando e fixando-se nos diferentes Estados europeus (EUROPA, [1957] 2017d, p. 49ss; [1992] 2017e, p. 11ss; [2007] 2017f, p. 55ss).

E a imigração, nesse tempo, tem se desvelado como um dos principais destaques das mudanças oriundas da adesão e agora discussão quanto a retirada do Reino Unido do bloco econômico. Segundo estimativas levantadas por Wadsworth, Dhingra, Ottaviano e Reenen (2016, p. 35):

A imigração cresceu muito nos últimos 20 anos e uma fração significativa do seu crescimento tem vindo de outros países da União Europeia, especialmente depois de 2004 e a adesão de oito países leste europeus (o ‘A8’). Entre 1995 e 2015, o número de imigrantes de outros países da União Europeia vivendo no Reino Unido triplicaram de 0.9 milhões para 3.3 milhões. O compartilhamento de nacionais da União Europeia cresceu de 1.5% para 5.3% da população total e de 1.8% para 6.3% da população em idade laboral (adultos com idades entre 16-64)<sup>7</sup>.

Essas, todavia, são questões que fazem parte do Direito material aplicável às relações em âmbito britânico e europeu. Questões que, como visto, foram afetadas significativamente. No tocante ao Direito processual, este não foi bruscamente alterado. As nações integrantes do Reino Unido continuaram a utilizar de seus sistemas processuais clássicos, como o inglês e irlandês com a *Common Law* e o escocês com uma espécie de combinação entre elementos de *Common* e de *Civil Law* (DAVID, 2006).

Do ponto de vista econômico, destacam-se medidas de negociação que se originaram do escopo comunitário e de comunicação entre países. Não é segredo que os países da União Europeia sempre buscaram apoiar o Reino Unido em suas necessidades. Afinal, como bem destaca Xavier (2016, p. 203-204), o Reino Unido sempre representou uma força econômica de grande potencial e uma voz a favor da abertura de mercados e da liberdade de relações comerciais. E dois grandes exemplos dessas atitudes foram as já citadas medidas, ambas em 1975, pela criação do Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional – com a promoção de ações de apoio ao desenvolvimento de regiões mais atrasadas do bloco através de recursos comunitários –, e pela assinatura do Acordo de Lomé – com a redução unilateral de barreiras comerciais em países subdesenvolvidos e o favorecimento da relação do Reino Unido com suas colônias (WOLF e OLIVEIRA, 2016, p. 109-116; BACA, 2016, p. 66).

7 Tradução própria de: “Immigration has grown a lot in the last 20 years and a significant fraction of this growth has been from other EU countries, especially after 2004 and the accession of eight East European countries (the ‘A8’). Between 1995 and 2015, the number of immigrants from other EU countries living in the UK tripled from 0.9 million to 3.3 million. The share of EU nationals grew from 1.5% to 5.3% of the total population and from 1.8% to 6.3% of the working age population (adults aged 16-64)”.



Ou seja, é seguro dizer que, muito embora o Reino Unido tenha se caracterizado como uma força opositora de destaque ao repasse de poderes à um poder supranacional burocrático em Bruxelas, o mesmo é considerado um dos maiores expoentes do mercado comum europeu no quesito eliminação de barreiras aos fluxos de bens, serviços, pessoas e capitais entre países do bloco. Mas, no entanto, as divergências entre os países continuaram constantes ao longo dos anos, em especial no tocante à crise europeia (ou crise do Euro), que afetou o Reino Unido também de maneira significativa, mesmo não pertencendo ao grupo de países da zona do Euro (WOLF e OLIVEIRA, 2016, p. 109-116).

Nesse sentido, nas palavras de Wolf e Oliveira (2016, p. 113-114):

O Reino Unido e os demais países-membros da UE também divergiram quanto às reformas que deveriam ser implementadas no bloco para assegurar a superação da crise. Os britânicos não assinaram o Tratado de Estabilidade, Coordenação e Governança da União Econômica e Monetária em 2012, pois ele aumentaria o poder das instituições da UE em detrimento das instituições britânicas. [...] O Reino Unido também se opôs veementemente ao enrijecimento da regulação e supervisão do mercado financeiro europeu, tendo em vista que isso poderia limitar a atratividade da City de Londres em relação a outras praças no mundo. Os britânicos ficaram de fora do maior avanço nesse sentido, a constituição de uma união bancária em 2012, por meio da criação do Mecanismo Único de Supervisão (MUS), com o intuito de assegurar que os bancos estão cumprindo as normas comuns e agindo de forma correta, e do Mecanismo Único de Resolução (MUR), com o intuito de assegurar uma ação concertada em caso de crises bancárias, as quais deverão ser financiadas pelos acionistas e credores do banco e, em última instância, por meio do Fundo Único de Resolução (FUR), o qual é financiado pelos próprios bancos regulamentados e supervisionados. [...].

E foram justamente essas constantes divergências – principalmente no tocante à crise – que fizeram com que fosse anunciado pelo Primeiro Ministro britânico, David Cameron (e, em junho de 2016 realizado), um referendo popular acerca da separação do Reino Unido da União Europeia. Referendo sustentado, principalmente, sob à égide de argumentos de ordens econômica e xenofóbica, fazendo-se destacar a força dos movimentos ora intitulados como “eurocéticos”. Questões que, à bem da verdade, revelam uma série de implicações políticas que permeiam os países (WOLF e OLIVEIRA, 2016, p. 109-116; XAVIER, 2016, p. 208ss).

Todavia, não somente alterações internas foram proporcionadas pela adesão do Reino Unido à União Europeia. De fato, a própria estrutura da União Europeia veio então a se modificar. Segundo dados oficiais fornecidos pelo próprio bloco, hoje o Reino Unido conta com setenta e três de seus nacionais integrando o Parlamento Europeu. Isso além, é claro, da concomitante participação de outros de seus nacionais no Conselho europeu, auxiliando na adoção de leis europeias e na coordenação de políticas. E também sem deixar de mencionar a participação de diversos outros nacionais nas mais diversas instituições da União Europeia, como a Comissão, o Comitê Social e Econômico, dentre outros (EUROPA, 2017g, n.p.).

Hoje, com a aprovação popular do referendo pela saída do Reino Unido da União Europeia – o que demonstra com clareza a volatilidade e as mudanças do ambiente europeu, e, principalmente, do britânico desde os idos dos anos 1970 até os dias de hoje – bem como a notificação formal fornecida por este primeiro à este último pela separação, nos moldes do artigo 50 do Tratado de Lisboa, enfrenta-



se discussão oposta àquela proposta aos anos 1970, como outrora consignado por Werner Feld (1972). Hoje enfrenta-se um amplo debate quanto aos impactos que a própria separação irá causar para a Europa em si. Impactos que atingem os escopos mais variados, como veremos no próximo tópico.

#### 4 Os impactos da saída do Reino Unido do bloco europeu

Já de início, há que de plano concordar com o disposto por Wolf e Oliveira (2016, p. 116-117) quando dispõem que “mesmo antes de completado o processo que culminará na saída do Reino Unido da EU, a decisão do referendo deverá produzir efeitos negativos. O aumento da incerteza e a deterioração do estado geral de expectativas deverá levar a uma queda da demanda e, assim, a uma redução do crescimento no Reino Unido e na UE. Isso reduzirá o comércio e o investimento entre eles, aprofundando ainda mais os efeitos da crise internacional que se arrasta há quase uma década”.

Estamentos esses que alinham-se de modo claro com as palavras de Xavier (2016, p. 203), em especial quando dita que “o *Brexit* finda parcialmente com a utopia de um mundo sem fronteiras, lança Reino Unido e Europa num período de incertezas econômicas e políticas e pode suscitar perigosa onda desintegracionista no continente”. Isso além do fato de que essa separação poderá causar uma grave “crise existencial” na Europa, enfraquecendo o seu *status quo* de potência econômica integrada, alterando a balança de poder na União Europeia e provocando fortes impactos no processo comunitário na era da globalização.

E nesse sentido é patente que, como já visto ao tópico anterior, essa motivação popular pela separação entre potências se dá em virtude de uma insatisfação oriunda de um profundo estado de crises e divergências. Motivo esse que torna adeptos tanto teóricos do Direito, como também teóricos das Relações Internacionais. Isso em virtude de que ambos tem por objeto comum essa insatisfação para ora explicar a autonomia como forma de garantir a circulação de bens e alianças, e ora explicar o surgimento dos movimentos nacionalistas e eurocéticos de reforço do nacional como forma de crescimento econômico e recuperação de países em estado de subdesenvolvimento.

Mas seja como for, o movimento pela saída da União Europeia pelo Reino Unido tem força popular registrada e suficiente para a concretização da separação. Após o anúncio por David Cameron da abertura de um referendo e as intensas campanhas engendradas pelo Reino Unido e Europa, a população do Reino Unido então, em 23 de junho de 2016, com 72% de participação dos eleitores e 51,9% dos votos, optou pela separação entre o Estado e o bloco econômico. Isso com um índice de aprovação ao *Brexit* de 53,4% na Inglaterra, 38% na Escócia, 44,2% na Irlanda do Norte e 52,5% no País de Gales (XAVIER, 2016, p. 211). Decisão essa que foi objeto de notificação formal pelo Estado ao bloco no dia



29 de março de 2017, nos moldes do artigo 50 do Tratado de Lisboa<sup>8</sup>, o que conseqüentemente deu abertura oficial às negociações pela saída (EUROPA, 2017g, n.p.).

Muito embora um dos objetivos do Brexit tenha sido a economia, objetivando a livre abertura de mercados e a autonomia do Reino Unido, no plano econômico o anúncio quanto a aprovação do Brexit trouxe impactos negativos para o Reino Unido. Isso porque, cumulado à redução da nota de crédito do Estado perante às agências de classificação de risco, a própria Libra Esterlina, por via de consequência, veio a sofrer uma desvalorização drástica em relação às principais moedas do sistema. Fenômeno este que surgiu como um reflexo da classificação baixa do Reino Unido, fazendo com que as Libras passassem a ser vendidas em prol da compra de outras moedas, o que fez com que, por conseqüência, a Libra Esterlina enfrentasse uma queda de 1,48 para 1,29 em relação ao Dólar e de 1,31 para 1,16 em relação ao Euro. Sintomas esses que poderão ainda se igualar nos campos do comércio e dos investimentos, pois vários dos países com que o Reino Unido possui relações econômicas são os próprios países europeus, e com a mudança, tais relações poderão vir a sofrer um impacto (WOLF e OLIVEIRA, 2016, p. 117-119).

Ainda no plano econômico, outro impacto que surgirá será a perda pelo Reino Unido dos auxílios oriundos de políticas supranacionais da União Europeia, como a já mencionada Política Regional. Isso afóra demais apoios provindos da cooperação entre os membros do mercado comum europeu. Tudo isso que, nas palavras de Wolf e Oliveira (2016, p. 122), “colocará em risco importantes avanços econômicos e sociais alcançados pelo Reino Unido nas últimas décadas e para os quais o projeto de integração regional certamente contribuiu”.

No campo jurídico, as mudanças, assim como foram com a entrada do Reino Unido no bloco, agora também serão significativas. Da mesma forma que o Reino Unido passou a adotar normas comunitárias, incorporando-as em seu direito interno, com a separação estas normas poderão então ser abandonadas ou substituídas, à critério do Estado. Critérios esses que até o momento não foram definidos, o que aumenta a incerteza quanto aos impactos da saída para o Reino Unido, para a União Europeia e para as próprias pessoas que se utilizam de seu espaço ou lei (WITTY e POLK, 2017, n.p.).

Acerca das mudanças que o Brexit pode proporcionar à legislação do Reino Unido, Witty e Polk descrevem que:

8 Artigo 50.º 1. Qualquer Estado-Membro pode decidir, em conformidade com as respetivas normas constitucionais, retirar-se da União. 2. Qualquer Estado-Membro que decida retirar-se da União notifica a sua intenção ao Conselho Europeu. Em função das orientações do Conselho Europeu, a União negocia e celebra com esse Estado um acordo que estabeleça as condições da sua saída, tendo em conta o quadro das suas futuras relações com a União. Esse acordo é negociado nos termos do n.º 3 do artigo 218.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. O acordo é celebrado em nome da União pelo Conselho, deliberando por maioria qualificada, após aprovação do Parlamento Europeu. 7.6.2016 Jornal Oficial da União Europeia C 202/43 PT 3. Os Tratados deixam de ser aplicáveis ao Estado em causa a partir da data de entrada em vigor do acordo de saída ou, na falta deste, dois anos após a notificação referida no n.º 2, a menos que o Conselho Europeu, com o acordo do Estado-Membro em causa, decida, por unanimidade, prorrogar esse prazo. 4. Para efeitos dos n.ºs 2 e 3, o membro do Conselho Europeu e do Conselho que representa o Estado-Membro que pretende retirar-se da União não participa nas deliberações nem nas decisões do Conselho Europeu e do Conselho que lhe digam respeito. A maioria qualificada é definida nos termos da alínea b) do n.º 3 do artigo 238.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. 5. Se um Estado que se tenha retirado da União voltar a pedir a adesão, é aplicável a esse pedido o processo referido no artigo 49.º (EUROPA, 2017h, p. 43-44).



Independentemente de qual modelo adotar, o Reino Unido não será mais compelido a aplicar uma parcela (senão a totalidade) da legislação da União Europeia. O Reino Unido implementou certas leis europeias (geralmente, diretivas) via legislação primária que continuará a fazer parte do Direito Inglês, salvo se emendadas ou repelidas. Outras leis europeias (geralmente, regulações) tem aplicação direta no Reino Unido sem a necessidade de implementação, o que significa que essas leis cairão uma vez que o Reino Unido se separe da União Europeia, salvo se transpostas à lei britânica. Finalmente, milhares de leis escritas foram feitas nos termos do *European Communities Act 1972*. Se esse ato for repellido pela separação do Reino Unido da União Europeia, então, salvo se transposta à lei britânica, essa lei também cessará sua aplicabilidade. Portanto, O Reino Unido terá que desempenhar um exercício complexo para determinar que lei europeia e derivada do Direito Europeu desejará preservar, emendar ou repelir, direcionando-se em parte pela natureza de qualquer acordo alcançado com a União Europeia durante as negociações pela saída<sup>9</sup>.

No campo específico do Direito Internacional, por sua vez, emerge à luz a questão dos tratados internacionais de comércio, os quais enfrentarão situação complexa diante da separação – principalmente no tocante aos acordos efetuados com demais países integrantes da União Europeia. Conflito que, a depender da situação, poderá ter de envolver a própria Organização Internacional do Comércio (OMC) para fins de resolução da disputa (LANG, 2014, p. 02). Difere parcialmente do Direito Comercial, o qual não enfrentará um impacto maior em seu conteúdo material, haja vista a negligência da União Europeia com maiores regulações para o ramo (HOOLEY, 2017, p. 51-53).

Por conseguinte, não há como deixar de citar uma das questões mais impactantes que surgira diante da concretização do Brexit, qual seja a questão da imigração. Muito embora o motivo que surja com maior frequência para a motivação do Brexit seja a livre abertura de mercados e outros escopos de ordem econômica, é patente que uma das pedras chave para o movimento foi a própria questão da imigração. Como anteriormente exposto, ao adentrar no bloco, o Reino Unido conseqüentemente optou por aderir ao Direito Comunitário. Direito este que, dentre outras garantias, confere livre circulação para fins de emprego e residência, o que para muitos britânicos causa preocupação quanto aos seus empregos, salários e qualidade de vida (TEIXEIRA, 2017, n.p.; WADSWORTH, 2016, p. 35).

No entanto, a tentativa de cessação da massa imigratória através da separação tem as suas consequências. Nas palavras de Teixeira (2017, n.p.):

Um dos principais motivadores foi a questão da imigração. Com a saída do Reino Unido da União Europeia, cidadãos de outros países da EU deixarão de ter os mesmos direitos de cidadãos britânicos, no que diz respeito, sobretudo, às regras de permanência no país e a equiparação trabalhista. Por outro lado, um grande número de cidadãos britânicos que vivem em outros países da União Europeia deixarão de ter esses mesmos direitos, o que poderá resultar em um elevado número de pedidos de naturalização, com o objetivo de manter os atuais direitos.

9 Tradução própria de: “Regardless of which model it adopts, the UK will no longer be required to apply some (if not all) EU legislation. The UK has implemented certain EU laws (generally, EU directives) via primary legislation that will continue to be part of English law, unless these are amended or repealed. Other EU laws (generally, EU regulations) have direct applicability in the UK without the need for implementation, which means that these laws would fall away once the UK withdraws from the EU, unless they are transposed into UK law. Finally, thousands of statutory instruments have been made pursuant to the *European Communities Act 1972*. If this act is repealed upon the UK’s withdrawal from the EU, then, unless transposed into UK law, these statutory instruments will cease to apply as well. Therefore, the UK will have to perform a complex exercise to determine which EU laws and EU-derived laws it wishes to retain, amend or repeal, driven in part by the nature of any agreement reached with the EU during exit negotiations”.

Ou seja, a questão relativa aos estrangeiros e a imigração em massa – ainda mais em tempos de globalização e interdependência – é matéria complexa perante o atual cenário de incertezas presente no ambiente europeu. Atualmente, como já afirmado, muitos estrangeiros, tanto britânicos como de outros países, se encontram atrelados às normas europeias. Exemplo disso são os britânicos que estudam ou trabalham em outros países europeus (relações facilitadas pela cidadania europeia) e os estrangeiros que pretendem a nacionalidade em países do Reino Unido.

A respeito disso, i.e; da aplicabilidade do Direito do Reino Unido ou do Direito Europeu, o próprio Reino Unido já categoricamente se manifestou. Segundo verbera, até o final do processo de negociações referido pelo artigo 50 do Tratado de Lisboa, o Reino Unido continua a possuir *status* de membro ativo do bloco econômico. Nesse ínterim, fica expresso que, ao menos neste momento, as disposições legais da União Europeia aplicáveis aos seus membros e àqueles do Reino Unido permanecem incólumes. Fora que suas expectativas são as de que tais condições relativas à nacionalidade e cidadania permaneçam protegidas, mesmo após o efetivo desmembramento dos blocos (UNITED KINGDOM, 2017, n. p.).

Entretanto, nada exime o fato de que nem mesmo o próprio Reino Unido consegue oferecer uma resposta concreta no tocante às medidas adotadas em um cenário pós-separação, o que se faz imaginar que o mesmo improvisará na medida em que os fenômenos forem ocorrendo. O que existe hoje, à bem da verdade, são somente algumas estimativas – oriundas, de modo geral, do âmbito acadêmico – de atuação do próprio Reino Unido com outros demais países, principalmente no que concerne ao âmbito político-econômico. São os chamados modelos alternativos de relacionamento, que, quando mesclados, podem se resumir nos seguintes:

- a) **A integração à Área Econômica Europeia:** o Reino Unido poderá se juntar à Área Econômica Europeia, assim como a Islândia, Liechtenstein e Noruega o fizeram. O mesmo deverá aceitar a aplicações de leis europeias e continuar a permitir uma livre circulação, de mesmo modo que não poderá participar do ambiente de deliberação. No entanto, poderá participar, ainda que parcialmente, do mercado interno europeu (WITTY e POLK, 2017, n.p; BACA, 2016, p. 76-79);
- b) **Acordos Negociados Bilateralmente:** O Reino Unido poderia negociar diversos acordos bilaterais com demais países europeu, como a Suíça o fez. Mais uma vez teria de fazer concessões, mas poderia fazer parte do mercado interno europeu em pontos específicos, não tendo de trabalhar com a sua totalidade (WITTY e POLK, 2017, n.p; BACA, 2016, p. 79-80);
- c) **União Aduaneira:** o Reino Unido também poderia negociar com o bloco uma união aduaneira, bem como a Turquia o fez, como através da negociação de restrições e tarifas na circulação de bens (WITTY e POLK, 2017, n.p; BACA, 2016, p. 81-82);
- d) **Acordo de Livre Comércio:** O Reino Unido ainda poderia buscar um acordo de livre comércio com a União Europeia, como o Canadá o fez. Isso faria com que os produtos exportados pelo Reino Unido ficassem vinculados ao padrão europeu. Porém, tarifas e demais encargos poderiam ser negociados, de mesma forma que o Estado não ficaria compelido a contribuir com o bloco (WITTY e POLK, 2017, n.p; BACA, 2016, p. 81);
- e) **Associação com a Organização Mundial do Comércio ou conversão a Estado terceiro em relação ao bloco:** Este seria o modelo mais padrão de associação e circulação de bens. O Reino Unido não contribuiria ou teria de adotar normas europeias. Contudo, teria de comportar seus padrões, arcar com tarifas e encargos



e se submeter às intemperes da Organização Mundial do Comércio (WITTY e POLK, 2017, n.p; BACA, 2016, p. 82-84).

As implicações e mudanças, no entanto, são profundas. As mesmas abrangem desde o cenário político até o jurídico, econômico e social. Como já anteriormente salientado, nem mesmo os próprios agentes envolvidos no Brexit atualmente são capazes de precisar quais serão as mudanças e consequências no ambiente europeu. E isso possui uma complexidade concreta no cenário contemporâneo, posto a existência cada vez maior de uma globalização caracterizada pela aproximação de fronteiras e pela interdependência entre países e demais atores. Ambiente que traz preocupações claras se percebido que tais características vinculam-se a um cenário global dotado de diversas insatisfações que culminam inclusive em diversos movimentos como o próprio Brexit.

## 5 Considerações finais

Como já exposto, alguns estudiosos restaram surpresos diante do resultado do referendo popular que deu voz ao Reino Unido no tocante à separação ou não entre o Estado e a União Europeia, tanto a realização como o resultado do mesmo não causam um espanto. Afinal, o Reino Unido é historicamente caracterizado por uma ausência de identidade com a própria Europa; muito embora não se saibam precisar os seus exatos motivos.

Fato é que a Europa enfrenta um delicado debate quanto ao fim da vinculação entre Reino Unido e União Europeia. Isso, à bem da verdade, trata-se do reflexo de uma complicada relação. O Reino Unido, como dito, nunca demonstrou identidade com a Europa. Muito embora ao fim da Segunda Guerra Mundial o mesmo tenha sido eleito como um dos precursores da união entre os países europeus através do discurso de Winston Churchill, a sua adesão ao bloco não se deu em sua gênese; a mesma somente veio a ocorrer anos após. No entanto, mesmo unido ao bloco, o Reino Unido nunca deixou de demonstrar sua insurgência, como através da não aceitação ao Tratado de Schengen, da não adesão à Zona do Euro, assim como do discurso de Margareth Thatcher pelo apoio a uma união, mas de refutação a um poder burocrático centrado em Bruxelas. Uma espécie de insatisfação que veio a crescer com a crise do Euro durante as últimas décadas, um dos motivos mais fortes de impulso ao Brexit.

Ao aderir à União Europeia, o Reino Unido se dispôs a contribuir e se engajar com o bloco econômico. Com isso, diversas mudanças passaram a se tornar concretas tanto no bloco quanto no próprio Estado. Mudanças que se vinculam às esferas política, econômica, jurídica e social dos mesmos. E um desses impactos, o qual possui vinculação com todas as esferas, foi a aceitação ao direito comunitário tanto interna quanto externamente ao Reino Unido. Com isso, mesmo não aderindo ao Tratado de Schengen, diversos modos de circulação de bens e pessoas foram permitidos em seu território, assim como a própria permissão ao trabalho e permanência de pessoas tanto no Reino Unido como na Europa.

