

UNIVERSIDADE DO VELE DO RIO DOS SINOS  
CIÊNCIAS JURÍDICAS  
PROGRAMA DE PÓS GRADUÇÃO EM DIREITO

Eduardo Gralha Silva

A SOLUÇÃO DE CONFLITOS MERCANTIS  
TRANSNACIONAIS NO MERCOSUL EM TEMPOS DE  
GLOBALIZAÇÃO

São Leopoldo  
2007

Eduardo Gralha Silva

A SOLUÇÃO DE CONFLITOS MERCANTIS  
TRANSNACIONAIS NO MERCOSUL EM TEMPOS DE  
GLOBALIZAÇÃO

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Área das Ciências Jurídicas da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Álvaro Felipe Oxley da  
Rocha

São Leopoldo  
2007

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca da  
Universidade do Vale do Rio dos Sinos

S586s Silva, Eduardo Gralha  
A solução de conflitos mercantis transnacionais não mercosul  
em tempos de globalização / por Eduardo Gralha Silva. -- 2007.  
192 f. il. : 30cm.

Dissertação (mestrado) -- Universidade do Vale do Rio dos  
Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2007.

“Orientação: Prof. Dr. Álvaro Filipe Oxley da Rocha,  
Ciências Jurídicas”.

1. Direito comercial - contrato internacional. 2. Contrato

Catálogo na Publicação:  
Bibliotecário Eliete Mari Doncato Brasil - CRB 10/1184

*Ao meu filho Eduardo e ao meu irmão Fabiano (in memoriam). Ao Eduardo Filho, que neste primeiro ano de vida me trouxe uma noção nova sobre o alcance do significado de amor, radiante e sem limites. Ao Fabiano, que no auge da sua juventude me foi ceifado pelo destino, deixando a saudade daquele amor radiante e sem limites de que somente hoje tenho a elementar compreensão.*

## AGRADECIMENTO

Foram muitos os que me ajudaram e contribuíram para a conclusão deste trabalho.  
Meus sinceros agradecimentos...

...à minha esposa Fabíola e minha família, pela compreensão, confiança e apoio;  
aos meus colegas de mestrado, amigos de incansáveis incentivos e intercâmbio de idéais;  
aos meus professores, pela dedicação e abnegação;  
ao meu orientador, Prof. Dr. Álvaro Felipe Oxley da Rocha, por me conduzir ao “norte”;  
ao coordenador do Programa de Pós-Graduação Prof. Dr. José Luis Bolzan de Moraes, pela  
confiança e compreensão;  
aos meus colegas de escritório, pelo apoio e suporte necessários nesta longa jornada.

*A globalização não diz respeito apenas ao que está “lá fora”,  
afastado e muito distante do indivíduo.  
É também um fenômeno que se dá “aqui dentro”,  
influenciando aspectos íntimos e pessoais de nossas vidas.*  
*Anthony Giddens*

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

Alalc - Associação Latino-Americana de Livre Comércio

Aladi - Associação Latino-Americana de Integração

CC - Código Civil

CCI - Câmara de Comércio Internacional

CMC - Conselho do Mercado Comum

CCM - Comissão de Comércio do Mercado Comum

CPC- Código de Processo Civil

CPC - Comissão Parlamentar Conjunta

DC - Direito Comunitário

ICC -International Chamber of Commerce

FCES - Foro Consultivo Econcômico Social

GMC -Grupo do Mercado Comum

LICC - Lei de Introdução do Código Civil

Mercosul- Mercado Comum do Sul

OMC - Organização Mundial do Comércio

OMS – Organização Mundial da Saúde

ONU - Organizações das Nações Unidas

PICE - Programa de Integração e Cooperação Econômica

SAM - Secretaria Administrativa

TARS – Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul

TICD - Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento

TJCE - Tribunal

UNCITRAL - Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional

UNIDROIT - Instituto para a Unificação do Direito Privado de Justiça das Comunidades Europeias

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>2 A GLOBALIZAÇÃO COMO FENÔMENO MODERNO.....</b>	<b>14</b>
2.1 GLOBALIZAÇÃO E SUAS DIMENSÕES.....	14
2.2 A SOCIEDADE INTERNACIONAL E OS NOVOS PARADIGMAS.....	18
2.3 A GLOBALIZAÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES SOCIAIS.....	23
2.4 GLOBALIZAÇÃO E INTEGRAÇÕES REGIONAIS - CONSEQUÊNCIAS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS.....	27
<b>3 CONTRATOS NO COMÉRCIO INTERNACIONAL.....</b>	<b>33</b>
3.1. DEFINIÇÃO E HISTÓRICO DOS CONTRATOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL.....	33
3.2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS E PRINCÍPIOS QUE REGEM OS CONTRATOS.....	39
3.3. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE NATUREZA MERCANTIL.....	49
3.4 CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAIS.....	55
3.5 SISTEMAS DE REGRAS DE COMÉRCIO APLICÁVEIS AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS.....	61
3.6 APERFEIÇOAMENTO DOS CONTRATOS.....	73
<b>4 INTEGRAÇÃO DO MERCOSUL.....</b>	<b>80</b>
4.1 O PROCESSO DE INTEGRAÇÃO.....	80
4.2 OS PERÍODOS TRANSITÓRIO E DEFINITIVO DA INTEGRAÇÃO DO MERCOSUL.....	85
4.3 ENTIDADES INTERGOVERNAMENTAIS E SUPRANACIONAIS – RELAÇÃO COMPLEMENTAR.....	92
4.4 O PROTOCOLO DE BUENOS AIRES.....	99
4.5 ARBITRAGEM NO MERCOSUL.....	104
<b>5 DIREITO APLICÁVEL À SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS.....</b>	<b>109</b>
5.1 ELEMENTOS DE CONEXÃO.....	109
5.2 NORMAS JURÍDICAS INTERNACIONAIS.....	120
5.3 HIERARQUIA ENTRE NORMA INTERNA E TRATADO.....	123
5.4 DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E O FORO APLICÁVEL.....	130

<b>6 CONCLUSÃO</b> .....	147
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	151
ANEXO A – Tratado de Assunção.....	161
ANEXO B – Protocolo de Ouro Preto.....	166
ANEXO C - Protocolo de Buenos Aires.....	182
ANEXO D - Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales.....	188

## RESUMO

Este trabalho tem por objetivo apresentar as possibilidades e a mais adequada aplicação do direito na solução de controvérsias decorrentes de contratos de compra e venda internacional de natureza mercantil no âmbito do Mercosul, com base e na ótica do ordenamento jurídico brasileiro. Tem como base teórica o princípio da autonomia da vontade na eleição da norma e do foro aplicáveis a eventual solução judicial, o qual norteou a pesquisa bibliográfica desenvolvida. A busca da aplicação das normas jurídicas nacionais e internacionais adequadas possibilitou o conhecimento do contexto legal dos Estados Partes da integração, para que se possam resolver as antinomias que decorrem do entrelaçamento de relações interestatais e contratos de direito internacional privado. A análise parte da abordagem inicial da origem das formações integrativas, a globalização, e segue no direito interno brasileiro, dos demais países integrantes, no direito internacional, dos tratados e convenções que instituíram e estruturam o Mercosul, passando pelos diversos elementos de conexão entre a legislação interna e demais legislações internacionais. Ao final, o estudo chega à conclusão de que as soluções mais adequadas seriam: para a definição do direito aplicável, a ratificação pelos Estados Partes do Mercosul da Convenção Interamericana do México, e, para a definição do foro competente, a aplicação do Protocolo de Buenos Aires, uma vez que permitem às partes a livre escolha, primando e privilegiando pela autonomia da vontade dos contratantes, trazendo segurança jurídica no momento da contratação.

Palavras-chave: Contrato internacional de compra e venda mercantil. Direito aplicável. Globalização e Mercosul, Mercosul. Solução de controvérsias no Mercosul.

## RESUMEN

El estudio pretende presentar las posibilidades y la más adecuada aplicación del derecho en la solución de controversias resultantes de contratos de compra y venta internacionales de naturaleza mercantil en el ámbito del MERCOSUR, bajo la óptica del ordenamiento jurídico brasileño. Su base teórica es principio de la autonomía de la voluntad en la elección de la norma y del foro aplicables a una eventual solución judicial, el cual ha dando la base de la pesquisa bibliográfica desarrollada. La búsqueda de la aplicación de las normas jurídicas nacionales e internacionales adecuadas permitieran el conocimiento del contexto legal de los Estados Partes de la integración, para que se pueda establecer y resolver las antinomias derivadas de este entrelazamiento de relaciones interestatales y contratos de Derecho Internacional Privado. La análisis parte del abordaje inicial de la origen de las formaciones integrativas, la globalización, y sigue en el derecho interno brasileño, de los otros países integrantes, en el derecho internacional, de los tratados y convenciones que instituiran y estructuran el MERCOSUR, pasando por los diversos elementos de conexión entre la legislación interna y estas otras legislaciones internacionales. Al final, el estudio llega a la conclusión que las soluciones más adecuadas serian: para la definición del derecho aplicable, la ratificación por los Estados Partes del MERCOSUR de la Convención Interamericana del México, y para la definición del foro competente, la aplicación del Protocolo de Buenos Aires, una vez que permiten a las partes la libre elección, primando y privilegiando la autonomía de la voluntad de los contratantes, y trayendo seguridad jurídica al momento de la contratación.

Palabras clave: Contrato internacional de compra y venta mercantil. Derecho aplicable. Globalización y MERCOSUR. MERCOSUR. Solución de controversias en el MERCOSUR.

## ABSTRACT

This work has for objective to present the possibilities and the most adjusted application of the right in the solution of decurrent contract controversies of international purchase and sell of mercantile nature in the scope of the Mercosul, with base and under the optics of the brazilian legal system. Have as theoretical base the principle of the autonomy of the will in the election of the applicable norm and the forum the eventual judicial solution, which gave the base for the developed bibliographical research. The search of the application adjusted the national and international rules of law makes possible the knowledge of the legal context of States parts of the integration, so that if it can establish and decide the antinomies that elapse of this interlacement of interestates relations and contracts of Private international law. This analysis has left of the initial boarding of the origin of the integratives formations, the globalization, and follows in the brazilian domestic law, of the many integrant countries, in the international law, of treated and the conventions that had instituted and structuralize the Mercosul, passing for the diverse elements of connection between the internal legislation and these many international legislations. At the end, if the conclusion arrived that the adjusted solutions more would be: for the definition of the applicable right the ratification for the State-part of the Mercosul and Inter-american Convention of Mexico, so, for the definition of the competent forum, the application of the Protocol of Buenos Aires, time that allow to the parts the free choice, privileging for the autonomy of the will of the contractors, bringing legal security at the moment in the act of contract.

Word-key: Applicable right. Globalization and Mercosul. International contract of mercantile purchase and sell. Mercosul. Solution of controversies in the Mercosul.

# 1 INTRODUÇÃO

O surgimento de novos fatos no cenário global, em contraposição à idéia de Estado soberano e como centro de poder, esses deflagrados nas últimas décadas pelo crescente desenvolvimento das tecnologias de comunicação e comércio internacional, traz à cena o fenômeno da globalização, processo irreversível de integração de Estados por meio da formação de sociedades e comunidades internacionais, as quais buscam pela inter-relação e interdependência fazer a alavancagem das suas economias e políticas. Desses “super-Estados” que surgem e despontam no cenário internacional pela formação de blocos, este trabalho tem por objetivo a análise do Mercosul, o qual, embora ainda no estágio atual de consolidação de união aduaneira, tem o firme propósito, pelos diversos tratados e convenções que estruturam a sua instituição e desenvolvimento, de tornar efetivo o Mercado Comum do Sul, fato que traz e coloca os países integrantes do bloco em evidência e destaque no cenário internacional.

O trabalho de pesquisa pretende deter-se na abordagem do direito aplicável no caso de controvérsias decorrentes de contratos de compra e venda internacionais de natureza mercantil no âmbito do Mercosul, de forma específica em relação à norma aplicável e ao foro competente, o que se faz pela análise do direito interno brasileiro relativo à matéria e dos elementos de conexão entre este e o direito internacional na busca da solução mais adequada às partes contratantes.

Esta análise parte da busca da definição de que norma é aplicável, seja do direito interno dos Estados dos contratantes, seja norma internacional disposta pelos tratados, acordos, convenções, protocolos, a qual deverá ser a mais adequada e aplicada ao caso concreto, e, ainda, da definição do foro competente, tendo como base o ordenamento jurídico brasileiro e a sua aplicação.

A justificativa da escolha do tema a que se propõe o trabalho de análise da bibliografia deve-se, além da vocação regional e posição geopolítica privilegiada do estado do Rio Grande do Sul na condição de “corredor” de importação e exportação do Mercosul, também à evidente evolução e ao aumento das atividades negociais que envolvem os contratos e o mercado internacional, especialmente aqueles celebrados no contexto integrativo entre os Estados Partes do Mercosul, desenvolvendo-se em uma nova

ordem econômica e social, fruto de um fenômeno irreversível denominado de “globalização”.

Desse intercâmbio de condições floresce em crescente proporção o número de contratos de compra e venda internacionais, especialmente os de natureza mercantil, os quais são os instrumentos, por excelência, de comércio internacional de bens e mercadorias. Por conseguinte, há uma maior exigência pelo direito da análise das possibilidades de aplicação de mais de um ordenamento jurídico - seja interno, em relação aos Estados partes, seja de direito internacional - como forma de normatizar e regular essas relações, dando-lhes a segurança jurídica necessária para o fortalecimento e desenvolvimento integrativo.

Como métodos eleitos para o desenvolvimento e elaboração do presente trabalho de pesquisa utilizaram-se o hipotético-dedutivo. O hipotético-dedutivo, porque, apresentado o problema, elaboraram-se hipóteses para sua solução. Analisaram-se teorias e normas estrangeiras e internacionais, submetendo-as a uma crítica com a finalidade de avaliar a validade e possibilidade de sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro.

No presente trabalho, também se aborda o princípio da autonomia da vontade, o qual tem por objeto central a efetiva aplicação da vontade dos contratantes ao estabelecerem contratos de compra e venda internacional, de caráter mercantil no âmbito do Mercosul, uma vez que é possível a aplicação de mais de um sistema de normas ou direito, questionando-se a possibilidade dos contratantes determinarem livremente a norma para a solução de eventual controvérsia e, conseqüentemente, o foro de competência para conhecer do litígio.

No primeiro capítulo deste trabalho, de caráter meramente introdutório, não se levou a efeito um estudo abrangente sobre o tema globalização e regionalizações, que são tão somente contextualizadas para se estabelecer a relação existente entre esses fenômenos modernos com o estudo do tema central desta dissertação. Isso é feito por meio de uma abordagem sobre a globalização como fenômeno moderno e suas dimensões, a sociedade internacional e os novos paradigmas, as implicações sociais dessas na ordem social e, por fim, as conseqüências constitucionais processuais no ordenamento jurídico interno.

No segundo capítulo faz-se uma abordagem inicial sobre o contrato no ordenamento jurídico nacional, dando-se a sua definição e contexto histórico, os seus elementos constitutivos e pressupostos de validade; também se abordam os principais

princípios que o regem. Isso permite definirem-se os contratos de compra e venda de natureza mercantil e os sistemas de regras de mercado a estes aplicáveis, além da forma como esses contratos se aperfeiçoam.

No terceiro capítulo a abordagem é sobre a integração do Mercosul, mais especificadamente, no seu processo de integração pelos períodos transitório e definitivo; seguindo, estabelece-se a análise da intergovernabilidade e supranacionalidade, passando-se a abordar o Protocolo de Buenos Aires e a possibilidade de utilização da arbitragem pelos contratantes como forma de solução de controvérsia.

No quarto e último capítulo procura-se distinguir os elementos de conexão utilizados pelo direito interno brasileiro e deste em relação ao interno utilizado pelos Estados Partes do Mercosul e normas jurídicas internacionais, bem como a hierarquia existente entre essas normas internas e os tratados internacionais. Para finalizar, é feita uma abordagem quanto à possibilidade da aplicação da autonomia da vontade nos contratos internacionais, com a busca do direito aplicável segundo o ordenamento jurídico brasileiro.

Enfim, o presente trabalho de pesquisa pretende contribuir, sem qualquer pretensão de esgotar o tema de solução de controvérsias no Mercosul, com informações e conhecimentos para o meio e sociedade jurídica, através de uma visão multidisciplinar dos novos direitos que surgem da globalização e integrações regionais e que têm incidência direta na estruturação do direito internacional, direito civil, direito processual civil, direito comercial, direito econômico e direito constitucional, dada a crescente importância que apresentam para a sociedade moderna.

## 2 A GLOBALIZAÇÃO COMO FENÔMENO MODERNO

Neste primeiro capítulo, de caráter meramente introdutório, não se pretende levar a efeito um estudo abrangente da globalização e regionalizações, mas tão-somente contextualizar e encaminhar uma objetiva e rápida visão da relação existente entre este fenômeno com o estudo do tema central desta dissertação, ou seja, uma análise introdutória para o estudo da solução de controvérsias no Mercosul. Primeiramente, traça-se um panorama das dimensões da globalização que dizem respeito à integração regional em análise e, posteriormente, busca-se definir a condição de sociedade internacional e os seus paradigmas, bem como as conseqüências deste fenômeno moderno e da integração regional em relação aos aspectos sociais e constitucionais processuais dos países envolvidos.

### 2.1 GLOBALIZAÇÃO E SUAS DIMENSÕES

A globalização (re)descreve a fenomenologia contemporânea que marca as últimas décadas através de processo irreversível decorrente do aprofundamento das relações internacionais, estas decorrentes, principalmente, do intercâmbio mercantil e financeiro alcançado pela liberalização do comércio que se seguiu à Segunda Guerra Mundial, levando os países e suas economias à interdependência, dada a evidência de que nenhuma nação vive no vazio, afastada dos acontecimentos que se desenvolvem ao redor do mundo.<sup>1</sup>

Vive-se uma época de grandes mudanças, desenvolvidas sob o impacto das ciências, da tecnologia e do pensamento racional, em que os acontecimentos que afetam as pessoas não estão confinados a nenhuma área específica do globo, mas estão em toda parte, motivo pelo qual se têm evidentes e objetivas razões para acreditar que se está atravessando um período importante de transição histórica.<sup>2</sup> A globalização redimensionou as noções de espaço e tempo; fenômenos globais influenciam fatos locais e

---

<sup>1</sup> AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004. p. 39

<sup>2</sup> GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolado*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005. p. 13

vice-versa; o global e o local interpenetram-se e tornam-se inseparáveis.<sup>3</sup> Daí o axioma da galinha resfriada,<sup>4</sup> fazendo-se uma referência à pandemia de gripe aviária.<sup>5</sup>

A palavra, ou termo, “globalização” tem sido utilizada nos últimos anos como expressão de uso corrente nos mais variados contextos para descrever o fenômeno. Atualmente é utilizada com mais frequência para indicar a existência da interdependência econômica e comercial entre os países. A compreensão de nossas perspectivas no final do século está entrelaçada com a expressão, que é intensamente discutida em todos os continentes, como explica Anthony Giddens:

A difusão global do termo é indicadora dos próprios desenvolvimentos a que ele se refere. Todo guru dos negócios fala sobre ele. Nenhum discurso político é completo sem referência a ele. No entanto, até o final da década de 1980 o termo quase não era usado, seja na literatura acadêmica ou na linguagem cotidiana. Surgiu de lugar nenhum para estar em quase toda parte.<sup>6</sup>

Também outra utilização freqüente da palavra é como sinônimo de liberalização comercial, compreendendo uma maior abertura das economias nacionais, resultante de vários processos políticos e econômicos decorrentes de uma maior organização e condução

---

<sup>3</sup> VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000. p. 71

<sup>4</sup> “Na floresta, os animais conversam. Diz o urso: - Se eu der um dos meus rugidos na floresta, todos os animais ficam aterrorizados! Diz o leão: - Ora, se eu der um dos meus rugidos, todos os animais se escondem! Diz a galinha: - Isso não é nada! A mim basta-me dar um espirro que fica logo o planeta todo em pânico!” Disponível em: <[http://anedotas.numsitejeito.com/show\\_tag?tag\\_id=203](http://anedotas.numsitejeito.com/show_tag?tag_id=203)>. Acesso em: 01 abr. 2007.