As consequências que podem advir hoje com o Brexit – esse neologismo britânico que dá inspiração à outros movimentos nacionalistas como o Swexit (na Suíça), o Grexit (na Grécia) e o Frexit (na França) – são incertas e profundas. Isso a começar pela própria questão da imigração, outra das pedras chave para o sucesso do Brexit; haja vista que com o impacto da decaída da obrigação pelo uso do direito



comunitário, muitos daqueles que atualmente se estabelecem nos diferentes países da Europa – e possam inclusive ter estabelecido uma convivência plena no local, como a título de trabalho – poderão ocasionar uma intensa massa de pedidos de naturalização nos países em que se encontram. Afora a incerteza quanto à sua situação, questionamento que hoje nem mesmo Reino Unido e União Europeia sabem responder.

E o problema que surge com essa onda de incertezas e ausência de respostas é que o que se gera é um sentimento de insegurança, de que tanto Reino Unido como União Europeia somente passarão a resolver tais questões por meio de um certo “improviso”, na medida em que essas questões comecem a surgir.

O que existe hoje são apenas expectativas, geralmente de cunho acadêmico, mas que não trazem segurança para como trabalhar com este fenômeno político-jurídico-econômico-social. Em visão própria e baseada na análise dos impactos que se vislumbram desse cenário, o Brexit representa um passo ousado para o Reino Unido. Trata-se de nada mais do que um reflexo de sua insatisfação com a Europa, quem sabe até de sua ausência de identidade. O que ocorre é que os impactos que possam advir da separação são intensos e profundos. Provocarão mudanças que poderão ser irremediáveis para o cenário mundial. Fatores que se vinculam, à bem da verdade, em questões subjetivas que devem ser superadas para fins não somente de relacionamento, mas também de desenvolvimento do cenário global.

## Referências

BACA, Werner Miguel Kuhn. Aspectos jurídicos y perspectivas políticas de una posible retirada de la Unión Europea por parte del Reino Unido. **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**, ano 4, n. 8, p. 64-93, 2016.

CHURCHILL, Winston. **Mr Winston speaking in Zurich**: 19th September 1946. Disponível em: <<http://www.churchill-society-london.org.uk/astonish.html>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

DAVID, René. **O direito inglês**. 2. ed. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

EUROPA. **The EU in brief**. Disponível em: <[https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief\\_en](https://europa.eu/european-union/about-eu/eu-in-brief_en)>. Acesso em: 20 jul. 2017a.

\_\_\_\_\_. Documents concerning the Accession to the European Communities of the Kingdom of Denmark, Ireland, the Kingdom of Norway and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland. *In: Official Journal of the European Communities*: special edition, 27 March 1972. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=OJ:L:1972:073:FULL&from=EN>>. Acesso em: 20 jul. 2017b.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Maastricht sobre a União Europeia**. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:xy0026&from=EN>>. Acesso em: 07 ago. 2017c.



\_\_\_\_\_. **Trattato che istituisce la Comunità Economica Europea e documenti allegati.** Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:11957E/TXT&qid=1502326085341&from=EN>>. Acesso em: 07 ago. 2017d.

\_\_\_\_\_. **Treaty on European Union.** Disponível em: <[https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty\\_on\\_european\\_union\\_en.pdf](https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_on_european_union_en.pdf)>. Acesso em: 07 ago. 2017e.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Lisboa.** *In: Jornal Oficial da União Europeia*, ano 50, de 17 de dezembro de 2007. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2007:306:FULL&from=EN>>. Acesso em: 07 ago. 2017f.

\_\_\_\_\_. **United Kingdom.** Disponível em: <[https://europa.eu/european-union/about-eu/countries/member-countries/unitedkingdom\\_en#budgets\\_and\\_funding](https://europa.eu/european-union/about-eu/countries/member-countries/unitedkingdom_en#budgets_and_funding)>. Acesso em: 07 ago. 2017g.

\_\_\_\_\_. **Jornal Oficial da União Europeia: C 202, 59º ano, 07 de junho de 2016.** Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2016:202:FULL&from=PT>>. Acesso em: 09 ago. 2017h.

FELD, Werner. **Legal dimensions of British entry into the European Community.** *Law and Contemporary Problems*, v. 37, n. 02, p. 247-264, 1972.

HOOLEY, Richard. **An introduction to commercial law.** *In: CLARKE, Malcolm; HOOLEY, Richard; MUNDAY, Roderick; SEALY, Len; TOTTENBORN, Andrew; TURNER, Peter. Commercial Law: text, cases, and materials.* 5. ed. Oxford: Oxford University Press, 2017.

LANG, Andrew. **The consequences of Brexit: some complications from international law.** *LSE Policy Briefing Series*, Policy Briefing 3, 2014.

NORRIS, Pippa. **Global governance & cosmopolitan citizens.** *In: NYE, Joseph S; DONAHUE, John D. Governance in a globalizing world.* Washington: Bookings, 2000. p. 155-177.

TEIXEIRA, Marcelo Markus. **Mas afinal, o que é o Brexit?** Disponível em: <<https://clierdc.com.br/mas-afinal-o-que-e-o-brexit/>>. Acesso em: 08 ago. 2017.

THATCHER, Margaret. **Speech to the College of Europe (“The Bruges Speech”).** Disponível em: <<http://www.margarethatcher.org/document/107332>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

UNITED KINGDOM. **Statement: the status of EU nationals in the UK.** Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/news/statement-the-status-of-eu-nationals-in-the-uk>>. Acesso em: 09 ago. 2017.

WADSWORTH, Jonathan; DHINGRA, Swati; OTTAVIANO, Gianmarco; REENEN, John Van. **Brexit and the impact of immigration on the UK.** *In: CENTRE FOR ECONOMIC PERFORMANCE. The London School of Economics and Political Science. Brexit 2016: policy analysis from the Centre for Economic Performance.* Londres: Centre for Economic Performance, 2016. p. 34-53.



WILSON, Sam. Britain and the EU: a long and rocky relationship. **BBC**, abr. 2014. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/uk-politics-26515129>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

WITTY, Simon; POLK, Davis. **The legal consequences of Brexit**. Disponível em: <<https://corpgov.law.harvard.edu/2016/06/27/the-legal-consequences-of-brexit/>>. Acesso em: 09 ago. 2017.

WOLF, Paulo José Whitaker; OLIVEIRA, Giuliano Contento de. A saída do Reino Unido da União Europeia: um revés civilizatório. **Anuario de la Integración Regional de América Latina y el Caribe** (América Latina y el Caribe Frente a la Encrucijada Actual de la Globalización), n. 13, p. 105-131, 2016.

XAVIER, Laércio Noronha. Euroceticismo e Brexit: anti-política, nacionalismo e desigualdade na era do comunitarismo e da globalização. *In: Anais do XXV CONPEDI*, Curitiba, p. 202-221, 2016.





**INSTRUMENTOS DE DIREITO  
COMERCIAL INTERNACIONAL EM  
UM MUNDO PLURILINGUÍSTICO:  
TENTATIVAS DE SUPERAÇÃO DAS  
BARREIRAS IDIOMÁTICAS POR  
MEIO DE CONCEITOS JURÍDICOS  
“NEUTROS”**

*Sabrina Maria Fadel Becue*



# INSTRUMENTOS DE DIREITO COMERCIAL INTERNACIONAL EM UM MUNDO PLURILINGUÍSTICO: TENTATIVAS DE SUPERAÇÃO DAS BARREIRAS IDIOMÁTICAS POR MEIO DE CONCEITOS JURÍDICOS “NEUTROS”

## INTERNATIONAL COMMERCIAL LAW TOOLS IN A MULTILINGUAL WORLD: ATTEMPTING TO OVERCOME LANGUAGE BARRIERS THROUGH “NEUTRAL” LEGAL CONCEPTS

*Sabrina Maria Fadel Becue<sup>1</sup>*

*“As numerosas línguas do mundo, brigando, convertem-se em esperanto, sem alcançarem a paz.”*

*Carlos Drummond de Andrade<sup>2</sup>*

*“A linguagem é uma fonte de mal-entendidos.”*

*Antoine de Saint-Exupéry<sup>3</sup>*

**RESUMO:** O Direito se exprime por meio da linguagem e, assim como impera uma pluralidade de idiomas ao redor do mundo, a linguagem jurídica é igualmente plural e fruto da cultura de cada ordenamento jurídico. A tentativa de harmonização legislativa depende da harmonização de conceitos jurídicos. A produção normativa das organizações internacionais e, sobretudo da UNCITRAL, baseia-se em conceitos jurídicos neutros para alcançar o escopo de uniformização e harmonização de regras atinentes ao comércio internacional. A CISG e os instrumentos de *Soft Law* sobre Insolvência Transnacional fornecem exemplos desta neutralidade idiomática.

**PALAVRAS-CHAVE:** Direito Internacional, linguagem, linguagem jurídica global, harmonização.

**ABSTRACT:** Law expresses itself through language and, just as a plurality of languages prevails around the world, legal language is equally plural and a result of national culture. The attempt to harmonize legislation depends on the harmonization of legal concepts. The normative production of international organizations, and especially of UNCITRAL, is based on neutral legal concepts to achieve the scope of standardization and harmonization of rules pertaining to international trade. The CISG and the Soft Law instruments on Cross-border Insolvency provide good examples of the legal language neutrality.

**KEYWORDS:** International Law, language, global legal language, harmonization.

1 Advogada. Bacharel em direito pela UFPR. Mestre e Doutoranda em Direito pela USP.

2 **O Aveso das Coisas. Aforismos.** Editora Record. 2ª Edição. 1990.

3 **O Pequeno Príncipe.** 2ª Ed. Tradução Frei Betto. São Paulo: Geração Editorial, 2015, p. 95.



**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. As interfaces entre o Direito e a Linguagem; 3. Das contribuições da UNCITRAL na uniformização de regras do comércio internacional; 3.1 A Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – CISG; 3.2. Os instrumentos de Soft Law relativos à insolvência transnacional; 4. Conclusão; Referências.

## 1. Introdução

O presente artigo ocupa-se do comércio internacional e, nesse viés, das tentativas de superar barreiras erguidas pelos sistemas jurídicos de cada país, sobretudo, pelo natural enraizamento das leis em culturas locais. O idioma é a expressão primeira da cultura de um determinado país no que toca à comunicação e o linguajar jurídico não é diferente, também exprime os valores e as tradições do país. Portanto, a análise que segue se restringirá ao exame de instrumentos jurídicos internacionais que buscam superar os entraves linguísticos que revelam conceitos jurídicos próprios de cada um dos países, porém, ficará restrita à tônica do direito comercial.

O comércio nunca teve fronteiras e desde o nascimento do que hoje se conhece por Direito Comercial as regras jurídicas traduziam conteúdo e voltavam-se à classe dos mercadores, independentemente de sua origem. Nas palavras de Rubens Requião: “as operações mercantis se repetem em massa, transpira nítido o seu sentido *cosmopolita*”<sup>4</sup>. O direito das corporações, prévio à formação dos Estados-Nações, evoluiu para, em tempos mais modernos, um direito comercial internacional, uma vez que:

A tendência há muito revelada e cada dia mais intensa é para regular o fenômeno internacional do comércio (...). O movimento do tráfico entre as diversas nações, os costumes internacionais e a influência que as legislações de nações cultas e comerciais vão exercendo sobre as de outros países, principalmente depois das consequências econômicas da grande guerra, retiram das leis comerciais o seu caráter essencialmente local e influem para a sua universalidade.<sup>5</sup>

Ocorre que a almejada universalidade das regras desenhadas para o comércio internacional, no momento de sua aplicação, pode ser desnaturada em razão da leitura feita pelos operadores locais. A interpretação das regras pelas lentes do direito local coloca em risco a pretensão de harmonização e o problema decorre, em parte, das traduções e do sentido específico que os termos legais possuem perante cada ordenamento jurídico. Como forma de superar este problema, tanto as Convenções internacionais, como normas de *Soft Law* adotam conceitos jurídicos “neutros”, desvincilhados dos sistemas de *Common Law* e *Civil Law* ou mesmo de países considerados hegemônicos nas relações de troca internacional.

Este artigo está dividido em três partes. Na primeira parte, apresentamos uma visão geral acerca do intrincado relacionamento entre Direito e Linguagem e, sobretudo, como a linguagem é fator determinante para o processo de uniformização ou harmonização legal. A segunda, destaca o papel da UNCITRAL no processo de harmonização e de que maneira a linguagem – aqui designada de neutra

4 Curso de Direito Comercial, 1º volume, 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 11 (destaque original).

5 CARVALHO DE MENDONÇA, J.X. *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Tomo I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945, p. 73.

– é usada nos textos desta organização internacional para cumprir suas finalidades. A Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias e os instrumentos de *Soft Law* desenvolvidos para lidar com insolvência transnacional – em especial a Lei Modelo e o Guia Legislativo – foram usados como exemplo para comprovar a tese aqui defendida. Por fim, tecemos algumas breves conclusões.

## 2. As interfaces entre o Direito e a Linguagem

Em razão da função comunicativa das línguas é inegável que os ordenamentos jurídicos – envolvendo as leis, decisões judiciais e, inclusive, as comunicações verbais que são cruciais ao Direito – se constroem e se apoiam no idioma para transmitir o conteúdo: “The relation between language and the law is so intimate that it is not farfetched to say that law is essentially language”<sup>6</sup>. Os idiomas são relevantes para o estudo jurídico não apenas para superar lacunas e imprecisões na fase de interpretação das normas, como também pela definição dos termos jurídicos já que estes transmitem mais do que palavras isoladas, transmitem conceitos. Não por acaso o termo ‘boa-fé’ é encontrado em diversos ordenamentos jurídicos, mas com grande variação quanto ao conteúdo e aplicação<sup>7</sup>. Deste modo, o desafio imposto ao Direito Internacional compreende as nuances da terminologia jurídica em cada país e o relacionamento entre eles, o que Samantha Hargitt denomina de linguística jurídica<sup>8</sup>.

Todavia, apesar da globalização ser sentida em muitas esferas, inclusive no que toca à comunicação idiomática, as línguas permanecem essencialmente locais, como expressões da cultura de cada povo. O inglês goza hoje de preponderância no comércio e nas relações internacionais, assim como o francês outrora ocupou esta posição, mas não pode ser considerada uma *lingua franca* e, em relação ao conteúdo dos termos, mesmo entre países anglófonos – espalhados por todos os continentes – encontramos variações de sentido ainda que haja paralelismo entre as expressões, justamente pela diversidade cultural que os separa.

Ademais, no âmbito do Direito Internacional, a escolha das palavras nem sempre busca a precisão. A ambiguidade é uma ferramenta necessária para as negociações diplomáticas, uma resposta conciliatória que preserva margem de manobra para aplicação futura do instrumento celebrado, segundo as intenções

6 ROTMAN, Edgardo. The Inherent Problems of Legal Translation: Theoretical Aspects, **Indiana International & Comparative Law Review**, n. 6, 1995, p. 187.

7 Consultar: MACKAAY, Ejan. Good Faith in Civil Law Systems: A Legal-Economic Analysis. **RChDP**, Santiago, n. 18, p. 149-177, jul. 2012; MOSS, Giuditta Cordero. International Contracts between Common Law and Civil Law: Is Non-state Law to Be Preferred? The Difficulty of Interpreting Legal Standards Such as Good Faith, **Global Jurist**: Vol. 7: Iss. 1 (Advances), Article 3, 2007.

8 “Legal linguistics is essentially a theory of the law that “focuses on two central issues of the creation of law with linguistic means and its application, i.e. interpretation and argumentation (...).The main focus of legal linguistics, at least in the comparative form, has become understanding legalese in and across languages. Comprehensive understanding is difficult enough to achieve from the hermetic language in a single tongue, but cross-lingual understanding can only be achieved through understanding the cultures and legal systems in which the respective languages are based.” (HARGITT, Samantha. What Could Be Gained in Translation: Legal Language and Lawyer-Linguists in a Globalized World. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, Vol. 20, No. 1, 2013, p. 427-428).



particulares de cada interlocutor<sup>9</sup>.

A intrincada relação entre Direito e Linguagem, ambas expressões histórico-culturais do povo<sup>10</sup>, em vista do objetivo de uniformização e de uma meta-língua universal, depara-se com muitos pontos de resistência. Primeiro, o compartilhamento de palavras ou termos idênticos em nada garante a uniformidade de sentido<sup>11</sup>. Pessoas de procedências culturais diversas terão visões de mundo diversas e, por conseguinte, atribuirão significados diversos às expressões. Não é, portanto, uma ciência exata e também não se restringe a um processo de tradução<sup>12</sup>. Aliás, “a tradução é destinada também a estabelecer novos processos de comunicação. (...), uma segunda relação comunicativa substitui a primeira, buscando estabelecer uma aproximação entre os conteúdos das línguas em presença”<sup>13</sup>. Segundo, o modo de formação das regras jurídicas e dos idiomas, apesar de ambos serem frutos de práticas sociais, é oposto, enquanto aquelas decorrem de uma estrutura centralizada e hierárquica, as línguas são praticadas e desenvolvidas individualmente, inviabilizando a criação de uma *lingua franca* ou sua estabilidade no tempo<sup>14</sup>. Terceiro, como mencionado, o Direito Internacional se beneficia da ‘cacofonia’ linguística em algumas circunstâncias. Quarto, o idioma é uma expressão de poder; toda tentativa de uniformização carrega consigo o embate político para subjugar outros atores ou, quando da interpretação, predominará o sentido que melhor reflita o pretendido pelo ator nacional<sup>15</sup>. Sem identidade cultural é impossível atingir identidade idiomática, ao mesmo tempo em que o compartilhamento do idioma é um traço decisivo para aquela. Quinto, a extração do conteúdo de um texto jurídico não se restringe aos seus

9 Esclarece Evandro Menezes de Carvalho: “a diplomacia e as línguas estão a serviço das estratégias de composição e de diferença de posições desejadas pelos atores da cena internacional. Eis por que uma eventual ambigüidade do discurso diplomático, antes de ser um vício que se deve evitar a qualquer custo, pode se apresentar como um tipo de virtude, uma competência lingüística na qual se espera serem versados os diplomatas. Ambigüidade da palavra que permite ao seu emissor situar-se estrategicamente entre o consenso e o dissenso, entre o “não” e o “sim”, de maneira a conceder-lhe uma margem de ação política sem pô-lo em contradição com seus termos, preservando a sua credibilidade de negociador” (Diplomacia e multilingüismo no Direito Internacional. **Rev. Bras. Polít. Int.** 49 (2): 178-195, 2006, p. 178).

10 Nas palavras de Marie-Jeanne Campana: “Comme la langue, le droit a dans ses origines, son développement et sa structure, un caractère foncièrement populaire et indigène qui manifeste le particularisme historique, culturel et national de chaque peuple” (Vers um Langage Juridique Commun em Europe, **8 Eur. Rev.Private L.** 33, 50, 2000, p. 35).

11 “Tous s’accordent sur le fait que la majeure difficulté en ce domaine ne réside pas dans des problèmes linguistiques mais dans le fait que les concepts ont différents sens dans les systèmes legaux en présence. Ce n’est pas dire que les problèmes purement linguistiques sont absents (...), mais ils recouvrent essentiellement des divergences fonctionnelles et conceptuelles (comment traduire en français ‘equity’ ou ‘trust’). Sans entrer dans les détails d’un riche et long débat, il est clair qu’une traduction juridique doit viser à déterminer une équivalence entre les expressions linguistiques comparées. Équivalence qui ne soit pas que linguistique, mais systémique, fonctionnelle et téléologique.” (CAMPANA, Marie- Jeanne. Vers um Langage Juridique Commun em Europe, cit, p. 37-38).

12 “Les arguments qui s’échangent au cours du processus d’harmonisation montrent bien comment l’édification d’une terminologie juridique commune ne s’appuie pas seulement sur une logique « scientifique », mais se fonde aussi sur la prise en compte de réalités très diverses (linguistiques certes, mais également sociales, politiques et institutionnelles) qui intègrent toutes une dimension pragmatique” (LAVAUULT-OLLÉON, Elisabeth; GROSSMANN, Francis. Langue du droit et harmonisation terminologique multilingue: l’exemple de LexALP , **Lidil** [En ligne], N° 38, 2008, p. 13)

13 CARVALHO, Evandro Menezes de. Diplomacia e multilingüismo no Direito Internacional, cit, p. 186.

14 CHATILLON, Stéphane. Droit et langue. In: **Revue internationale de droit comparé**. Vol. 54 N°3, Juillet-septembre 2002. pp. 687-715.

15 “[E]very state will clearly prefer its own interpretation of even a common language over that of a rival simply due to the natural mutability of legal interpretation. (...) any new language will inevitably be the result of greater influence by some states than others. On the whole, it remains nearly impossible to create something neutral and unbiased.” (HARGITT, Samantha. What Could Be Gained in Translation: Legal Language and Lawyer-Linguists in a Globalized World, cit, p. 437).



signos linguísticos, o contexto no qual a norma se insere não pode ser dissociado da sua aplicação<sup>16</sup>, até porque, não raro, o mesmo termo pode possuir múltiplos significados dentro de um mesmo idioma, a depender do âmbito de sua incidência<sup>17</sup>. Sexto, deixando o pragmatismo de lado, “deve-se reconhecer que os inúmeros idiomas presentes no planeta não podem ser adequadamente traduzidos em uma “superlíngua”, e é neste plurilingüismo onde residiria, paradoxalmente, a radical igualdade entre os indivíduos.”<sup>18-19</sup>.

Apesar dos inúmeros empecilhos, o propósito de uniformização da linguagem não reside no campo das ideias e, ao contrário, decorre de problemas concretos já vivenciados pelas jurisdições<sup>20</sup>, além de atender aos anseios do comércio internacional. No âmbito da União Europeia, o debate acerca da uniformização linguística, sua factibilidade e meios para atingir este desiderato dividem os doutrinadores<sup>21</sup>, contudo está na pauta das preocupações da comunidade acadêmica e das autoridades europeias. É consenso que a legislação supranacional, por si só, não assegura a harmoniosa aplicação em razão das diferenças culturais e idiomáticas, o que culminou na proposta de criação de quadro comum de referências jurídicas (“Common Frame of Reference – CFR”), além dos outros mecanismos já em

16 Por isso George H. Taylor defende que os textos jurídicos não são nem transparentes, nem opacos, mas sim translúcidos: “Interpretation does not impose itself on a legal text that is transparent and has no weight and thickness of its own. Nor does interpretation supplement the text from outside. Rather, the text manifests weight and thickness due to its language and the contextual presuppositions intertwined with this language. At the same time the text is not opaque and self-contained, because the context “animate[s]” the text.” “To comprehend a legal text by reference to its context is to appreciate the light that the context brings to the text and renders the thickness and color of the text no longer opaque but translucent.” (Legal interpretation: The window of the text as transparent, opaque or translucent. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (RECHTD) 3(2): 169-181 julho-dezembro 2011, p. 177 e 180).

17 “[E]ach legal term is equivalent to a particular legal concept in its own system-specific legal and national surrounding. The use of a term in one single language can cover many different concepts. A term may determine something completely different in private law than in public law. The use of the same term in another country of the same language will deliver even another concept to the same legal term” (HEUTGER, Viola. A more coherent European wide legal language. *European Integration online Papers* (EIoP) Vol. 8 (2004) Nº 2. Disponível em: <http://eiop.or.at/eiop/pdf/2004-002.pdf>. Acessado em 08 de setembro de 2017).

18 CARVALHO, Evandro Menezes de. Diplomacia e multilingüismo no Direito Internacional, cit, p. 182.

19 No mesmo sentido se manifesta: CAMPANA, Marie- Jeanne. Vers um Langage Juridique Commun em Europe, cit, p. 42.

20 Por exemplo, no julgamento do caso *Société Des Produits Nestlé SA v Cadbury UK Ltd*, o juiz inglês, ao referir uma questão a ser analisada para fins de harmonização pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, demonstra sua insatisfação com a tradução da questão formulada por ele em inglês para o francês e para o alemão, bem como que a tradução pode ter comprometido o sentido pretendido: “The key words in the second question in the French text are “estimait que”. This is not a correct translation of “rely upon”. Rather, it means “considered that” or “regarded”. I am informed that a more correct translation would be “en remettre”. Similarly, the German translation of question 1 was as follows: (...)The key word in the second alternative in the German text is “wahrnimmt”. Again, this is not a correct translation of “rely upon”. Rather, it means “perceives”. I am informed that a more correct translation would be “sich auf etwas verlassen”. On the other hand, in the translations of question 1 into other languages, including Dutch, Italian, Latvian and Polish, the words “rely upon” were correctly translated. Notwithstanding these translation issues, both parties submitted that it was evident that the Advocate General and the Court of Justice had correctly understood the issue posed by the question which I referred. For reasons that will appear, however, I have to say that I have some doubts about this.” [Consultar: *UK Ltd [2016] EWHC 50 (Ch)* (20 January 2016), §17 a 22].

21 Para Viola Heutger o propósito é viável e necessária para fortalecer a União Europeia: “European integration cannot proceed without attention being given to linguistic matters (...). For the time being the official legal language of the European Union is far from pan European standard. The implementation of European Directives on minimum standards offers a wide range of linguistic interpretations and opens the door to different uses of language. (...)To my mind a new legal language will achieve this acceptance. Such a common legal language will not be based on national legal concepts, but will be drafted with a view to the needs of the citizens of the European Union” (HEUTGER, Viola. Law and Language in the European Union. *Global Jurist Topics*: Volume 3, Issue 1. Article 3, 2003, p. 10-11). Em oposição, como uma visão cética sobre a viabilidade da proposta manifesta-se Samantha Hargitt, obra citada.



vigor, como a base de dados de terminologias<sup>22</sup>. Por evidente, o objetivo não é eliminar a diversidade idiomática da União Europeia<sup>23</sup>, mas, na esfera do Direito Internacional Privado, construir conceitos jurídicos neutros – na medida do possível – que possam ser compartilhados e entendidos da mesma forma em todos os Estados Membros. Trata-se de uma tentativa de uniformização da língua jurídica para ramos específicos, em especial no âmbito das relações econômicas e privadas.

Assim, resta demonstrado o quão complexo é o relacionamento entre Direito e Linguagem, dada a dependência daquele às línguas pátrias e a especialidade do linguajar jurídico para cada área de incidência. No comércio internacional, as partes buscam minimizar os problemas derivados da diferença idiomática e de tradições jurídicas de cada ordenamento, através da seleção do idioma do contrato, da lei aplicável e, quando possível, do foro e do método de solução de conflito – como um subterfúgio a ter sua demanda decidida por critérios desconhecidos. Considerando que em algumas circunstâncias não será possível ou viável a contratação destes termos, as ensaios de uniformização de conceitos jurídicos, com o escopo de reduzir os atritos decorrentes da diversidade cultural entre os agentes econômicos, merecem a atenção especial da doutrina, notadamente se considerarmos que fora da União Europeia as dificuldades são ainda maiores.

### 3. Das contribuições da UNCITRAL na uniformização de regras do comércio internacional

A UNCITRAL<sup>24</sup> tem sido vanguardista e o principal veículo para “unificação e harmonização”<sup>25</sup> das regras atinentes ao comércio internacional, ainda que não seja a única instituição que atua para este propósito<sup>26</sup>. Criada em 1966, pela Resolução 2205 da Assembleia Geral da ONU, a entidade congrega hoje 60 países de todos os continentes, com mandatos de seis anos, eleitos com o propósito de representar “the world’s various geographic regions and its principal economic and legal system”<sup>27</sup>, além de atuar em parceria com inúmeras instituições internacionais<sup>28</sup> que almejam fim semelhante, qual seja, a unificação/uniformização e/ou harmonização voltada para a promoção do comércio internacional. A doutrina distingue conceitualmente unificação, uniformização e harmonização. O primeiro refere-se a regras idênticas que substituem todas as demais: “un droit unique qui se substitue aux divers droits

22 Inter-Agency Terminology Exchange – IATE.

23 “La diversité des langages européens ne peut être une entrave à l’élaboration d’un droit commun tel que nous l’imaginons, car ce droit présentera suffisamment de souplesse pour n’être pas unique et permettra le maintien des diversités culturelles et linguistiques” (CAMPANA, Marie- Jeanne. Vers um Langage Juridique Commun em Europe, cit, p. 49).

24 Abreviação de: The United Nations Commission on International Trade Law.

25 Objetivo da constituição da UNCITRAL expresso na Resolução 2205/ONU: “Decides to establish a United Nations Commission on International Trade Law (hereinafter referred to as the Commission), which shall have for its object the promotion of the progressive harmonization and unification of the law of international trade”

26 Podemos citar o UNIDROIT - International Institute for the Unification of Private Law, assim como Hague Conference on Private International Law, Banco Mundial e Fundo Monetário Internacional, pois apesar do escopo principal destas duas últimas instituições não ser a harmonização de instrumentos jurídicos, elas se engajam também nesta tarefa, sobretudo, em relação aos países em desenvolvimento.

27 “Origin, Mandate and Composition of UNCITRAL”. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/uncitral/en/about/origin.html>>. Acessado em 16 de setembro de 2017.

28 Vide: “Coordination of Work on International Trade Law”. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/uncitral/en/tac/coordination.html>>. Acessado em 16 de setembro de 2017.



existants<sup>29</sup>. Já por uniformização poderíamos entender a incorporação de regras idênticas no âmbito de diferentes legislações nacionais que, contudo, no processo de nacionalização, podem ser aplicadas de modo diferente<sup>30</sup>. Por último, a harmonização exprime uma técnica mais suave de aproximação de legislações por meio de uma inspiração comum. Para Ana Teresa de Abreu Coutinho Boscolo, todavia, os termos unificação e uniformização manifestam, de modo geral, o mesmo significado<sup>31</sup>, sendo relevante apenas assinalar sua diferenciação com a ideia de harmonização legislativa<sup>32</sup>.

Dando um passo adiante, Susan Block-Lieb e Terence Halliday destacam que apesar de não constar em nenhuma de suas resoluções, a UNCITRAL abraçou o objetivo de ‘modernizar’ as legislações que impactam no comércio internacional. Este objetivo deve ser lido em consonância e inserido no propósito de harmonização, mas a partir de uma perspectiva realista que a unificação das leis é quase inatingível e que ao abandonar posições maniqueístas – convenção *versus* leis modelos ou unificação *versus* harmonização – a UNCITRAL pode valer-se de inúmeras tecnologias, complementares entre si, para fomentar o relacionamento amistoso entre países e o comércio internacional<sup>33</sup>.

Dentre as diversas técnicas empregadas pela UNCITRAL, no âmbito de reformas legislativas, está a edição de convenções internacionais, como também a redação de instrumentos de *Soft Law*<sup>34</sup>. Destacaremos, nessa investigação, a Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – CISG – e, na esfera de *Soft Law*, a Lei Modelo de Insolvência Transnacional, complementada pelo Guia Legislativo, porquanto são os instrumentos de maior

29 CAMPANA, Marie- Jeanne. Vers um Langage Juridique Commun em Europe, cit, p. 43.

30 CAMPANA, Marie- Jeanne. Vers um Langage Juridique Commun em Europe, idem, ibidem.

31 BOSCOLO, Ana Teresa de Abreu Coutinho. Desafios da harmonização do direito do comércio internacional. 2016. **Dissertação (Mestrado em Direito Internacional)** - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-25102016-162941/>. Acesso em: 16 de setembro de 2017.

32 Na visão da autora: “unification is reached when there is one instrument being applied and its application is similar enough that it avoids practical differences harming such application. Reaching harmonization, instead, means one instrument is used as a model or source of inspiration to others either through interpretation or drafting in order to facilitate commercial relations, or their harmonic coexistence” (BOSCOLO, Ana Teresa de Abreu Coutinho. **Problems on harmonization and unification of international commercial law**. Disponível em: < [http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers\\_for\\_Programme/4-DE\\_ABREU\\_COUTINHO\\_BOSCOLO-Problems\\_on\\_harmonization\\_of\\_international\\_commercial\\_law.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers_for_Programme/4-DE_ABREU_COUTINHO_BOSCOLO-Problems_on_harmonization_of_international_commercial_law.pdf)>. Acessado em 16 de setembro de 2017, p. 7)

33 “We have argued that over the forty years since its inception, UNCITRAL both broadened and shifted its mission. While created to promote the “progressive harmonization and unification” of the law of trade, it now also views itself as an agent for the “modernization and harmonization” of trade law. The goals are not disconnected. Both follow from an interest in promoting an expansion of international trade, particularly trade with developing and under-developed nations. At its inception, UNCITRAL was conceived around the notion that “divergencies arising from the laws of different States in matters relating to international trade constitute one of the obstacles to the development of world trade.” It now understands that these “divergencies” constitute only one “obstacle to the development of world trade” and perhaps a relatively unimportant obstacle at that. By embracing “modernization,” UNCITRAL looks to tackle obstacles that go beyond divergencies among national laws. It has taken on the charge of law reform writ large.” (BLOCK-LIEB, Susan; HALLIDAY, Terence C., Harmonization and Modernization in UNCITRAL’s Legislative Guide on Insolvency Law. **Texas International Law Journal**, vol. 42:3, 2007, p. 34).

34 A UNCITRAL atua ainda na harmonização de contratos e por meio de notas explicativas que auxiliam, de outras maneiras, a superar as barreiras do comércio internacional. Para uma visão completa, consultar: UNCITRAL. **A Guide to UNCITRAL: Basic facts about the United Nations Commission on International Trade Law**. United Nations, January 2013.



relevância no cenário brasileiro atual<sup>35</sup> e bem exprimem a diversidade de tecnologias empregadas pela UNCITRAL a depender do contexto. A CISG foi incorporada ao nosso direito em 2014, enquanto a Lei Modelo de Insolvência Transnacional tem sido debatida no bojo da proposta de reforma da Lei 11.101/2005.

Foge ao escopo desta investigação detalhar o conteúdo dos textos ou debater cada uma de suas regras. O trabalho se restringe a sustentar que ambos os instrumentos se apoiam em conceitos jurídicos que são facilmente compreendidos por países oriundos de diferentes tradições jurídicas, porquanto obtiveram êxito em evitar referências próprias a tradições de Civil Law, Common Law ou de países socialistas, bem como possuem critérios interpretativos próprios que facilitam a aplicação padronizada perante jurisdições distintas.

No próximo item apresentaremos nossa visão acerca da ‘neutralidade’ dos conceitos jurídicos propostos pela UNCITRAL, se e de que maneira o objetivo de harmonização tem sido atingido. De plano, cumpre esclarecer que nenhum texto é absolutamente neutro e que a produção em âmbito internacional também não assegura a completa imparcialidade e/ou a igualdade de poder entre todos os atores envolvidos<sup>36</sup>. A CISG e a Lei Modelo para Insolvência Transnacional não foram elaboradas em um ambiente hermeticamente fechado e, por óbvio, o interesse de Estados e instituições economicamente mais fortes podem ter prevalecido em determinadas circunstâncias. Não obstante, acreditamos que o resultado final permitiu um equilíbrio neste jogo de interesses e favorece o escopo de harmonização legislativa.

### 3.1 A Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - CISG.

A CISG foi concluída em 1980 com um objetivo bastante ousado de uniformizar as regras de compra e venda internacional, porém, não foi a primeira tentativa deste movimento de harmonização legislativa. Antes dela, no início do século passado, o UNIDROIT encabeçou missão semelhante que, porém, fracassou por tender demasiadamente ao regime jurídico europeu continental, sem satisfazer um equilíbrio entre as diferentes tradições jurídicas – Civil Law e Common Law<sup>37</sup>.

35 A produção da UNCITRAL referente à arbitragem internacional – aqui destacamos a Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, ratificada pelo Brasil – e os métodos alternativos de resolução de disputa é igualmente de relevo, contudo, trata-se de matéria que já atingiu um pouco mais de estabilidade e compreensão no meio jurídico brasileiro e não envolve harmonização de direito material.

36 Sobre a dinâmica de elaboração normativa na esfera internacional, consultar: HALLIDAY, Terence C.. Recursivity of Global Normmaking: A Sociolegal Agenda. *Annual Review of Law and Social Science*, 5:1, pp. 263-289, 2009.

37 HONNOLD, John. The sales convention in action - uniform international words: uniform application? *Journal of Law and Commerce*, pp. 207-212, 1988.



De modo diverso, a CISG é celebrada como uma empreitada de sucesso. Hoje adotada por 87 nações, a Convenção é tida como *lingua franca*<sup>38</sup> para o contrato de compra e venda internacional, compreensível para partes e operadores do direito de qualquer lugar do mundo. Isso porque:

The drafters of the CISG came from different legal traditions, mostly from civil law and common law countries. They therefore aimed to avoid domestic legal terms and concepts, and sought to use an independent legal language. CISG drafters chose what was intended to be neutral language, and uniform international words, a neutral language that was not reminiscent of a domestic legal concept (...). The Convention also created its own terminology displacing similar concepts under domestic law, e.g. the remedies for defects in the goods. If need be, neologisms were created<sup>39</sup>.

Além da predominância de uma linguagem neutra, um léxico desenhado para o texto e destacado de legislações nacionais<sup>40</sup>, a Convenção preferiu a adoção de conceitos indeterminados<sup>41</sup> como uma estratégia para atingir o consenso e pressupõe que a sua interpretação será de acordo com a natureza internacional do instrumento, afastando-se de concepções locais (art. 7). O recurso a conceitos jurídicos indeterminados é visto por alguns, todavia, como comprometedor do escopo de harmonização<sup>42</sup>.

A ampla adoção da CISG por países situados em todos os continentes e de grande relevo para o comércio internacional, aliado ao fato que sua estrutura tem servido de inspiração para reformas legislativas nacionais e regionais<sup>43</sup>, é um forte indicativo que a CISG atingiu o objetivo inicial e auxilia

38 São desta opinião, por exemplo: SCHLECHTRIEM, Peter. Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG. **Victoria University of Wellington Law Review**, n. 36, pp. 781-794, 2005; SCHWENZER, Ingeborg. Uniform Sales Law – Brazil joining the CISG family. In: SCHWENZER, I. (Org.); PEREIRA, C. A. G. (Org.); TRIPODI, L. (Org.). **CISG and Latin America: Regional and Global Perspectives**. Haia: Eleven International Publishing, 2016, p. 479; HONNOLD, John. The sales convention in action - uniform international words: uniform application? Cit.

39 GERMAIN, Claire M., **CISG Translation Issues: Reducing Legal Babelism** (June 15, 2012). Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2120620> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2120620>>. Acessado em 16 de setembro de 2017.

40 Como exemplo podemos destacar que ao invés de utilizar conceitos tradicionais como imprevisão, força maior ou *hardship*, a CISG introduz o vocábulo ‘impedimento’: “The CISG was tailored to be an international and uniform set of rules, so it purposefully does not employ the same language or the same legal instruments as national systems. While several domestic laws impose the renegotiation of the contract and allow for the exemption of a breaching party in extreme circumstances based on doctrines such as hardship, impossibility, and *force majeure*, the CISG does not even mention these terms. (...) From the plain reading of Article 79 (1) CISG, we notice that the Convention’s drafters used the term ‘*impediment*’ to define the situations capable of exempting a breaching party. This term was purposefully chosen in an attempt to develop a unique and uniform doctrine for liability exemption instead of relying upon national laws’ existing doctrines.” (KLAMAS, C. C.; BECUE, S. M. F. The Applicability of Force Majeure and Hardship to CISG Contracts due to Trade Restrictions and to other Government Actions in Latin America. In: SCHWENZER, I. (Org.); PEREIRA, C. A. G. (Org.); TRIPODI, L. (Org.). **CISG and Latin America: Regional and Global Perspectives**. Haia: Eleven International Publishing, 2016, p. 527 e 531).

41 “Em certos casos, porém, conceitos jurídicos vagos foram também usados como uma solução de compromisso entre interesses conflitantes e inconciliáveis, a fim de evitar o insucesso da Conferência (...). Ademais, a ausência de regras ‘tudo ou nada’, definidas com precisão, é parte do preço pago pela aceitação internacional da CISG por juristas formados com tradições e experiências muito diferentes. Isso também explica a ausência de conceitos multifuncionais altamente refinados, tais como o de ‘entrega’ no art. 19 da ULIS, que foi substituído por uma definição dos requisitos para o cumprimento da prestação, da transmissão do risco e do momento para o cumprimento pela contraparte.” (SCHWENZER, Ingeborg; SCHLECHTRIEM, Peter. **Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. Coordenação de tradução: GREBLER, Eduardo; FRADERA, Vera Maria Jacob de; PEREIRA, C. G.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 138).

42 GILLETTE, Clayton P; SCOTT, Robert E.. The Political Economy of International Sales Law. **International Review of Law and Economics**, n. 25, pp. 446-486, 2005.

43 Consultar: SCHLECHTRIEM, Peter. Basic Structures and General Concepts of the CISG as Models for a Harmonisation of the Law of Obligations. **Juridica International. Law Review**, v. X, 2005.



na uniformização das regras de compra e venda internacional. A doutrina abalizada enfatiza, contudo, que este desiderato é diretamente dependente da atuação dos tribunais; estes precisam respeitar a interpretação autônoma da Convenção e também valorizar a jurisprudência de tribunais estrangeiros<sup>44</sup>.

### 3.2. Os instrumentos de *Soft Law* relativos à insolvência transnacional

A partir da década de 90 do século passado, os casos de insolvência transnacional se proliferaram e passaram a exigir ações conjuntas de tribunais situados em diferentes países. Preocupados com o efeito expansivo das crises econômicas, a exemplo da crise asiática, muitas organizações internacionais – Banco Mundial, FMI, entre outros – se envolveram na produção normativa de regras atinentes à insolvência transnacional, visando reformas legislativas nacionais que culminassem na convergência dos sistemas no que foi eleito como melhor padrão normativo. Dentre as inúmeras tentativas, a UNCITRAL novamente ganhou destaque e isso se deve a três fatores determinantes: primeiro, a UNCITRAL não representa um grupo isolado, ao contrário, congrega países – através de seus delegados – de todas as regiões do globo e respeitando um sistema de rodízio entre eles, gozando de maior legitimidade no processo de produção normativa; segundo, a UNCITRAL conseguiu atrair organizações internacionais de peso que, ao invés de continuarem concorrendo nesta produção normativa, uniram forças e, hoje, colaboram com a UNCITRAL; terceiro, a produção normativa da UNCITRAL no âmbito da insolvência transnacional preferiu a via da *Soft Law*<sup>45</sup> e de ferramentas procedimentais que almejam objetivos factíveis, ao invés de resultados ideais, voltados à cooperação entre jurisdições<sup>46</sup>.

Este terceiro aspecto é o que mais nos interessa. Isso porque a análise da Lei Modelo, editada em 1997, evidencia a estratégia da UNCITRAL de focar em regras procedimentais que são sugestivas para as legislações nacionais, contudo, por não interferirem no direito material, propiciam uma maior adesão sem alterações significativas no texto e na estrutura proposta pela UNCITRAL. Por ser flexível e não vinculativa, a Lei Modelo encontra menor resistência e, assim, satisfaz o objetivo de harmonização<sup>47</sup>.

De outro lado, o Guia Legislativo, publicado pela primeira vez em 2004, versa de modo sutil sobre direito material, por meio de recomendações dirigidas ao legislador nacional, mas “it is not intended that the recommendations of a legislative guide be enacted as part of national law as such. Rather, they outline the core issues that it would be desirable to address in that law, with some recommendations providing specific guidance on how certain legislative provisions might be drafted.”<sup>48</sup>. Nas explicações

44 HONNOLD, John. The sales convention in action - uniform international words: uniform application? Cit.

45 Já foram editados guias legislativos sobre insolvência de grupos empresariais e sobre a responsabilidade dos administradores no período que precede a insolvência, além de notas explicativas sobre cooperação entre tribunais e sobre a atuação dos magistrados durante processo de insolvência transnacional. Atualmente, o Grupo de Trabalho V da UNCITRAL debate a edição de regras para tratar da insolvência de micro e pequenas empresas, de grupos empresariais e o reconhecimento e execução de decisões estrangeiras relacionadas a processos de insolvência. Consultar: < [http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/insolvency.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/insolvency.html)>. Acessado em 16 de setembro de 2017.

46 HALLIDAY, Terence C.; BLOCK-LIEB, Susan, CARRUTHERS, Bruce G.; Rhetorical legitimation: global scripts as strategic devices of international organizations, *Socio-Economic Review*, Volume 8, Issue 1, pp. 77-112, 2010.

47 Esta visão não é unânime. Como contraponto, argumentando que a Lei Modelo traz mais insegurança ao limitar-se a aspectos procedimentais, permitindo grande discricionariedade aos magistrados, consultar: STEPHAN, Paul B., The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law, *39 VA. J. INT'L L.* 743, 1999.

48 UNCITRAL. Legislative Guide on Insolvency Law. New York, 2005, p. 1.



inseridas no Guia Legislativo, a UNCITRAL opta claramente por uma linguagem neutra e desvincilhada de qualquer tradição jurídica:

[T]he Guide carefully avoids reference to any positive or negative national exemplars. This cautious effort at neutrality begins with the Glossary of key terms in the Guide. To anticipate any appearance of excessively close adherence to the concepts of any particular delegation or legal family or bankruptcy system, the Guide adopts terms that are terminological universals; it rejects terms that are too closely associated with a particular legal system; it invents new terms not used in any language so as to embrace a variety of nation-specific labels (e.g. ‘insolvency representative’ rather than ‘insolvency practitioner’ or ‘bankruptcy lawyer’) and it launders some terms by substituting a euphemism (e.g. ‘protection of value’) for a term known the world over to be identified with one country (e.g. ‘adequate protection’ in U.S. bankruptcy law). A similar logic of neutrality occurs within the commentary. Nowhere does the text name countries. It chooses rather to review the law ‘in some countries’ in comparison to the law ‘in other countries’.<sup>49</sup>

Toda legislação falimentar reflete política interna e os fins sociais do ordenamento jurídico no qual se insere, daí decorre a grande dificuldade de convergência legislativa. A estratégia da UNCITRAL de enfrentar o problema da insolvência internacional pelas ‘beiradas’, privilegiando a cooperação entre tribunais e sem demonstrar apego ao corpo normativo de um dado país, é salutar. Com isso, a UNCITRAL preserva seu papel isento e mais preocupado com a colaboração entre países no desenho de soluções conjuntas para insolvência transnacional. A linguagem neutra constitui propositadamente uma das ferramentas usadas pela UNCITRAL para alcançar seu objetivo maior de harmonização.

As táticas parecem exitosas, porquanto a Lei Modelo foi incorporada por 45 jurisdições, incluindo países com forte presença no comércio internacional como Estados Unidos, Inglaterra, Austrália, Japão, Canadá.

#### 4. Conclusão

O Direito se exprime pela linguagem e, portanto, a aspiração de uniformidade das regras voltadas ao comércio internacional não pode ignorar o impacto da diversidade idiomática. Por sua vez, a pretensão de uma meta-língua ou idioma universal é descabida e indesejada, pois comprometeria a diversidade cultural.

De outro norte, a preservação do cenário plurilinguístico não desencoraja que em determinados segmentos do Direito, sobretudo no Direito Internacional Privado reservado ao comércio internacional, os países busquem alinhar o conteúdo dos conceitos jurídicos. O recurso a expressões neutras, compreendida esta neutralidade enquanto distanciamento do seu conteúdo a uma família jurídica específica, mostra-se uma tática eficiente e que facilita relações jurídicas transfronteiriças.