<sup>5</sup> Para a Organização Mundial da Saúde (OMS), a gripe aviária é uma das muitas doenças infecciosas que trazem grande preocupação para a saúde animal e para o comércio avícola, tendo potencial para iniciar uma pandemia humana. Existem 15 tipos de gripe aviária ou do frango. As variedades mais contagiosas são a H5 e H7 que são geralmente fatais em aves. O tipo que está causando preocupação é a variedade H5N1, que pode também ser fatal para humanos. Aves selvagens migratórias, principalmente patos selvagens, são os portadores naturais dos vírus, mas costumam não desenvolver a infecção, estando o risco no contato destas com as aves domésticas, que são bem mais suscetíveis ao vírus. Inicialmente, pensava-se que a gripe aviária infectava apenas aves, até que surgiram os primeiros casos em humanos, em Hong Kong, em 1997. Humanos pegam a doença por meio de contato com aves vivas e infectadas, e também ocorre a contaminação por inalação, onde as aves excretam o vírus por meio de suas fezes, que secam e se transformam em pó, sendo então inaladas. Os pesquisadores estão preocupados, pois cientistas, estudando um caso no Vietnã, descobriram que o vírus H5N1 pode afetar todas as partes do corpo, não apenas o pulmão. Em janeiro de 2006, a Organização Mundial de Saúde confirmou 146 casos de pessoas infectadas pelo vírus H5N1 na Indonésia, Vietnã, Tailândia, Camboja, China e Turquia, levando a 76 mortes, nos últimos três anos. Podem existir exemplos de transmissão de uma pessoa para outra, mas até o momento não é a forma de gripe que pode dar início a uma epidemia. Até agora o vírus tem sido combatido com o sacrifício em massa de aves que podem servir de hospedeiras para ele. Até agora não há vacina, sendo usadas drogas antivirais como o Tamiflu, que contem os sintomas e, como consequência, diminui as chances de a doença se espalhar. Muitos países já estão estocando estes medicamentos.

<sup>6</sup> GIDDENS, *Mundo em descontrolado*, p. 18.

da sociedade moderna, que constituem novas estruturas a partir da interdependência. Assim, no âmbito econômico ganham relevância no desenvolvimento da integração as corporações transnacionais e as organizações multilaterais, como o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), a Organização Mundial do Comércio (OMC), o Fundo Monetário Nacional (FMI) e o Banco Mundial (BIRD).

Essas organizações estão empenhadas na preservação, consolidação e generalização dos mercados nacionais, regionais e mundiais, além da sua missão de guardiães do capital em geral, e para as quais o capitalismo é a referência. Nesse aspecto, o caráter internacional do capitalismo que se prenunciava no século XIX torna-se particularmente efetivo na segunda metade do século XX, quando adquire todas as características de um modo de produção global, como assinalado por Octavio Ianni. Em linhas principais, é indispensável que a globalização seja vista em perspectivas simultaneamente histórica e teórica:

Vista em perspectiva histórica ampla, a globalização vem de longe e envolve diversas formas de organização e dinamização das forças produtivas e das relações de produção: acumulação originária, mercantilismo, colonialismo, imperialismo, interdependências, transnacionalismo e globalismo. São várias, diferentes e inter-relacionadas as formas pelas quais o capitalismo se desenvolveu, transforma e generaliza, ao longo da história e da geografia.<sup>7</sup>

Inegável que a globalização é comumente compreendida principalmente em sua dimensão econômica, como elemento de interligação mundial de mercados e capitais, tendo, assim, a sua principal vertente associada ao capitalismo. Também é correto afirmar a evidência de a globalização ser contraditória, pois são vários os seus aspectos, compreendendo desde a integração e fragmentação, nacionalismo e regionalismo, até racismo e fundamentalismo, geoeconomia e geopolítica. Assim, as diversas teorias sobre o tema oferecem subsídios para a compreensão dos distintos aspectos da sociedade global em formação, horizonte em que se abre à problemática da modernidade.<sup>8</sup>

Caracterizada a globalização como um fenômeno, esta deverá ser entendida como consequência do desenvolvimento, porém não somente econômico, mas também das relações humanas, tal como se está experimentando. É, sob muitos aspectos, a globalização

---

<sup>7</sup> IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997. p. 146.

<sup>8</sup> *Ibid.*, p. 164.

um fenômeno não só novo, mas também revolucionário, conforme refere Anthony Giddens: “Não acredito, porém, que nem os ‘céticos e nem os radicais’<sup>9</sup> tenham compreendido corretamente nem o que ela é, nem suas implicações para nós. Ambos os grupos vêem o fenômeno quase exclusivamente em termos econômicos. Isso é um erro. A globalização é política, tecnológica e cultural, tanto quanto econômica”.<sup>10</sup>

O sociólogo inglês ainda sugere que a alteração havida pela comunicação eletrônica instantânea altera a própria estrutura de nossas vidas, quer sejamos ricos, quer sejamos pobres, e que, “quando a imagem de Nelson Mandela pode ser mais familiar para nós que o rosto do vizinho de porta, alguma coisa mudou na natureza da experiência cotidiana. Nelson Mandela é uma celebridade global, e a própria celebridade é em grande um produto da nova tecnologia das comunicações”.<sup>11</sup>

Verifica-se que várias dimensões são estruturadas para dar formato à globalização. Dentre outras diversas vertentes definidoras das dimensões, encontram-se na obra de Liszt Vieira, de forma objetiva, as cinco que se entende serem as principais:

---

<sup>9</sup> Segundo o autor, diferentes pensadores adotaram opiniões quase diametralmente opostas sobre a globalização em debate, com alguns questionando tudo o que se refere a ela, estes os chamou de *céticos*; segundo estes, sejam quais forem os benefícios, seus percalços e tribulações, a economia global não é especificamente diferente da que existiu em períodos anteriores, e tendem a se situar na esquerda política, com a noção de que a globalização é uma ideologia espalhada por adeptos do livre mercado que desejam demolir sistemas de previdência social e reduzir despesas do Estado. Já outros, aos quais chamou de *radicais*, sustentam que não só a globalização é muito real, como suas conseqüências podem ser sentidas em toda parte, com mercado global muito mais desenvolvido e indiferente a fronteiras nacionais. Para estes, a era do Estado-nação está encerrada.

<sup>10</sup> GIDDENS, *Mundo em descontrolado*, p. 21.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 22.

- Econômica: Os agentes mais dinâmicos da globalização não são os governos que formaram mercados comuns em busca da integração econômica, mas os conglomerados e empresas transnacionais que dominam a maior parte da produção, do comércio, da tecnologia e das finanças internacionais. [...]
- Política: Como o Estado continua sendo um ator fundamental da política internacional, os conceitos dominantes das ciências sociais são inadequados para compreender os fenômenos e cenários transnacionais emergentes que extrapolam o plano econômico. [...]
- Social: O século XX conduziu a economia global a uma encruzilhada: o processo de reestruturação econômica levou o mundo em desenvolvimento à fome, e grandes parcelas da população, ao empobrecimento. A nova ordem financeira internacional parece nutrir-se de exclusão social e desagregação ambiental. [...]
- Ambiental: Verifica-se no mundo de hoje uma globalização crescente dos problemas ligados ao meio ambiente. O domínio do homem sobre a natureza aumentou consideravelmente com a industrialização. A produção industrial e agrícola, o desenvolvimento das biotecnologias, a urbanização acelerada produziram um impacto negativo sobre o meio ambiente. [...]
- Cultural: Segundo Renato Ortiz, a americanização do mundo é a tese mais conhecida sobre globalização. É divulgada tanto pelos adeptos convictos do *american way of life* quanto pelos que denunciam o imperialismo cultural norte-americano.<sup>12</sup>

A globalização, portanto, não é um processo singular, mas um conjunto complexo de processos e a razão do ressurgimento de identidades culturais locais em várias partes do mundo, redesenhando o seu mapa, pois está criando algo que nunca existiu antes: uma sociedade cosmopolita global. Até agora não se trata de uma ordem global conduzida por uma vontade humana coletiva, mas, sim, emergindo de uma maneira anárquica, fortuita, trazida por uma mistura de influências. A globalização não é um acidente em nossas vidas, mas uma mudança de nossas próprias circunstâncias de vida. É o modo como vivemos agora.<sup>13</sup>

## 2.2 A SOCIEDADE INTERNACIONAL E OS NOVOS PARADIGMAS

A globalização decorre, inexoravelmente, de uma contextualização da sociedade internacional moderna, que se desenvolve e se define como uma sociedade tipicamente interestatal, formada por Estados soberanos, entidades políticas igualmente soberanas e

---

<sup>12</sup> VIEIRA, *Cidadania e globalização*, p. 80-100.

<sup>13</sup> GIDDENS, *Mundo em descontrolo*, p. 28

representativas de seus povos e estruturas institucionais constitucionalizadas. Essas se constituem no núcleo de articulação política desta sociedade internacional moderna, porém sem qualquer poder superior a ela equivalente, viabilizando a construção de um sistema de relações entre seus Estados Membros.

A chamada “sociedade internacional moderna”, como sociedade universal, aberta e igualitária, assim definida pela doutrina do direito internacional e que se diferencia das demais sociedades internacionais anteriores, por estruturar-se a partir de várias unidades políticas soberanas e sobre as quais não há um poder soberano superior, tem características que lhe garantem especificidades,<sup>14</sup> como citado por Celso de Albuquerque Mello:

As características da sociedade internacional podem ser resumidas nas seguintes: universal, paritária, aberta, não possui uma organização institucional com a sociedade interna, o direito que nela se manifesta é originário e tem poucos membros.

É universal porque abrange todos os entes do globo terrestre. O que acarretou que o Direito Internacional se universalizasse e este tem hoje uma preocupação acima de tudo com a ética (Sienho Yee). A característica de aberta significa que todo ente, ao reunir determinados elementos, se torna um membro sem que haja necessidade de os membros já existentes se manifestarem sobre o seu ingresso. Por outro lado, tem sido assinalado que as relações internacionais contemporâneas têm como contradição o fortalecimento das estruturas internacionais e o conseqüente esfacelamento do poder dos Estados que querem conservar o poder de sancionar. A falta de organização internacional significa que ela não é um superestado[...]<sup>15</sup>

Em relações políticas que envolvem diversos Estados, sempre se retoma a referência a “máxima” “os fins justificam os meios”, de modo que deve prevalecer, independentemente das convicções pessoais do governante, seria as razões de Estado,<sup>16</sup> idéia que está vinculada ao poder de força do Estado concretizado através da guerra. Essa forma de concretização não se vincula ao presente estudo, pois pode ser estabelecida de várias formas, das quais a guerra é apenas uma delas.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internacional público*. 15.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1. p 56.

<sup>15</sup> *Ibid.*, p 56.

<sup>16</sup> Lição de Nicolas Maquiavel incorporada à dinâmica das relações internacionais do mundo moderno. Ver MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. Trad. Lívio Xavier. São Paulo: Tecnoprint, 19 [ ], e também BOBBIO, Norberto et al. *Dicionário de política*. 4.ed. Trad. Carmem C. Varrialle et al. Brasília: UnB, 1992, v. 2.especialmente as p. 1066-1073.

<sup>17</sup> Poder como aplicação de força em circunstâncias e com objetivos definidos, que está sempre submetida os primado da política, como a forma de “frear a escala aos extremos, evitando que a animosidade seja

Embora mesmo no Estado moderno esteja permanente a ameaça de uso da força, coação que tem como elemento a iminente possibilidade de uso da força militar, pode esta idéia de “força” ser exercida por meio de formas não violentas de pressão, como a diplomática, econômica ou política, mas sempre está presente a idéia do uso da força iminente.

A análise parte da idéia de que na sociedade internacional moderna a força de cada Estado Parte dá-se pelo exercício da diplomacia, esta como poder de força na integração ou na defesa dos interesses da coletividade a qual representa o diplomata.<sup>18</sup> Contudo, não se pode olvidar que todo exercício de uso da diplomacia e política internacional importa em “choque constante de vontades, por estar constituída por relações entre Estados soberanos, que pretendem determinar livremente a sua conduta. Enquanto essas unidades não estão sujeitas a leis ou a um árbitro, elas são rivais, pois cada uma é afetada pela ação das outras, e suspeita inevitavelmente das suas intenções”.<sup>19</sup>

Entretanto, essas disputas políticas no plano das sociedades internacionais modernas, via de regra das integrações e formação de blocos políticos e econômicos, têm se dado fora de contextos bélicos, ocorrendo por relacionamentos pacíficos e influenciados por realizações políticas, nas quais a força no exercício de poder é, como regra, mais potencial (ameaça ou possibilidade de uso de poder) do que real (uso efetivo da força). Potência<sup>20 21</sup> é o poder potencial dos Estados de utilização dos elementos que compõem seu poder e de fazer sobrepor a sua vontade e capacidade de “fazer, produzir e destruir”.<sup>22</sup>

A potência de cada Estado soberano está vinculada a elementos que são classificados de diversas formas. Embora Raymond Aron<sup>23</sup> afirme que “as enumerações parecem sempre arbitrárias, heterogêneas, e nenhuma lista é completa ou incontestável”,<sup>24</sup> é de maior especificidade a idealizada por Hans Morgenthau, que contempla os seguintes

---

explorada em paixão pura, numa brutalidade sem limites.” Ver ARON, Raymond. *Paz e guerra entre nações*. Trad. Sérgio Bath. 2.ed. Brasília: UnB, 1986. p. 96-7.

<sup>18</sup> Expressão “diplomata” em sentido amplo, de representantes não militares do Estado, podendo-se colocar, entre eles, os ministros das Relações Exteriores e os chefes de Estados e de Governo.

<sup>19</sup> ARON, *Paz e guerra entre nações*, p. 100

<sup>20</sup> Segundo Raymond Aron, potência é “a capacidade que têm os Estados, considerando individualmente como unidades, de influir uns sobre os outros.” *Ibid.*, p. 189.

<sup>21</sup> Para Jonh Stoesinger, potência é definida como a “capacidade que uma nação tem de usar seus recursos tangíveis e intangíveis de forma a afetar o comportamento de outras.” Ver STOESSINGER, Jonh G. *O poder das nações: a política internacional de nosso tempo*. Trad. Jamir Martins. São Paulo: Cultrix, p. 48.

<sup>22</sup> ARON, op. cit., p. 99.

<sup>23</sup> Para Raymond Aron, os elementos de potência de um Estado ou país são: o espaço; os recursos materiais disponíveis e o conhecimento e a capacidade de ação coletiva. Ver ARON, op. cit., p. 99.

<sup>24</sup> *Ibid.*, p. 105.

elementos: 1º) a geografia; 2º) os recursos naturais; 3º) a capacidade industrial; 4º) o estado de preparação militar; 5º) a população; 6º) o caráter nacional; 7º) a moral nacional; 8º) a qualidade da diplomacia.<sup>25</sup>

Independentemente da classificação eleita, os elementos relacionados e que compõem o poder ou a potência de um Estado são os que serão utilizados à medida que for necessária a defesa de seus interesses, e quanto maiores os recursos disponíveis para a coação, melhor será o resultado diplomático ou político a definir a potência do Estado. Nesse contexto, é possível uma classificação de cada Estado em considerar-se potência, a qual é dada por Gilmar Antônio Bedin nos seguintes termos:

[...] potência dominante (país heterogêneo na sociedade internacional), grande potência (país com interesses gerais), potências mundiais (países com interesses em todo o mundo), potências médias (países que possuem força e autoridade para manter-se por si sós sem precisar da ajuda dos demais); potência regional (país com grande poder em uma região do mundo); pequena potência (país que não consegue manter-se por si só); potência nuclear (país que detém esse tipo de arma).<sup>26</sup>

Para o contexto de que se faz a análise, a sociedade internacional moderna, fica claro que um dos elementos mais importantes de potência do Estado é o poder político,<sup>27</sup> conceito este imprescindível na medida em que se estruturam as sociedades internacionais a partir de Estados soberanos. Consiste o poder político “na capacidade que tem uma unidade política de impor a sua vontade às demais. Em poucas palavras, o poder político não é um valor, mas uma relação entre homens”.<sup>28</sup>

É indissociável a idéia de política no contexto atual de economia e do que esta representa ou acrescenta ao “poder político”. O poder político entre os Estados soberanos desenvolve-se através das relações internacionais, as quais, dada a sua relevância, são designadas como relações interestatais. É essa a concepção posta por Antonio Truyol y Serra no exemplo dado por Nicholas Spykman, que “propôs a expressão *interstate*

---

<sup>25</sup> MORGENTHAUS, Hans apud BEDIN, Gilmar Antônio. *A sociedade internacional e o século XXI*. Ijuí: Editora Unijuí, 2001. p. 190.

<sup>26</sup> BEDIN, Gilmar Antônio. *A sociedade internacional e o século XXI*. Ijuí: Editora Unijuí, 2001. p. 191.

<sup>27</sup> No sentido de força, em tese, para fazer valer o Estado, como regra, as suas decisões e os seus interesses, permitindo alcançar os objetivos estabelecidos pela unidade política soberana.

<sup>28</sup> ARON, *Paz e guerra entre nações*, p. 99.

*relations*, acrescentando no entanto, que não importa continuar falando de *international relations* porque todos sabem que se quer dizer com essa expressão”.<sup>29</sup>

Importante essa referência porque a expressão “relações internacionais” no sentido de relações interestatais é consensualmente utilizada, pois a primeira tem menos o sentido gramatical mais preciso e mais o sentido de “relações de grupos humanos diferenciados, territorialmente organizados e com poder de decisão, [...]”,<sup>30</sup> ou entre grupos “territorialmente organizados de poder que possuem o monopólio do uso legal da força”.<sup>31</sup> A expressão “relações internacionais” possui o sentido de relações entre Estados políticos soberanos.<sup>32</sup>

Da mesma forma, para designar-se de forma adequada e com este objetivo há evidente equívoco quanto à referência de comunidade internacional quando se fala de sociedade internacional, fato que reside na condição de que a primeira é uma etapa mais avançada nas relações internacionais das sociedades internacionais e se aproxima bastante da estrutura que existe no interior dos Estados unitários. A União Européia, no estágio atual de integração em que se encontra, é o exemplo histórico mais próximo que se tem do ideal de comunidade internacional.<sup>33</sup>

Nesse mesmo sentido é o entendimento de Esther Barbé, quando diferencia comunidade e sociedade na medida em que “as formas sociais comunitárias seriam aquelas de caráter orgânico, baseadas numa ‘vontade essencial’, que converte os indivíduos em ‘celulas’ de uma entidade social com fins supra-individuais, a sociedade se basearia somente na ‘vontade arbitrária’, em relações mecânicas, garantindo a independência e personalidade de seus membros, e estando definitivamente condicionada pelos interesses destes e não por finalidade coletiva”.<sup>34</sup> Em outras palavras, na comunidade haveria a integração efetiva com os interesses voltados para o fim comum e, na sociedade, estaria o interesse individual de cada integrante acima do interesse integrado.

A distinção existente entre sociedade e comunidade já era dada pela sociologia. Ferdinand Tonnies no século passado fazia essa distinção “levando em consideração a ‘intensidade do vínculo psicológico’ nos grupos sociais, os classificou em comunidade e

---

<sup>29</sup> TRUYOL Y SERRA, Antônio apud BEDIN, *A sociedade internacional e o século XXI*, p. 177

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 178

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 178

<sup>32</sup> BEDIN, *A sociedade internacional e o século XXI*, p. 178.

<sup>33</sup> *Ibid.*, p. 183.

<sup>34</sup> BARBÉ Esther apud BEDIN, *op. cit.*, p. 184-185.

sociedade”.<sup>35</sup> Como a proposição que se coloca para este estudo é a do Mercosul, abordagem central desta dissertação, embora presente a idéia de modernidade na integração, verifica-se que o Mercosul está apontado para a hipótese clara de sociedade internacional, o que decorre da realidade e de diferenças existentes entre seus integrantes como Estados soberanos. Assim, é diferente de comunidade internacional, a qual aponta para uma concepção mais avançada de integração na constituição do “Estado mundial”.