A UNCITRAL ocupa posição predominante na produção normativa de instrumentos que propiciam a harmonização de regras essenciais ao comércio internacional. Além da legitimidade que goza entre os países, em razão de sua composição e estrutura, a clara opção por uma linguagem neutra, a nosso

49 HALLIDAY, Terence C.; BLOCK-LIEB, Susan, CARRUTHERS, Bruce G.; Rhetorical legitimation: global scripts as strategic devices of international organizations, cit, p. 101-102.



ver, também explica o sucesso das tecnologias empregas pela UNCITRAL para atingir seus objetivos. A CISG e os textos de *Soft Law* sobre Insolvência Transnacional bem exemplificam o argumento aqui exposto.

Para além da neutralidade do texto original, em vista do caráter internacional e do propósito de harmonização, compete aos operadores do direito agir de forma a preservar aquela neutralidade, a fim de impedir que a pluralidade de linguagens jurídicas represente um obstáculo ao comércio internacional. A CISG já foi incorporada ao ordenamento brasileiro e a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Insolvência Transnacional tem grande chance de sê-lo, portanto, a discussão que aqui se coloca não é meramente acadêmica ou distante da nossa realidade.

## Referências

ANDRADE, Carlos Drummond. **O Averso das Coisas. Aforismos**. 2ª Edição. Editora Record, 1990.

BLOCK-LIEB, Susan; HALLIDAY, Terence C., Harmonization and Modernization in UNCITRAL's Legislative Guide on Insolvency Law. **Texas International Law Journal**, vol. 42:3, 2007.

BOSCOLO, Ana Teresa de Abreu Coutinho. Desafios da harmonização do direito do comércio internacional. 2016. **Dissertação (Mestrado em Direito Internacional)** - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2135/tde-25102016-162941/>.

\_\_\_\_\_. **Problems on harmonization and unification of international commercial law**. Disponível em: < [http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers\\_for\\_Programme/4-DE\\_ABREU\\_COUTINHO\\_BOSCOLO-Problems\\_on\\_harmonization\\_of\\_international\\_commercial\\_law.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/congress/Papers_for_Programme/4-DE_ABREU_COUTINHO_BOSCOLO-Problems_on_harmonization_of_international_commercial_law.pdf).

CAMPANA, Marie-Jeanne. Vers um Langage Juridique Commun em Europe, **8 Eur. Rev.Private L.** 33, 50, 2000.

CARVALHO, Evandro Menezes de. Diplomacia e multilingüismo no Direito Internacional. **Rev. Bras. Polít. Int.** 49 (2): 178-195, 2006.

CARVALHO DE MENDONÇA, J.X. **Tratado de Direito Comercial Brasileiro**, Tomo I. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1945.

CHATILLON, Stéphane. Droit et langue. In: **Revue internationale de droit comparé**. Vol. 54 N°3, Juillet-septembre 2002.

GERMAIN, Claire M., **CISG Translation Issues: Reducing Legal Babelism** (June 15, 2012).

ROTMAN, Edgardo. The Inherent Problems of Legal Translation: Theoretical Aspects, **Indiana International & Comparative Law Review**, n. 6, 1995.



HALLIDAY, Terence C.. Recursivity of Global Normmaking: A Sociolegal Agenda. **Annual Review of Law and Social Science**, 5:1, pp. 263-289, 2009.

HALLIDAY, Terence C.; BLOCK-LIEB, Susan, CARRUTHERS, Bruce G.; Rhetorical legitimation: global scripts as strategic devices of international organizations, **Socio-Economic Review**, Volume 8, Issue 1, pp. 77-112, 2010.

HARGITT, Samantha. What Could Be Gained in Translation: Legal Language and Lawyer-Linguists in a Globalized World. **Indiana Journal of Global Legal Studies**, Vol. 20, No. 1, 2013.

HEUTGER, Viola. A more coherent European wide legal language. **European Integration online Papers (EIoP)** Vol. 8, N° 2, 2004.

\_\_\_\_\_. Law and Language in the European Union. **Global Jurist Topics**: Volume 3, Issue 1. Article 3, 2003.

HONNOLD, John. The sales convention in action - uniform international words: uniform application? **8 Journal of Law and Commerce**, pp. 207-212, 1988.

LAVAUT-OLLÉON, Elisabeth; GROSSMANN, Francis. Languedudroit harmonisation terminologique multilingue: l'exemple de LexALP , **Lidil** [En ligne], N° 38, 2008.

KLAMAS, C. C.; BECUE, S. M. F.. The Applicability of Force Majeure and Hardship to CISG Contracts due to Trade Restrictions and to other Government Actions in Latin America. In: SCHWENZER, I. (Org.); PEREIRA, C. A. G. (Org.); TRIPODI, L. (Org.). **CISG and Latin America: Regional and Global Perspectives**. Haia: Eleven International Publishing, 2016.

MACKAAY, Ejan. Good Faith in Civil Law Systems: A Legal-Economic Analysis. **RChDP**, Santiago , n. 18, p. 149-177, jul. 2012.

MOSS, Giuditta Cordero. International Contracts between Common Law and Civil Law: Is Non-state Law to Be Preferred? The Difficulty of Interpreting Legal Standards Such as Good Faith, **Global Jurist**: Vol. 7: Iss. 1 (Advances), Article 3, 2007.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**, 1º volume, 17ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

SAINT-EXUPÉRY, Antoine de. **O Pequeno Príncipe**. 2ª Ed. Tradução Frei Betto. São Paulo: Geração Editorial, 2015.

SCHLECHTRIEM, Peter. Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG. **Victoria University of Wellington Law Review**, n. 36, pp. 781-794, 2005.

\_\_\_\_\_. Basic Structures and General Concepts of the CISG as Models for a Harmonisation of the Law of Obligations. **Juridica International. Law Review**, v. X, 2005.



SCHWENZER, Ingeborg; SCHLECHTRIEM, Peter. **Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias**. Coordenação de tradução: GREBLER, Eduardo; FRADERA, Véra Maria Jacob de; PEREIRA, C. G.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. Uniform Sales Law – Brazil joining the CISG family. In: SCHWENZER, I. (Org.); PEREIRA, C. A. G. (Org.); TRIPODI, L. (Org.). **CISG and Latin America: Regional and Global Perspectives**. Haia: Eleven International Publishing, 2016.

STEPHAN, Paul B., The Futility of Unification and Harmonization in International Commercial Law, **39 VA. J. INT'L L. 743**, 1999.

TAYLOR, George H.. Legal interpretation: The window of the text as transparent, opaque or translucent. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 3(2): 169-181**, julho-dezembro 2011.

UNCITRAL. **A Guide to UNCITRAL: Basic facts about the United Nations Commission on International Trade Law**. United Nations, January 2013.



*Parte 3*

# Procedimento



# LA EFECTIVIDAD DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

*José Antonio Moreno Rodríguez*



# LA EFECTIVIDAD DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL COMO MECANISMO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS<sup>1</sup>

## A EFETIVIDADE DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL COMO MECANISMO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

*José Antonio Moreno Rodríguez<sup>2</sup>*

**RESUMEN:** Esta contribución se concentra en los rasgos fundamentales que históricamente han hecho al arbitraje muy efectivo y en acontecimientos que van en otra dirección. En particular, se pondrá énfasis en los desafíos de no perder de vista al espíritu cosmopolita que debe guiar a las partes y a los árbitros, en vista de desarrollos recientes.

**PALABRAS-CLAVE:** Arbitraje comercial. Tecnocratización. Proceso arbitral.

**SUMÁRIO:** 1. Introducción; 2. Un poco de historia; 3. ¿Tribunales estatales o arbitraje comercial?; 4. Los peligros de la “tecnocratización” del proceso arbitral; 5. Los “grandes sabios de antes” vs. los “tecnócratas”; 6. Los riesgos de la “tecnocratización”; 7. La legítima expectativa de las partes; 8. Una óptica ampliada para las transacciones internacionales; 9. La fórmula correctiva en el arbitraje. 10. En conclusión.

### 1. Introducción

¿Recuerdan a Petrocelli? En los años setenta, los abogados representaban héroes en películas y series de televisión. En contraste, en los noventa, películas como “The Firm” o “The Devil’s Advocate” tuvieron, al igual que antes, el típico final feliz de Hollywood, aunque ya no glorificando a los abogados.

En décadas recientes, el arbitraje comercial internacional se ha consolidado como un efectivo mecanismo de solución de controversias para resolver conflictos comerciales transfronterizos alrededor del mundo. Su consolidación viene de los buenos tiempos coincidentes con la era de Petrocelli. El interrogante del presente es, sin embargo, si un escenario cambiante puede arriesgar el sitio alcanzado y encaminarlo hacia un final no tan feliz.

1 Traducción de José Antonio Moreno Bendlin. Esta contribución se basa en la exposición oral hecha por su autor en el Congreso Temático sobre la efectividad del Derecho y de sus mecanismos de ejecución, celebrado en Montevideo, Uruguay, en las fechas 17 y 18 de noviembre del 2016, organizado por la Academia Internacional de Derecho Comparado.

2 LL.M. Harvard, 1993. Miembro de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Miembro de un Comité de Anulación del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Miembro del Consejo de Gobierno del UNIDROIT y Presidente del Grupo de Trabajo de Contratos Agrícolas en dicho organismo. Miembro del Comité Jurídico Interamericano de la Organización de Estados Americanos. Miembro del Grupo de Trabajo de la Conferencia de la Haya sobre Derecho Internacional Privado en relación a los Principios de la Haya sobre Contratos Internacionales. Anterior Presidente de la Asociación Americana sobre Derecho Internacional Privado. Profesor en varias universidades, entre ellas, Heidelberg y Paris II. [www.jmoreno.info](http://www.jmoreno.info).



Esta contribución se concentra en los rasgos fundamentales que históricamente han hecho al arbitraje muy efectivo y en acontecimientos que van en otra dirección. En particular, se pondrá énfasis en los desafíos de no perder de vista al espíritu cosmopolita que debe guiar a las partes y a los árbitros, en vista de desarrollos recientes.

## 2. Un poco de historia

Las nuevas generaciones *sufren*- con todas las letras- el influjo del legado del estatismo legalista consolidado en el siglo XIX. Por varios años, esta idea arrinconó al arbitraje comercial, que solo ha renacido hace unas pocas décadas. Sin embargo, sigue extendida una concepción de que el Estado tiene el monopolio de la creación de normas jurídicas vía legislación o decisiones judiciales, y que los métodos mecánicos de su interpretación quedan reservados únicamente a expertos en Derecho.

Debe considerarse que la tradición jurídica de Occidente ha sido influenciada por los antiguos Romanos, cuyo derecho no se originaba en el Estado, como fue luego concebido, y tampoco fueron comúnmente los juzgadores “expertos” en Derecho. De hecho, en Roma, la autoridad pública (el Pretor-Cónsul) delegaba sus funciones jurisdiccionales a ciudadanos llamados *arbiter* o *iudex*<sup>3</sup>. Estos eran normalmente personales honorables con sentido común, quienes no necesitaban tener un conocimiento profundo del derecho ya que actuaban en contacto cercano con juristas, a quienes solicitaban sus opiniones<sup>4</sup>.

Una similar delegación de funciones ocurrió en la Edad Media, en que los comerciantes frecuentemente sometían sus disputas a consideración de sus propios pares, es decir, otros comerciantes, o personas honorables -no jueces- que actuaban como árbitros. Los mercaderes, organizados en ferias y corporaciones, contaban con sus propios estatutos. A su vez, reyes, señores feudales, y otras autoridades les autorizaban a organizar su propia justicia. Como consecuencia, fueron creados numerosos tribunales, frecuentemente considerados *arbitrales*, debido a la libertad otorgada a las partes para que decidan sus juzgadores y a la expectativa que éstos apliquen reglas no limitadas a las costumbres locales<sup>5</sup>.

La posterior consolidación de las Naciones- Estados y el avance de las ideas de soberanía estatal de los últimos siglos, además de otros factores, contribuyeron al aislamiento del arbitraje. Es cierto que en Francia, por ejemplo, la Asamblea Constituyente, en el año 1790, calificó al arbitraje como “el método más razonable para resolver disputas entre ciudadanos”. Sin embargo, en un fallo emblemático dictado en el año 1843 en Francia, las cláusulas arbitrales fueron declaradas inválidas, a no ser que se

3 V. ARANGIO-RUIZ, *Historia del Derecho Romano*, Traducción de la Segunda Edición Italiana, Editorial Reus, Madrid, 1994, pp. 87-88.

4 Esto fue inclusive institucionalizado, cuando en la Roma Imperial el Emperador otorgó a un determinado grupo de expertos el *ius respondendi ex auctoritate principis*. Entre estos juristas, se pueden encontrar nombres históricos como Papiniano, Ulpiano, Modestino, y otros. F. SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, Traducción de la Edición Inglesa de 1951, Editorial Bosch, Barcelona, 1960, p. 13.

5 A pesar de que -de acuerdo a David- esto debe considerarse una nueva forma de administración de justicia de las autoridades públicas en lugar de, propiamente, arbitraje. Algo similar puede decirse sobre el arbitraje en el Derecho Romano. En esos tiempos, el arbitraje podía ser convenido mediante el *stipulatio*, estableciéndose una sanción (cláusula penal) para el caso de que la otra parte no haya cumplido con lo decidido. El arbitraje también podía ser convenido en un contrato “consensual”, pero, en dicho caso, lo que se había decidido por un árbitro podía recurrirse ante un juez si era manifiestamente injusto o contrario a la buena fe (R. DAVID, *Arbitration in International Trade*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/Netherlands, 1985, p. 13).



presentaran circunstancias excepcionales que justificaran su existencia. La Corte de Casación Francesa expresó entonces que si las cláusulas arbitrales fueran válidas, existiría un riesgo de que fueran adoptadas ampliamente y que los individuos se vieran privados de garantías básicas reconocidas por tribunales estatales. Esta posición permaneció inalterada hasta la reforma legislativa del Código de Comercio del año 1925, el cual reconoció nuevamente la posibilidad de acudir al arbitraje<sup>6</sup>.

El mismo temor existía en el *common law*. Por un largo tiempo, la paga de los jueces ingleses dependía casi exclusivamente de tarifas que eran cobradas por casos particulares en donde ellos intervenían. Los salarios fijos eran inexistentes<sup>7</sup>. La situación claramente contribuyó a la hostilidad hacia el arbitraje en el país. En los Estados Unidos, el giro en favor del arbitraje se inició con el *Arbitration Act* del año 1925. Y se consolidó en el año 1932 cuando la Corte Suprema de Justicia resolvió que, ante la clara intención del Congreso, existía una obligación de revertir la vieja hostilidad judicial hacia el arbitraje<sup>8</sup>.

En el mismo sentido, Estados con un alto impacto en el volumen del comercio internacional han reformado recientemente sus legislaciones para favorecer al arbitraje. Desde la última década del siglo XX, esto ha sido la constante en Estados latinoamericanos. Actualmente, el arbitraje se ha consolidado en numerosas regiones del mundo. Se lo utiliza masivamente en importantes transacciones comerciales internacionales involucrando, por ejemplo, aquellas relacionadas al petróleo y recursos naturales, venta de bienes, *joint ventures* o contratos de construcción<sup>9</sup>.

Textos normativos trascendentes han impulsado la notable expansión del arbitraje. A la vanguardia se encuentra la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros. Este instrumento ha sido referido como “la instancia de legislación internacional más efectiva en la historia del derecho comercial”<sup>10</sup>. A hoy día, más de ciento cincuenta países la han ratificado<sup>11</sup>, viabilizando un mecanismo de ejecución muy efectivo para laudos dictados en arbitrajes comerciales internacionales. De suma importancia, además, ha sido la masiva adopción en numerosos países alrededor del mundo de legislaciones inspiradas en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL, por sus siglas en inglés)<sup>12</sup>, así como en otras regulaciones amigables al arbitraje. Estos textos jurídicos reconocen, dentro del alcance de disputas comerciales privadas, la opción de acudir a juzgadores no estatales que tienen el poder de decidir y poner fin a un conflicto, con posibilidades restringidas de que se pueda cuestionar sus decisiones ante

6 T. VÁRADY / J. J. BARCELÓ III / A. T. VON MEHREN, *International Commercial Arbitration, a Transnational Perspective*, Cuarta Edición, Thomson Reuters, 2009, pp. 58-60.

7 T. VÁRADY / J. J. BARCELÓ III / A.T. VON MEHREN (nota 6), p. 65.

8 Ante la clara intención del Congreso, la Corte entendió que era su obligación remover la vieja hostilidad hacia el arbitraje (*Marine Transit Corporation v. Dreyfus* (1932). R.M. MOSK, “Comments on Enforceability of Awards”, in: A. J. VAN DEN BERG (ed), *New Horizons in International Commercial Arbitration and Beyond*, ICCA Congress Series, ICCA Congress series N° 12, 2005, p. 328.

9 Price Waterhouse Coopers y la Queen Mary University de Londres condujeron una encuesta en el año 2013, con los siguientes resultados: 52% de las empresas encuestadas prefirieron al arbitraje como medio de resolución de conflictos. Este porcentaje es aún más alto en sectores como de la construcción y energía, donde 68% y 56% prefieren al arbitraje sobre otros medios de resolución de conflicto. Ver <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2013/index.html> (Último acceso: 27 de noviembre de 2016)

10 Esta frecuentemente citada cita puede encontrarse en: M. MUSTILL, *Arbitration: History and Background*, *Journal of International Arbitration* p.43 (1989).

11 [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/arbitration/NYConvention\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html) (Último acceso: 27 de noviembre de 2016)

12 [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf) (Último acceso: 27 de noviembre de 2016)



tribunales estatales, salvo casos en que el debido proceso o el orden público hayan sido claramente afectados.

### 3. ¿Tribunales estatales o arbitraje comercial?

En transacciones internacionales, los contratantes tienen comúnmente la alternativa de someter sus conflictos a tribunales “estatales” o al arbitraje “internacional”. En el primer caso se presenta el riesgo de tener que litigar en otro país con juzgadores que probablemente manejarán criterios “nacionales”, ignorando los problemas del comercio transfronterizo. Por lo tanto, someter la resolución de un conflicto a un juez de nacionalidad de una de las partes representa un importante riesgo para la parte extranjera. Como dijo célebremente Humphrey O’ Sullivan en el año 1831: “De poco sirve litigar ante el diablo si la contienda se tramitará en el mismo infierno”<sup>13</sup>.

Además, la parte extranjera deberá recurrir a abogados de esa jurisdicción, muchas veces no conociéndolos o no siendo de su confianza. Más aún, el proceso podría conducirse en un lenguaje que puede no ser el mismo al del contrato, con la complicación consecuente de que el documento base del caso deberá ser traducido, lo que de nuevo conlleva mayores costos y atrasos, además de potenciales malentendidos<sup>14</sup>.

En contraste, el arbitraje provee un medio efectivo de resolución de conflictos internacionales sin varias de estas complicaciones, en muchas ocasiones en lugares y ante árbitros neutrales, competentes en cuestiones técnicas del comercio internacional y usualmente con la aptitud de conducir arbitrajes en distintos lenguajes. El derecho aplicable en los arbitrajes es frecuentemente “neutral”, con una tendencia a evitar las arcaicas fórmulas de conflicto de leyes y, en su lugar, recurrir a soluciones universales o transnacionales<sup>15</sup>. Sin lugar a dudas, un juzgador familiarizado con el derecho comparado estará, consciente o inconscientemente, influenciado por el mismo. Los árbitros son seres humanos y como tales, no pueden desasociarse de sus propios marcos de referencia y de las influencias sociales los rodean.

Innegablemente, el arbitraje internacional tiene aspectos que lo distinguen claramente del litigio ante jueces nacionales. En general, quienes eligen al arbitraje lo hacen para evitar una solución “legalista” a sus problemas comerciales. Los comerciantes frecuentemente sienten que los tribunales estatales no comprenden las realidades del intercambio comercial, por un lado. Y por el otro lado, de los árbitros, cuya misión deriva del acuerdo entre las partes, se espera que prioricen las reglas que los propios contratantes han elegido para regular su relación, es decir, los términos del contrato y los usos y prácticas que normalmente operan como marco.

13 “Diary of Humphrey O’Sullivan, 6 January 1831”, en: W. PARK, *Arbitration of International Business Disputes: Studies in Law and Practice* (Oxford, 2006), p. 423.

14 N. BLACKABY / C. PARTASIDES, et al., *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2009 p. 27.

15 Esta tendencia de aplicar leyes transnacionales en el arbitraje es particularmente fuerte en áreas donde las leyes nacionales se desarrollan en distintos ritmos, como frustración, invalidez e intereses (H. SMIT, “Proper Choice of Law and the Lex Mercatoria Arbitralis”, en: T. E. CARBONNEAU (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Edición Revisada, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, p. 109.



El árbitro no es considerado un delegado del juzgador estatal que debe remitirse a las peculiaridades locales en su aplicación del Derecho. En cambio, se encuentra designado directamente por las partes. La decisión del árbitro puede hacerse efectiva, sin intervención judicial, aún afuera de las fronteras del lugar en donde fue dictada. El carácter ambulatorio del arbitraje hace que las partes puedan evitar Estados hostiles y, en su lugar, conducir el procedimiento en lugares donde puedan controlar aspectos importantes del conflicto, tanto en materia procesal como de fondo en relación al derecho aplicable. En cuestiones de fondo, las partes pueden escribir sus propias reglas y requerir la aplicación de normas y principios no estatales<sup>16</sup>; y, de tal modo, se liberarán de reglas inadecuadas para el comercio internacional, teniendo en cambio a disposición un mecanismo de resolución con criterios transnacionales<sup>17</sup>.

Como bien lo dijo por Opettit, en el arbitraje se registra el fenómeno de la “aculturación jurídica”: los árbitros se ven obligados a ejecutar su mandato de manera análoga con la simbiosis registrada en la Edad Media, donde el Derecho Romano y el Derecho Canónico fueron dados prevalencia por encima del derecho feudal y las costumbres locales en transacciones con extranjeros<sup>18</sup>. Un novato diría que esto lleva al otorgamiento de una carta blanca, en donde el árbitro puede elegir la regla que le pareciera mejor aplicar al conflicto sin mayores esfuerzos. Esta, según Blessing, es una concepción completamente equivocada. Exactamente lo opuesto ocurre en el arbitraje. El árbitro debe encarar la difícil tarea de comparar las distintas posibilidades en el caso en cuestión, y optar por una solución razonable que resultaría aceptable de acuerdo a criterios manejados internacionalmente, agotando esfuerzos en su argumentación<sup>19</sup>. En las palabras del Lord Goff de Chiveley, “es mejor tener un festín de fuentes contrastantes, con ebullición de ideas, que un simple paquete higiénico, arropado en polietileno”<sup>20</sup>.

#### 4. Los peligros de la “tecnocratización” del proceso arbitral

El arbitraje debe apuntar a romper la así llamada “tecnocratización” (neologismo que ganó popularidad hace no mucho tiempo) en el cual los jueces se convierten en tecnócratas a cargo de la resolución de conflictos dentro del Estado, aplicando un criterio rígido de la ortodoxia del razonamiento jurídico. Particularmente en disputas internacionales, las partes buscan escapar de esta concepción al recurrir al arbitraje, en donde los juzgadores son frecuentemente seleccionados en base a sus conocimientos del negocio o a su sentido común<sup>21</sup>, con el entendimiento de que este método de resolución de conflictos

16 A.T. VON MEHREN, “International Commercial Arbitration and Conflict of Laws”, en: *The American Review: Essays in Honor of Hans Smit*, The American Review of Arbitration, Parker Institute of Foreign and Comparative Law, Columbia University, 1992, Vol. 3, N°s 1-4, p. 62.

17 F. K. JUENGER, “Contract Choice of Law in the Americas”, en: *The American Journal of Comparative Law*, Winter, 1997 (45 Am. J. Comp. L. 195), p. 202.

18 B. OPPETIT, *Teoría del Arbitraje*, traducido por: Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo Demoulin, Bogotá, Legis Editores, 2006, pp. 278-279. Una interesante descripción reciente del fenómeno de “aculturación” se puede encontrar en: Jorge Sánchez Cordero, “Les processus d’aculturation juridique. Réflexions mexicaines, Eppur si muove”: *The age of Uniform Law, Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70<sup>th</sup> birthday*, International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), Volume 1, 2016, pp 51 y sgtes.

19 M. BLESSING, “Choice of substantive law in international arbitration”, en: *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International; Kluwer Law International 1997, Volume 14 Issue 2, p. 48.

20 Citado por J.M. SMITS, “The Europeanisation of National Legal Systems”, en: M. VAN HOECKE (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2004, p. 239.

21 C.J. MENKEL-MEADOW / L. PORTER LOVE / A. KUPFER SCHNEIDER / J.R. STERNLIGHT, *Dispute Resolution, Beyond de Adversarial Model*, Aspen Publishers, Nueva York, 2005, p. 449.



tiene un solo objetivo: servir al comerciante<sup>22</sup>.

David explica que un gran número de conflictos comerciales surgen en relación a los hechos que solo un experto puede juzgar, como por ejemplo, la calidad de los bienes entregados o la evaluación de los trabajos o servicios que se han prestado. Si a un tribunal se le solicita que decida sobre esas cuestiones, no puede basarse sino en la evidencia producida por expertos. Es, por lo tanto, tentador, recurrir directamente al experto y hacerlo el juzgador final de la disputa, exactamente tal cual ocurre en el arbitraje. De hecho, muchas controversias comerciales son arbitrajes de *calidad*. Podría ser conveniente para las partes seleccionar a alguien que, en contraste a un juez, tiene un conocimiento más amplio de los usos y principios comerciales y que comprende más apropiadamente la psicología de los comerciantes y, por lo tanto, se encuentra mejor posicionado para interpretar un contrato y dictar una decisión que podría convertirse en un nuevo uso comercial<sup>23</sup>.

Los usos pueden estar expresamente incorporados en un contrato (como cuando se hace referencia a las reglas INCOTERMS de la Cámara de Comercio Internacional -ICC<sup>24</sup>), pero también pueden ser introducidos implícitamente, cuando se entiende que lo desearon las partes. Inclusive en leyes domésticas, como ha sido apuntado por Basedow, los usos deben considerarse incorporados en una relación contractual como consentimiento implícito de las partes cuando son ampliamente conocidos en cierto sector de la actividad económica, y en este sentido, deberán prevalecer sobre provisiones supletorias de leyes nacionales.<sup>25</sup> Esta idea va de la mano con soluciones que se pueden encontrar en instrumentos modernos de derecho uniforme, como en la Convención de Viena sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (CISG, por sus siglas en inglés). El artículo 9(2) de la CISG reconoce la noción de los usos implícitos, lo que significa que las reglas de origen no estatal pueden ser impuestas a las partes<sup>26</sup>. En casos así, los usos son aplicables incluso si las partes no saben de su existencia, siempre y cuando sean ampliamente conocidos y regularmente observados en el área de práctica del comercio en cuestión, y se pueda entender que las partes deberían saber de ellos<sup>27</sup>. Una solución análoga puede encontrarse en el artículo 1.8 de los Principios UNIDROIT de derecho contractual<sup>28</sup>.

22 LORD JUSTICE MUSTILL, “The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years” en: *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, eds Bos and Brownlie, p. 149.

23 R. DAVID (nota 3), p. 12.

24 <http://www.iccwbo.org/products-and-services/trade-facilitation/incoterms-2010> (Último acceso: 22 de diciembre de 2016)

25 J. BASEDOW, “El derecho privado estatal y la economía: el derecho comercial como una amalgama de legislación pública y privada”, en: *¿Cómo se Codifica hoy el Derecho Comercial Internacional?* CEDEP y La Ley Paraguaya, 2010, pp. 9-10.

26 B. AUDIT, “The Vienna Sales Convention and the Lex Mercatoria”, en: T. E. CARBONNEAU (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Edición Revisada, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1988, pp. 176-177.

27 H. J. BERMAN / F. J. DASSER, “The “new” law merchant and the “old”: sources, content, and legitimacy”, en T. E. CARBONNEAU (ed.), *Lex Mercatoria and Arbitration, A Discussion of the New Law Merchant*, Edición Revisada, Juris Publishing, Kluwer International Law, 1998, p. 65.

28 Dos categorías de usos pueden derivarse de los artículos 8 y 9 de la CISG y del artículo 1(8) de los Principios UNIDROIT, en relación a “usos y prácticas”. La primera categoría está conformada por los usos que derivan del comercio en sí, y la segunda categoría cubre a las prácticas conocidas por las partes del contrato y observadas por ellas en sus negocios. La provisión de UNIDROIT es inclusive más directa en el sentido de que no se requiere conocimiento del uso por parte de las partes (ver una discusión en: S. VOGENAUER (Editor), *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (PICC)*, Second Edition, Oxford University Press, 2015)



Un uso es específico a una actividad en particular, pero una vez que consigue una aceptación general, se convierte en un “principio general”,<sup>29</sup> como fue decidido por un tribunal arbitral presidido por Lalive<sup>30</sup>. Desde la década de 1930 en adelante, la referencia a los principios fue incluida repetidamente en cláusulas arbitrales en contratos relacionados al petróleo. Posteriormente, la referencia evolucionó a “principios del derecho reconocidos por naciones civilizadas” y otras expresiones análogas<sup>31</sup>.

Por su parte, principios, usos y costumbres del derecho comercial internacional también han sido referidos como *lex mercatoria* o nueva *lex mercatoria*, por ejemplo, en el famoso caso inglés de 1998 (*Deutsche Schachtbau-und Tiefbohrgesellschaft mbH*).<sup>32</sup> La terminología en la materia es caótica<sup>33</sup>. Algunos utilizan la expresión derecho transnacional, otros se refieren a la *lex mercatoria*, *soft law*, o términos como derecho mundial, derecho global, derecho uniforme, y demás. La Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado, en sus “Principios” de derecho aplicable a contratos internacionales destinados tanto para el ámbito arbitral como judicial<sup>34</sup>, recientemente adoptó la expresión “normas de derecho”, como equivalente al derecho no estatal y a otros términos utilizados para referirse a este tema.<sup>35</sup>

La expresión “normas de derecho” fue elegida para beneficiarse del extraordinario desarrollo de la casuística y doctrina en el mundo del arbitraje con relación a ella.<sup>36</sup> Originalmente incluida en el

29 R. GOODE, *Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law*, 46 ICLQ 1, 1997, pp. 16-17.

30 Caso ICC 3380/1980, citado por: L. CRAIG / W. PARK / J. PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3<sup>rd</sup> ed., Oceana Publications, 2000, p. 102.

31 Como principios generales del derecho internacional privado (Caso Aramco, 1958); principios generales del derecho (Libia v. Casco y Liamco, 1977; Aminoil v. Kuwait, 1982; Framatome v. Iran, 1982); principios generalmente aceptados (Laudo ICC, Caso 2.152/1972) principios generales del derecho y la justicia (Laudo ICC, Caso 3.380/1980); principios generales del derecho que deben regular transacciones internacionales (Laudo ICC, Caso 2.291/1975); principios generales adoptados por la jurisprudencia de arbitraje internacional (Laudo ICC, Caso 3.344/1981); principios generales ampliamente aceptados que regulan el derecho comercial internacional (Laudo ICC, Caso 3.267/1979); principios generales del derecho aplicables a relaciones económicas internacionales (Laudo CIADI 1983, Asia v. Republic of Indonesia); principios del derecho conformando la *lex mercatoria* (Laudo ICC, Caso 3.327/1981); y Reglas del Derecho (Laudo ICC, Caso 1.641/1969).

32 R. GOODE, *Usage and Its Reception in Transnational Commercial Law*, 46 ICLQ 1, 1997, p. 29.

33 Es ampliamente sabido que la normatividad no estatal en transacciones comerciales internacionales se convirtió en el debate siguiendo al influyente artículo de Berthold Goldman publicado en 1964 (B. GOLDMAN, *Frontières du droit et lex mercatoria*, *Archives de philosophie du droit*, 1964, pp. 184 et seq.) La doctrina de la *lex mercatoria* discutida en ese trabajo –e inmediatamente profundizada por la doctrina francesa subsiguiente en el tema– fue una vez calificada como un “fantasma” creado por Profesores de la Sorbona. Ver G. TEUBNER, “Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems”, en: *The American Journal of Comparative Law*, (1997), p. 151. Tras dudas iniciales (Ver, por ejemplo: L.J. MUSTILL, *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-Five Years, Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 150), el reconocimiento de la doctrina es hoy día innegable, tanto en el mundo arbitral como en gran parte del sector académico del derecho comercial, a pesar de que la expresión ha sido severamente criticada como “término malvadamente erróneo” o como “contradicción de términos”. A.F. LOWENFELD, “*Lex Mercatoria: An Arbitrator’s View*”, en *ICC International Court of Arbitration Bulletin, Special Supplement*, 2002, p. 72. Para evitar una contradicción de términos, algunos, por ejemplo, proponen referirse al fenómeno como *principia mercatoria*.

34 L. GAMA JR. / G. SAUMIER, “Non-State Law in the (Proposed) Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, en: *El Derecho internacional Privado en los procesos de integración regional, Jornadas de la ASADIP 2011*, San José, Costa Rica, 24-26 Noviembre, ASADIP y Editorial Jurídica Continental, San José, 2011, pp. 62-63. Esto resulta en “nivelar el campo de juego” entre el arbitraje y la el litigio judicial, al menos en países que han adoptado la Ley Modelo de UNCITRAL. M. PERTEGÁS / B.A. MARSHALL, “Harmonization through the Draft Hague Principles on Choice of Law in International Contracts”, en: *Brooklyn Journal of International Law*, 2014/3, p. 979. Ya no es necesario incluir una cláusula arbitral para asegurarse que la elección de derecho no estatal sea respetada.

35 Ver Comentario Oficial de UNCITRAL al artículo 28. También ver reporte del Grupo de Trabajo de UNCITRAL, 18<sup>a</sup> reunión. Marzo de 1985 (A/CN.9/264, pp 60-63).

36 El autor de este artículo tiene conocimiento personal de esto debido a su participación en las deliberaciones sobre este tema.



artículo 42 de la Convención de Washington de 1965 en relación a las disputas de inversión y en las leyes arbitrales de Francia y Yibuti, la expresión ha sido adoptada por la Ley Modelo UNCITRAL de 1985, haciendo eco de la terminología utilizada en las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL de 1976 (enmendadas en 2010), lo que ha inspirado a reglas de arbitraje a través del mundo. En adelante, *lex mercatoria*, principios y usos generales, derecho no estatal y otras expresiones mencionadas en este párrafo serán utilizados de forma indistinta.

## 5. Los “grandes sabios de antes” vs. los “tecnócratas”

El arbitraje comercial internacional ha adquirido un impulso abrumador en el mundo moderno en disputas relacionadas al petróleo, particularmente en la década de 1970<sup>37</sup>, decididas por renombrados profesores de Derecho o ex jueces con un profundo conocimiento de Derecho Internacional Privado- en inclusive Público- como Lalive, el Juez Lagergren y Lord Mustill, por nombrar a algunos. Estos casos tuvieron un gran impacto debido a su publicidad y a los grandes montos económicos que involucraron. Es más, las decisiones fueron altamente reconocidas como soluciones justas que invocaban principios generales del derecho, usos internacionales o *lex mercatoria*<sup>38</sup>.

En las décadas de 1980 y 1990, la situación cambió. La justicia informal dominada por los académicos europeos fue transformada a un sistema de justicia de arbitrajes “offshore” de tribunales -por así decirlo-, monopolizado por grandes firmas de abogados principalmente de los Estados Unidos y algunos de Inglaterra. Desde ese entonces, pululan los “tecnócratas” en contraposición a “los grandes sabios de antes” (*grand old men*) del arbitraje. Los tecnócratas invocan su especialización y conocimiento técnico, frecuentemente adquiridos en instituciones arbitrales que contratan a jóvenes abogados para administrar sus casos arbitrales. Los mismos promueven las virtudes de seguir los precedentes establecidos en conjunto con un detallado análisis de los hechos del caso. En contrapartida, los académicos, con una importante ventaja en aspectos teóricos, enfatizan la importancia del derecho transnacional o la *lex mercatoria* como telón de fondo en las transacciones transfronterizas. Cuando se gira el péndulo hacia las grandes firmas angloamericanas, el rol de la *lex mercatoria* se ve disminuido<sup>39</sup>.

El contraste resultó claramente visible en dos eventos organizados por la Cámara de Comercio Internacional en el 2014. En uno de ellos, llevado a cabo en Beaune, Francia, al cual asistieron notorios árbitros y renombrados profesores con una sólida formación transnacional, fueron resaltadas las virtudes de la *lex mercatoria* en arbitrajes fue resaltada<sup>40</sup>. En el otro encuentro, celebrado en Miami, al cual concurrieron mayormente abogados practicantes “tecnócratas”, éstos no se contuvieron en sus críticas a lo que había sido discutido en el evento anterior<sup>41</sup>.

37 Y. DEZALAY / B. G. GARTH, *Dealing in Virtue, International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, The University of Chicago Press, Chicago, London, 1996, p. 75.

38 Y. DEZALAY / B.G. GARTH (nota 37), Capítulo 2.

39 Y. DEZALAY / B.G. GARTH (nota 37), Capítulo 3.

40 Ver en: <http://www.adejesus.com> (Último Acceso: 11 de enero de 2017)

41 Esto me han llamado a la atención personas que asistieron a este evento, llevado a cabo en el mes de noviembre en Miami.



Los datos son contradictorios. Los defensores del enfoque “tecnocrático” invocan estudios que prueban una amplia aplicación del derecho estatal. La ICC, por ejemplo, reporta que en el año 2015, en el 85% de las disputas referidas a arbitraje según sus reglas, las partes incluyeron una cláusula de elección de derecho aplicable en sus contratos, y en el 99% de los casos eligieron leyes nacionales (la ICC hace notar, sin embargo, que el derecho seleccionado no corresponde en todos los casos al que finalmente fue efectivamente aplicado por los árbitros en su decisión).<sup>42</sup>

Algunos años atrás, un estudio conducido por Berger entre 2733 abogados, señaló que aproximadamente un tercio de ellos indicó que conocían al menos un caso en su práctica en donde las partes se refirieron al derecho transnacional en sus contratos, y más de 40% tenía conocimiento de al menos un procedimiento arbitral en donde el término fue utilizado.<sup>43</sup>

En otra importante encuesta realizada en el 2010, usando 136 cuestionarios extensivos y datos cualitativos basados en 67 entrevistas a profundidad, se encontró que el uso del derecho transnacional es muy común en el ámbito arbitral (aproximadamente 50% de los entrevistados lo utilizaron al menos “algunas veces”).<sup>44</sup>

Aún más recientemente, en el 2014, una encuesta sobre el uso de instrumentos “soft law” en el arbitraje internacional fue abierta para respuestas en el Blog de Arbitraje de Kluwer. Se les solicitó a los usuarios que reporten sobre sus encuentros en la vida real con los Principios UNIDROIT de Contratos Comerciales Internacionales, la *lex mercatoria* y expresiones similares. Los resultados para los Principios UNIDROIT y la *lex mercatoria* fueron notablemente similares, lo que puede sugerir que se encuentran empleados de forma indistinta. Alrededor del 50% de las respuestas mencionan que se los había utilizado ocasionalmente, mientras que el 20% especificaba que los habían empleado siempre o regularmente.<sup>45</sup>

42 La ley Inglesa y la Ley de los Estados Unidos fueron las más frecuentemente elegidas, totalizando a un cuarto de los contratos. Otras elecciones fueron las leyes de Suiza, Francia y Alemania. *ICC Dispute Resolution Bulletin*, 2016, Issue 1, p. 17. Cuniberti condujo un estudio empírico con más de 4, 400 contratos internacionales concluidos entre alrededor de 12,000 partes participantes de arbitrajes ICC (the “ICC Arbitration Data”). Su estudio (desde 2007-2012) revela que, cuando partes comerciales internacionales acuerdan a acudir a una ley que no es la suya, generalmente eligen la ley de una de cinco jurisdicciones: Inglaterra, Suiza, Estados Unidos, Francia y Alemania (G. CUNIBERTI, Law Working Paper Series Paper Number 2014-02 “The International Market for Contracts: The Most Attractive Contract Laws”, University of Luxembourg February 11th, 2014, file:///C:/Users/jmoreno/Downloads/SSRN-id2393672.pdf, Último acceso: 9 de diciembre de 2016, pp. 3-5) Sin embargo, como fue remarcado, la selección de leyes no estatales no fue comprendida en esta investigación (K. BOELE-WOELKI, “¿Traen consigo algún cambio los Principios de La Haya sobre la elección de la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales?” en: Diego Fernández Arroyo-José Antonio Moreno Rodríguez, *Contratos Internacionales, ASADIP-Organización de los Estados Americanos, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos*, Washington, 2016, p. 97.)

43 Ver en: C.R. DRAHOZAL, “Of Rabbits and Rhinoceri: A Survey of Empirical Research on International Commercial Arbitration”, *Journal of International Arbitration*, 2003/1, p. 30.

44 2010 International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration, Queen Mary, University of London, School of International Arbitration (SIA) and White & Case (<http://www.arbitration.qmul.ac.uk/docs/123290.pdf>, ultimo acceso: 22 de diciembre de 2016), pp. 11 ss.

45 La encuesta fue conducida por la Fondecyt (National Foundation for Scientific and Technological Development, Chile) Project No. 1110437. Elina Mereminskaya, Bofill Mir & Alvarez Jana Abogados, for ITA, Results of the Survey on the Use of Soft Law Instruments in International Arbitration, 6 June 2014, in <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2014/06/06/results-of-the-survey-on-the-use-of-soft-law-instruments-in-international-arbitration> (Último acceso: 14 de junio de 2014).



## 6. Los riesgos de la “tecnocratización”

La tecnocratización del arbitraje lleva a lo que se ha referido como “la creciente judicialización del arbitraje internacional”, con la adopción de procedimientos judiciales, regulaciones de estilo judicial y patrones de conducta judiciales. Como resultado -menciona Horvath- el entendimiento simple e idealista del arbitraje internacional se ha vuelto menos preciso. Si este desvío continúa, el riesgo es que un mecanismo de resolución de conflictos altamente eficiente y exitoso se pierda en la comunidad empresarial internacional<sup>46</sup>. De hecho, en una encuesta reciente conducida por la Universidad Queen Mary y White and Case, algunos entrevistados han expresado preocupaciones sobre la “judicialización” del arbitraje, la creciente formalidad de los procedimientos y las similitudes con la litigación judicial, señalando que la tendencia es potencialmente dañina al atractivo del arbitraje<sup>47</sup>.

No resulta extraño que el enfoque tecnócrata, el cual lleva a la aplicación nacionalista del derecho en arbitrajes, sea criticado por renombrados académicos, quienes, al mismo tiempo, han estado involucrados en numerosos casos arbitrales. Sobre este asunto, Blessing, por ejemplo, sostiene que aunque las empresas que actúan en el mercado internacional pueden seleccionar derechos nacionales para gobernar sus contratos, si surge un conflicto, los tribunales arbitrales deberían dictar una decisión basándose en nociones fundamentales y principios generales aplicados de acuerdo a las expectativas de las partes. El árbitro no puede actuar como un esclavo o mecánico que ciegamente aplica las herramientas locales para la solución del conflicto<sup>48</sup>.

Además, debe tenerse en cuenta que los jueces se encuentran generalmente poco preparados para aplicar leyes domésticas extranjeras. Esto ha sido reflejado en la famosa y frecuentemente citada investigación de RHEINSTEIN en una renombrada recopilación de casos de Derecho Internacional Privado, en donde de los cuarenta casos en los que se aplicaron leyes nacionales, solo cuatro han llegado al resultado correcto, no obstante por razones equivocadas.<sup>49</sup> Kaufmann-Kohler, recordando los casos en los cuales actuó como árbitra, gobernados por las leyes de Alemania, Francia, Inglaterra, Polonia, Hungría, Portugal, Grecia, Turquía, Líbano, Egipto, Túnez, Marruecos, Sudán, Liberia, Corea, Tailandia, Argentina, Colombia, Venezuela, Suiza, Illinois y Nueva York, se pregunta a si misma si es que realmente conoce esos sistemas jurídicos. Ella contesta que, con excepción a la ley de Nueva York, la cual aprendió años atrás y no pretende conocer en la actualidad, y el derecho suizo, que practica en la actualidad, la respuesta es claramente que no<sup>50</sup>. Por lo tanto, las posibilidades de errar al aplicar un derecho extranjero y sus intersticios es claramente alta!

46 G. J. HORVATH, “Part I: International Commercial Arbitration, Chapter 13: The Judicialization of International Arbitration: Does the Increasing Introduction of Litigation-Style Practices, Regulations, Norms and Structures into International Arbitration Risk a Denial of Justice in International Business Disputes?” en Stefan Michael Kröll, Loukas A. Mistelis, et al. (eds), *International Arbitration and International Commercial Law: Synergy, Convergence and Evolution* (Kluwer Law International; Kluwer Law International 2011) pp. 251 – 271.

47 Abogados internos valoran los aspectos del proceso arbitral que lo distinguen de la litigación. Queen Mary 2013. <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/2013/index.html> (Último acceso: 9 de diciembre de 2016).

48 M. BLESSING (note 19), p. 42.

49 Ver, por ejemplo en: O. LANDO, “Principles of European Contract Law and UNIDROIT Principles: Moving from Harmonisation to Unification”, en *Uniform Law Review*, 2003, p. 126.

50 “International Commercial Arbitration Committee’s Report and Recommendations in Ascertaining the Contents of the Applicable Law in International Commercial Arbitration”, en *Arbitration International*, 2010/2, p. 198.



Glenn destaca que los problemas se vuelven aún peor en varios países marcados por la corrupción judicial, haciendo difícil la predicción de los resultados debido a los precedentes jurisprudenciales de origen dudoso.<sup>51</sup> David, a su vez, resalta que varios sistemas nacionales no se encuentran preparados para regular transacciones internacionales. Por ejemplo, la negativa de un comprador a aceptar bienes es mucho más seria en una venta internacional, en donde sería deseable que, a pesar de que el comprador pueda tener esos derechos, ciertas obligaciones le puedan ser cargadas, como la conservación o la reventa de los bienes.<sup>52</sup> En palabras de Juenger, “nacionalizar” una transacción internacional equipara a pretender la cuadratura de un círculo<sup>53</sup>. Jueces estatales frecuentemente recurren a “cláusulas de escape”, manipulando nociones del Derecho Internacional Privado tales como reenvío, orden público internacional y otras, o inclusive con la invocación de “derechos humanos”<sup>54</sup> o “constitucionales”<sup>55</sup> para llegar a la “justicia material” por sobre la “justicia substantiva”<sup>56</sup>.

Los párrafos que anteceden evidencian los peligros del enfoque tecnocrático. Lalive bien dijo que el árbitro internacional debe ser “neutral” no solo con respecto a los países de los cuales las partes provienen sino también con relación a los sistemas jurídicos de esos Estados. Esto significa que el árbitro debe tener una forma de pensar internacional. La neutralidad y objetividad de los árbitros deben, por lo tanto, necesariamente involucrar un alto nivel de “mentalidad internacional” y un enfoque comparativo, lo que es el exacto opuesto al nacionalismo jurídico<sup>57</sup>. Es prometedor que generaciones jóvenes de estudiantes participantes de competencias arbitrajes (“Moots”) alrededor del mundo comprendan fácilmente el enfoque cosmopolita del arbitraje y el uso de instrumentos “soft law” y otras técnicas de derecho comparado<sup>58</sup>.

51 H.P. GLENN, “An International Private Law of Contract”, en *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, New York, Transnational Publishers Inc., 2001, pp. 58-59.