A definição de paradigma dada por John Vásquez é sobre “as suposições fundamentais que os especialistas fazem sobre o mundo que estão estudando e que mostram o que é conhecido sobre este mundo, o que é desconhecido, como se deve enxergar esse mundo se se quer conhecer o desconhecido e, finalmente, o que merece ser conhecido”.<sup>36</sup> Ainda para o autor, “um paradigma das relações internacionais é então uma visão, uma interpretação, uma perspectiva dos fenômenos internacionais ou mundiais, amparada em algum método, cuja pretensão é explicar e dar sentido para os fatos que estão se desenrolando no cenário internacional”.<sup>37</sup>

Partindo dessa análise, estando o Mercado Comum do Sul no plano da sociedade internacional e, portanto, dentro de um contexto de integração de prevalência de valores divergentes, o paradigma a ser buscado seria o plano de comunidade internacional, inclusive como disposto no seu texto constitucional, com integração de caráter orgânico e de uma vontade essencial e com prevalência de valores convergentes e comuns, conceito de integração alinhado a passos largos no exemplo dado pela Comunidade Européia. Dessa forma, seria esse o paradigma a ser alcançado na integração proposta e que vem se desenvolvendo no Mercosul, porém ainda se necessita de tempo para que essas adaptações sejam feitas de forma gradual e adequada, sem trincar os objetivos já alcançados.

### 2.3 A GLOBALIZAÇÃO E SUAS IMPLICAÇÕES SOCIAIS

Todos os fatores analisados até agora em relação ao fenômeno da globalização estão conduzindo, como se pode ver, a uma profunda transformação da realidade

---

<sup>35</sup> MELLO, *Curso de direito internacional público*, p 55.

<sup>36</sup> VÁSQUEZ, John apud RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio. *O que são relações internacionais?* São Paulo: Brasiliense, 1994. p. 18.

<sup>37</sup> *Ibid.*, p. 18

construída como padrão até o mundo moderno. Assim, muitos de seus fundamentos foram profundamente fragilizados, adquirindo novos significados neste novo momento da trajetória da humanidade, especialmente no que se refere à sociedade internacional, denominada de “sociedade internacional contemporânea”.<sup>38</sup>

Pode-se notar que, em decorrência dessa crescente interdependência global, emergiram nas últimas décadas questões sociais relevantes. A análise deste contexto que está se desenvolvendo pode ser caracterizada no aspecto social, no qual “a globalização não está se desenvolvendo de uma maneira eqüitativa, e está longe de ser inteiramente benéfica em suas conseqüências”.<sup>39</sup>

Como observado também, essa intensidade de relações de interdependência que afetam a sociedade tem como ponto básico de alavancamento as relações comerciais e econômicas que se desenvolvem além das fronteiras do Estado, visto que a velocidade da economia é avassaladora em relação ao crescimento dos demais aspectos da globalização. Com esse modo de desenvolvimento, a globalização também traz, inexoravelmente, conseqüências àqueles menos desenvolvidos, pois, conforme assinala em seus comentários Celso D. de Albuquerque de Mello:

A globalização só tem favorecido os mais ricos e como tem sido assinalada a sociedade internacional não tem sua função redistributiva. A sociedade de que tratamos sofre de um déficit democrático. A globalização ou mundialização (palavra utilizada pelos autores franceses) é estimulada pelos baixos preços dos transportes e das comunicações. Não se sabe ainda qual vai se o papel do estado, bem como a parte política é muito mais lenta que a globalização dos mercados financeiros (Pascal Lamy e Zaki Laidi).<sup>40</sup>

É de se considerar que essas novas situações que estão surgindo no mundo global e pouco a pouco vão sendo deflagradas como prejudiciais à sociedade vão ter uma resposta do direito, até porque a interpretação e compreensão constitucional dão azo a novas teorias do direito. E aqui surgem as idéias de direito comunitário ou direito da integração. Também se tem como desafio fundamental a questão das transformações sociais, que exigem uma resposta jurídica, o que leva, necessariamente, à criação de órgãos

---

<sup>38</sup> BEDIN, *A sociedade internacional e o século XXI*, p. 351.

<sup>39</sup> GIDDENS, *Mundo em descontrolo*, p. 27

<sup>40</sup> MELLO, *Curso de direito internacional público*, p. 66.

supranacionais independentes da política nacional de cada um dos signatários, com jurisdição e autoridade estruturadas em normas jurídicas comuns e que disciplinem todos os interesses comuns dos países participantes.

Na perspectiva da integração das nações, aproximam-se as ciências do direito da economia e das ciências numa velocidade vertiginosa. A questão da justiça projeta-se no ideal de equidade (justiça horizontal) e na adequada distribuição de encargos e benefícios (justiça vertical). Embora a globalização tenha proporcionado o crescimento econômico dos integrantes de blocos, também produziu não menos drásticos efeitos junto às comunidades nacionais, onde a riqueza desmensurada convive com inimaginável miséria material. Assim, as questões éticas voltadas à realização plena dos indivíduos, juntamente com a democratização e o fortalecimento das estruturas internacionais multilaterais, devem ser o eixo em torno do qual as políticas públicas devem ser modeladas.<sup>41</sup>

Como se está verificando no cotidiano, também há conseqüência e risco no plano ecológico, identificados onde a crescente desigualdade é o problema mais sério com que a sociedade global se defronta, pois as nações ocidentais e, de um modo geral, os países industrializados ainda têm uma influência muito maior sobre os negócios mundiais. Entretanto, a globalização está se tornando cada vez mais descentralizada e não submetida ao controle de nenhum grupo de nações; seus efeitos são sentidos tanto nos países ocidentais quanto em qualquer outro lugar,<sup>42</sup> e assim são os efeitos ao meio ambiente, a exemplo do aquecimento global, o qual decorre identificadamente da industrialização e é problema sentido por todos em nível global.

Toda essa preocupação que tem aflorado na mídia com as mais variadas formas de especulação, sem dúvida, ganhou patamar superior na agenda internacional de relações políticas e diplomáticas, até superando as do passado. Mas é em relação aos direitos humanos da sociedade globalizada que a preocupação deve aflorar, uma vez que o forte padrão de exclusão socioeconômica constitui fator de comprometimento das integrações, visto que “a garantia dos direitos sociais básicos (como o direito ao trabalho, à saúde e à educação), que integram o conteúdo dos direitos humanos, tem sido apontada como um

---

<sup>41</sup> AMARAL, *Direito do Comércio internacional: aspectos fundamentais*, p. 51.

<sup>42</sup> GIDDENS, *Mundo em descontrolo*, p. 26.

dos entraves ao funcionamento do mercado”.<sup>43</sup> Deve-se estender este global, porque o alcance da integração é no sentido de integração também na consolidação das democracias e da implementação dos direitos humanos, que ainda não foram definitivamente incorporadas na agenda da integração, sequer da globalização econômica que é mitigada face a existência de largo exército de excluídos, que se tornam supérfluos em face do paradigma vigente, vivendo fora do “Estado Democrático de Direito”.<sup>44</sup>

Nos diversos tratados e convenções que se instituíram e se desenvolveram no Mercosul percebe-se a constante busca não apenas da integração e cooperação de natureza econômica, mas também de consolidação das democracias e de implementação dos direitos sociais e humanos na respectiva integração. Contudo, para que esta implementação seja efetiva emerge o desafio da construção de um novo paradigma, buscando a integração plena e pautando-se por uma agenda de inclusão das causas sociais, que seja capaz de assegurar um desenvolvimento sustentável, mais igualitário e democrático, o que passa necessariamente, pelos planos local, regional e global.

Outra perspectiva que se estabelece em relação a este mundo globalizado é a realização de novas realidades sociais internacionais. Evidentemente, está-se buscando a construção de uma ordem mundial contemporânea mais justa e solidária, estabelecendo novas referências na e para a convivência social humana. Essa perspectiva aponta para uma construção que depende de uma inovadora opção da humanidade pela solidariedade, democracia e paz, através da formação de um consenso ético-global mínimo, transformando os direitos humanos num tema global, dando seguimento ao que estabeleceu a Conferência de Viana pela luta em defesa da cidadania no mundo, e a qual aumentou substancialmente o poder dos órgãos mundiais com atribuição de acompanhar e fiscalizar o cumprimento aos direitos humanos de forma globalizada.<sup>45</sup>

Portanto, o que se vê é que o forte padrão de exclusão socioeconômica no contexto moderno se constitui no grande entrave e impacto negativo da globalização econômica, e o grande desafio que se apresenta como um novo paradigma para construção de uma ordem mundial contemporânea mais justa e solidária é a criação de agendas de inclusão e a incorporação das cláusulas democráticas e de direitos humanos na formação de blocos

---

<sup>43</sup> PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 64.

<sup>44</sup> PIOVESAN, *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*, p. 64.

<sup>45</sup> BEDIN, *A sociedade internacional e o século XXI*, p. 365-366.

econômicos regionais, como forma de se buscar um desenvolvimento social sustentável, nos planos locais, regionais e agora globalizada.

#### 2.4 GLOBALIZAÇÃO E INTEGRAÇÕES REGIONAIS - CONSEQÜÊNCIAS CONSTITUCIONAIS PROCESSUAIS

Este tópico aborda a questão das conseqüências constitucionais processuais nos Estados num contexto que se considera como novo. A globalização, que tem por uma de suas conseqüências a formação de integrações regionais, gerando a existência de um outro espaço possível de articulações e desenvolvimentos legais além das constituições soberanas, porém mantendo-se como um agente importante na criação e no desenvolvimento de políticas sociais de interesse e benefícios comuns. Pensa-se que se está na iminência do surgimento de uma nova instância de ação política, que, ao mesmo tempo em que pode questionar a soberania dos Estados nacionais, fortalece um nível de articulação regional, redesenhando o mapa político, econômico e social deste período.

É a partir do século XX que se inicia uma nova fase na estrutura dos Estados, na qual a crise aumenta cada vez mais o plano das relações públicas e o das relações privadas, que aparecem como separáveis entre si e se colocam num campo comum, no qual se mede a sua politicidade. Os processos que produzem fatos politicamente significativos já não podem mais ser captados através da reconstrução de itinerários normativos e de acordo com procedimentos constitucionalmente definidos. A realidade complexa dos processos políticos, chamada freqüentemente de “constituição material”, para indicar o que escapa aos parâmetros da “constituição formal” (escrita), onde as articulações do *continuum* institucional sociedade-Estado é cada vez menos explicável por uma definição de finalidades institucionais precisas e inconfundíveis, ou de tarefas precisas e bem definidas, que lhes desenhem uma *ratio* autônoma e auto-suficiente.<sup>46</sup>

É nesse contexto que fermentam os resultados da globalização e de onde surge também o grande debate sobre os novos direitos decorrentes da formação desta nova sociedade ou comunidade internacional, e aqui direcionando o estudo para o centro da abordagem principal desta dissertação, qual seja, o Mercosul, onde os Estados Partes

---

<sup>46</sup> DUSO, Giuseppe (Coord.). *O poder: história da filosofia política moderna*. Trad. de Andréa Ciacchi, Líssia da Cruz e Silva e Giuseppe Tosi. Petrópolis RJ: Vozes, 2004. p. 465-466.

buscam definir novos limites à soberania para sustentar sua legitimidade como poder e também alcançar os benefícios trazidos pela integração.

Para a análise das relações jurídicas que se formam fora da jurisdição constitucional de cada signatário de blocos comunitários, é necessária uma reflexão na busca de solução para uma integração econômico-político-jurídica e sua consolidação, uma vez que o processo transformativo originariamente geopolítico promovido pela globalização deixou de ser simplesmente econômico e comercial - objetivo instituidor inicial - e passou a influenciar as sociedades integrantes como um todo, tanto no setor privado quanto no público, e a formar uma nova gama de relações jurídicas a serem reguladas de forma a satisfazer aos interesses com efeito, eficácia e extensão *erga omnes*.

Aqui restringindo a análise e as reflexões necessárias da integração ao campo jurídico, essa irradiação de novas disposições legais na busca da consolidação e institucionalização dos novos direitos exurgentes, à primeira vista, causa mudanças e abala as estruturas institucionais e sociais dos seus participantes. Assim, mostram-se necessárias a análise e aproximação das suas constituições para que aquela possa alcançar os efeitos sociais desejados com o mínimo impacto nas relações sociais e legislações preexistentes dos países signatários.

E se a constituição de cada um dos Estados-Membros é o balizamento da difusão da juridicidade destas sociedades, elas precisam ser interpretadas e compreendidas na solução da integração harmônica e das disposições constitucionais dos países signatários do Mercado Comum do Sul, a fim de propiciar uma lenta (necessária) e gradual consolidação para que as mudanças possam ser assimiladas, mas que traga em seu bojo, basicamente, o fundamento de respeitar os direitos fundamentais esculpido em cada uma das cartas constitucionais dos signatários, para que essa integração se dê com benefícios sociais a todas as populações.

Nesse aspecto, importante citar a “profecia” de Macpherson: “Só sobreviverão as sociedades que melhor possam satisfazer as exigências do próprio povo no que concerne à igualdade de direitos humanos e à possibilidade de todos os seus membros lograrem uma vida plenamente humana”.<sup>47</sup>

---

<sup>47</sup> Apud PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 218-219.

Essa igualdade referida por Macpherson é a que será necessário resultar do processo de integração, pois apresenta extrema relevância a questão de que a supranacionalidade na criação do bloco traz reflexos à soberania nacional brasileira e à dos demais países signatários. Logo, a solução jurídica na construção de um processo constitucional a ser apresentado terá de ser equânime na interpretação e compreensão dos pontos em que os sistemas constitucionais se afinam e na harmonização daqueles pontos em que há um afastamento legislativo e que poderá, de alguma forma, inviabilizar o resultado desejado, até porque, entre os países signatários do Mercosul, têm-se as constituições da Argentina e Paraguai a permitir a ordem jurídica supranacional, ao contrário das constituições do Brasil e Uruguai.<sup>48</sup>

E nesse aspecto, especialmente em relação aos países resistentes à supranacionalidade, serão enfrentados problemas no esgotamento estatal cedendo lugar ao transnacional, o que há muito se discute nas ciências políticas, nas teorias do Estado e sua crise conceitual, jurisdição constitucional e soberania, e agora, com o surgimento do direito comunitário, ou direito internacional econômico, como adiante se analisará, essa disputa de sinônimas. Porém, independentemente do nome atribuído, trata-se de fenômeno contemporâneo de consolidação de novas realidades sociais internacionais, que podem importar em uma radical transformação na idéia de Estado nacional.<sup>49</sup>

No plano internacional, em especial, observa-se fenômeno semelhante relacionado ao caráter de independência dos Estados soberanos, como capacidade de autodeterminação. A interdependência que se estabelece contemporaneamente entre os Estados aponta para um cada vez maior atrelamento entre as idéias de soberania e cooperação jurídica, econômica e social, o que afeta drasticamente a pretensão à autonomia. Por mais que se argumente no sentido de que esta colaboração só é possível em razão da própria soberania, a qual permitirá a um Estado vincular-se a outro(s) em questões que lhe interessem ou para fazer frente a situações paradigmáticas, o que se observa na prática é a revisão radical dos postulados centrais do mesmo.<sup>50</sup>

É claro que para a sociedade, sobretudo para a integração transnacional, há relevância de as organizações atuarem permanentemente no âmbito que ultrapassa as fronteiras dos Estados e que transcendem os limites das legislações constitucionais

---

<sup>48</sup> CASSELA, Paulo Borba. *Mercosul: exigências e perspectivas*. São Paulo: LTR, 1996. p. 109.

<sup>49</sup> STREK, Lenio; MORAIS, José Luiz Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 125

<sup>50</sup> BEDIN, *A sociedade internacional e o século XXI*, p. 214-215.

nacionais de cada Estado Parte, e também distintas da sociedade internacional na sua clássica concepção econômica são organizações estabelecidas para regular as relações que decorrem da integração entre países específicos e, primordialmente, na solução dos fenômenos sociais e jurídicos que decorram das relações transnacionais entre os participantes destas sociedades.<sup>51</sup>

As sociedades transnacionais – e agora com uma conotação de blocos econômicos - vêm dar sentido à realidade pelo surgimento de novos valores sociais, que transcendem os limites nacionais e constitucionais dos Estados para atualizar o potencial das civilizações modernas, buscando a expansão crescente e ultrapassando os limites desenhados anteriormente pela soberania de suas constituições. Isso tem como molas propulsoras a rápida e maciça movimentação de pessoas pelos modernos meios de transporte, a estabelecer um permanente contato entre indivíduos de nacionalidades diferentes, mas, e principalmente, pela evolução das tecnologia, que traz ao alcance das mãos a facilidade e rapidez na troca de informações. Disso resulta a imediata adaptação das sociedade e dos indivíduos a modelos e padrões que proliferam entre todos os países, levando a todos a facilidade de adaptação de modelos homogêneos, principalmente quando há interesses comuns a serem defendidos.<sup>52</sup>

O fenômeno de globalização, por conseqüência, também traz uma constante aumento das relações de (inter)dependência, visto que cada país cada vez mais necessita receber insumos de outros, havendo, progressivamente, um aumento da tolerância da interferência de legislações, instruções e normas gerais (a exemplo das de comércio) e exteriores nas relações internas. Com o aumento dessas relações, é de se imaginar que as conseqüências decorrentes da transnacionalização são irreversíveis, podendo alcançar a idéia, inclusive, de uma comunidade ou sistema mundial de integração, conforme apurado do segundo título deste capítulo.<sup>53</sup>

Nem por isso se pode considerar a sociedade transnacional resultado de um regramento legal integrado, como um sistema dotado de autonomia para exercer a sua jurisdição de forma coercitiva em relação aos seus Estados Partes e de forma a interferir diretamente nas suas soberanias, até porque cada signatário pode estabelecer condições e mecanismos de limites nesta interferência e em seus sistemas constitucionais de direito.

---

<sup>51</sup> MELLO, *Curso de direito internacional público*, p 53.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p 52.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p 53.

Nesse aspecto, em relação às eventuais particularidades anteriormente comentadas, deverão se estabelecer regras distintas a regular e atenuar os desencontros constitucionais,<sup>54</sup> inclusive onde, em relação ao sistema constitucional brasileiro, o obstáculo em relação à integração é relevante, pois a transferência de competência normativa a uma instituição supranacional importaria em transgressão à norma constitucional, pois esta sequer pode ser objeto de deliberação de emenda, nos termos do artigo 60, § 4º, da Constituição Federal,<sup>55</sup> pois tratar-se-ia de violação a forma federativa de Estado e da separação dos poderes, cláusulas pétreas constitucionais.

Portanto, a autonomia de um sistema transnacional não significaria a sua primazia em relação ao sistema constitucional brasileiro ou de cada um dos seus signatários, estando estas constituídas pela integração de fatores autônomos e que estabelecem a maior ou menor interferência das normas supranacionais em seus ordenamentos. É necessário admitir que num estágio inicial de integração, em função da condição social-econômico-política, cada sociedade terá uma maior ou menor interferência da transnacionalização sobre si. Porém, o que se observa é que em relação ao Brasil, em face do pluralismo de sua política exterior e comercial, tem-se no Mercosul “a busca do proveito máximo a partir do compromisso mínimo”.<sup>56</sup>

É importante ressaltar que, especialmente na formação de blocos comunitários, os quais integram as “economias-mundo”, o crescimento e desenvolvimento de cada um dos seus signatários dependem do crescimento e desenvolvimento dos demais, não se admitindo a estruturação de ordenamentos legislativos supranacionais que estabeleçam condições desiguais. Assim, a hermenêutica jurídica tem papel de primazia na constituição de ordenamento e legislação comum a todos e que possa alcançar os interesses de forma igual a todos os indivíduos envolvidos nessas sociedades integradas, pelo senso de bem-estar comum social global.<sup>57</sup>

---

<sup>54</sup> Ibid., p 84-85.