52 Debe tenerse en consideración que, comúnmente, transacciones transnacionales involucran factores particulares, tales como la distancia entre el comprador y el vendedor, o ciertos requisitos como licencias para importar y exportar que dependen de las autoridades, o prohibiciones para transferencias de divisas y un sinfín de eventualidades. R. DAVID, “The International Unification of Private Law”, *Int'l Ency. Comp. L.*, ch. 5, at 212, 1969, pp. 11-12.

53 Ver F. K. JUENGER, “The Lex Mercatoria and Private International Law”, *Louisiana Law Review*, Summer, 2000 (60 La. L. Rev. 1133), pp. 1139-1140.

54 La Sala Constitucional de la Corte Alemana dictó una decisión histórica en este sentido en el año 1971, seguido por otras, tales como la Corte Italiana en 1987. Además, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en al menos una ocasión, basó su decisión en la Convención Europea sobre los Derechos Humanos, por ejemplo, cuando decidió que el alcance de la excepción de orden público del deber de reconocer decisiones civiles de otros Estados miembros debe interpretarse de manera acorde a dicha convención (*Krombach v Bamberski*, Caso C-7/98, (2000) ECR I-1935) (ver M. REIMANN, “Comparative Law and Private International Law”, en: *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2006, pp. 1392-1393).

55 Ver recientemente: H. W. MICKLITZ, “The Threefold Phenomena of Constitutionalisation in Private Law”, en: *Eppur si muove: The age of Uniform Law, Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70<sup>th</sup> birthday*, International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), Volume 1, 2016, pp. 168 y sgtes.

56 Esta terminología, acuñada por Kegel, es bien explicada por Symeonides. La justicia material limita el objetivo del Derecho Internacional Privado a simplemente elegir el Estado que va a proveer el derecho aplicable sin considerar el contenido y la calidad substantiva de la decisión final. La justicia substantiva busca una mejor solución substantiva a un caso que envuelva a más de un Estado (S.C. SYMEONIDES, “Material Justice and Conflicts Justice in Choice of Law”, en: *International Conflict of Laws for the Third Millennium, Essays in Honor of Friedrich K. Juenger*, New York, Transnational Publishers Inc., 2001, p. 125-128.)

57 P. LALIVE, “On the Neutrality of the Arbitrator and of the Place of Arbitration” en: C. Reymond and E. Bucher (eds.) *Swiss Essays on International Arbitration* (Zurich, 1984), p. 28.

58 Ver, por ejemplo, en: D. P. FERNÁNDEZ ARROYO, “The Growing Significance of Sets of Principles to Govern Trans-boundary Private Relationships”, en: *Eppur si muove: The age of Uniform Law, Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70<sup>th</sup> birthday*, International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), Volume 1, 2016, pp. 271-272.



## 7. La legítima expectativa de las partes

Según Derains, la expresión anterior no debe confundirse con la “voluntad” de las partes. La selección expresa o implícita de un derecho no excluye la posibilidad de que, en ciertos casos, resulte legítimo esperar que un árbitro tenga bajo consideración una regla que las partes no han especificado como aplicable al contrato o que no han expresamente excluido. Esto puede pasar, por ejemplo, en cuestiones relacionadas al orden público o a normas imperativas<sup>59</sup>. En palabras de Moura Vicente, las expectativas legítimas suponen la intervención del juzgador para salvaguardar las expectativas generadas en la otra parte o en una tercera parte o la justicia conmutativa en los intercambios<sup>60</sup>.

Un ejemplo. El tribunal superior suizo rechazó una solicitud de anulación basado en que el árbitro uso tanto la Convención de Viena como los Principios UNIDROIT para determinar qué constituía un “incumplimiento sustancial”, a pesar de que las partes eligieron el derecho suizo como aplicable. Confirmando el laudo arbitral, el Tribunal explicó que la referencia a estos instrumentos no supuso la aplicación del derecho internacional. Por el contrario, sostuvo que la alusión tanto a la Convención de Viena como a los Principios UNIDROIT es perfectamente válida de acuerdo con el derecho suizo, considerando que las partes en un contrato comercial internacional pueden razonablemente esperar la adopción de nociones de dichos instrumentos<sup>61</sup>.

Cuando los contratantes eligen el derecho de un tercer país, lo hacen principalmente apuntando a encontrar una solución neutral, a pesar de contar rara vez con un conocimiento profundo de su contenido. Las sutilezas de las reglas tal cual son destiladas por la jurisprudencia pueden ser sorprendentes para una parte extranjera.<sup>62</sup>

Al respecto, Berger se pregunta si cuando los contratantes seleccionan el derecho alemán como neutral, sin conocimiento de sus interpretaciones autóctonas, el tribunal debe aplicar una jurisprudencia peculiar por la que, más allá del texto legal, requiere que ciertas cláusulas en contratos estándares sean “negociadas en detalle”. Mientras la formula estricta tiene sentido en transacciones de consumo, la ley alemana también extiende esta solución a contratos empresariales, donde la presunción de la competencia profesional de las partes no requeriría el mismo grado de protección jurídica. Esta cuestión fue abordada en un laudo interino en el año 2001, dictado en el arbitraje ICC No. 10279, en el que el tribunal decidió no aplicar la interpretación local, considerando que estaban lidiando con empresarios

59 Y. DERAINS, “The ICC Arbitral Process. Part. VIII. Choice of the Law Applicable to the Contract and International Arbitration”, en: *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Volume 6/ N° 1, 1995, II, 2. Como fruto del consentimiento de las partes, los árbitros deben demostrar especial fidelidad a las expectativas de las partes tal como fueron expresadas en el contrato o tratado, W. W. PARK, *Fidelity to Contract Commitments in Commercial Arbitration: Contract Language and Change Circumstances*, p. 893.

60 D. M. VICENTE, “La autonomía privada y sus distintos significados a la luz del derecho comparado”, en: Diego Fernández Arroyo-José Antonio Moreno Rodríguez, *Contratos Internacionales, ASADIP-Organización de los Estados Americanos, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos*, Washington, 2016, p. 74.

61 *Schweizerisches Bundesgericht* (Switzerland), December 16, disponible en: <http://www.unilex.info> (Último acceso: 17 de enero de 2017).

62 F. BORTOLOTTI, *The Application of Substantive Law by International Arbitrators, International Chamber of Commerce (ICC), DOSSIERS ICC Institute of World Business Law*, Paris, 2014, p. 8.



internacionales experimentados y que lo contrario “sería inconsistente con la realidad comercial”<sup>63</sup>.

Según Berger, en casos como éste la respuesta depende en gran medida de las expectativas de las partes. Una presunción justa es que al elegir el arbitraje en lugar de los tribunales domésticos, las partes esperan que los juzgadores se abstengan de aplicar de manera “mecánica” la ley. En cambio, los árbitros deben tener en cuenta las circunstancias económicas del caso y el contexto internacional en el cual las partes operan. La mayoría de las reglas y leyes arbitrales incluyen el mandato a los árbitros de considerar los usos del comercio, que destaca el objetivo del arbitraje de proveer resoluciones de disputas internacionales de acuerdo con las expectativas de las partes y las prácticas comerciales<sup>64</sup>.

Por supuesto, la situación sería distinta en casos en los cuales las partes extranjeras, siguiendo la asesoría de sus abogados, hayan elegido una ley como la alemana precisamente por su solución peculiar sobre condiciones contractuales generales<sup>65</sup>.

Toda esta cuestión, por supuesto, merece un atento examen. Brunner propone un análisis caso por caso concentrándose en el legítimo interés de las partes. Si una parte seleccionó un derecho nacional porque deseaba una solución rígida ante un caso específico, puede expresarlo, y así, excluye la posibilidad de considerar que tengan aplicación otros derechos o un derecho no estatal<sup>66</sup>. De lo contrario, el juez debería tener la suficiente discreción para llegar a una decisión apropiada tomando en consideración las circunstancias del contrato y del ambiente internacional en el cual se desarrolla la relación.

## 8. Una óptica ampliada para las transacciones internacionales

Goode acuñó la expresión “broader brush” (o desde una *óptica ampliada*) en alusión a que en transacciones transfronterizas deben interpretarse los derechos nacionales con “una mirada hacia los usos internacionales”.<sup>67</sup> Además, como lo dijo Paulsson, los derechos nacionales contienen normas correctivas que les hacen formidables. Ellas pueden ser derivadas de principios contenidos, por ejemplo, en Constituciones nacionales, o en tratados ratificados -por ejemplo, con relación a los Derechos Humanos- y los tribunales nacionales tienen tanto el deber como la autoridad para aplicarlas.<sup>68</sup>

Además, los derechos domésticos son constantemente objeto de una construcción comparativa. Se debe tener en cuenta que los diferentes sistemas jurídicos tienen formulas abiertas proveyendo amplios poderes a los juzgadores, tales como la *buena fe*, *fuerza mayor* e *imprevisión*. Aquí, el derecho

63 K. P. BERGER, “To what extent should arbitrators respect domestic case law? The German experience regarding the Law on Standard Terms, International Chamber of Commerce (ICC), DOSSIERS ICC Institute of World Business Law”, encontrado en: F. BORTOLOTTI and F. MAYER, *The Application of Substantive Law by International Arbitrators*, Paris, 2014, pp. 80-84.

64 K.P BERGER, p. 89-90

65 K. P. BERGER, pp. 80-90.

66 C. BRUNNER, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-Performance in International Arbitration*, Kluwer Law International 2008, pp. 30-32.

67 R. GOODE, *The Adaptation of English Law to International Commercial Arbitration*, Volume 8, Arbitration International, 1992, p. 1.

68 J. PAULSSON, *The Idea of Arbitration*, Oxford University Press, United Kingdom, 2013, p. 232.



comparado ha demostrado ser muy eficaz como herramienta interpretativa.<sup>69</sup>

Esta construcción comparativa se vuelve aún más imperativa en la contratación internacional, donde existen razones adicionales. Como dijo Derains, es imposible desasociar al derecho del lenguaje de su expresión. Por ejemplo, con los términos “consideration”, “implied terms”, “misrepresentation” o “frustration”,<sup>70</sup> una interpretación amplia (u *óptica ampliada*) es evidentemente requerida cuando una de las partes no proviene de la tradición del *common law*.

La *óptica ampliada* según la cual los usos, principios, y la equidad deberían ser tenidos en cuenta, coincide con la perspectiva visionaria de Martin Wolff quien, hace más de media centuria, ya decía que un sistema de Derecho Internacional Privado que carece una visión supranacional sería contrario a la justicia.<sup>71</sup>

## 9. La fórmula correctiva en el arbitraje

Los poderes de “*óptica ampliada*” se encuentran expresamente reconocidos en el mundo arbitral. El artículo 28(4) de la Ley Modelo UNCITRAL dice que, en todos los casos, deben ser tenidos en cuenta los términos y condiciones del contrato, los usos comerciales y las prácticas aplicables a la transacción<sup>72</sup>. Esta fórmula, originalmente incluida en la Convención Europea de Arbitraje de 1961 (artículo VII), ha sido calificada por un prestigioso árbitro como uno de los logros más significantes del siglo XX, liberando al arbitraje de percepciones locales.<sup>73</sup>

Como resulta ampliamente aceptado, la aplicación de una regla como ésta lleva a un enfoque cosmopolita y no depende de la voluntad de las partes, prevaleciendo sobre lo que se encuentra determinado en normas de conflicto de leyes. Esto fue reconocido, por ejemplo, por un tribunal

69 C. BRUNNER, *Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-Performance in International Arbitration*, Kluwer Law International 2008, pp. 30-32. Sobre este tema, Ralf Michaels, *inter alia*, nota que, “como el *ius commune* y el *common law*”, los Principios UNIDROIT “sirven como una ley global contextual” para la cual “encontramos, más y más, que los jueces y legisladores justifican sus decisiones contra un consenso global (ya sea imaginado o real) el que encuentran, entre otros, en los Principios UNIDROIT.” Se “están convirtiendo, más y más, en una suerte de referencia general ante el cual tienen lugar los argumentos jurídicos” R. MICHAELS, “The UNIDROIT Principles as Global Background Law”, Versión final publicada en *Uniform Law Review*, 2014/4, pp. 643-668, after note 63.

70 Y. DERAIS, “The ICC Arbitral Process. Part. VIII. Choice of the Law Applicable to the Contract and International Arbitration” en *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Foreword, 1995/1, p. 6.

71 M. WOLFF, *Derecho Internacional Privado*, Traducción española de la segunda edición inglesa por Antonio Marín López, Barcelona, Editorial Bosch, 1958, p. 15.

72 En las Américas, la fórmula correctiva ha sido aceptada por varios años mediante el artículo 9 de la Convención Interamericana sobre las Reglas Generales del Derecho Internacional Privado de la OEA del 1979, ratificada por varios países de la región. Esta Convención admite soluciones equitativas para arribar a soluciones de justicia en casos particulares, a pesar de las provisiones de leyes nacionales que sean potencialmente aplicables a la transacción. El espíritu de esta fórmula se encuentra replicado en el artículo 10 de la Convención de México. La solución es recibida en la legislación de Derecho Internacional Privado de México, Venezuela y Paraguay (ver J. A. MORENO RODRÍGUEZ, “The new Paraguayan Law on international contracts: back to the past?”, en *Eppur si muove: The age of Uniform Law – Festschrift for Michael Joachim Bonell, to celebrate his 70th birthday*, Volume 2, Unidroit (ed.), 2016, pp. 1171-1173.

73 M. BLESSING (note 19), p. 54. Hascher habla de una interpretación progresiva de la convención, favoreciendo a la *lex mercatoria* y principios internacionales (T. HASCHER, “European Convention on International Commercial Arbitration (European Convention, 1961)” – Comentario, en *Yearbook of Commercial Arbitration*, A. J. van den Berg (ed.), 1995, pp. 1030-1031.



arbitral de Costa Rica<sup>74</sup> y por un tribunal arbitral argentino. En el último caso, a pesar de que ambas partes designaron el derecho argentino como aplicable, el tribunal arbitral recurrió a los Principios UNIDROIT como expresión de usos y prácticas comerciales internacionales, reflejando las soluciones de diferentes sistemas jurídicos y la praxis contractual transfronteriza, sosteniendo que, como tales, de acuerdo al artículo 28(4) de la Ley Modelo UNCITRAL sobre el Arbitraje Comercial Internacional, deben prevalecer sobre cualquier ley doméstica.<sup>75</sup>

Blessing se hace eco de las críticas de que la doble referencia del artículo 28(4) solo complicaría y provocaría incertidumbres, debiendo por lo tanto ser evitada y darse en su lugar prevalencia a la aplicación de un sistema jurídico nacional. A ello, él responde que los críticos o nunca han tenido que resolver en un arbitraje donde estas cuestiones hayan estado en el centro de la disputa, o no llegan a darse cuenta de que las percepciones o leyes locales o nacionales son frecuentemente de poco alcance, diseñadas bajo un enfoque puramente doméstico y no mereciendo ser aplicables en un contexto internacional.<sup>76</sup>

A su vez, Born sostiene que el mandato dado a los árbitros de considerar los usos comerciales, rescata las raíces históricas del arbitraje de que -y con el objeto de que- las disputas internacionales sean resueltas de una manera que vaya de acuerdo con las expectativas y prácticas comerciales. El acuerdo entre las partes de que los usos comerciales pueden (o deben) ser tenidos en cuenta expresa un deseo de las partes de que tanto el contrato como el derecho aplicable sean interpretados según un contexto comercial.<sup>77</sup>

Otras renombradas figuras del mundo arbitral destacan- en un renombrado libro que comenta las reglas del arbitraje ICC- que hay casos en donde los poderes del juez o del árbitro deben ser usados para interpretar el contrato de manera acorde con los usos, cuando existe un padrón que se repite en la praxis internacional. En un contexto en que existen distintos derechos potencialmente aplicables, lenguajes extranjeros o diferentes divisas, por citar ejemplos, la solución no puede emerger de un contexto puramente nacional. Allí es donde fallos repetidos que tratan de manera similar ciertos hechos transaccionales transfronterizos generan una suerte de jurisprudencia, basadas en realidades económicas y necesidades del comercio internacional, a las cuales las reglas específicas del arbitraje deben responder<sup>78</sup>.

74 Laudo arbitral Ad Hoc en Costa Rica, 30.04.2001, accesible en [www.unilex.info](http://www.unilex.info) (Último acceso: 12 de enero de 2016). En cambio, el tribunal arbitral hace referencia a otros laudos ICC en este aspecto- Awards 8908/1996 and 8873/1997; *Bulletin of the International Arbitration Court*, vol. 10/2-Fall-1999, p. 78 ss.)

75 Laudo Arbitral Ad Hoc de 10.12.1997, accesible en [www.unilex.info](http://www.unilex.info) (Último acceso: 12 de enero de 2016). Mayer incluso habla de la aplicación de los principios UNIDROIT en todas las situaciones, no como *lex contractus*, pero específicamente, cuando el contenido de una norma determinada del *lex contractus* no está claramente establecido, o es manifiestamente inadecuado. P. MAYER, "The Role of the UNIDROIT Principles in ICC Arbitration Practice - Special Supplement 2002", *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, pp. 75 - 76.

76 M. BLESSING p. 42

77 G. BORN, *International Commercial Arbitration* (Second Edition), Kluwer Law International (2014), p. 2666.

78 L. CRAIG / W. PARK / J. PAULSSON, *International Chamber of Commerce, Arbitration*, Third Ed., Oceana Publications, 2000, pp. 638-639. Ellos citan al Caso ICC 4131/1982, en donde un tribunal unánime, presidido por el Profesor Sanders, declaró: "Las decisiones de tribunales (ICC) progresivamente crean jurisprudencia que deben ser tenidas en cuenta, porque elaboran conclusiones de realidades económicas y en conformidad a las necesidades del comercio internacional, a las cuales las reglas específicas del arbitraje internacional, al ser elaboradas exitosamente, deberían responder." (p. 639).



En una encuesta reciente entre árbitros experimentados en los Estados Unidos, más de un cuarto de los respondientes dijeron que “se sienten libres de seguir su propio sentido de equidad al dictar un laudo, incluso si el resultado sería contrario al derecho aplicable”, al menos algunas de las veces.<sup>79</sup> Sin lugar a dudas, la doble fórmula del derecho arbitral es sabia, al permitir la introducción de estándares internacionales para transacciones transnacionales a fin de llegar a una solución más equitativa<sup>80</sup>.

¿Están los árbitros operando *contra legem* en casos como los mencionados en los párrafos previos? La respuesta es claramente que no. Cuando uno elige un derecho sustantivo aplicable y una jurisdicción de la ley modelo, también está seleccionando el artículo 28(4) con sus poderes correctivos. La extensión de esto es, por supuesto, una cuestión para otro análisis, pero queda en claro que de una forma u otra al menos cierta discreción es otorgada al juzgador en relación a la aplicabilidad o no de reglas nacionales supletorias.<sup>81</sup>

Además, como dijo Fernández Arroyo, el artículo 2(A) según la reforma del 2006 de la Ley Modelo, enfatiza el origen internacional del instrumento y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación.<sup>82</sup> Para ponerlo de una manera clara, una provisión como ésta impone un mandato legal a los árbitros en favor del cosmopolitismo.

Por último, aunque no por ello menos importante, ¡debemos considerar las numerosas veces en las que se está ante el llamado “dilema del prisionero”! Los contratantes tienden a asumir que la elección del derecho no estatal no será aceptada por los tribunales. Incluso en el arbitraje, como dijo Bortolotti, las partes frecuentemente reaccionan ante esta incertidumbre seleccionando derechos domésticos para minimizar el riesgo de un ataque basado en lo que ha sido decidido por tribunales domésticos en el lugar o eventual lugar de ejecución.<sup>83</sup> Los árbitros pueden atenuar esto usando sus amplios poderes.

79 T.J. STIPANOWICH, Una Encuesta Reciente de Experimentados Árbitros Estadounidenses Destaca Areas para un más Profundo Estudio y Discusión, en [http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/02/06/a-recent-survey-of-experienced-u-s-arbitrators-highlights-areas-for-further-international-study-and-discussion/?utm\\_source=feedburner&utm\\_medium=email&utm\\_campaign=Feed%3A+KluwerArbitrationBlogFull+%28Kluwer+Arbitration+Blog+-+Latest+Entries%29](http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2015/02/06/a-recent-survey-of-experienced-u-s-arbitrators-highlights-areas-for-further-international-study-and-discussion/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+KluwerArbitrationBlogFull+%28Kluwer+Arbitration+Blog+-+Latest+Entries%29).

80 En el caso *CMI International, Inc. v. Iran* of 1983 los árbitros no respetaron la selección de la ley de Idaho tras considerar que el trabajo de los árbitros, como está argumentado en el caso, es el de buscar la justicia y la equidad, lo que les llevó a ignorar dicha selección. Ver en: L. SILBERMAN / F. FERRARI, “Getting to the law applicable to the merits in international arbitration and the consequences of getting it wrong”, *Law and Economics Research Paper Series*, New York University School of Law, 2010, p. 34.

81 Ferrari dice que el arbitraje internacional no puede ser más internacional que lo que las reglas nacionales aplicables a una determinada cuestión en un caso específico le permiten ser. F. FERRARI, *How International Should International Arbitration Be? A Plea in Favour of a Realistic Answer*, in *Eppur si muove: The age of Uniform Law – Festschrift for Michael Joachim Bonell, to celebrate his 70th birthday*, Volume 1, Unidroit (ed.), 2016, p. 848. Muchas respuestas pueden dars para defender esta postura diferente, pero una de ellas es que cuando las partes seleccionan una jurisdicción arbitral en la que sus leyes contemplan una formula correctiva, esto autoriza a los árbitros a llegar a soluciones de justicia.

82 DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO, “Los precedentes y la formación de una jurisprudencia arbitral”, en: *Cuestiones Claves del Arbitraje Internacional*, E. GAILLARD/ D. P. FERNÁNDEZ ARROYO – Directores -, CEDEP y Universidad del Rosario, Asunción y Bogotá, 2013, pp. 233-234.

83 F. BORTOLOTTI, *The Application of Substantive Law by International Arbitrators*, International Chamber of Commerce (ICC), DOSSIERS ICC Institute of World Business Law, Paris, 2014, p. 7.



Por ello, un arbitraje debe estar claramente conducido bajo una perspectiva cosmopolita, incluso en esos casos donde fue seleccionado un derecho nacional.<sup>84</sup> Sin embargo, el árbitro debe ser también extremadamente cuidadoso cuando las partes han apoyado sus argumentos exclusivamente en el derecho seleccionado, para no comprometer el debido proceso. El buen árbitro debe asegurarse de que las partes hayan tenido, en su caso, la oportunidad de discutir acerca del posible alcance y la relevancia de los usos internacionales y los principios que resultarían aplicables al caso en atención a lo que expresa o implícitamente pueda emerger del contrato.<sup>85</sup>

## 10. En conclusión

Un arbitraje vale lo mismo que vale su árbitro. El buen árbitro siempre apuntará a apoyar su conclusión en el acuerdo de las partes y en los hechos del caso, aplicando, cuando sea relevante, el derecho nacional, pero asegurándose al mismo tiempo de que sean consideradas las legítimas expectativas del caso internacional, basándose en la perspectiva cosmopolita que un juzgador debería tener en este tipo de disputas.

Es lo que hacían “los grandes sabios de antes” (los Petroccelis de los setenta), en un espíritu que con fortuna volverá a reinar en tiempos futuros, para no comprometer la efectividad de este extendido método de resolución de controversias del comercio internacional.