<sup>55</sup> “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais”. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 247.

<sup>56</sup> VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *As assimetrias entre o Mercosul e a União Européia*. Barueri, SP: Manole, 2003. p. 84.

<sup>57</sup> IANNI, *Teorias da globalização*, p. 26.

Ao contrário do que dizem alguns constitucionalistas, de que a supranacionalidade das normas jurídicas representaria uma *diminutius* da soberania interna dos Estados, o que ocorre é o pleno exercício dessa soberania a partir do momento em que se delegam, pela interpretação constitucional, a uma instituição supranacional parcelas de sua competência.

É impossível pensar em um sistema jurídico supranacional sem antes passar por uma leitura dos permissivos constitucionais internos de cada Estado Parte, bem como das suas normas jurídicas constitucionais e processuais, considerando os vários aspectos, inclusive a posição constitucional brasileira acima disposta. Somente a partir daí, pelo confronto com a idéia de uma quarta dimensão de direitos baseados na idéia de uma coletividade internacional, vislumbra-se a possibilidade de se estabelecer um novo ordenamento jurídico a viabilizar de forma efetiva a solução das controvérsias, não as mercantis, mas as que se põem como obstáculo à integração definitiva na formação do Mercosul.

Decorre da análise das condições acima postas que, sem dúvidas, os novos espaços que decorrem da globalização devem ser preenchidos com uma compreensão do direito e sua dogmática que possibilitem uma maior mobilidade em função das significativas alterações criadas no âmbito jurídico internacional, e, especialmente, uma maior mobilidade na eliminação progressiva das diferenças legislativas do processo constitucional, que são óbices ao processo integrativo, ou até mesmo a orientar o estabelecimento de prioridades no direcionamento dos interesses legislativos harmonizadores dessa integração, afinal é necessário que o direito e as normas dos Estados Partes desta integração regional estabeleçam de forma adequada as relações desta nova face social globalizada de forma complementar e a reduzir os efeitos negativos deste fenômeno contemporâneo irreversível que decorre do aprofundamento das relações internacionais.

### **3 CONTRATOS NO COMÉRCIO INTERNACIONAL**

Como se pôde observar no capítulo anterior, em virtude do fenômeno da globalização é que se desenvolvem formas na modalidade de integração regional como no caso do Mercosul, e com o que as relações internacionais caminham em mão única no sentido do desenvolvimento e fomento destas sociedades internacionais. A cada dia que passa existem mais circunstâncias com novas técnicas comerciais e negociais para viabilizar as relações jurídicas emergentes da vida internacional globalizada. Em razão dessas novas circunstâncias e novas formas de contratação, faz-se necessário um direito mercantil com especialidade técnica para sistematizar adequadamente as operações de circulação de bens e serviços no mercado internacional.<sup>58</sup>

Para tanto, neste segundo capítulo trata-se de alguns aspectos relativos aos contratos como formadores das relações internacionais, primeiramente visualizando-os no contexto jurídico nacional pela sua definição e também no contexto histórico, seguindo pela análise dos seus elementos constitutivos e princípios que os regem, definindo também os contratos de compra e venda de natureza mercantil e os contratos de compra e venda internacionais, pela abordagem de alguns dos sistemas de regras de comércio aplicáveis aos contratos internacionais, para chegar, finalmente, ao aperfeiçoamento dos contratos.

#### **3.1 DEFINIÇÃO E HISTÓRICO DOS CONTRATOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO NACIONAL**

O contrato, assim como tudo no direito, tem como fim promover a proteção jurídica, visto que tem uma função econômico-social. Assim, o direito intervém tutelando os contratos por sua importância como fato econômico. Como diz Orlando Gomes, “sua

---

<sup>58</sup> MELO, Jairo Silva. *Contratos internacionais e cláusulas hardship*. São Paulo: Aduaneiras, 2000. p. 43.

disciplina jurídica constitui a esteriotipação do regime a que se subordina a economia de qualquer comunidade”.<sup>59</sup>

Os contratos são considerados como a primeira fonte das obrigações, como explica João de Matos Antunes Varela: “primeira não só na sistematização da lei e porventura na sucessão histórica dos fatos, mas também na ordem natural das coisas e até na sua importância prática<sup>60</sup> é constituída pelos contratos”.<sup>61</sup> Ainda o autor afirma que os contratos podem ser considerados como um acordo vinculativo, ou seja, “assente sobre duas ou mais decalrações de vontade (oferta ou propostas, de um lado; aceitação, do outro), contrapostas nas perfeitamente harmonizáveis entre si, que visam estabelecer uma composição unitária de interesses”.<sup>62</sup>

Entretanto, acontece certo confronto, pois, extraído dos preceitos da lei vigente, com a noção de *contratus* colhida nas fontes do direito romano clássico, mostra-se que houve na matéria uma profunda evolução.<sup>63</sup> Sobre o assunto e no mesmo esteio é o entendimento de Robert Joseph Pothier, que distingue o contrato na atualidade da *conventio* romana, que o separava de convenção.

Disso se conclui que, em nosso Direito, não se deve definir o contrato como fazem os intérpretes do Direito Romano, *Conventio nomen habens a jure civil vel causam*; mas deve ser definida uma convenção pela qual as duas partes reciprocamente, ou apenas uma das duas, prometem e se obrigam uma para com a outra a dar alguma coisa, ou a fazer ou não tal coisa.

Dissemos *prometer* e *obrigar*, pois somente as promessas que fazemos com a intenção de cumprir, e de conceder a quem as fazemos o direito de exigir seu cumprimento, dão matéria para um contrato ou uma convenção.<sup>64</sup>

O contrato, quanto a sua formação, na concepção de Jairo Silva Melo, “compõe-se de declarações convergentes de duas ou mais vontades emitidas pelas partes, mediante

---

<sup>59</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 20.

<sup>60</sup> “Muitos autores afirmam que a importância do contrato tende a declinar na vida econômico-jurídica das sociedades modernas, à medida que a autoridade da lei, baseada em exigências superiores de justiça, de equidade e de segurança social, vai restringindo cada vez mais a esfera de actuação da liberdade negocial. A afirmação parte de um fato incontestável, mas exprime um diagnóstico errado da realidade”. VARELA, João de Matos Antunes. *Das obrigações em geral*. 10.ed. Coimbra: Almedina, 2005.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 211.

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 212.

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 212.

<sup>64</sup> POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Campinas: Servanda, 2002. p. 31.

manifestação válida e eficaz”, que têm a finalidade, segundo o autor, de “realizar um acordo de vontades para a constituição e disciplina de uma relação jurídica de natureza patrimonial, dando nascimento a uma obrigação, ou a um direito real, seja modificando ou extinguindo uma relação preexistente, subordinada à lei”.<sup>65</sup>

Atualmente, no direito brasileiro a definição de contrato é de um ato bilateral, ou seja, é considerado como elemento principal do acordo de vontade entre as partes, que também está vinculada à idéia de “ato jurídico”, consagrado no artigo 81 do Código Civil de 1916,<sup>66</sup> e que seguiu não editada no Código Civil de 2002, porém sem prejuízos à definição consagrada pela doutrina. O Código Civil de 1916 definiu-o como acordo de vontades que tem por fim criar, modificar ou extinguir um direito; da mesma forma, essa definição sistemática encontra-se definida, entre outros juristas, na doutrina de Washington de Barros Monteiro<sup>67</sup> e Silvio Rodrigues.<sup>68</sup>

O contrato, nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, é o “acordo de vontades com a finalidade de produzir efeitos jurídicos”.<sup>69</sup> No mesmo texto, o autor refere que o negócio jurídico bilateral corresponde a uma dupla emissão de vontade:

Em tal caso, o ato somente se forma quando as vontades se ajustam, num dado momento.

Aqui é que se situa a noção de extrita de contrato. É o negócio jurídico bilateral, e de conseguinte exige o consentimento; pressupõe, de outro lado, a conformidade com a ordem legal, sem o que não teria o condão de criar direito para o agente; e, sendo ato negocial, tem por escopo aqueles objetivos específicos. Com a pacificidade da doutrina, dizemos então que o contrato é um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos.<sup>70</sup>

Nesse mesmo sentido é a doutrina de Orlando Gomes, o qual afirma que o contrato se cria pelo “encontro de duas declarações convergentes de vontades, emitidas no propósito de constituir, regular ou extinguir, entre os declarantes, uma relação jurídica

---

<sup>65</sup> MELO, *Contratos internacionais e cláusulas hardshi*, p. 42.

<sup>66</sup> “Art. 81. Todo ato lícito, que tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar ou extinguir direitos, se denomina ato jurídico”. BRASIL. *Código civil*. 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 1687.

<sup>67</sup> MONTEIRO, Washington de Barros Monteiro. *Curso de direito civil: direito das obrigações*. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.5. p. 5.

<sup>68</sup> RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.3. p. 9.

<sup>69</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 3. p. 7.

<sup>70</sup> *Ibid.*, p. 7.

patrimonial de conveniência mútua”.<sup>71</sup> O autor oferece uma idéia clara do que vêm a ser as declarações convergentes de vontades emitidas pelas partes:

Para a perfeição do contrato, requerem-se: em primeiro lugar, a existência de duas declarações, cada uma das quais, individualmente considerada, há de ser válida e eficaz; em segundo lugar, uma coincidência de fundo entre as duas declarações. Por conseguinte, acordo de vontades para a constituição e disciplina de uma relação jurídica de natureza patrimonial. O fim do acordo pode ser também a modificação ou a extinção do vínculo.<sup>72</sup>

Silvio Rodrigues entende que, dado o caráter bilateral do contrato, “é mister a existência da manifestação coincidente da vontade de duas ou mais partes. Em regra, apresentam-se dois contratantes, com interesses opostos, que através da convenção se compõem”.<sup>73</sup>

O Código Civil de 2002 não traz a definição de contrato expressa, conforme dispunha o Código Civil de 1916. Contudo, em seu artigo 185<sup>74</sup> há uma referência aos atos jurídicos lícitos, podendo se extrair daí o conceito de contrato aludido neste tópico. Portanto, chega-se à noção estrita de contrato no direito nacional, o qual é considerado como um negócio jurídico bilateral, ou seja, um acordo de vontades, que exige consentimento, de um lado, e, de outro, pressupõe a conformidade com a ordem legal, sem o que não teria o condão de criar direitos para o agente. O contrato é um ato negocial, com objetivos específicos, ou seja, com a finalidade de produzir efeitos jurídicos.

No contexto histórico, é no mundo românico que se dá o início da evolução histórica dos contratos, com sua consolidação em meio a forte religiosidade e formalismo. Como já observado tanto na conceituação moderna de contrato quanto na sua concepção romana de convenção, o efeito é perseguido pela vontade das partes, como no ensinamento de Caio Mário da Silva Pereira:<sup>75</sup> “Seu fundamento ético é a vontade humana, desde que atue na conformidade da ordem jurídica. Seu habitat é a ordem legal. Seu efeito, a criação de direitos e obrigações”. O autor conclui dizendo que “o ato somente se forma quando as vontades se ajustam, num dado momento”.

---

<sup>71</sup> GOMES, *Contrato*, p. 9-10.

<sup>72</sup> GOMES, *Contrato*, p. 10.

<sup>73</sup> RODRIGUES, *Direito civil*, p. 14.

<sup>74</sup> “Art. 185. Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior”. BRASIL. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 334.

<sup>75</sup> PEREIRA, *Instituições de direito civil*, p. 7.

Quando se fala em tempos primitivos, pode-se observar que, desde o aparecimento do homem, já há indícios da existência dos contratos, pois a lei do mais forte sempre prevalecia, considerada como uma característica do desenvolvimento histórico até o início da civilização romana. No direito romano, conforme exposto, pela primeira vez encontra-se o *conventio*, que era a denominação genérica de contrato, compreendendo desde os contratos propriamente ditos até os pactos, conforme relata Waldirio Bulgarelli:

No Direito Romano, o termo – *contractus* – era utilizado apenas para as convenções especialmente reconhecidas como obrigatórias e providas de ação, pelo antigo Direito Civil dos romanos. Todas as outras levavam o nome genérico de convenções ou *pactos (pacta)* de forma que, embora alguns destes, posteriormente, tenham-se tornado obrigatórios e providos de ação, continuaram a permanecer fora da denominação de *contractus* na classe geral dos pactos ou convenções.<sup>76</sup>

Sobre o mesmo assunto, reitera Orlando Fida:

Destarte, através do *contractus* o credor tinha, sob seu jugo, o devedor que garantia, com a própria vida, o adimplemento da obrigação assumida. Posteriormente, a responsabilidade transformou-se de pessoal para patrimonial, perdurando até nossos dias como marco da mais elevada concepção de direito.<sup>77</sup>

Pode-se, assim, referir que foi no direito romano que se estruturou o contrato, e todos os romanistas a ele se reportam como um acordo de vontades a respeito de um mesmo ponto. Segundo Caio Mario da Silva Pereira, os romanos entendiam que a existência do contrato deveria conter dois elementos fundamentais, ou seja, um elemento material e outro que é o *pactum*. Relata o autor:

Entendia o romano não ser possível contrato sem a existência de elemento material, uma exteriorização de forma, fundamental na gênese da própria *obligatio*. Primitivamente, eram as categorias de contratos *verbis, re* ou *litteris*, conforme o elemento formal se ostentasse por palavras sacramentais, ou pela efetiva entrega do objeto, ou pela inscrição no codex. [...] Ao lado do *contractum*, estruturou o Direito Romano outra figura que foi o *pactum*. Este, porém, não permitia a *rem persecuendi in iudicio*, não conferia à partes uma

---

<sup>76</sup> BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p.57

<sup>77</sup> FIDA, Orlando. *Contratos*. São Paulo: Leud, 1980. p. 6.

ação, mas gerava tão-somente exceptiones, e, portanto, não era dotados de força congente: “*Igitur nuda pactio obligationem non parit sed parit exceptionem*”.<sup>78</sup>

O conceito de contrato firmou-se na Idade Média, quando o sistema feudal era totalmente religioso e político, surgindo, assim, o princípio da *pacta sunt servanda*. A respeito, registra Caio Mario da Silva Pereira:

Os canonistas, imbuídos do espiritualismo cristão, interpretavam as normas de direito romano animados de uma inspiração mais elevada. No tocante ao contrato, raciocinaram que o seu descumprimento era uma quebra de compromisso, equivalente à mentira; e como esta constituía *peccatum*, faltar ao obrigado atraía as penas eternas. Não podia ser, para os juristas canonistas, predominante a sacramentalidade clássica, mas sobretudo prevalecia o valor da palavra, o próprio consentimento.<sup>79</sup>

Nessa relação, a teoria da autonomia da vontade foi desenvolvida pelos enciclopedistas, filósofos e juristas da época, afirmando a obrigatoriedade dos contratos e equiparando-se, para as partes contratantes, à própria lei.

Em virtude da Revolução Industrial, a partir do século XIX a liberdade contratual atingiu o apogeu e, de certa forma, após a Primeira Guerra Mundial (1914 - 1918), esse princípio foi perdendo a força, iniciando-se a propagação da intervenção estatal como forma de proteger o contratante que estava sendo prejudicado. Esta é a leitura de Silvio Rodrigues:

As preocupações sobre a matéria se intensificaram por ocasião da I Guerra Mundial, a qual, como acontecimento extraordinário, veio agravar a posição do devedor de prestações sucessivas, derivadas de contratos ultimados antes de sua eclosão. A guerra, efetivamente tornou pesadíssimo o cumprimento dos contratos concluídos anteriormente, ameaçando, desse modo, conduzir à ruína os devedores.<sup>80</sup>

Ocorre que, em razão do direito moderno, especialmente depois da obra de Savigny, segundo Caio Mario da Silva Pereira, não se tem mais a distinção entre pacto e contrato:

---

<sup>78</sup> PEREIRA, *Instituições de direito civil*, p. 8-9.

<sup>79</sup> PEREIRA, *Instituições de direito civil*, p. 19.

<sup>80</sup> RODRIGUES, *Direito civil*, p. 21.

Estas distinção perderam a sua razão de ser no direito moderno, especialmente depois da obra de Savigny, que afasta a distinção entre pacto e contrato, aproximando-os em sinonímia que o direito moderno traz quase perfeita, porque a terminologia jurídica ainda se compraz em reservar a expressão pacto para a designação de alguns contratos acessórios (e.g.: pacto adjeto à nota promissória, pacto comissório na compra e venda, pacto nupcial). Não obstante tal especificidade, todos eles poderão, sem quebra da boa linguagem, denominar-se contratos, como ainda não ofenderia a boa técnica apelidar de pacto qualquer contrato típico.<sup>81</sup>

Conclui-se, assim, que nos tempos atuais mantém-se de forma relativa a liberdade de contratar, uma vez que muitas pactuações são limitadas por princípios como o de ordem pública, a boa-fé e a justiça contratual, princípios dos contratos que no decorrer do estudo serão analisados.

### 3.2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS E PRINCÍPIOS QUE REGEM OS CONTRATOS

Definido o conceito de contratos, passa-se a abordar os elementos constitutivos desse instrumento, os quais nada mais são do que elementos que dão condições de validade aos contratos, ou seja, os seus pressupostos de validade como a capacidade das partes, o seu objetivo lícito, possível e determinável, a sua forma prescrita e não defesa em lei, e o consentimento das partes, o que se faz considerando também o que dispõe a legislação brasileira, mais precisamente, o regramento do Código Civil de 2002. Com relação aos princípios que regem os contratos e que merecem análise pela pertinência necessária à estruturação do tema, abordar-se-ão os princípios da autonomia da vontade, da boa-fé contratual e da justiça contratual.

Regularmente, ocorre a realização de negócios jurídicos entre partes, muitas vezes sem se preocuparem com as formalidades e exigências legais. É certo que, para ser válido, o contrato está sujeito a certos requisitos, cuja inobservância resultará na sua ineficácia,

---

<sup>81</sup> PEREIRA, *Instituições de direito civil*, p. 10.

como afirma Caio Mário da Silva Pereira: “Uns são gerais, a que se submetem todos os atos negociais. Outros são específicos, dizem respeito particularmente aos contratos”.<sup>82</sup>

O Código Civil, nos artigos 166,<sup>83</sup> inciso I, 171,<sup>84</sup> inciso I, 3º e 4º, define que qualquer pessoa capaz pode contratar, ou seja, segundo o teor dos dispositivos supramencionados, podem contratar os maiores de dezoito anos, os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos e os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.<sup>85</sup>

Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira, a lei muitas vezes estabelece restrições à faculdade de contratar, que muitos tratam como incapacidade contratual, e outros, como impedimentos. O autor prefere tratá-las como *restrições* para evitar confusões terminológicas, conforme a seguir se transcreve:

*Restringe-se a liberdade de contratar em termos gerais, ou em termos especiais, quando uma pessoa não pode celebrá-los de modo geral ou não pode concluir em particular. Não se trata de incapacidade no sentido ordinário, pois que o contratante guarda o poder genérico para participar dos atos da vida civil. É mesmo restrição ou inaptidão confinada ao campo específico do poder de contratar.*<sup>86</sup>

Portanto, no âmbito do ordenamento brasileiro a norma tem preconizado algumas restrições à capacidade de contratar, o que parece ser perfeitamente plausível, as quais devem ser respeitadas sob pena de anulação do próprio contrato.<sup>87</sup>

---

<sup>82</sup> Ibid., p. 30.

<sup>83</sup> “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I – celebrado por pessoa absolutamente incapaz; Art. 3º. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil: I – os menores de dezesseis anos; II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III – os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade”. BRASIL. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. p. 311.

<sup>84</sup> “Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: I – por incapacidade relativa do agente; Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer: I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV – os pródigos. Parágrafo único. A capacidade dos índios será regulada por legislação especial”. Ibid., p. 322.

<sup>85</sup> A propósito, sobre o tema, no Código Civil argentino, somente serão capazes para contratar, os maiores de 21 anos ou os maiores de 18 anos emancipados conforme artigo 128. O Código Civil uruguaio possui o mesmo entendimento, conforme determina seu artigo 1280. E ainda, o Código Civil paraguaio, em seu artigo 36, determina serem capazes de contratar os maiores de 20 anos de idade.

<sup>86</sup> PEREIRA, *Instituições de direito civil*, p. 30.

<sup>87</sup> No caso das pessoas jurídicas, podem contratar por quem as administra, conforme estipulado no seu estatuto SAS – ou contrato social – por exemplo, as sociedades limitadas. Vide artigos 1.010, 1060 do Código Civil brasileiro e lei das SAs.

Apresenta-se como segundo elemento constitutivo do contrato o objeto lícito, possível e determinável<sup>88</sup> como requisito de validade do contrato. Quando se fala em contrato, o objeto deve ser lícito, em sentido estrito, ou seja, possível no sentido jurídico. Quando se fala em impossibilidade jurídica, necessária é a análise das palavras de Humberto Theodoro Júnior:

Por outro lado, a impossibilidade jurídica (isto é, a vedação legal à prática de determinado ato) gera a nulidade não apenas quando o negócio visa diretamente àquilo que a lei proíbe. Ela ocorre também quando se dá a prática de fraude à lei, que consiste na utilização de meios indiretos, com se intenta aparentar a conformidade do negócio com a ordem jurídica, enquanto o que realmente se quer alcançar é o que a lei não permite.<sup>89</sup>

Outro elemento que deve ser observado quanto ao contrato é o objeto, o qual deve ser determinado ou, pelo menos, determinável. Caso não seja possível a sua determinação, o contrato será inválido, pois os contratantes não teriam certeza, ou melhor, não teriam a menor idéia sobre o que estariam contratando. Assim, cabe fazer nova menção aos ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira:

Deve ser *determinado*, para que a obrigação de devedor tenha sobre que incidir. Mas não se requer a determinação concomitante ao ajuste. Basta que se obtenha por ocasião da sua execução. A determinação dá-se pelo gênero, pela espécie, pela quantidade, pelas características individuais da *res debita*.<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

II – for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto”; BRASIL. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. p. 311.

<sup>89</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3. p. 442-443.

<sup>90</sup> PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, p. 16.

Ademais, como se pode observar, trata-se de um requisito de extrema importância, pois o objeto do negócio jurídico a ser efetivado é elemento essencial daquele contrato; logo, deverá ser possível, lícito e determinado (ou determinável).<sup>91</sup>

Ordenadamente, a lei exige que o contrato seja constituído conforme ela prevê; se assim não for, o contrato padece de nulidade. Não havendo forma prescrita, exige-se que o contrato seja formado conforme a lei determinar, ou de modo que a lei não o declare nulo.<sup>92</sup> Conforme ensina Caio Mário da Silva Pereira,<sup>93</sup> o direito moderno despreza o rigorismo formal, senão algumas exceções, pois normalmente os contratos se perfectibilizam pelos simples acordo de vontades.

Na concepção de Humberto Theodoro Júnior, “a lei subordina certos negócios a determinada forma. Tais negócios, ditos solenes, somente terão validade quando observada a forma imposta pela lei”.<sup>94</sup> Acrescenta que, nos casos em que a lei determinar a forma do contrato, isto é, se este for solene, isso se deve à importância daquele negócio, e a forma exigida nada mais é do que uma garantia às partes para que não haja qualquer tipo de fraude ou outro eventual vício.<sup>95</sup>

Portanto, pode-se dizer que, de modo geral, os contratos são perfectibilizados pelo livre consentimento das partes, salvo quando a lei impuser, sob pena de nulidade, a observância ao requisito da forma.

Como último elemento constitutivo do contrato tem-se o consentimento, que é considerado como requisito essencial para a sua validade. Caio Mário da Silva Pereira<sup>96</sup> esclarece que o consentimento abrange três aspectos: acordo sobre a existência e natureza do contrato, acordo sobre o objeto do contrato e sobre as cláusulas que o compõem. Assim versa a doutrina formulada pelo autor:

---

<sup>91</sup> O Código Civil uruguaio determina de forma expressa em seu artigo 1261, parágrafo 3º, que para a validade do contrato é essencial que haja um objeto lícito e suficientemente determinado. Disponível em: <[http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/codigos/codigocivil/2002/cod\\_civil-indice.htm](http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/codigos/codigocivil/2002/cod_civil-indice.htm)>. Acesso em: abr. de 2007. O mesmo entendimento possui o Código Civil paraguaio em seu artigo 357. Disponível em: <<http://www.leyes.com.py/rubro3.php?r3=3&titulo=Codigo%20Civil>>. Acesso em: 8 abr. de 2007.

<sup>92</sup> “Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:  
IV – não revestir a forma prescrita em lei”; BRASIL. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. p. 311.

<sup>93</sup> PEREIRA, *Instituições de direito civil*, p. 17.

<sup>94</sup> THEODORO JÚNIOR, *Comentários ao novo código civil*, p. 458.

<sup>95</sup> *Ibid.*, p. 459.

<sup>96</sup> PEREIRA, *op.cit.*, p. 31.

O consentimento, gerador do contrato, há de abranger seus três aspectos:

A – Acordo sobre a existência e natureza do contrato; se um dos contratantes quer aceitar uma doação e o outro quer vender, contrato não há.

B – Acordo sobre o objeto do contrato; se as partes divergem a seu respeito, não pode haver contrato válido.

C – Acordos sobre as cláusulas que o compõem; se a divergência campei em ponto substancial, não poderá ter eficácia o contrato.<sup>97</sup>

Orlando Gomes estrutura os princípios inerentes aos contratos no direito atual.<sup>98</sup>

Quanto ao princípio do consentimento, registra:

No Direito hodierno o princípio do consentimento, pelo qual o acordo de vontades é suficiente à perfeição do contrato. Em princípio, não se exige forma especial. O consentimento – *solo consensu* – forma os contratos, o que não significa sejam todos simplesmente consensuais, alguns tendo sua validade condicionada à realização de solenidades estabelecidas na lei e outros só se perfazendo se determinada exigência for cumprida. Tais são, respectivamente, os contratos solenes e os contratos reais. As exceções não infirmam, porém, a regra, segundo a qual a simples operação intelectual do concurso de vontades pode gerar o contrato.<sup>99</sup>

Portanto, o contrato nasce do acordo de vontades ou consentimento das partes, onde o requisito subjetivo pode ser enunciado como a aptidão para consentir. Como ensina Caio Mário da Silva Pereira, “a expressão *consentimento* já traduz, em si, o acordo de vontades (*cum + sentire*). A linguagem comum, entretanto, emprega-a na acepção de manifestação de vontades, sendo fluente a referência ao consentimento de cada um dos contratantes”.<sup>100</sup>

Cabe mencionar que são vícios comuns do consentimento o erro ou ignorância, o dolo, a simulação e a fraude, matéria esta sobre a qual não cabe discorrer detalhadamente nesta exposição.<sup>101</sup> Contudo, na ocorrência de qualquer dos vícios narrados, Theodoro Júnior<sup>102</sup> defende que a vontade do contratante estará viciada, ou seja, ele não estará exercendo o seu direito subjetivo à liberdade contratual, ficando o contrato viciado por não representar a sua vontade livre e consciente.

---

<sup>97</sup> Ibid., p. 31.

<sup>98</sup> “O princípio do consensualismo é considerado, por alguns, manifestação do liberalismo, mas foi conservado nas legislações que se libertaram dessa influência, posto se note sua inclinação para o formalismo em novas bases” GOMES, *Contratos*, p. 35.

<sup>99</sup> Ibid., p. 35-36.

<sup>100</sup> PEREIRA, *Instituições de direito civil*, p. 31.

<sup>101</sup> “Art. 171. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico:

II – por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores”; BRASIL, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, p. 322.

<sup>102</sup> THEODORO JÚNIOR, *Comentários ao novo código civil*, p. 35.

O consentimento, como diz Caio Mário da Silva Pereira,<sup>103</sup> é pressuposto material do contrato e exige a emissão da vontade de duas ou mais pessoas; a de uma só é insuficiente. Portanto, é o consentimento que determina a obrigatoriedade das partes. Sendo o contrato, essencialmente, um ato jurídico bilateral, sem tal requisito não existe, bem como tal instituto não tem propósito jurídico, econômico ou, até mesmo, moral.<sup>104</sup>

Com relação aos princípios que regem e norteiam os contratos e a sua classificação, segundo e com base em Fernando Noronha, o qual faz uma análise do assunto que perfeitamente se amolda a este contexto, os princípios são classificados como da autonomia privada, da boa-fé e da justiça contratual. Numa primeira análise, veja-se a conceituação do princípio da autonomia da vontade segundo Fernando Noronha:

[...] pode-se dizer que a autonomia privada consiste na liberdade de as pessoas regularem, através de contratos, ou mesmo de negócios jurídicos unilaterais, quando possíveis, os seus interesses, em especial quanto à produção e à distribuição de bens e serviços.<sup>105</sup>

Para Caio Mário da Silva Pereira, “a ordem jurídica, que assegura aos indivíduos a faculdade de criar direito e estabelecer uma vinculação efetiva, não se contenta com isto, e concede-lhes a *liberdade de contratar*”.<sup>106</sup>

É oportuno referir que o princípio da autonomia da vontade<sup>107</sup> consiste na liberdade – possibilidade – das partes contratantes de estipularem suas próprias regras, ou seja, de definirem as normas que irão conduzir o contrato a ser firmado. Nesse contexto, é necessário citar o que registra a obra de Pontes de Miranda:

---

<sup>103</sup> PEREIRA, op. cit., p. 31.

<sup>104</sup> No caso de alguns países vizinhos, como a Argentina (art. 1044), Paraguai (art. 357, “d”) e Uruguai (art. 1261), são anuláveis os negócios jurídicos que apresentarem vício de consentimento, nos mesmos moldes ao ordenamento jurídico brasileiro. ALMEIDA, Juliana Salles. *Breves considerações sobre o direito contratual americano e a formação dos contratos à luz do Common Law*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 405, 16 ago. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5574>>. Acesso em: 16 fev. 2007. p. 1.

<sup>105</sup> NORONHA, Fernando. *O direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 115.

<sup>106</sup> PEREIRA, *Instituições de direito civil*, p. 22.

<sup>107</sup> O princípio da autonomia da vontade também se faz presente nos regulamentos dos outros Estados Membros do Mercosul. Artigo 1197 do Código Civil argentino, artigo 715 do Código Civil Paraguaio e artigo 1291 do Código Civil Uruguaio com a mesma interpretação. ALMEIDA. op.cit., p. 1.

Se o ser humano não tivesse diante de si campo em que poderia exercer a sua vontade, não se poderia falar de personalidade. No que a manifestação de vontade, inclusive por ato que não seja simples expressão do querer, não ofende interesses de outrem, ou interesses gerais, tem o ser humano, a pessoa, a liberdade de fazer, de não fazer, de falar e de não falar.<sup>108</sup>

Assim, de forma sucessiva, cabe mencionar também a doutrina atualizada de Washington de Barros Monteiro, que no mesmo sentido ensina:

[..] têm os contratantes ampla liberdade para estipular o que lhes convenha, fazendo assim do contrato verdadeira norma jurídica, já que o mesmo faz lei entre as partes. Em virtude desse princípio, que é a chave do sistema individualista e o elemento mais colorido na conclusão dos contratos, são as partes livres de contratar, contraindo ou não o vínculo obrigacional.<sup>109</sup>

A título exemplificativo, os artigos 425<sup>110</sup> e 578<sup>111</sup> do Código Civil brasileiro consagram em sua essência o princípio da autonomia da vontade, ou seja, deixam às partes a liberdade de celebrarem contratos atípicos, bem como de pactuarem livremente acerca de cláusulas lá contidas (renúncia por indenização de benfeitorias), sublimando a liberdade de contratar como elemento preponderante do vínculo obrigacional.

Nesse mesmo contexto, leciona Caio Mário da Silva Pereira:

O princípio da liberdade de contratar ostenta-se, não obstante, na faculdade de não adotar aquelas normas-padrão ou aquele modelo pré-moldado. O Código admite expressamente essa liberdade, ao estatuir no seu art. 425 que é lícito à partes estipular contrtos atípicos, observadas as normas gerais nele fixadas.<sup>112</sup>

Apesar disso, na concepção de Silvio Rodrigues,<sup>113</sup> a aplicação atual do princípio da autonomia da vontade de uma forma absoluta significaria desconhecer a evolução na interpretação dos contratos, posto que, dentro de uma nova visão da situação jurídica dos contratos e negócios jurídicos, já não mais se apresenta como inarredável a teoria da

---

<sup>108</sup> MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984. p. 38.

<sup>109</sup> MONTEIRO, *Curso de direito civil: direito das obrigações*, p. 9.

<sup>110</sup> “Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código.” BRASIL. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. p. 32

<sup>111</sup> “Art. 578. Salvo disposição em contrário, o locatário goza do direito de retenção, no caso de benfeitorias necessárias, ou no de benfeitorias úteis, se estas houverem sido feitas com expresse consentimento do locador”. *Ibid.*, p. 285.

<sup>112</sup> PEREIRA, *Instituições de direito civil*, p. 23.

<sup>113</sup> RODRIGUES, *Direito civil*, p. 18-21.

permanência da pactuação voluntária, a qual deve ser observada tendo em vista os princípios da boa-fé contratual e de equidade. Nesse sentido, Orlando Gomes preconiza que “a autonomia da vontade tem limites que devem ser determinados. Há limites para a autonomia das partes, limites esses que assentam em critérios de natureza objetiva ou subjetiva, conforme o caso”.<sup>114</sup>

Por conseguinte, no que se refere à legislação brasileira, o princípio da autonomia da vontade não tem aplicação plena e livre das partes, posto que vem sendo limitado ao princípio da ordem pública, que engloba os princípios da boa-fé contratual e justiça contratual, os quais serão analisados seqüencialmente.

O Código Civil de 1916 não consagrava em seu texto o princípio da boa-fé como cláusula geral, como afirma Caio Mário da Silva Pereira,<sup>115</sup> “falha imperdoável”. Mas o Código de 2002 dispôs de forma expressa, em seus artigos 113<sup>116</sup> e 422,<sup>117</sup> que os negócios jurídicos devam ser interpretados de acordo com a boa-fé.<sup>118</sup> É oportuno referir que, conforme esclarece Caio Mário da Silva Pereira,<sup>119</sup> “o princípio da boa-fé, apesar de consagrado em norma infraconstitucional, incide sobre todas as relações jurídicas na sociedade”. Conclui o autor dizendo que o princípio da boa-fé “configura cláusula geral de observância obrigatória, que contém um conceito jurídico indeterminado, carente de concretização segundo as peculiaridades de cada caso”.

Nesse mesmo contexto, fazendo referência à boa-fé dos contratantes, Washington de Barros Monteiro afirma: “A boa-fé, que não reflete apenas uma regra de conduta, mas consubstancia a eticidade orientadora da construção jurídica do Código de 2002”.<sup>120</sup>

Como se pode observar, é evidente a extrema importância deste princípio atualmente nas relações contratuais nacionais e internacionais. Tanto é assim que, na ausência de boa-fé por parte de um dos contratantes, o negócio jurídico em questão deverá

---

<sup>114</sup> GOMES, *Contratos*, p. 55.

<sup>115</sup> PEREIRA, *Instituições de direito civil*, p. 20.

<sup>116</sup> “Art.113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. BRASIL, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, p. 229.

<sup>117</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”. *Ibid.*, p. 15.

<sup>118</sup> No direito comparado, o princípio da boa-fé consta no artigo 1198 do Código Civil argentino, artigos 372, 689 e 715 do Código Civil paraguaio e artigo 1291 do Código Civil uruguaio, com aplicação e interpretação semelhante ao direito brasileiro. Ademais, consta no direito americano, *common law*, o qual é regulado pelo Uniform Commercial Code (UCC), que possui aplicação em todo o território americano; este diploma legal determina que os contratos deverão ser regidos pelo princípio da boa-fé. ALMEIDA, *Breves considerações sobre o direito contratual americano e a formação dos contratos à luz do Common Law. Jus Navigandi*. p. 1

<sup>119</sup> PEREIRA, *op. cit.*, p. 20.

<sup>120</sup> MONTEIRO, *Curso de Direito Civil: direito das obrigações*, p. 11.

ser revisado ou, até mesmo, rescindido, mesmo que esteja dentro dos ditames da legislação aplicável àquele. Nas palavras de Clóvis do Couto e Silva, “o princípio [da boa-fé] possui, na atualidade, grande relevância, não faltando quem afirme haver transformado o conceito de sistema e a própria teoria tradicional das fontes dos direitos subjetivos e dos deveres”.<sup>121</sup>

A boa-fé poderá ser subjetiva e objetiva, o que se passa a abordar. A última trata-se da boa-fé contratual, à qual este estudo se destina. Nesse sentido, Judith Martins-Costa leciona:

A expressão “boa-fé subjetiva” denota “estado de consciência”, ou convencimento individual de obrar [a parte] em conformidade ao direito [sendo] aplicável, em regra, ao campo dos direitos reais, especialmente em matéria possessória. Diz-se “subjetiva” justamente porque, para a sua aplicação, deve o intérprete considerar a intenção do sujeito da relação jurídica, o seu estado psicológico ou íntima convicção. Antiética à boa-fé subjetiva está má-fé, também vista subjetivamente como a intenção de lesar a outrem.

Já por ‘boa-fé objetiva’ se quer significar – segundo a conotação que adveio da interpretação conferida ao § 242 do Código Civil alemão, de larga força expansionista em outros ordenamentos e, bem assim, daquela que lhe é atribuída nos países da *common law* – modelo de conduta social, arquétipo ou *Standard* jurídico, segundo o qual ‘cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade’. Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como os *status* pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do *Standard*, de tipo meramente subsuntivo.<sup>122</sup>

Segundo Caio Mário da Silva Pereira,<sup>123</sup> a boa-fé objetiva serve como elemento interpretativo do contrato, como elemento de criação de deveres jurídicos e, até, como elemento de limitação e ruptura de direitos. Nesse sentido, nas palavras de Fernando Noronha,<sup>124</sup> a boa-fé objetiva é um dever de conduta do contratante, o qual gera uma expectativa da parte, que espera que o outro aja com um dever de conduta leal, honesto, ou seja, “de acordo com determinados padrões socialmente recomendados”.<sup>125</sup> Sobre o assunto, reitera José Carlos Moreira da Silva Filho:

---

<sup>121</sup> Apud MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 381.

<sup>122</sup> MARTINS-COSTA, op. cit., p. 441.

<sup>123</sup> PEREIRA, *Instituições de direito civil*, p. 21.

<sup>124</sup> NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa fé, justiça contratual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 72.

<sup>125</sup> O autor ainda refere “Na boa-fé objetiva, ou seja, a boa fé contratual, existe uma situação de confiança a tutelar, só que ela diz respeito não à titularidade de um direito, mas a inexistência de vícios e ao cabal

[...] evidencia-se o princípio da boa-fé objetiva, na medida em que contém incisiva conotação ética, expressa na exigência de comportamento leal e digno, bem como na exortação para o estabelecimento de uma relação de cooperação entre as partes onde a confiança recíproca possa ser preservada.<sup>126</sup>

Portanto, como se pode observar, o princípio da boa-fé é uma espécie de norma geral de aplicação efetiva, limitadora da autonomia de vontade das partes. Os negócios jurídicos devem ser interpretados de acordo com o seu sentido objetivo aparente, ou, quando suscitarem dúvidas, interpretados com o significado que a boa-fé aponte como mais razoável.

Por último, não por ser menos importante, cabe analisar o princípio da justiça contratual, o qual dispõe que deve haver uma espécie de similitude entre as partes contratantes. Para uma exposição clara do princípio da justiça, Fernando Noronha cita o pensamento de Aristóteles:

Concentremo-nos, pois, na modalidade de justiça que Aristóteles chamou de corretiva mas devidamente depurada da justiça penal. Nos países latinos é essa justiça corretiva que tradicionalmente se dá a designação de *justiça comutativa*. Ela é a justiça que se estabelece entre pessoas que estão em relação de paridade, mas abrangendo pelo menos duas categorias bem diversas: a *justiça contratual* e a *responsabilidade civil*. A justiça contratual é a relação de paridade, ou equivalência, que se estabelece nas relações de troca, de forma que nenhuma das partes dê mais nem menos do valor que recebeu.<sup>127</sup>

Segundo leciona Fernando Noronha, “se a justiça costuma ser representada pela balança de braços equilibrados, a justiça contratual traduz precisamente a idéia de equilíbrio que deve haver entre direitos e obrigações das partes contrapostas numa relação contratual”.<sup>128</sup> Pode-se, assim, dizer que o contrato pressupõe uma relação de equivalência entre prestação e contraprestação.