84 Cuando el derecho no fue seleccionado, parece que el artículo 28(2) de la Ley Modelo UNCITRAL de 1985 solo admite la aplicación del derecho no estatal cuando las partes lo eligen, no en la ausencia de elección. Esto fue considerado en 1987 por Lord Michael Mustill como un duro golpe a los *lex mercatoristas*. L.J. MUSTILL, “The New *Lex Mercatoria*: The First Twenty-Five Years”, en *Liber Amicorum for Lord Wilberforce*, Oxford, Clarendon Press, 1999, p. 181. Sin embargo, jurisprudencia subsiguiente indica lo contrario, y líderes autoridades arbitrales, como, *inter alia*, Emmanuel Gaillard, proponen una extensiva interpretación del artículo 28(2). E. GAILLARD, *Teoría Jurídica del Arbitraje Internacional*, Ed. La Ley Paraguaya / CEDEP / Thomson Reuters, Asunción, 2010, p. 124. Una expresa solución en este sentido (en relación al arbitraje específicamente) puede hallarse, por ejemplo, en el artículo 187(1) de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado y en el nuevo artículo 1511 del Código Procesal Francés. Contraria a la extendida concepción ortodoxa, es más predecible aplicar reglas transnacionales que el clásico “conflictualismo”. Las partes que no han tomado la precaución de elegir la ley que gobernaría su contrato no deben encontrarse sorprendidas por la aplicación de una regla generalmente aceptada en el derecho comparado. E. GAILLARD, *Teoría Jurídica del Arbitraje Internacional*, Ed. La Ley Paraguaya / CEDEP / Thomson Reuters, Asunción, 2010, p. 126. Basada en un reporte de Von Mehren, la Resolución de 1989 de Santiago de Compostela del Instituto de Derecho Internacional dejó de lado a la posición de 1957, y ahora dice, en su artículo 6, que en casos de ausencia de elección, los árbitros pueden, si lo consideran apropiado, aplicar principios generales, es decir, principios de origen no estatal.

85 Por ejemplo, si los Principios UNIDROIT van a ser aplicados como voluntad implícita de las partes, los tribunales arbitrales deberían buscar una confirmación de las partes al inicio del arbitraje, cuando sea posible (por ejemplo, cuando se elaboran los términos de referencia o instrumentos equivalentes al mismo) de modo a asegurarse de que esta era la verdadera intención. M. BENEDETTELLI, “Applying the UNIDROIT Principles in International Arbitration: An Exercise in Conflicts” in *Journal of International Arbitration*, no. 6 (2016), 2016 Kluwer Law International BV, The Netherlands, 680.





**COOPERAÇÃO JURÍDICA  
INTERNACIONAL E O  
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL  
BRASILEIRO DE 2015**

*Thaysa Prado*



# COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO DE 2015

## INTERNATIONAL LEGAL COOPERATION AND THE BRAZILIAN CODE OF CIVIL PROCEDURE OF 2015

*Thaysa Prado<sup>1</sup>*

**RESUMO:** A cooperação se mostra instrumento essencial para o Direito. Considerando as facilidades desenvolvidas pelos meios de comunicação, atreladas as mudanças sociais e políticas advindas da globalização, os Estados vislumbram uma necessidade cada vez mais presente de desenvolverem instrumentos cooperativos hábeis a acelerar e garantir uma maior efetividade no cumprimento de diligências e decisões judiciais. Neste viés, este artigo se objetiva a analisar as alterações do Código de Processo Civil Brasileiro de 2015 no âmbito do Direito Internacional Privado, principalmente por uma análise dos limites da jurisdição nacional e dos instrumentos de cooperação jurídica internacional. Desta forma, buscar-se-á analisar quais as hipóteses de competência concorrente e exclusiva da autoridade judiciária brasileira, bem como compreender os requisitos e procedimento de atos cooperativos como o auxílio direto, a carta rogatória e a homologação de decisões estrangeiras.

**PALAVRAS CHAVES:** cooperação jurídica internacional; código de processo civil; direito internacional privado; carta rogatória; auxílio direto.

**ABSTRACT:** Cooperation is an essential instrument for law. Considering the facilities developed by the mass media, coupled with the social and political changes resulting from globalization, States see an increasing need to develop co-operative instruments to accelerate and ensure greater effectiveness in enforcing judicial decisions and decisions. In this bias, this article aims to analyze the changes to the Brazilian Code of Civil Procedure of 2015 in the scope of private international law, mainly by an analysis of the limits of national jurisdiction and international legal cooperation instruments. In this way, it will be sought to analyze the hypotheses of concurrent and exclusive jurisdiction of the Brazilian judicial authority, as well as to understand the requirements and procedure of cooperative acts such as direct aid, letters rogatory and homologation of foreign decisions.

**KEYWORDS:** international legal cooperation; code of civil procedure; private international law; letters rogatory; direct aid.

**SUMÁRIO:** 1. COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL E O CPC/2015; 1.1. ANÁLISE DOS LIMITES DA JURÍDICA NACIONAL; 1.2. ANÁLISE DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E O ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO; 2. INSTRUMENTOS DA COOPERAÇÃO JURÍDICA

<sup>1</sup> Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia. Professora no Centro Universitário Autônomo do Brasil - Unibrasil. Professora no Centro Europeu. Sócia do escritório Prado Mariani Advogados Associados. Contato: thaysa@pradomariani.com.br



INTERNACIONAL; 2.1. AUXÍLIO DIREITO; 2.2. CARTA ROGATÓRIA; 2.3. HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA; CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

## 1. COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL E O CPC/2015

As recentes alterações na legislação processual civil brasileira modificaram inúmeros procedimentos trazendo inovações e avanços em várias áreas do direito. Esta legislação demonstra uma mudança paradigmática em que formas alternativas de resolução de conflitos e a autonomia das partes são mais consideradas do que na legislação anterior. Isto pode ser claramente verificado com a indicação expressa da utilização da arbitragem em seu artigo 3º § 1º<sup>2</sup>, bem como a previsão da conciliação e mediação, e a possibilidade de modificação de regras processuais pelas partes como prazos e outros requisitos antes intocáveis.

Todas estas medidas visam aprimorar alguns princípios considerados de extrema importância para o direito, tais como os princípios da celeridade e eficiência. Sendo assim, na área do direito internacional, mas especificadamente do direito internacional privado, não poderia ser diferente.

O principal tema que merece destaque para análise neste trabalho é o da cooperação jurídica internacional. No CPC/2015 observa-se a criação de um título específico para versar sobre os limites da jurisdição nacional e a cooperação jurídica internacional. Este ainda se subdivide em dois capítulos sendo o primeiro sobre os limites da jurisdição nacional e o segundo sobre a cooperação internacional. Este segundo ainda se subdivide em quatro seções, quais sejam: as disposições gerais, o auxílio direto, a carta rogatória e por fim, algumas disposições comuns às seções anteriores. No total, somam-se 20 (vinte) artigos.

Neste sentido, a cooperação se mostra instrumento essencial para o desenvolvimento do Direito, pois nas palavras de Nádia de ARAUJO: “Entender a cooperação entre poderes judiciários como um princípio também representa uma nova maneira de situar o DIPr como um sistema protetivo da pessoa humana e não apenas como uma ferramenta disciplinadora do relacionamento dos Estados”<sup>3</sup>.

Ainda completa a autora: “Alçada à condição de princípio de proteção, e mais do que uma mera cortesia internacional, ao sabor do desejo estatal, a cooperação se impõe como medida obrigatória que não pode ser recusada, senão pela ocorrência de fatos predeterminados pela lei local”<sup>4</sup>.

Assim, para melhor identificar as alterações da legislação processual civil neste campo do direito internacional privado, passa-se a uma análise inicialmente dos limites da jurisdição nacional, para após identificar as principais características da cooperação jurídica internacional. Além disso, serão analisados também os seus instrumentos específicos, dentre os quais se destacam o auxílio direto, a carta rogatória e a homologação de sentenças estrangeiras.

2 Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

3 ARAUJO, Nadia. *Direito Internacional Privado*. Teoria e prática brasileira de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Revolução, 2016. p.101.

4 Id.



## 1.1 ANÁLISE DOS LIMITES DA JURÍDICA NACIONAL

Cada Estado estabelece os limites do exercício da sua atividade jurisdicional. Isto porque no dia a dia das relações internacionais, não é possível exigir que o Poder Judiciário de cada Estado “julgue toda e qualquer lide que ocorra no mundo, de forma indiscriminada, sob pena de a Justiça ficar excessivamente sobrecarregada e de as decisões proferidas serem despidas de coercitividade, dentre outras tantas consequências negativas”<sup>5</sup>. Desta forma, cumpre o presente trabalho analisar tais limites criados pela legislação brasileira.

Em relação aos limites da jurisdição nacional, observam-se algumas alterações em relação ao CPC/1973. Inicialmente, houve uma mudança na localização de tais dispositivos no código processual, sendo que na legislação anterior estavam previstos nos artigos 88, 89 e 90 e, atualmente, estão previstos nos artigos 21 a 25. Além deste fato, podem ser identificadas algumas alterações nos artigos que serão elencadas na sequência.

O artigo 88 possui referência atualmente no artigo 21. Tal dispositivo vai expor a competência da autoridade judiciária brasileira para processar e julgar casos no Brasil. Neste, os incisos I e II permaneceram inalterados,<sup>6</sup> podendo ser observada uma modificação semântica no inciso III o qual teve sua redação alterada de “a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil”, para “o fundamento seja fato ocorrido ou ato praticado no Brasil”. Ou seja, não se vislumbram alterações significativas, sendo que tal dispositivo estabelece normas de jurisdição concorrente entre o Brasil e outro Estado.

Isto significa que, para estes casos, tanto as sentenças brasileiras como as estrangeiras serão válidas, sendo que na prática, irá prevalecer aquela que ocorreu o trânsito em julgado em primeiro lugar. Ainda, “com relação a sentença estrangeira, essa aferição se dará pelo trânsito em julgado da decisão proferida pelo STJ no processo de homologação de sentença estrangeira”.<sup>7</sup>

O artigo 22 da legislação processual civil de 2015 não possuía referência no antigo código. Este artigo prevê que seria ainda de competência da autoridade judiciária brasileira processar e julgar ações de alimentos, quando o credor tiver domicílio ou residência no Brasil, e, ainda quando o réu mantiver vínculos no Brasil, tais como posse ou propriedade de bens, recebimento de renda ou obtenção de benefícios econômicos.

Além desta previsão expressa para a ação de alimentos, elenca ainda as demandas decorrentes de relações de consumo, quando o consumidor tiver domicílio ou residência no Brasil e as que as partes, expressa ou tacitamente, se submeterem à jurisdição nacional.

Tais hipóteses ainda se enquadram nas de jurisdição concorrente do Brasil com outros Estados. As inovações acima mencionadas claramente demonstram a preocupação do legislador brasileiro em proteger a parte hipossuficiente da relação jurídica, na primeira hipótese identificada pelo credor de alimentos, e, na segunda, pelo consumidor.

5 ARAUJO, op. cit., p. 102.

6 I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil; II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

7 AURELLI, Arlete Inês (co-autoria). Novo Código de Processo Civil Comentado por Artigo. São Paulo: Saraiva: 2016.

Este artigo buscou inspiração “nas normas da Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar, que em seus Art. 8 e 9 procurou conferir à parte mais fraca, no caso o credor de alimentos, opções úteis para resolver a questão da efetividade da execução de sentenças dessa natureza”<sup>8</sup>.

Já o artigo 23 da legislação atual seria um aprimoramento do artigo 89 da legislação anterior, o qual elenca as hipóteses de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira. Isto porque observa-se que o mesmo repete o seu inciso I<sup>9</sup>, entretanto traz modificações ao inciso II e acrescenta um inciso III ao dispositivo.

Em relação ao inciso II, para além da necessidade de realização de inventário e partilha de bens situados no Brasil, inclui-se a necessidade de proceder à confirmação de testamento particular quando os bens estão situados no Brasil mesmo que autor da herança seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional.

O inciso III explica a necessidade de utilizar o poder judiciário brasileiro em casos de divórcio, separação judicial ou dissolução de união estável para proceder à partilha de bens situados no Brasil, ainda que o titular seja de nacionalidade estrangeira ou tenha domicílio fora do território nacional.

Ou seja, de certa forma, o artigo 23, visa expor a obrigação de utilização do poder judiciário brasileiro para todos os casos que envolvam direitos reais, sucessório ou das famílias, em que se discutam questões acerca de imóveis situados no Brasil. Ou seja, nestes casos “uma sentença estrangeira não terá validade no Brasil e não poderá ser homologada pelo STJ. Apenas será válida a sentença proferida no Brasil”<sup>10</sup>.

Esta impossibilidade de homologação pelo STJ está expressa no artigo 964 do CPC/2015.<sup>11</sup>

Assim, observa-se que “é uma tendência geral os Estados soberanos terem competência exclusiva para causas relativas a imóveis situados em seu território, por configurarem questão de ordem pública *lato sensu* e de segurança jurídica. *A contrario sensu*, também o Brasil se declara incompetente para as ações que versem sobre imóveis situados no exterior”<sup>12</sup>.

O artigo 24 apenas acrescenta na redação do artigo 90 da legislação anterior ao dispor que a ação proposta perante tribunal estrangeiro não induz litispendência e não obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas, ressalvadas as disposições em contrário de tratados internacionais e acordos bilaterais em vigor no Brasil. Isto porque, a legislação anterior não fazia referência a possibilidade de modificação do dispositivo no caso de tratados internacionais.

Ou seja, atualmente, caso exista tratado internacional ou acordo bilateral que o Brasil faça parte, este irá prevalecer em relação ao disposto no *caput* deste artigo 24. Seu parágrafo único ainda esclarece que caso exista ação pendente na jurisdição brasileira, a homologação da sentença estrangeira ainda poderá ser realizada se necessária para produzir efeitos no Brasil.

8 ARAUJO, op.cit., p.108.

9 I - conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;

10 AURELLI, op.cit.

11 Art. 964. Não será homologada a decisão estrangeira na hipótese de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira.

12 ARAUJO, op.cit., p.120.



Por fim, o artigo 25 do CPC/2015 não encontra referência na legislação anterior e implica em sua modificação bastante significativa para a matéria. Isto porque o artigo 25 demonstra um dos exemplos da nova legislação em buscar, além do respeito ao elemento estrangeiro, uma maior força a autonomia da vontade das partes. Afinal, elenca a proibição ao judiciário brasileiro em processo e julgar ações em que houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional.

Isto significa priorizar a autonomia da vontade das partes em detrimento do artigo 9º da LINDB o qual elenca como regra de conexão para escolha da lei aplicável a um contrato internacional o local no qual a obrigação foi constituída, ou seja, o da assinatura do contrato.

Assim, observa-se que o atual código de processo civil inova e se moderniza, buscando se adequar a alguns anseios da sociedade, principalmente no que tange a sua adequação às práticas comerciais internacionais.

Ressalta-se, entretanto, que se se tratar de uma das hipóteses de competência exclusiva do judiciário brasileiro, não poderá ser aplicada a cláusula de eleição de foro estrangeiro prevalecendo o judiciário deste país.

Desta forma, pode-se destacar que as principais mudanças observadas na legislação processual acerca dos limites da jurisdição nacional tratam-se de novas regras de competência concorrente da justiça brasileira, nos casos de alimentos e consumidor; novas regras de competência exclusiva para divórcio, separação judicial e dissolução de união estável, quando houver bens no Brasil e a possibilidade de escolha de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional.

## 1.2 ANÁLISE DA COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E O ESTADO CONSTITUCIONAL COOPERATIVO

O capítulo II do título II da legislação processual civil atual traz 15 (quinze) artigos divididos em 4 (quatro) seções acerca da cooperação internacional. A cooperação jurídica internacional pode ser conceituada como um instrumento formal que visa solicitar a outro país alguma medida judicial, investigativa ou administrativa necessária para um caso concreto em andamento.

Esta cooperação internacional se mostra essencial para garantir, ou buscar aprimorar, a efetividade da justiça, a qual “dentro de um cenário de intensificação das relações entre as nações e seus povos, seja no âmbito comercial, migratório ou informacional, demanda cada vez mais um Estado proativo e colaborativo”<sup>13</sup>.

Considerando que as relações jurídicas “não se processam mais unicamente dentro de um só Estado Soberano, pelo contrário, é necessário cooperar e pedir a cooperação de outros Estados para que se satisfaçam as pretensões por justiça do indivíduo e da sociedade”<sup>14</sup>.

13 Ministério da Justiça. Cooperação Jurídica Internacional. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional>>. Acesso em: 11 set 2017.

14 Id.

Não se concebe mais o conceito clássico de soberania, aquele em que o Estado moderno se apresenta “na sociedade internacional, como um poder soberano - uma potência – idêntica a todos os demais países, estando, conseqüentemente, livre de qualquer vínculo de dependência ou de subordinação a outros poderes inferiores ou superiores”.<sup>15</sup>

Mas sim, após o advento das duas guerras mundiais, a comunidade internacional percebeu que haviam falhas na concepção de soberania absoluta para os Estados. Os Estados, desta forma, buscam, por meio de um consenso, alterar a estrutura do Estado-nação, visando conter o uso da força física e da violência. Assim, apesar de diversas críticas frente ao modelo absoluto de Estado, foi após a Segunda Guerra Mundial que se promoveu e aceitou ampliadamente um “novo modelo de direito e de governabilidade internacional”.<sup>16</sup>

O Estado-nação, para sobreviver no âmbito internacional, precisa abdicar de parcela de seus poderes, para em conjunto, buscar estabelecer parcerias e melhorar suas situações econômica e social de uma forma geral. Ressalta-se que esta nova ordem internacional não acaba com o conceito de Estado, muito menos com o conceito de soberania, entretanto, passa o Estado a não ser mais o único sujeito de direito internacional, e a sua soberania, a não ser mais absoluta, mas sim, condicionada a um consenso internacional.

Todas estas transformações que se observam na sociedade internacional contemporânea, sejam na esfera histórica, política, tecnológica, econômica, social ou científica, acabam aproximando os povos e gerando quebras de paradigmas de pensamento e de atuação dos sujeitos.

Este conceito contemporâneo de soberania deve buscar colocar o ser humano no centro das decisões, ou seja, a limitação do poder estatal deve estar em prol da proteção da pessoa humana. “Ao se comprometerem mutuamente através de tratados internacionais, sobretudo de direitos humanos, os Estados reduzem as suas reservas de poder, limitando assim a sua soberania”.<sup>17</sup>

Com a crescente necessidade de estabelecimento de parcerias no âmbito internacional, seja para garantir a sobrevivência do Estado no comércio internacional ou ainda, para garantir a proteção e a efetividade de direitos fundamentais, o Estado nacional não pode mais se fechar em um conceito restrito e absolutista de fronteiras como presente no Estado constitucional nacional, sendo, cada vez mais imprescindível, compreender, aceitar e desenvolver uma concepção estatal aberta.

Sobre as noções de Estados abertos e fechados Marcos Augusto MALISKA explica a diferença entre as antigas cooperações, presentes nos Estados fechados e as novas cooperações, observadas nos Estados abertos. O autor acrescenta que as antigas cooperações estariam inseridas em um contexto de clara distinção entre as esferas interna e externa do Estado, havendo uma plena dicotomia entre o direito interno e o internacional. Neste modelo fechado, a soberania impunha um caráter “tanto nas

15 BEDIN, Gilmar Antonio. *A Sociedade Internacional e o Século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária*. Ijuí: Unijuí, 2001. p. 160.

16 HELD, David. *La democracia y el orden global: del Estado moderno al gobierno cosmopolita*. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997. p. 112.

17 MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais: estudo analítico da situação e da aplicação do Tratado na Ordem Jurídica Brasileira*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 334.



relações externas, como na capacidade de dizer o direito, no plano interno, indivisível, inalienável e imprescritível”<sup>18</sup>, sendo que a única forma de impor a vontade com resistência era por meio da guerra.

Compreendendo o que se entende por Estado fechado, faz-se necessária estabelecer uma breve conceituação de Estado aberto, fato que se mostra presente no momento do estabelecimento de um Estado Constitucional Cooperativo. O conceito de Estado Constitucional Cooperativo poderia ser resumido como aquele Estado que busca encontrar a sua identidade com o entrelaçamento das relações internacionais e supranacionais “na percepção da cooperação e responsabilidade internacional, assim, como no campo da solidariedade. Ele corresponde, com isso, à necessidade internacional de políticas de paz.”<sup>19</sup>

Assim, um Estado aberto deve buscar se tornar um Estado Constitucional Cooperativo. Este Estado promove uma relativização do conceito clássico da soberania nacional absoluta, sendo que esta:

relativização, promovida pela própria Constituição, desloca a interpretação do texto constitucional, pois o passa compreender não mais como um texto isolado e total, mas aberto, cooperante e integrado em uma rede de outros textos constitucionais que também, com o mesmo propósito, não se compreendem mais como isolados e absolutos.<sup>20</sup>

Para MALISKA, a nova cooperação, presente no Estado aberto, se mostraria diferente da antiga cooperação, pois entende que o Direito, tanto no plano interno como externo, seria a melhor ferramenta para a resolução dos problemas. “Em vez das guerras, há o diálogo e uma estrutura jurídica internacional mais ativa, capaz de impor sanções aos Estados que desrespeitarem as normas internacionais...”<sup>21</sup> Neste modelo de Estado, ao invés de se observar um monopólio das normas jurídicas, se prima por uma cooperação na criação das leis.

De acordo com Peter HÄBERLE, as principais características de um Estado Constitucional Cooperativo poderiam ser resumidas no seguinte sentido: a primeira seria a necessidade de sua abertura para as relações internacionais com efeito de imposição de medidas eficientes no âmbito nacional (que o autor denomina de permeabilidade), quanto também a abertura global dos direitos humanos visando a sua realização cooperativa.

Conjuntamente, seria necessário um potencial constitucional ativo, voltado ao objetivo de realizar internamente nos Estados e de forma conjunta as tarefas como se estas fizessem parte da comunidade dos Estados, tanto na sua esfera processual, quanto na sua esfera material.

Outra característica que marca o Estado Constitucional Cooperativo seria a solidariedade estatal da prestação, no sentido de que o Estado deve estar disposto para exercer uma cooperação além de suas fronteiras, fornecendo assistência ao desenvolvimento, proteção ao meio ambiente, combate às

18 MALISKA, Marcos Augusto. *Estado e Século XXI: A integração supranacional sob a ótica do direito constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 153.

19 HÄBERLE, Peter. *O Estado Constitucional Cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 04.

20 MALISKA, Marcos Augusto. Nota introdutória. In: \_\_\_\_\_ HÄBERLE, Peter. *O Estado Constitucional Cooperativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

21 MALISKA, Estado e Século XXI..., *op.cit.*, p. 154.



atividades terroristas, inclusive promovendo um fomento à cooperação internacional no nível jurídico privado, exemplificando com instituições como a Cruz Vermelha, o Greenpeace e a Anistia Internacional<sup>22</sup>

Quanto à primeira característica citada por HÄBERLE, entende-se que esta estrutura aberta do Estado, pautada no princípio constitucional da abertura estatal se mostra essencial. O autor ressalta que esta estrutura é garantida pela democracia pluralista, por direitos fundamentais, por elementos de divisão dos poderes (que deverão ser ampliados para a sociedade) e, ainda, por um judiciário independente.<sup>23</sup>

Neste panorama, o Direito se mostra essencial para a regulação e a efetivação dos pressupostos citados, da maneira mais pacífica e coerente possível para todos que estejam participando inseridos no sistema.

Como exemplo prático deste avanço legislativo em prol de um Estado cada vez mais aberto, é que devem ser analisados estes artigos 26 a 41 do CPC/2015.

Inicialmente, ressalta-se que esta cooperação internacional deverá observar, e acordo com o artigo 26: o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente; a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados; a publicidade processual, exceto nas hipóteses de sigilo previstas na legislação brasileira ou na do Estado requerente; a existência de autoridade central para recepção e transmissão dos pedidos de cooperação e a espontaneidade na transmissão de informações a autoridades estrangeiras.