---

adimplemento de um negócio jurídico, tendo como fundamento não a aparência de um direito, mas a expectativa de que a parte, com que se contratou, agiu e agirá com correção e lealdade.” Ibid., p. 72.

<sup>126</sup> SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *Hermenêutica filosófica e direito: o exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 360.

<sup>127</sup> NORONHA, *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa fé, justiça contratual*, p. 214.

<sup>128</sup> Ibid., p. 215.

Acrescenta ainda Fernando Noronha<sup>129</sup> sobre o princípio da justiça, “ser difícil encontrar um equilíbrio no qual a autonomia privada seja limitada, mas não descaracterizada, nem pela boa-fé e nem pela justiça contratual”. Portanto, segundo o autor, as próprias partes, que estão envolvidas e se encontram em melhores condições para avaliar se a prestação e contraprestação se equilibram, poderão estabelecer regras justas de contratação.

Como será analisado a seguir, os contratos com caráter internacional também devem contemplar a paridade entre as partes, visto que o poderio econômico das grandes empresas e multinacionais pode levar vantagem sobre a outra parte contratante, que, geralmente, trata-se de uma sociedade de pequeno porte ou um consumidor hipossuficiente. Deve, assim, o direito regular esse tipo de relação, garantindo uma certa “igualdade” de condições entre desiguais.

### 3.3 CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE NATUREZA MERCANTIL

O empresário individual, ou uma sociedade empresarial, na exploração de sua atividade empresarial costuma realizar uma série de contratos, entre os quais contratos de compra e venda de natureza mercantil. O presente trabalho tem como cerne o contrato de compra e venda mercantil, uma vez que os contratos constituem uma das fontes das obrigações, possivelmente a mais importante, sobretudo no âmbito comercial, representando o núcleo básico da atividade.<sup>130</sup> Para tanto, é necessário definir a sua natureza jurídica e os seus elementos essenciais, ao que se passa a seguir.

Como observado no capítulo inicial, é irreversível a evolução das atividades negociais proporcionada e impulsionada pela globalização e com visíveis repercussões no mercado internacional, ou, como melhor explica Jairo Silva Melo, “incentivadas pelas inúmeras relações de natureza econômica que atualmente são processadas no âmbito mundial, essas repercussões ultrapassam barreiras sociais, políticas e culturais, e

---

<sup>129</sup> Ibid., p. 215.

<sup>130</sup> BULGARELLI, *Contratos mercantis*, p.25.

caracterizam-se como um dos fortes fatores responsáveis pelo surgimento de uma nova ordem econômica”.<sup>131</sup>

Além disso, a compra e venda mercantil constitui um dos contratos de maior frequência, principalmente no crescente mercado internacional, fundamental no desenvolvimento da atividade econômica de todos os Estados. Por isso, reclama uma atenção especial, pela sua importância relevante para o mundo jurídico e comercial, conforme ensina Waldirio Bulgarelli:

Pelos contratos faz-se circular as riquezas, compra-se e vende-se, financia-se transporta-se, segura-se deposita-se confia-se transfere-se bens etc., tanto como afirmação do *jus abutendi* e mesmo do *jus utendi* e *fruendi*, atributos da propriedade como da projeção da personalidade. Deles, dizia Messineo que, como reflexos da instituição jurídica da propriedade, exercem uma função social, além de serem o centro da vida dos negócios.<sup>132</sup>

No entendimento vinculado ao direito civil do autor alemão Karsten Schmidt<sup>133</sup> tem-se uma definição objetiva da compra e venda mercantil: “[...] Não obstante, é possível deduzir o conceito do contexto de regulamentação: a compra e venda se constitui em um negócio mercantil e tem por objeto uma mercadoria ou um título de valor [...]”.<sup>134</sup> (tradução nossa).

É característica principal do contrato de contrato mercantil, na compra e venda de imóveis, móveis ou semoventes, que o comprador ou o vendedor seja empresário.<sup>135</sup> Na concepção de Fran Martins, “[...] a comercialidade do contrato ligada à atividade

---

<sup>131</sup> MELO, *Contratos internacionais e cláusulas hardship*, p. 11.

<sup>132</sup> BULGARELLI, *Contratos mercantis*, p.25.

<sup>133</sup> SCHMIDT, Karsten. *Derecho civil*: traducción de la 3ª edición alemana Frederico E.G. Werner. Buenos Aires: Astrea, 1997. p. 807.

<sup>134</sup> “[...]sin embargo, es posible deducir el concepto del contexto regulatorio: es compraventa mercantil toda compraventa que constituye un negocio mercantil y que tiene por objeto una mercadería o un título valor [...]”.

<sup>135</sup> Consoante o artigo 966 do Código Civil brasileiro, “considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.” Ademais, “podem exercer a atividade de empresário os que estiverem em pleno gozo da capacidade civil e não forem legalmente impedidos”, atento ao que dispõe o artigo 972 do Código Civil brasileiro. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 558.

profissional do comprador ou do vendedor. Só será comercial a compra e venda que o comerciante realiza quando no *exercício de sua profissão*”.<sup>136</sup>

Como se pode observar, a obra citada foi escrita antes da vigência do Código Civil de 2002, na qual a expressão “comerciante” foi substituída por “empresário”. Fábio Ulhoa Coelho completa esse entendimento ao dizer que “a compra e venda é mercantil quando comprador e vendedor são empresários. Trata-se de um contrato elementar da atividade empresarial”.<sup>137</sup>

Faz-se, agora, necessário tecer uma breve análise sobre a natureza jurídica do contrato de compra e venda mercantil. Para isso, utilizam-se as palavras de Irineu Strenger, que delinea de forma adequada a importância da caracterização da natureza jurídica dos institutos jurídicos, definição que permanece no tempo e na doutrina:

A primeira preocupação deve, pois, ser a realização de uma qualificação jurídica, ao menos aproximativa, do pressuposto fático que determina a experiência. Nenhuma operação de aplicação jurídica é concebível sem essa prévia qualificação dos fatos, uma vez que, somente mediante a separação entre as circunstâncias irrelevantes e as juridicamente significativas, pode-se chegar à identificação da natureza jurídica.<sup>138</sup>

Ao par dessa idéia, também se faz imprescindível a definição da compra e venda em geral.<sup>139</sup> Segundo a doutrina de Silvio Rodrigues, “contrato consensual, sinalagmático, oneroso, em regra comutativo, em alguns casos sujeito à forma prescrita em lei, porém, no mais das vezes, independentemente de qualquer solenidade”.<sup>140</sup>

---

<sup>136</sup> MARTINS, *Contratos e obrigações comerciais*, p. 111.

<sup>137</sup> COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 422.

<sup>138</sup> STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986. p. 59.

<sup>139</sup> Consoante o artigo 481 do Código Civil de 2002, “compra e venda é o contrato pelo qual um dos contratantes, chamado vendedor, se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, denominado comprador, a pagar-lhe certo preço em dinheiro.” BRASIL. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. p. 136.

<sup>140</sup> RODRIGUES, *Direito civil*. p. 142.

Ainda no que se refere à compra e venda mercantil, pode-se dizer, com referência ao estudo de Waldirio Bulgarelli,<sup>141</sup> serem aplicáveis as características acima mencionadas, eis que a distinção na prática entre contratos de natureza civil e mercantil perdeu a sua importância, tendo em vista a unificação da justiça cível e comercial depois de 1875, bem como após a vigência do Código Civil de 2002. Este suprimiu muito do que dispunha o Código Comercial brasileiro, ou seja, os artigos 191 a 220, que regulavam a compra e venda mercantil, foram suprimidos pela lei 10.406/2002.

Para que um contrato de compra e venda mercantil seja constituído, necessita simplesmente da vontade dos contratantes. Assume esse entendimento Fábio Ulhoa Coelho: “A compra e venda mercantil é um contrato consensual, ou seja, para a sua constituição é suficiente o encontro de vontades do comprador e do vendedor. Basta que eles se entendam quanto à coisa e ao preço para que o vínculo contratual se aperfeiçoe”.<sup>142</sup>

O contrato de compra e venda mercantil é considerado um contrato elementar da atividade empresarial, que possui regras idênticas às do contrato de compra e venda de natureza cível. Contudo, no presente trabalho cabe analisá-lo na ótica dos princípios e características peculiares dos contratos mercantis. Nesse sentido, menciona-se Marcelo M. Bertoldi:

Com a edição do Novo Código Civil e a conseqüente unificação formal do direito privado, o regime jurídico da compra e venda mercantil é o mesmo da compra e venda de natureza civil – entre não-empresários – estatuído nos arts. 481 a 532. Muito embora referido contrato seja exaustivamente estudado no ramo do direito civil, cabe ao direito comercial tratá-lo sob a ótica dos princípios e características particulares dos contratos mercantis.<sup>143</sup>

Como se pode observar, o contrato de compra e venda de natureza mercantil é, fundamentalmente, um contrato consensual, bilateral, oneroso, cumutativo, em que há a participação de um empresário, quer como comprador, quer como vendedor, podendo haver também uma relação de consumo, a qual ensejaria outra abordagem, que não tem escopo no presente estudo.

---

<sup>141</sup> BULGARELLI, *Contratos mercantis*, p. 43.

<sup>142</sup> COELHO, *Manual de direito comercial*, p. 423.

<sup>143</sup> BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 2. p. 377.

Antes de se adentrar nos seus elementos essenciais, há que se caracterizar o contrato de compra e venda. Assim, utilizam-se a obra e clássica doutrina argentina de Raúl Aníbal Etcheverry, que refere a opinião do jurista argentino Vélez Sarsfield:

A expressão utilizada por Vélez Sarsfield de “compra e venda” é para destacar que esse contrato gera duas obrigações recíprocas para ambas as partes: o vendedor se obriga a transferir à outra pessoa a propriedade de uma coisa; por isso surge desse aspecto de contrato a obrigação de entrega por parte do vendedor e, de forma correspondente, o direito ou poder jurídico por parte do comprador de exigir a entrega. Por outro lado, a compra emerge a obrigação, para o adquirente, de receber a coisa e pagar o preço certo em dinheiro. (tradução nossa).<sup>144 145</sup>

O contrato de compra e venda mercantil e o contrato de compra e venda civil são similares, além de terem por essência a circulação de bens por meio de trocas. Segundo a concepção de Bertho Condé,

para que a compra e venda seja considerada mercantil não basta que ela, em si por si mesmo, tenha operado a fase circulatória entre vendedor e comprador, mas indispensável se torna que ela acarrete a finalidade de dar seguimento a acontecimentos idênticos.<sup>146</sup>

Para que exista o contrato de compra e venda de natureza mercantil no mundo jurídico, como ensina Marcos Bernardes de Mello,<sup>147</sup> é necessária a presença de seus elementos essenciais, caso contrário tal contrato sequer existirá. Assim, além das

---

<sup>144</sup> La expresión utilizada por Vélez Sarsfield de “compra y venta” es para destacar que este contrato genera dos obligaciones recíprocas para ambas partes: el vendedor se obliga a transferir a otra persona la propiedad de una cosa; por ello surge de esse aspecto del contrato la obligación de entrega por parte del vendedor y, en forma correlativa, el derecho o poder jurídico por parte del comprador de exigir la entrega. Por otra parte, de la compra emerge la obligación, para el adquirente, de recibir la cosa y de pagar el precio cierto en dinero.

<sup>145</sup> ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. *Derecho comercial y económico: obligaciones y contratos comerciales*, parte general. Buenos Aires: Astrea, 1994. p. 54.

<sup>146</sup> CONDÉ, *Princípios do direito comercial internacional*. p. 282.

<sup>147</sup> MELLO, *Teoria do fato jurídico: plano da existência*, p. 161-184.

características já citadas, são elementos essenciais da compra e venda mercantil “o preço, a coisa e o consentimento”.<sup>148 149</sup>

É considerado como elemento fundamental do contrato de compra e venda o elemento preço, conforme leciona Luiz da Cunha Gonçalves: “É o valor em dinheiro ou expresso em dinheiro, que o comprador paga, ou se obriga a pagar ao vendedor pela coisa comprada [...] *Nula emptio sine pretio*,”<sup>150</sup> ou seja, é nula compra e venda sem preço.

Quando se fala no elemento preço, vê-se que deve ser pago em dinheiro; caso contrário, será um contrato de troca, não de compra e venda. Ademais, nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho,<sup>151</sup> “deverá ser previsto o pagamento em moeda corrente nacional, em regra, posto que o direito brasileiro só admite o pagamento de uma compra e venda em moeda estrangeira quando se trata de importação ou exportação (Dec.-lei n. 857/69, art.1º e 2º, I)”.<sup>152</sup>

Outro elemento do contrato de compra e venda mercantil é a coisa, ou seja, esse elemento trata-se de bem imóvel, móvel ou semovente. No entanto, não deve o bem estar fora do comércio, isto é, insuscetível de apropriação ou legalmente inalienável. Assim esclarece Fran Martins: “A compra e venda mercantil é um contrato que tem por finalidade transferir o domínio da coisa e, se essa é inapropriável por natureza, tal transferência jamais poderá se verificar”.<sup>153</sup> Da mesma forma, também poderá ser objeto de compra e venda “a alienação de coisa futura, ainda não existente na data em que o contrato é firmado. É o caso da venda de produtos fabricados sob encomenda”.<sup>154</sup>

Como mencionado anteriormente, com relação ao consentimento do contrato, apenas cabe mencionar que, por ser a compra e venda mercantil um contrato consensual, para a sua constituição é suficiente o acordo de vontade entre as partes contratantes, ou

---

<sup>148</sup> Tais elementos essenciais são determinados pelo artigo 482 do Código Civil de 2002.

<sup>149</sup> BERTOLDI, *Curso avançado de direito comercial*, p. 378.

<sup>150</sup> GONÇALVES, *Da compra e venda no direito comercial brasileiro*, p. 175.

<sup>151</sup> COELHO, *Manual de direito comercial*, p. 427.

<sup>152</sup> “Art 1º São nulos de pleno direito os contratos, títulos e quaisquer documentos, bem como as obrigações que exequíveis no Brasil, estipulem pagamento em ouro, em moeda estrangeira, ou, por alguma forma, restrinjam ou recusem, nos seus efeitos, o curso legal do cruzeiro.

Art 2º Não se aplicam as disposições do artigo anterior:

I - aos contratos e títulos referentes a importação ou exportação de mercadorias”; Decreto-lei nº 857, de 11 de setembro de 1969. BRASIL, *Código civil brasileiro e legislação complementar*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 533.

<sup>153</sup> MARTINS, *Contratos e obrigações comerciais*, p. 129.

<sup>154</sup> BERTOLDI, *Curso avançado de direito comercial*, p. 379.

seja, como menciona Fábio Ulhoa Coelho, “basta que eles se entendam quanto à coisa e ao preço para que o vínculo se aperfeiçoe”.<sup>155</sup>

Portanto, o contrato de compra e venda de natureza mercantil nada mais é que a compra e venda de natureza civil com algumas particularidades intrínsecas aos contratos mercantis. Como se pode observar, os elementos essenciais dos contratos de compra e venda mercantil são os mesmos que os da compra e venda em geral, ou seja, o preço, a coisa e o consentimento.

### 3.4 CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAIS

O comércio em geral é uma atividade humana bastante antiga, cuja finalidade é levar qualquer tipo de bens a quem se interesse em possuí-los e se disponha a pagar por eles. Assim, a atividade negocial vem ocorrendo de forma evolutiva, com visíveis repercussões no mercado internacional.<sup>156</sup>

Em virtude do rápido crescimento e desenvolvimento do comércio internacional, movido pelo forte interesse econômico, esse processo exige dos juristas e legisladores a elaboração de novos modelos contratuais, mais adaptáveis às dinâmicas alterações da ordem econômica e que permitam, dessa forma, a preservação da segurança das partes envolvidas.<sup>157</sup>

Com as idéias estruturadas anteriormente, passando-se pela globalização e suas conseqüências sociais e pelos contratos no sistema e ordenamento jurídico nacional, faz-se necessário, agora, uma abordagem específica sobre os contratos internacionais, uma vez que são considerados como instrumentos, por excelência, do comércio internacional, principalmente o contrato de compra e venda internacional, o qual dá vigor e forma à globalização e às integrações regionais. Da mesma forma, abordar-se-ão a sua definição e as suas fontes, passando por suas principais cláusulas e a forma como estes se aperfeiçoam.

Os contratos internacionais são considerados como instrumentos fundamentais para o comércio internacional. Ademais, atualmente, o comércio internacional vem se

---

<sup>155</sup> COELHO, op.cit., p. 427.

<sup>156</sup> MELO, *Contratos internacionais e cláusulas hardship*, p. 11.

<sup>157</sup> Ibid., p. 11.

desenvolvendo muito rapidamente no mundo globalizado. Nessa concepção, Guilherme Bergmann Borges Vieira aduz que “um dos principais contratos envolvidos nas operações de comércio exterior (exportação e importação) correspondente ao contrato internacional de compra e venda de mercadorias”.<sup>158</sup>

É importante, para que se efetive o contrato, seja de compra e venda internacional, seja de qualquer outra natureza, “que as partes possuam capacidade jurídica para formalizar um contrato dessa natureza, ou seja, que sejam capazes, sob o ponto de vista do direito, de contrair obrigações”. Ainda nesse sentido, Guilherme Bergmann Borges Vieira afirma que, “somente se existir capacidade das partes, será iniciada a formalização do contrato”.<sup>159</sup>

Para um melhor entendimento do contrato de compra e venda internacional, cabe, primeiramente, definir o contrato internacional em sentido estrito, ou seja, como se pode determinar que um contrato seja efetivamente considerado internacional. Nas palavras de Luiz Olavo Baptista, “convém examinar o modo como se procurou determinar o caráter internacional dos contratos, a partir de uma visão empírica, de uma posição doutrinária, e os critérios normativos em geral, convencionais ou ecléticos”.<sup>160</sup>

Acontece que, nesse contexto, a doutrina utilizou dois critérios: o econômico e o jurídico. Segundo Luiz Olavo Baptista,<sup>161</sup> o critério econômico utiliza o propósito de pagamento em moeda estrangeira, bem como do fluxo e refluxo de mercadorias através de fronteiras. Esse critério foi traçado após o caso de um inglês que locou um imóvel na França, de sua propriedade, a um francês, cujos valores dos locatícios deveriam ser pagos lá, em libras esterlinas.

De tal modo, discorre Luiz Olavo Baptista,<sup>162</sup> um procurador inglês chamado Matter, ao pronunciar-se sobre o caso, declarou que, mesmo que a locação tivesse sido celebrada por sujeitos de diferentes países, não havia produzido na França a entrada de mercadorias, nem de moeda, ou seja, o contrato não produzira nenhum movimento de fluxo ou refluxo sobre as fronteiras da Inglaterra e da França. Contudo, tal critério era

---

<sup>158</sup> VIEIRA, Guilherme Bergmann Borges. *Regulamentação no comércio internacional: aspectos contratuais e implicações práticas*. São Paulo: Aduaneiras, 2002. p. 9.

<sup>159</sup> VIEIRA, *Regulamentação no comércio internacional: aspectos contratuais e implicações práticas*, p.9.

<sup>160</sup> BAPTISTA, Luiz Olavo (Coord.); HUCK, Hermes Marcelo (Coord); CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas: estudos em homenagem a Irineu Strenger*. São Paulo: LTR, 1994, p. 11.

<sup>161</sup> *Ibid.*, p. 15.