Ainda, que a cooperação jurídica internacional terá por objeto: citação, intimação e notificação judicial e extrajudicial; colheita de provas e obtenção de informações; homologação e cumprimento de decisão; concessão de medida judicial de urgência; assistência jurídica internacional, ou, ainda, qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira.

Para cumprir com estes pressupostos, e, visando cumprir o objetivo a que se destina, a legislação ainda dispõe de forma expressa que a autoridade central brasileira será o Ministério da Justiça caso não exista outra específica criada por tratado (artigo 26 § 4º).

Assim, considerando que a Autoridade Central é o órgão responsável pela boa condução da cooperação jurídica internacional, o Ministério da Justiça e Segurança Pública exerce essa função para a maioria dos acordos internacionais em vigor, por meio do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania (DRCI/SNJ).<sup>24</sup>

## 2. INSTRUMENTOS DA COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

Tendo como base a necessidade de cooperação entre os órgãos brasileiros e estrangeiros visando uma maior harmonização dos procedimentos, bem como buscando garantir uma maior eficácia e celeridade

22 HÄBERLE, *op.cit.*, p. 70-73.

23 *Ibid.*, p. 02.

24 Ministério da Justiça. *Op.cit.*

no cumprimento de diligências e andamento processual existem alguns instrumentos que podem ser destacados como primordiais para o bom funcionamento desta cooperação jurídica internacional.

Ainda, que esta cooperação jurídica poderá se dar tanto em matéria civil como matéria penal e é exercida pelos Estados com base em acordos bilaterais, tratados regionais e multilaterais e, para alguns países, com base na promessa de reciprocidade. Nos bilaterais, temos como exemplo tratados do Brasil com Portugal, Argentina, Líbano, Países Baixos, Japão, Itália, França, Espanha, Bélgica, Uruguai e China.<sup>25</sup>

Os pedidos de Cooperação Jurídica Internacional em matéria civil se destinam à satisfação de direitos privados no âmbito transnacional e são oriundos de cidadãos, empresas ou autoridades judiciais e podem se configurar, por exemplo, na comunicação de ato processual, na obtenção de prova, documento, informação ou ainda em medidas constritivas ou em obrigações de fazer ou de deixar de fazer. Ainda, de acordo com dados extraídos da autoridade central brasileira:

A maior parte dos pedidos em matéria civil, tramitados pelo Brasil, trata de questões de caráter humanitário, como pensões alimentícias (40%) e demais questões de família, como determinação de paternidade, divórcio e outros (20% adicionais). Nestes casos, trata-se de pessoas que necessitam da cooperação internacional para garantir o acesso a direitos básicos e fundamentais, como a prestação de alimentos a crianças. Daí a relevância da atividade e a necessidade de estrutura capaz de atender a tempo e a contento as demandas desses cidadãos pelos seus direitos.<sup>26</sup>

Já na cooperação jurídica em matéria penal os pedidos são recebidos exclusivamente de Autoridades Públicas e “visam cumprir atos de comunicação processual (citações, intimações e notificações), atos de investigação ou instrução (oitivas, obtenção de documentos, quebra de sigilo bancário, quebra de sigilo telemático, etc) ou ainda algumas medidas constritivas de ativos, como bloqueio de bens ou valores no exterior”.<sup>27</sup> e ainda:

Com a entrada em vigor do Decreto nº 9.150, de 04 de setembro de 2017, o trâmite das medidas de cunho compulsório relativos à extradição e à transferência de pessoas condenadas passou também a ser de competência do DRCI/SNJ. Até então, essas medidas eram responsabilidade do Departamento de Estrangeiros (DEEST/SNJ), atual Departamento de Migrações da Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania.<sup>28</sup>

Assim, “para se garantir a rapidez e a eficácia do trânsito de atos processuais e jurisdicionais, são necessárias normas especiais, que permitam o cumprimento dessas medidas”<sup>29</sup>.

Dentre os principais instrumentos para desenvolver esta cooperação jurídica internacional se destacam: o auxílio direto, a carta rogatória e a homologação de sentença estrangeira.

Frisa-se que grande parte destes instrumentos não são novidades criadas pela legislação processual de 2015, mas sim, foram organizados e compilados se utilizando da jurisprudência desenvolvida nos

25 Ministério da Justiça. Op.cit.

26 Id.

27 Id.

28 Id.

29 ARAUJO, op. cit., p.138.

últimos anos, principalmente pelo Superior Tribunal de Justiça. Afinal, “antes relegada a normativos internos do STJ (primeiro, à Resolução nº 9/2005 e depois ao Regimento Interno do STJ), a matéria finalmente alcançou status de lei, o que certamente traz segurança a todos aqueles que, direta ou indiretamente, fazem uso da cooperação”<sup>30</sup>.

## 2.1 AUXÍLIO DIRETO E CARTA ROGATÓRIA: COOPERAÇÃO ATIVA

De acordo com o artigo 28 da legislação processual civil atual, cabe auxílio direto quando se tratar de medida que não decorra diretamente de decisão de autoridade jurisdicional estrangeira a ser submetida a juízo de delibação no Brasil.

Isto significa que apesar de não existir comunicação direta entre juízes, não há, pela autoridade que recebe o pedido, o exercício do juízo de delibação do ato jurisdicional<sup>31</sup>. Esta é uma das principais características que diferencia o auxílio direto da carta rogatória, ou seja, não existe no auxílio direto análise prévia da legalidade do ato jurisdicional.

De acordo com o artigo 30 do CPC/2015, o auxílio direto terá como principais objetivos: a obtenção e a prestação de informações sobre o ordenamento jurídico e sobre processos administrativos ou jurisdicionais findos ou em curso; a colheita de provas, salvo se a medida for adotada em processo, em curso no estrangeiro, de competência exclusiva de autoridade judiciária brasileira; ou, ainda, a realização de qualquer outra medida judicial ou extrajudicial não proibida pela lei brasileira.

Já a carta rogatória, a qual traduz a possibilidade de um juiz de um Estado requerer uma diligência processual a um juiz de outro Estado, ou ainda “são um pedido formal de auxílio para a instrução de um processo, formulado pela autoridade judiciária de um Estado a outro”<sup>32</sup>, precisa da análise do STJ para concessão de autorização de execução (*exequatur*) para poder tramitar no Brasil.

O mecanismo do auxílio direto “possui maior agilidade que a carta rogatória, pois recebido pela autoridade central, é imediatamente encaminhado para o órgão encarregado pela diligência no plano interno”<sup>33</sup>.

Ainda, tanto no caso do auxílio direto, como da carta rogatória, a cooperação jurídica internacional pode ser realizada de forma ativa ou passiva. Quando o Estado brasileiro requer cooperação de um país estrangeiro diz-se que a cooperação é ativa. Ao contrário, quando um país estrangeiro reclama a cooperação do Brasil, diz-se que a cooperação é passiva. O país que demanda a cooperação é dito Estado requerente, enquanto o país demandado é dito Estado requerido.

30 Id.

31 Sobre o juízo de delibação: “Ou seja, se o pedido não proceder de decisão judicial (e sendo o aval judicial necessário para o cumprimento do pedido no Brasil), nada haverá para o STJ delibar, devendo o pedido ser formulado diretamente na Justiça Federal. Por exemplo, no caso da quebra de sigilo bancário, que no Brasil precisa ser deferida judicialmente, se o pedido proveniente do exterior não vier acompanhado de decisão de caráter judicial ou similar, será necessário solicitar a quebra do sigilo na justiça federal”. In: ARAUJO, op.cit., p.144.

32 ARAUJO, op.cit., p.146.

33 Ibid., p.144.



Para ARAUJO “há diferença marcante entre as duas modalidades, já que na cooperação passiva é necessário um procedimento prévio, antes de seu cumprimento”<sup>34</sup>.

Esta cooperação ativa ainda se subdivide em duas possibilidades: quando o pedido é baseado em tratado ou quando o pedido é baseado em via diplomática.

Caso o pedido de cooperação seja baseado em tratado internacional que preveja a comunicação entre Autoridades Centrais, a Autoridade Central brasileira, identificada normalmente pelo Ministério da Justiça, conforme acima menioado, verifica o preenchimento dos requisitos determinados pelo tratado e providencia a transmissão do pedido à Autoridade Central estrangeira. Quando devolvida, a documentação diligenciada, cumprida ou não, é recebida pela Autoridade Central brasileira, que a encaminhará à Autoridade Requerente.<sup>35</sup>

Agora, se o pedido de cooperação não possuir embasamento em tratado internacional será necessária a tramitação por meios diplomáticos. Neste caso, a Autoridade Central o transmitirá ao Ministério das Relações Exteriores para os procedimentos pertinentes junto às representações diplomáticas do país no exterior. Após, o Ministério das Relações Exteriores devolve a documentação à Autoridade Central, que providenciará a transmissão à Autoridade Requerente.<sup>36</sup>

## 2.2 AUXÍLIO DIRETO E CARTA ROGATÓRIA: COOPERAÇÃO PASSIVA

Conforme acima mencionado, o pedido de auxílio direto ou carta rogatória pode se dar tanto de forma ativa como passiva. Ao que se pode perceber, o procedimento para a forma ativa, ou seja, quando o Brasil demanda uma diligência de um judiciário estrangeiro é relativamente mais simples que o procedimento para a forma passiva que é quando o Brasil recebe um pedido de diligência proveniente de um Estado estrangeiro.

Ainda, de acordo com estatística extraída da autoridade central brasileira, “o Brasil é um país eminentemente demandante de cooperação jurídica internacional, sendo que, ao longo dos anos, 80% a 90% de todos os pedidos tramitados pelo DRCI/SNJ referem-se a demandas de brasileiros para o exterior”.<sup>37</sup>

Entretanto, extremamente relevante compreender o procedimento de cooperação passiva que se difere em relação ao auxílio direto e a carta rogatória.

Assim, entende-se que a carta rogatória é a solicitação proveniente de um juízo estrangeiro para a realização de alguma diligência processual – como a comunicação de atos processuais, a coleta de prova e pedidos de penhora de bens – em juízo não nacional. Considerando que as cartas rogatórias necessitam da “atuação do Poder Judiciário no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) é responsável pela concessão do exequatur, ou seja, a ordem que permite que a medida processual rogada seja cumprida”<sup>38</sup>.

34 Ibid., p.142.

35 Ministério da Justiça. Op.cit.,

36 Id.

37 Id.

38 Id.

Já o auxílio direto, “configura um pedido que, por sua natureza administrativa ou pelo fato de buscar uma decisão judicial brasileira relativa a litígio que tem lugar em Estado estrangeiro, não necessita do juízo de deliberação do STJ”<sup>39</sup>.

Ainda, que visando a celeridade e a eficiência, e de acordo com o princípio da fungibilidade, a autoridade central ficará responsável por identificar se o instrumento em questão, mesmo revestido com a nomenclatura de carta rogatória, na verdade se trata de um auxílio direto, podendo modificar a sua tramitação.

Primeiramente, cabem tecer alguns comentários acerca do procedimento de cooperação jurídica internacional e forma passiva em relação ao auxílio direto.

Assim, ao receber o pedido de cooperação proveniente do Estado requerente, a AC brasileira analisa a documentação para saber se todos os requisitos formais estão presentes. Em caso negativo, a AC brasileira encaminha a informação sobre a inadequação do pedido de cooperação à AC do Estado requerente, para que complemente o pedido com a documentação necessária.

Em caso positivo, existem duas possibilidades, descritas abaixo, dependendo da natureza do pedido.

A primeira possibilidade é o auxílio direto por via judicial. Este se dá quando é necessária a participação do judiciário brasileiro para cumprir a diligência requisitada. Neste caso, a AC brasileira encaminha a documentação à Advocacia-Geral da União (AGU) que formulará a pretensão e exercerá a representação judicial no caso, para buscar a obtenção da necessária decisão judicial junto ao Juiz Federal de 1ª instância competente. Recebida a informação referente ao cumprimento do pedido de cooperação, a Autoridade Central brasileira encaminha os respectivos documentos à Autoridade Central do Estado requerente.

A segunda possibilidade é o auxílio direto por via administrativa. Neste caso ainda podem ocorrer duas situações: havendo um órgão administrativo competente diverso da Autoridade Central para o atendimento do pedido de auxílio, o pedido é enviado a esse pela Autoridade Central, para cumprimento. Entretanto, caso não exista um órgão administrativo competente diverso da Autoridade Central para o atendimento do pedido, esse é cumprido pela própria Autoridade Central (nos casos de pedido de informação sobre localização de pessoas, por exemplo, quando é possível obtê-lo nos bancos de dados aos quais a Autoridade Central tem acesso).

Em qualquer dessas hipóteses, assim que executado o pedido a AC brasileira envia sua resposta à AC Estado requerente.

Ainda, existem duas possibilidades de exercer a cooperação jurídica internacional de forma passiva em relação as cartas rogatórias, a sua tramitação pode se dar baseada em tratado ou em via diplomática.

Em relação a tramitação baseada em tratados internacionais, sabe-se que os tratados mais recentes permitem a comunicação direta entre Autoridades Centrais. Isto significa que a carta rogatória será recebida pela Autoridade Central brasileira, a qual fará uma análise de documentação e requisitos

39 Id.



formais determinados pelo acordo internacional. Caso a documentação ou os requisitos não estejam preenchidos, esta devolve para que a AC do Estado requerente complemente o pedido.

Caso a documentação e os requisitos estejam de acordo com o determinado pelo tratado, a carta rogatória é encaminhada ao STJ para eventual concessão de *exequatur*. Nesse caso, o STJ analisa se há ofensa à ordem pública nacional.

Não sendo concedido o *exequatur*, a AC brasileira informará o Estado requerente sobre os termos da decisão do STJ.

Sendo concedido o *exequatur*, o STJ encaminha a carta rogatória ao Juiz Federal de 1ª instância competente para sua execução, de acordo com o critério de competência territorial.

Após a realização das diligências, o Juízo Federal devolve o pedido ao STJ, que finaliza os procedimentos internos e encaminha a carta rogatória à Autoridade Central brasileira.

Recebida a informação referente ao cumprimento da carta rogatória, a AC brasileira encaminha a respectiva documentação à AC do Estado requerente. Por fim, as cartas rogatórias tramitadas pela Autoridade Central brasileira são isentas de custos administrativos e judiciais ordinários, caso esteja previsto o mesmo tratamento aos pedidos de cooperação brasileiros em sede de tratado ou com base em reciprocidade.

Já em relação a tramitação por via diplomática, o que ocorre que é a carta rogatória será recebida pelo Ministério de Relações Exteriores, que a encaminha ao Ministério da Justiça e Cidadania para análise da documentação, e posterior envio ao STJ. O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, realiza análise e dá encaminhamento ao pedido semelhante ao previsto na carta rogatória baseada por tratado.

Recebida a informação do Superior Tribunal de Justiça, referente ao cumprimento ou não da carta rogatória, o Ministério da Justiça e Cidadania devolve-a ao Ministério das Relações Exteriores, que a restitui pelos meios diplomáticos.

Ainda, que no CPC/2015 percebe-se a disposição de apenas um artigo (artigo 36) acerca da carta rogatória que se resume a dispor que o procedimento da carta rogatória será realizado perante o Superior Tribunal de Justiça, sendo de jurisdição contenciosa, respeitando o devido processo legal, sendo vedada a revisão do mérito do pronunciamento judicial estrangeiro pela autoridade judiciária brasileira. Frisa-se que algumas disposições relativas a homologação de decisões estrangeiras também serão aplicáveis às cartas rogatórias (artigos 960 a 965 do CPC).

Em relação ao auxílio direto, apesar de expressos 7 artigos (artigo 28 a 34), o procedimento também fica aberto a desenvolvimento pela autoridade central.

Desta forma, percebe-se que a nova legislação processual civil não traz profundos esclarecimentos acerca do procedimento de tramitação tanto para a carta rogatória como para o auxílio direto ficando sob responsabilidade da autoridade central e do STJ o desenvolvimento e aplicação de tais regras.



## 2.3 HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇA ESTRANGEIRA

Outra forma de aplicar a cooperação jurídica internacional se dá pelo sistema de reconhecimento de sentenças estrangeiras. Considerando que o poder judiciário brasileiro não é competente para dirimir todos os conflitos visto que existem limites na atuação de sua jurisdição, inúmeros são os casos em que o conflito será julgado por juiz estrangeiro. Entretanto, possuindo relevância interna deverá ser homologado pelo Superior Tribunal de Justiça para poder surtir seus efeitos.

Assim, “o pedido de homologação de sentença estrangeira, por sua vez, serve para o reconhecimento e a execução, no Brasil, de provimento jurisdicional de autoridade estrangeira”.<sup>40</sup> Afinal, “se o DIPr admite a aplicação da lei estrangeira, há de reconhecer também a eficácia da sentença estrangeira, para sedimentar a boa convivência na comunidade internacional entre os Estados”<sup>41</sup>.

Assim, a legislação processual civil brasileira atual inseriu no artigo 40 a determinação de que a cooperação jurídica internacional para execução de decisão estrangeira dar-se-á por meio de carta rogatória ou de ação de homologação de sentença estrangeira, de acordo com o art. 960 do CPC.

Desta forma, tendo já analisado o procedimento de carta rogatória, tanto ativo quanto passivo, passa-se a verificar as disposições legislativas acerca da homologação de sentenças estrangeiras que estão previstas principalmente nos artigos 960 a 965 o CPC/2015.

Assim, prevê o artigo 960 que para que referida homologação seja válida, a mesma deverá ser requerida por ação de homologação de decisão estrangeira, salvo disposição em contrário, devendo obedecer ao Regimento Interno do STJ e os tratados internacionais aplicáveis ao caso. O mesmo será válido para homologação de decisão arbitral estrangeira.

Uma grande novidade trazida pela legislação atual e o § 5º do artigo 961 o qual expressa que “A sentença estrangeira de divórcio consensual produz efeitos no Brasil, independentemente de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça”.

Entretanto, em todos os demais casos, permanece a necessidade de homologação.

Frisam-se ainda alguns requisitos indispensáveis à homologação da decisão, expressamente dispostos no artigo 963: ser proferida por autoridade competente; ser precedida de citação regular, ainda que verificada a revelia; ser eficaz no país em que foi proferida; não ofender a coisa julgada brasileira; estar acompanhada de tradução oficial, salvo disposição que a dispense prevista em tratado; não conter manifesta ofensa à ordem pública.

Em relação a concessão de medidas de urgência, o artigo 962 é expresso em permiti-las, ressaltando que, se for referente a decisão interlocutória deverá ser feita por carta rogatória e não por homologação de decisão estrangeira.

40 ARAUJO, op. cit., p. 141.

41 Id.

Assim, pode-se dizer que

O CPC de 2015 alçou ao status de lei as regras constantes do Regimento Interno do STJ, a saber: a) A possibilidade de homologação de decisão não judicial, que pela lei brasileira teria natureza judicial (Art. 961, §1º); b) A possibilidade de homologação parcial da decisão estrangeira (Art. 961, §2º) c) O deferimento de pedidos de urgência no curso da ação de homologação (Art. 961, §3º).<sup>42</sup>

Ainda, caso o conflito verse sobre as hipóteses de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira, conforme analisado no artigo 23 do CPC, a decisão estrangeira não será homologada.

Por fim, que o seu cumprimento deverá ser feito perante o juízo federal competente, a requerimento da parte devendo ser instruído com cópia autenticada da decisão homologatória.

Conclui-se que embora estas regras não tragam mudanças expressivas visto serem baseadas na legislação antiga e na jurisprudência do STJ, demonstra-se relevante o fato de a estas terem sido garantido o status de lei bem como realizada sua compilação em um único documento.

## CONCLUSÃO

Este artigo buscou analisar a sistemática da cooperação jurídica internacional na legislação processual civil brasileira atual, principalmente após o advento do Código de Processo Civil de 2015.

Para isto, focou-se no capítulo do referido código que trata acerca dos limites da jurisdição nacional e da cooperação internacional. Foi realizada uma análise específica dos artigos sobre os limites da jurisdição nacional explicando a sua importância, bem como esclarecendo os casos de competência concorrente e exclusiva da autoridade judiciária brasileira. Também foram identificados os artigos que permaneceram de acordo com a legislação antiga e quais foram alterados e/ou incluídos e a relevância destas modificações.

Conclui-se que as principais mudanças foram a inclusão de novas regras de competência concorrente da justiça brasileira, nos casos de alimentos e consumidor; novas regras de competência exclusiva para divórcio, separação judicial e dissolução de união estável, quando houver bens no Brasil e a possibilidade de escolha de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional.

Em relação a cooperação jurídica internacional, após uma análise de suas características gerais, buscou-se aprofundar cada um de seus principais instrumentos, identificados pelo auxílio direto, a carta rogatória e o sistema de reconhecimento de decisões estrangeiras.

Para isto, verificou-se que a cooperação jurídica internacional pode se dar tanto na esfera cível como penal, bem como pode ser tanto ativa quanto passiva. Foram esclarecidos os procedimentos de auxílio direito e carta rogatória na modalidade ativa e na modalidade passiva tendo como base, além da legislação processual civil, as instruções da Autoridade Central brasileira, identificada pelo Ministério da Justiça.

42 Ibid., p.162.

Em relação a homologação de decisões estrangeiras, verificou-se que a competência permanece do Superior Tribunal de Justiça, retirando a necessidade de homologação de sentenças de divórcio consensual realizado no estrangeiro. Ainda, a homologação da decisão estrangeira pode ser parcial e não poderá ser realizada quando se tratar de assunto cuja competência seja exclusiva da autoridade judiciária brasileira, tal como previsto no artigo 23 do CPC.

Assim, percebe-se que em relação ao procedimento acerca da cooperação por meio de auxílio direto e carta rogatória, o Código de Processo Civil deixa de fazer uma análise detalhada, trazendo apenas colocações gerais e indicando a responsabilidade da Autoridade Central. Entretanto, o site do Ministério da Justiça é bem minucioso em trazer informações acerca do procedimento detalhado, tanto na cooperação ativa, como na cooperação passiva, inclusive disponibilizando listagem de tratados internacionais multilaterais e bilaterais que o Brasil faz parte indicando modelos de formulários e cartas rogatórias quando pertinente.

Desta forma, conclui-se que o legislador brasileiro parece se preocupar com a necessidade de desenvolvimento de instrumentos hábeis a aprimorar a celeridade e a eficácia das prestações jurisdicionais que transcendem fronteiras. Isto porque, a casuísta de conflitos jusprivatistas que envolvam um elemento estrangeiro é fato cada vez mais presente na prática jurídica frente aos avanços percebidos pela sociedade. A cooperação jurídica internacional entre Estados, harmonizando suas práticas e legislações é medida que se impõe para o desenvolvimento de um Direito adequado aos anseios políticos e sociais.

## REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nádia. Direito Internacional Privado. Teoria e prática brasileira de acordo com o novo CPC. Porto Alegre: Revolução, 2016. p.101.

AURELLI, Arlete Inês (co-autoria). Novo Código de Processo Civil Comentado por Artigo. São Paulo: Saraiva: 2016.

BEDIN, Gilmar Antonio. A Sociedade Internacional e o Século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária. Ijuí: Unijuí, 2001.

HÄBERLE, Peter. O Estado Constitucional Cooperativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

\_\_\_\_\_. Os Problemas da Verdade no Estado Constitucional. Porto Alegre: Safe, 2008.

HELD, David. La democracia y el orden global: del Estado moderno al gobierno cosmopolita. Barcelona: Paidós Ibérica, 1997.



MALISKA, Marcos Augusto. Estado e Século XXI: A integração supranacional sob a ótica do direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Direitos Humanos, Constituição e os Tratados Internacionais: estudo analítico da situação e da aplicação do Tratado na Ordem Jurídica Brasileira. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Cooperação Jurídica Internacional. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional>>. Acesso em: 11 set 2017.