<sup>162</sup> *Ibid.*, p. 16.

demasiado rigoroso e fora superado no decorrer dos tempos pela jurisprudência, consoante o que ensina Luiz Olavo Baptista:

[..] o caráter doutrinário da solução buscada é apenas aparente, pois resulta numa fórmula que também é tópica ou empírica. Por isso, diversas convenções internacionais tentaram criar critérios firmes e seguros para a determinação da internacionalidade dos contratos.<sup>163</sup>

Outro critério a ser analisado é o jurídico. Segundo o clássico francês Henri Batiffol, é considerado como internacional o contrato que possui liames de mais de um sistema jurídico, ou seja, no qual se exige envolvimento de mais de um sistema jurídico pelos atos concernentes à conclusão, à execução, à situação das partes quanto à nacionalidade ou domicílio, ou, até mesmo, quanto à localização do objeto.<sup>164</sup>

Acrescenta Berthold Goldman que, mesmo assim, houve quem criticasse a referida teoria:

[...] não é sem interesse escolher entre o critério exclusivamente jurídico e o critério econômico do contrato internacional. Por certo, quando um contrato é o instrumento das trocas ou da produção internacionais, ele comportará necessariamente elementos de conexão internacionais, especialmente porque o vendedor e o comprador estarão domiciliados em Estados diferentes, ou o investidor será originário de um Estado diferente daquele onde ele investe, ou ainda porque a mercadoria vendida provirá de outro país, que não aquele da sua entrega; e pode ser cômodo sublinhar esses elementos de conexão para destacar o caráter internacional do contrato, já deduzido de seu objeto econômico. Mas a recíproca não é sempre verdadeira. Assim, o contrato pelo qual um produtor de Cavaillon vende legumes a serem entregues e pagos na França a um merceiro italiano de Paris comporta bem um elemento de estraneidade; mas seria legítimo classificá-lo por isso na categoria dos contratos internacionais, quando seu objeto econômico é integralmente francês?<sup>165</sup>

Da mesma forma, conclui Luiz Olavo Baptista que “[...] a deficiência dos critérios doutrinários fez com que, pela via legislativa, se procurasse estabelecer o modo de

---

<sup>163</sup> Ibid., p. 17.

<sup>164</sup> Apud BAPTISTA, *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas: estudos em homenagem a Irineu Strenger*, p. 17.

<sup>165</sup> Apud BAPTISTA, *Ibid.*, p. 18.

classificar como internacional um contrato”,<sup>166</sup> ou seja, por meio de tratados, convenções ou normas internas.

De outra banda, a doutrina passou a adotar critérios ecléticos ou realistas, tendo em vista a natureza do contrato e seus elementos essenciais. Irineu Strenger define os contratos internacionais do comércio como

todas as manifestações bi ou plurilaterais da vontade livre das partes, objetivando relações patrimoniais ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos estraterritoriais, pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal dos negócios, lugar do contrato, lugar da execução, ou qualquer circunstância que exprima um liame indicativo de Direito aplicável.<sup>167</sup>

Assim, têm-se as normativas no ordenamento jurídico pátrio que tratam do tema. Segundo o ensinamento de Luiz Olavo Baptista,<sup>168</sup> as regras encontradas no artigo 2º do decreto-lei nº 857/69<sup>169</sup> estabelecem normas de caráter econômico e jurídico para a identificação do contrato internacional. Veja-se que os incisos I e II recorrem ao critério econômico, ao passo que incisos IV e V recorrem ao critério jurídico.

Ainda nesse sentido ensina Luiz Olavo Baptista:

O ecletismo da solução é evidente e bem pode servir para determinar a internacionalidade dos contratos em direito brasileiro. Dessa forma, poderíamos dizer que internacional é o contrato que, contendo elementos que permitam

---

<sup>166</sup> Ibid., p. 18.

<sup>167</sup> STRENGER, *Contratos internacionais do comércio*, p. 72.

<sup>168</sup> BAPTISTA, *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas: estudos em homenagem a Irineu Strenger*, p. 23-24.

<sup>169</sup> “Estabelece exceções a vedação do uso de moeda estrangeira no Brasil.

Art 2º Não se aplicam as disposições do artigo anterior:

I - aos contratos e títulos referentes a importação ou exportação de mercadorias;

II – aos contratos de financiamento ou de prestação de garantias relativos às operações de exportação de bens de produção nacional, vendidos a crédito para o exterior;

IV – aos empréstimos e quaisquer outras obrigações cujo credor ou devedor seja pessoa residente e domiciliada no exterior, exceto os contratos de locação de imóveis situados no território nacional;

V – aos contratos que tenham por objeto a cessão, transferência, delegação, assunção ou modificação das obrigações referidas no item anterior, ainda que ambas as partes contratantes sejam pessoas residentes ou domiciliadas no país”. Decreto-lei nº 857, de 11 de setembro de 1969. BRASIL, *Código civil brasileiro e legislação complementar*. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 533.

vinculá-lo a mais de um sistema jurídico, tem por objeto operação que implica o duplo fluxo de bens pela fronteira, ou que decorre diretamente de contrato dessa natureza.<sup>170</sup>

Quando se trata de contrato de compra e venda internacional, faz-se necessário referir a Convenção de Haia<sup>171</sup> (1964), da qual o Brasil não é signatário e que objetivava unificar as normas sobre conflitos de leis. Conforme Osvaldo J. Marzorati,

Em princípio, os objetivos da Convenção de Haya são claros: intenta unificar as normas sobre conflitos de leis relativas a compra e venda comercial internacional de mercadorias tendo em conta as disposições da Convenção de Viena, que havia entrado em vigor, tentando complementar-la em tudo que não regulado por ela. (tradução nossa)<sup>172 173</sup>

Da mesma forma, merece ser considerado que também faz parte da fonte normativa dessa espécie de contrato a Convenção de Viena<sup>174</sup> (1980), a qual unificou o direito do comércio internacional, dando prioridade à venda internacional de mercadorias.

Também, apesar de o Brasil não ser signatário da Convenção de Haia, cabe fazer menção a esta pela sua importância no direito privado internacional. Nesta convenção, em seu 1º artigo, define-se que a compra e venda será internacional quando os estabelecimentos comerciais do vendedor e do comprador encontrarem-se em Estados diferentes. Nesse mesmo sentido esclarece Burghard Piltz:

#### Artigo 1

---

<sup>170</sup> BAPTISTA, op. cit., p. 24.

<sup>171</sup> Convenção que resultou de uma conferência internacional realizada em Haia pela UNIDROIT (Instituto Internacional para Unificação do Direito Internacional Privado). Tal convenção, segundo Araújo teve como objeto a adoção de uma lei uniforme sobre a venda internacional de objetos corpóreos. ARAÚJO. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, mercosul e convenções internacionais*, 2000, p. 128.

<sup>172</sup> em princípio, los objetivos de la Convención de La Haya son claros: intenta unificar las normas sobre conflictos de leyes relativas a la compraventa comercial internacional de mercaderías teniendo en cuenta las disposiciones de la Convención de Viena, que ya había entrado en vigor, intentando complementarla en todo no regulado por ella.

<sup>173</sup> MARZORATI, Osvaldo J. *Derecho de los negocios internacionales*. 2.ed. Buenos Aires: Astrea, 1997. p. 141.

<sup>174</sup> “Trata-se, conforme Soares, da Convenção das Nações Unidas (UNCITRAL – Comissão das Nações Unidas para o direito do comércio internacional) sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias, aprovada em 11 de abril de 1980, de grande importância no cenário dos contratos internacionais, tendo como signatários, dentre outros, países como a Argentina e o Uruguai”. SOARES, Maria Ângela Bento; RAMOS, Rui Manuel Moura. *Contratos internacionais: compra e venda, cláusulas penais, arbitragem*. Coimbra: Almedina, 1995. p. 9.

1. A presente Convenção se aplica aos contratos de compra e venda de mercadorias entre partes que tenham seus estabelecimentos em Estados diferentes:

- a) quando estes Estados sejam Estados contratantes; ou
- b) quando as normas de direito internacional privado prevejam a aplicação da lei de um dos Estados contratantes. (tradução nossa)<sup>175 176</sup>

Portanto, pela imposição da Convenção de Haia, o caráter internacional da compra e venda se dá pelo critério do domicílio das partes e quando haja fluxo de mercadorias e pagamento entre a fronteira dos Estados, tendo sido a mercadoria entregue em país distinto da que estava antes da venda, como ensina Burghard Piltz.

b) Carater internacional do negócio. A Convenção regula somente compra e vendas internacionais, motivo pelo qual normalmente não vale para os negócios realizados dentro da República Argentina ou de algum outro Estado contratante. [...]

1) Localização dos estabelecimentos do comprador e do vendedor.[...]

A fim de estabelecer se o negócio é internacional no sentido da Convenção, importará somente que os estabelecimentos do vendedor e do comprador se encontrem situados em Estados distintos. (tradução nossa).<sup>177 178</sup>

Levando em conta essa breve análise sobre os critérios econômicos, jurídicos, leis internas e tratados, pode-se chegar à conclusão de que o contrato internacional de compra e venda é uma operação econômica na medida em que promove a circulação de riquezas entre as nações, mas possui uma conceituação preponderantemente jurídica, em virtude da necessidade de haver o envolvimento de dois ordenamentos jurídicos provenientes de Estados distintos. Nesses termos são as palavras de Antonio Carlos Rodrigues do Amaral,

---

<sup>175</sup> Artículo 1

1. La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes:

- a) cuando esos Estados sean Estados contratantes; o
- b) cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante.

<sup>176</sup> PILTZ, Burghard. *Compraventa internacional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998. p. 126.

<sup>177</sup> “b) Carácter internacional del negocio. La Convención regula solo compraventas internacionales, por lo que normalmente no vale para los negocios realizados dentro de la República Argentina o de algún otro Estado contratante. [...]

1) Ubicación de los establecimientos del comprador y del vendedor. [...]

A fin de establecer si un negocio es internacional en el sentido de la Convención, importará solamente que los establecimientos del vendedor y del comprador se encuentren situados en distintos Estados.

<sup>178</sup> PILTZ, *Compraventa internacional*, p. 29.

que define o contrato internacional como “aquele acordo de vontades que está potencialmente sujeito a dois ou mais sistemas jurídicos”.<sup>179</sup>

Portanto, justifica-se a importância de se chegar a um conceito de contrato internacional, uma vez que tal fato acarreta diversas circunstâncias, das quais a menor é a possibilidade de se lhe aplicar mais de uma lei, desencadeando a necessidade do estudo das principais teorias para a sua interpretação, bem como a inclusão de cláusulas que lhe são afetas, o que será objeto de análise posterior.

### 3.5 SISTEMAS DE REGRAS DE COMÉRCIO APLICÁVEIS AOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

O desenvolvimento do comércio pela integração e globalização dos mercados acarretou um sistema de regras legais que são aplicáveis na comercialização e circulação de bens e mercadorias, aplicáveis aos contratos internacionais na busca de solução de controvérsias, a exemplo da *lex mercatoria*, da *proper law*, das cláusulas *hardship* e das *intercoms*, que em seqüência se passa a analisar.

Primeiramente, em razão da sua importância no direito internacional, cabe fazer referência à *lex mercatoria*,<sup>180</sup> mesmo que seja de aplicação ainda um pouco duvidosa ou restrita; conseqüentemente, não tem ainda, ao que parece, efetiva aplicação na solução de controvérsias oriundas de contratos internacionais. Contudo, o processo de formação e aplicação na solução de controvérsias sobre compra e venda internacional da *lex mercatoria* “vem se acentuando como sistema portador de regras próprias em que o princípio da autonomia assume grande relevância”.<sup>181</sup>

Essa proposição doutrinária tem relevância e importância no direito internacional público e privado, visto que, primando pela autonomia da vontade como princípio norteador dos contratos, conquistou doutrinadores dos sistemas da *common law* e da *civil law*. Entre os juristas brasileiros, grande expoente e estudioso do direito internacional é

---

<sup>179</sup> AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues; TAVOLARO, Agostinho Toffoli (Coord.) *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004. p. 218.

<sup>180</sup> Expressão em latim que se refere a lei da mercadoria, ou seja, um ordenamento jurídico autônomo para o comércio internacional.

<sup>181</sup> STRENGER, *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, p. 44.

Irineu Strenger,<sup>182</sup> o qual entende que o princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais nada mais é do que uma consequência dos estudos da *lex mercatoria*.

A liberdade contratual também pode ser mencionada como consequência da *lex mercatoria*, e, no conteúdo das avenças, abre-se enorme horizonte, que possibilita às partes encaminhar seus ajustes recíprocos para onde melhor lhes convier, especialmente no que diz respeito ao direito aplicável, sem contar a possibilidade de encaminhar-se a eventual demanda para “*amiable composition*”, cujo regime está sendo grandemente disseminado em nossos dias.<sup>183</sup>

A *lex mercatoria*, como leciona Irineu Strenger,<sup>184</sup> surgiu em decorrência de longo processo que se foi plasmando em múltiplas fases, ou seja, as sociedades comercializadoras revelaram uma nítida tendência para constituir núcleos que representassem as características próprias de sua atividade comercial. Pode-se, dessa forma, explicar “por que o comércio internacional só poderia encaminhar-se no sentido em que hoje se encontra, com marcantes rumos em direção à conquista de sua plena autonomia”. Seguindo, o autor leciona que “a *lex mercatoria* tem seu nascedouro nos fatos constantes da prática comercial, e a consequência normativa é o momento que coincide com a assimilação cultural dos dados e elementos que lhe são postos [...]”.<sup>185</sup>

Nesse mesmo sentido, Jairo Silva Melo define a proposição doutrinária da *lex mercatoria*:

Tal doutrina se baseia no costume internacional já adotado nos contratos de compra e venda, através do qual uma sociedade composta pelos vendedores e compradores internacionais vem construindo uma figura contratual, a venda comercial internacional. Esta constitui, tanto no que concerne à sua formação quanto ao conteúdo das obrigações contratuais, uma verdadeira carta – base da sociedade extra-estatal e internacional que elas formam - caracterizando-se como uma instituição jurídica na qual transparece a evolução econômica moderna.<sup>186</sup>

---

<sup>182</sup> Ibid., p. 71.

<sup>183</sup> Ibid., p. 153.

<sup>184</sup> STRENGER, *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, p. 151.

<sup>185</sup> Ibid., p. 154.

<sup>186</sup> MELO, *Contratos internacionais e cláusulas hardship*, p. 38.

É importante trazer a idéia de que a *lex mercatoria*, embora de relevância no direito internacional, não compete com a lei dos Estados, pois, segundo Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, “nem constitui direito supranacional que derroga o direito nacional, mas é um direito adotado, sobretudo, na arbitragem comercial internacional ou outra forma de resolução de controvérsias, *ad latere* do sistema estatal”.<sup>187</sup> A doutrina da *lex mercatoria* seria a criação de um conjunto supranacional, vinculado aos costumes e princípios do direito econômico, capaz de solucionar controvérsias oriundas de contratos internacionais. Todavia, conforme menciona Irineu Strenger,<sup>188</sup> a *lex mercatoria* não seria propriamente um sistema jurídico completo, mas, sim, um corpo de regras disciplinadoras do comércio internacional, emanadas principalmente da Câmara de Comércio Internacional (CCI),<sup>189</sup> da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL),<sup>190</sup> da Organização Mundial do Comércio (OMC),<sup>191</sup> entre outros organismos congêneres e vinculados à área do comércio internacional.

Das organizações citadas, é necessário fazer referência e dar especial atenção aos princípios emanados do Instituto para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT).<sup>192</sup> De acordo com Nádia de Araújo,<sup>193</sup> trata-se de instituição com sede em Roma, criada em 1926 pela Liga das Nações, com o intuito de criar um direito do comércio internacional autônomo, ou seja, não estatal. Para a análise e estudo do tema proposto, tal instituto tem relevante importância na medida em que o Brasil, a Argentina, Paraguai e Uruguai são membros da entidade.

Da mesma forma, os princípios que compõem o ordenamento não estatal da UNIDROIT, conforme Lauro da Gama Souza Júnior,<sup>194</sup> já foram traduzidos para 21

---

<sup>187</sup> AMARAL; TAVOLARO (Coord.), *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*, p. 62.

<sup>188</sup> STRENGER, op. cit., p. 124.

<sup>189</sup> “Instituição não governamental que possui sede em Paris e tem como países membros, dentre outros, Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai. Atua no sentido de criar normas para melhorar as condições de negociação das partes nos contratos internacionais”. STRENGER, *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, p. 124.

<sup>190</sup> Também, conforme Araújo, trata-se de uma instituição não governamental, criada em 1966 pela Comissão de Comércio da ONU, com o intuito de aumentar a segurança dos contratantes em negociações internacionais. ARAÚJO, *Contratos internacionais: autonomia da vontade, mercosul e convenções internacionais*, p. 128.

<sup>191</sup> “Originada em 15 de abril de 1994 em Genebra por mais de 111 Estados com o objetivo de melhorar e conseqüente aumento do comércio mundial”. STRENGER, op. cit., p. 124.

<sup>192</sup> Para uma visão geral dos princípios, bibliografia e jurisprudência da UNIDROIT. Disponível em: < [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org)>. Acesso em: 21 de jan.2007.

<sup>193</sup> ARAÚJO, op. cit., p.139.

<sup>194</sup> SOUZA JR., Lauro da Gama e. Os princípios do Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais e sua aplicação nos países do Mercosul. In: RODAS, João Grandino (Coord.). *Contratos internacionais*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.432.

línguas, merecendo crescente acolhida na comunidade internacional. Tais princípios podem ser aplicados na solução de um eventual conflito oriundo de um contrato internacional, contribuindo para a consolidação da *lex mercatoria*.

É oportuno referir que a teoria da *lex mercatoria* vem se desenvolvendo<sup>195</sup> e, como prova disso, são disposições que aos poucos vão tomando maior força,<sup>196</sup> como no caso dos *incoterms*,<sup>197</sup> que se analisará posteriormente, e das normas relacionadas ao crédito documentário nas exportações, que possuem uso efetivo por quase todos os países exportadores do mundo. Segundo Irineu Strenger, é “incontestável a vitalidade da *lex mercatoria*, e sua extensão parece atingir cada vez mais penetrantemente os sistemas nacionais, sendo uma forma de diminuir a ocorrência de eventuais conflitos oriundos de contratos internacionais”.<sup>198</sup>

Portanto, finaliza-se, mesmo que se questionem a validade e aplicação da *lex mercatoria*, o estudo foi importante em relação ao verdadeiro escopo do direito internacional privado, abrindo novos caminhos para amenizar o conflito de leis no âmbito dos contratos internacionais, mais precisamente, do contrato de compra e venda.

Em segundo plano tem-se a teoria da *proper law*, “lei apropriada”, no português. A teoria, como mencionado por Nádia de Araújo,<sup>199</sup> desenvolveu-se na Inglaterra, mais precisamente, nas cortes inglesas, no século XIX. Nessas cortes, quando a questão era a escolha da lei aplicável, aceitava-se a vontade que as partes haviam estipulado no momento de celebração do contrato, se nenhuma vontade fosse expressa, esta era presumida pela corte através dos termos daquele contrato e suas circunstâncias relevantes.

Apesar de ser um princípio advindo dos países da *common law*, atualmente a *proper law* tem aplicação praticamente apenas na Inglaterra. Segundo Armando Álvares Garcia Júnior, “consagra-se como lei aplicável a do país com o qual o contrato tiver um maior número de afinidades ou conexões, não desconsiderando o prestígio deferido à

---

<sup>195</sup> A *lex mercatoria* vem ganhando força em convenções importantes das quais o Brasil é signatário, como a Convenção Interamericana do México, que contempla às partes a possibilidade de escolherem os princípios da *lex mercatoria* para regerem suas relações contratuais. ARAÚJO, op. cit., p. 182.

<sup>196</sup> WALD, Arnaldo. Algumas aplicações da *lex mercatoria* aos contratos internacionais realizados com empresas brasileiras.. In BAPTISTA, Luiz Olavo (Coord.); HUCK, Hermes Marcelo (Coord); CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas: estudos em homenagem a Irineu Strenger*. São Paulo: LTR, 1994. p.327.

<sup>197</sup> “*International Chamber of Commerce Trade Terms*, são regras que foram elaboradas e publicadas pela Câmara de Comércio Internacional – CCI, com o intuito de definir a responsabilidade das partes contratantes, bem como definir o momento em que ocorre a tradição”. ARAÚJO, *Contratos internacionais: autonomia da vontade, mercosul e convenções internacionais*, p. 182.

<sup>198</sup> STRENGER, *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, p. 145.

<sup>199</sup> ARAÚJO, op.cit., p. 58-59.

autonomia da vontade”.<sup>200</sup> Portanto, considera-se a *proper law* como uma espécie da autonomia da vontade.

Entretanto, esse critério tem larga margem de subjetividade na sua análise, pois nem sempre é fácil estabelecer e identificar ou quantificar a prestação mais característica de um contrato internacional, nas tendências atuais considera-se o aspecto mais característico do contrato de compra e venda internacional o da entrega da mercadoria.<sup>201</sup> A diferença fundamental é que pelo princípio da *proper law*, além de as partes poderem estipular a lei aplicável àquele contrato no momento da sua celebração – autonomia da vontade –, se nenhuma vontade for expressa, a corte poderá presumir a vontade tácita das partes no momento.

Os Estados Unidos da América, segundo Ronald Harry Graveson,<sup>202</sup> admitem o princípio da autonomia da vontade, todavia, em caso de não haver disposição expressa das partes, utilizam o princípio da *lex loci actus*, ou seja, a lei de onde o contrato foi feito, o local em que as obrigações se constituíram. Da mesma forma está disciplinado no regramento legal da lei brasileira, consoante ao artigo 9º da Lei de Introdução do Código Civil brasileiro.<sup>203</sup>

Para a compreensão da importância para o sistema legal da *common law*, é oportuno referir o conceito de *proper law* definido na concepção do mencionado jurista inglês, em cujo país esta teoria teve seu nascedouro e origem.

A doutrina da lei apropriada é uma aplicação da vontade livre das partes à essência da relação contratual. A lei apropriada do contrato significa a lei que o tribunal inglês deve aplicar determinando as obrigações inerentes àquele contrato. O Direito Inglês decidindo tais questões recusou tratar como critério definitivo, rígido ou arbitrário, como as teorias da *lex loci contractus* or *lex loci solutionis*, e resolveu tratar o assunto atento a real intenção das partes a ser averiguado em cada caso, considerando as condições do contrato, a situação das partes, e geralmente os requisitos acessórios. (tradução nossa)<sup>204 205</sup>

---

<sup>200</sup> GARCIA JÚNIOR, Armando Álvares. *Lei aplicável aos contratos internacionais*. São Paulo: Aduaneiras, 2000a. p. 28.

<sup>201</sup> *Ibid.*, p. 30.

<sup>202</sup> GRAVESON, Ronald Harry. *The conflict of laws*. 4. ed. London: London & Maswell, 1960. p. 201.

<sup>203</sup> Art. 9º. Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 128.

<sup>204</sup> “The doctrine of the proper law is an application of the free will of the parties to the essence of the contractual relation. “The proper law of the contract means that law which the English court is to apply in determining the obligations under the contract. English law in deciding these matters has refused to treat as conclusive, rigid or arbitrary criteria such as *lex loci contractus* or *lex loci solutionis* and has treated the

Dentre os casos existentes e exemplos na doutrina inglesa, o caso *Vita Food Products v. Unus Shipping* foi de extrema importância para o desenvolvimento e a aplicação de tal teoria. Veja-se que, a partir do caso citado, tal princípio foi confirmado e efetivamente aplicado nos demais casos.

O princípio de lei apropriada foi reafirmada pelo Privy Council no caso *Vita Food Products v. Unus Shipping Co.*, entretanto durante os últimos oito anos, os tribunais ingleses têm persistentemente tentado julgar a partir da intenção das partes qual lei deveria governar o contrato na sua essência. Eles tomaram a opção lógica de dar efeito à intenção das partes, onde diferentes contratantes tinham a intenção de aplicar diferente lei, por exemplo, em um contrato feito na Inglaterra entre um alemão e um francês para entrega de vinho francês na Alemanha, o pagamento deveria ser feito na França, o tribunal dará efeito à intenção dos mesmos, se provado que essa existe, então a entrega será mesmo governada pelo direito alemão e pagamento através de lei francesa. (tradução nossa)<sup>206 207</sup>

Nos comentários que integram a doutrina sobre o caso, Lord Wright assim discorre:

É pacífico agora que, através da lei inglesa (e a lei da Nova Escócia é a mesma), a lei apropriada do contrato é a lei que as partes pretenderam aplicar. Tal intenção será averiguada objetivamente, e, se não expressa, será presumida através dos termos daquele contrato, bem como de seus elementos acessórios”. (tradução nossa).<sup>208 209</sup>

---

matter as depending on the intention of parties to be ascertained in each case on consideration of the terms of the contract, the situation of the parties, and generally on all surrounding facts”.

<sup>205</sup> GRAVESON, op. cit., p. 203.

<sup>206</sup> “The principle of proper law was reaffirmed by the Privy Council in *Vita Food Products v. Unus Shipping Co.*, though for the past eight years English courts have consistently tried to ascertain from the intention of the parties what law should govern their contract in its essentials. They have taken the logical step of giving effect to the will of the parties where different parts of the contract were intended to be governed by different laws, e.g., in a contract made in England between a German and a Frenchman for delivery of French wine to Germany, payment to be made in France, the court will give effect to the intention of the parties, if it is proved to exist, that delivery shall be governed by German and payment by French law”.

<sup>207</sup> GRAVESON, *The conflict of laws*, p. 209.

<sup>208</sup> “It is now well settled that by English law (and the law of Nova Scotia is the same) the proper law of the contract is the law which the parties intended to apply. That intention is objectively ascertained, and, if not expressed, will be presumed from the terms of the contract and the relevant surrounding circumstances”.

<sup>209</sup> Apud GRAVESON, op. cit., p. 210.

Entretanto, a aplicação do princípio da *proper law* vai além, como leciona ainda Ronald Harry Graveson,<sup>210</sup> permitindo que a corte que estiver analisando o caso naquele momento possa aplicar a lei estrangeira. Em outras palavras, não será declarada a exceção de incompetência da corte, mas esta aplicará a lei do Estado que achar conveniente para o contrato, caso não haja estipulação expressa das partes.

Nessa concepção, o autor argentino Osvaldo J. Marzorati faz uma crítica:

O conceito resulta de difícil compreensão para aqueles que só conhecem a aplicação de uma só lei, a nacional, para resolver problemas de direito comercial, civil ou penal. Existe uma tendência nata ou simplista que afirma que, se o tribunal argentino se considera competente, deve aplicar a lei Argentina. Na realidade, tal problema preocupa tanto os profissionais, como os juízes que devem julgar um assunto, e a os estudiosos de direito. Em definitivo, um juiz somente fora treinado, na República da Argentina, para conhecer seu sistema legal [...] deve ter-se sempre presente e lembrar que um juiz sempre se sente tentado a aplicar a lei que conhece, e não a que não conhece, que as partes devem lhe explicar”. (tradução nossa)<sup>211 212</sup>

Não há dúvidas de que tal assertiva também se aplica ao direito brasileiro, pois torna-se difícil a um juiz brasileiro aplicar a lei de um país asiático, como, por exemplo, a China, se não conhece praticamente nada com relação a tal ordenamento. Como explica Jairo Silva Melo, “a lei deve ser determinada pela intenção das partes, de forma conclusiva. Se essa intenção não estiver expressa, a corte imputará uma intenção às partes ou determinará a *proper law* que as próprias deveriam ou teriam escolhido, quando da conclusão do contrato”. O autor conclui dizendo que “o juiz, colocando ou como se fora o contratante, determina a lei do contrato”.<sup>213</sup>

---

<sup>210</sup> Ibid., p. 213.

<sup>211</sup> “El concepto resulta de difícil comprensión, para quienes solo conocen la aplicación de una solo ley, la nacional, para resolver problemas de derecho comercial, civil o penal. Existe una tendencia innata o simplista a afirmar que si el tribunal argentino se considera competente debe aplicar también ley Argentina. En realidad, este problema preocupa tanto a los profesionales, como a los jueces que deben juzgar un asunto y a los estudiosos del derecho. En definitiva, un juez solo ha sido entrenado en la República Argentina para conocer su sistema legal [...] debe tenerse siempre presente y recordar que un juez siempre se siente tentado a aplicar la ley que conoce y no la que no conoce, que las partes deben explicarle”.

<sup>212</sup> MARZORATI, *Derecho de los negocios internacionales*, p.37.

<sup>213</sup> MELO, *Contratos internacionais e cláusulas hardship*, p. 67.

Portanto, essa prática seria inviável. Ademais, o ordenamento jurídico brasileiro não permite que o juízo, por si só, defina qual é a lei apropriada ao contrato *sub judice*, caso as partes não o tenham estipulado expressamente. Para finalizar, cita-se a crítica de Jairo Silva Melo, baseado em Rovira:

Defende enfaticamente Rovira a impossibilidade de prevalecer a teoria do *proper law* do contrato. Ao citar os juristas franceses Loussouarn e Bredin, autores da obra *Droit du Commerce International*, que afirmam como problemas comuns aos contratos internacionais, justamente a multiplicidade de contratos que escapam à competência do direito interno, como os contratos-tipo e a complexidade de que se reveste a harmonização das regras de conflito de leis em matéria internacional, porque tal proposição seria extremamente contrária ao Princípio da Segurança do Direito.<sup>214</sup>

Entende-se que a aplicação do princípio da *proper law* no Brasil seria inadequada, ou, como diz Jairo Silva Melo, “como problemas comuns aos contratos internacionais, justamente a multiplicidade de contratos que escapam à competência do direito interno, como os contratos-tipo e a complexidade de que se reveste a harmonização das regras de conflito de leis em matéria internacional, porque tal posição seria extremamente contrária ao Princípio da Segurança do Direito”.<sup>215</sup> Nesse contexto, ainda refere o autor que tal contrato “representa um perigoso instrumento nas mãos das multinacionais, contra seus fracos parceiros, países importadores de capital e tecnologia”.<sup>216</sup>

A conclusão é de que a aplicação do princípio da *proper law* no Brasil traria insegurança aos contratantes, que ficariam sem arbítrio em caso de não haver estipulação expressa do juiz que estivesse julgando o respectivo caso. De qualquer forma, em virtude de sua importância, também merece ser estudada, para que se possa encontrar a melhor forma de resolver eventuais conflitos oriundos de contratos internacionais.

De outra banda, faz-se necessário também fazer a abordagem e trazer à análise as chamadas cláusulas *hardship*. Nádia de Araújo explica que “trata-se de expressão inglesa para definir cláusulas de flexibilização, que permite às partes renegociar algumas partes do contrato que as liga”.<sup>217</sup>

A compra e venda é uma modalidade de contrato abrangente, que praticamente engloba e desencadeia todas as operações de comércio internacional. Dessa forma, houve, originariamente, a necessidade da inclusão nos contratos internacionais de cláusulas

---

<sup>214</sup> Ibid., p. 68.

<sup>215</sup> MELO, *Contratos internacionais e cláusulas hardship*, p. 68.

<sup>216</sup> Ibid., p. 68.

<sup>217</sup> ARAÚJO, *Contratos internacionais: autonomia da vontade, mercosul e convenções internacionais*, p.142.

exonerativas de responsabilidade, ou seja, as chamadas cláusulas *hardship*. Seguindo esse raciocínio, leciona Jairo Silva Melo:

As grandes limitações existentes relacionadas à tentativa de se uniformizarem as normas aplicáveis aos contratos internacionais, incentivam a busca, por parte dos operadores do comércio internacional, de outras alternativas que possibilitem aos contratantes prevenirem-se quanto aos riscos contratuais a que estão sujeitos, pactuando contratos que contenham a maior quantidade possível de mecanismos de preservação da vontade manifestada, como a inclusão de cláusulas que disponham sobre as adequações necessárias no curso da execução do contrato. [...] Surgida da prática dos contratos internacionais, a cláusula *hardship* é um exemplo da capacidade criativa dos negociadores, visando suprir as lacunas dos conceitos clássicos, no que se refere à solução do problema da incerteza nos contratos internacionais, especialmente naqueles de duração prolongada, nos quais as modificações provenientes do tempo geram comumente alteração nas condições econômicas das partes.<sup>218</sup>

Nesse contexto, tem-se a necessidade de uma definição de tal cláusula. Para tanto, vale transcrever a citação feita por Luiz Olavo Baptista sobre um dos pareceres do jurista Orlando Gomes para a Companhia Vale do Rio Doce:

[...] é uma cláusula que permite a revisão do contrato se sobrevierem circunstâncias que alteram substancialmente o equilíbrio primitivo das obrigações das partes. Não se trata da aplicação especial da teoria da imprevisão a qual alguns querem reconduzir a referida cláusula, no vezo condenável de transferir mecanicamente os institutos do armário civilístico clássico aos novos contratos comerciais. Trata-se de nova técnica para encontrar uma adequada reação à superveniência de fatos que alterem a economia das partes, para manter [...] sob o controle das partes, uma série de controvérsias potenciais e para assegurar a continuação da relação em circunstâncias que, segundo os esquemas jurídicos tradicionais, poderiam levar à resolução do contrato.<sup>219</sup>

---

<sup>218</sup> MELO, *Contratos internacionais e cláusulas hardship*, p. 80-83.

<sup>219</sup> Apud BAPTISTA, *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*, p. 143.

Da análise da doutrina, conclui-se que cláusula *hardship* seria a aplicação do princípio da justiça contratual, posto que apregoa a revisão do contrato baseado na idéia de equilíbrio que deve haver entre prestação e contraprestação das partes numa relação contratual. Veja-se, conforme Fernando Noronha,<sup>220</sup> que, adentrando no estudo de tal princípio, este é baseado na comunhão de várias teorias, dentre os quais da onerosidade excessiva, da imprevisão e da quebra da base negocial.

Sucessivamente, a cláusula *hardship* muito se assemelha à teoria da quebra da base negocial, estudo notório do jurista alemão Karl Larenz,<sup>221</sup> a qual consiste na quebra do complexo de circunstâncias externas do contrato, em outras palavras, quando houver a falta, desaparecimento ou modificação do condicionalismo que formou e informou a base do negócio. É importante destacar também a diferença entre a cláusula *hardship* e a força maior, recorrendo-se novamente a Jairo Silva Melo:

O conceito de cláusula de *hardship* assemelha-se ao de cláusula de força maior no tocante à imprevisibilidade e à inevitabilidade do evento, deferenciando-se, todavia, porque o evento gerador da *hardship*, o denominado “endurecimento das condições” – apenas onera de forma mais acentuada a execução econômica do contrato, rompendo – em detrimento de uma das partes – o equilíbrio inicial do contrato, todavia, permitindo a sua adaptação às novas condições.

[...] A revisão proporcionada pelas cláusulas de *hardship* quanto à execução do contrato difere da ocorrência das circunstâncias caracterizadoras da força maior, pois na teoria revisionista o contratante não está impedido de cumprir determinada prestação. Contudo, cumprindo-a em conformidade ao ajustado no contrato, estará se comprometendo economicamente de tal forma que haverá um desequilíbrio entre a prestação e a contraprestação, penalizando-o excessivamente.<sup>222</sup>

Ainda, para uma melhor concepção, há que se trazer à colação exemplos de cláusulas *hardship*, primeiramente cláusula extraída de um acordo de assistência técnica:

1. Cláusula extraída de um acordo de assistência técnica:

Se o número estimado total ou individual da categoria homens-mês for excedido, ou qualquer outra categoria de despesa sob este Acordo, deve ser alcançado antes da conclusão dos serviços do Conselheiro Técnico (caso contrário será lançado como uma despesa sem autorização do mesmo) a Corporação e o Conselheiro Técnico negociarão condições sob as quais os serviços do Conselheiro Técnico

---

<sup>220</sup> NORONHA, *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa fé, justiça contratual*, p. 237-241.

<sup>221</sup> LARENZ, *Derecho civil*, p. 314-318.

<sup>222</sup> MELO, *Contratos internacionais e cláusulas hardship*, p. 89-90.

serão realizados, e se nenhum acordo for feito para aumentar o número de homens-mês disponíveis ou os limites para aumentar a remuneração do Conselheiro Técnico para que esse continue o desempenho de seus serviços, o Conselheiro Técnico não terá qualquer obrigação de continuar tal desempenho além do número disponível de homens-mês ou além de outros limites estipulados. Apêndice (X) será revisado e o plano de utilização de homens-mês será ajustado trimestralmente”. (tradução nossa)<sup>223 224</sup>

Cabe também mencionar o exemplo de cláusulas *hardship* de um contrato para construção de um complexo industrial mediante a formação de uma empresa empreendedora do projeto:

2. De um contrato para construção de um complexo industrial mediante a formação de uma empresa empreendedora do projeto: Se qualquer momento durante o termo deste Acordo qualquer parte considerar que a posição financeira da Companhia poderá ser prejudicada, então tal parte pode notificar o outro pedindo uma revisão da posição financeira da Companhia, levando em conta as obrigações contratuais das partes na Companhia, e as partes devem, em seguida, após tal advertência se encontrar para revisar a situação para ver como pode ser resolvida”. (tradução nossa)<sup>225</sup>

Após os exemplos mencionados, ainda ensina Jairo Silva Melo<sup>226</sup> que a cláusula *hardship* deverá sempre fazer a previsão de um prazo, principalmente para que as partes o possam invocar quando da ocorrência de circunstância ocasionadora da modificação econômica do contrato, podendo, até mesmo, dispor acerca da possível suspensão provisória da execução durante esse período.

É de se concluir que, para o desenvolvimento das relações internacionais, principalmente no que se refere ao Mercosul, as cláusulas *hardship* são, indiscutivelmente,

---

<sup>223</sup> “1. Cláusula extraída de um acordo de assistência técnica:

If the total or individual categorywise estimated number of man-months is likely to be exceeded or if any limit on any other category of expenditure under this Agreement is likely to be reached before completion of Technical Adviser’s services (otherwise than as a result of unauthorized expenditure by Technical Adviser) the Corporation and the Technical Adviser shall negotiate terms under which the Technical Adviser’s services will be continued and if no agreement is reached to increase the allowable number of man-months or such limits to the extent necessary to remunerate Technical Adviser for continuing the performance of its services, the Technical Adviser shall not be under any obligation to continue such performance beyond the allowable number of man-months or beyond the said limits. Appendix (X) will be reviewed and man-month utilization plan will be adjusted upon as a quarterly basis”.

<sup>224</sup> GARCEZ apud MELO, op. cit., p. 104.

<sup>225</sup> 2. “De um contrato para construção de um complexo industrial mediante a formação de uma empresa empreendedora do projeto: If any time during the term of this Agreement either party considers that the Joint Company’s financial position or standing generally is or may be impaired, then such party may give notice to the other requesting a review of the financial position of the Joint Company, taking into consideration the contractual obligations of the parties and the Joint Company, and the parties shall forthwith after the giving of such notice meet to review the situation in order to see how it can be remedied”.

<sup>226</sup> MELO, *Contratos internacionais e cláusulas hardship*, p. 111.

uma maneira e forma de garantia aos operadores do comércio para o alcance de seu desiderato. Associadas a essas cláusulas, também se têm condições mundialmente aceitas e aplicadas aos contratos de compra e venda internacionais, a exemplo das *incoterms*, das quais se passa a fazer uma breve análise.

As *incoterms* são consideradas como o resumo dos usos e costumes internacionais nos contratos de compra e venda. Assim, leciona Waldirio Bulgarelli,<sup>227</sup> constituem uma espécie de súmula dos costumes internacionais em matéria de compra e venda, definindo limites de responsabilidades dos contratantes, bem como o momento em que ocorre a tradição. Segundo Guilherme Bergmann Borges Vieira,<sup>228</sup> os *incoterms* do International Chamber of Commerce Trade Terms<sup>229</sup> são regras que foram elaboradas e publicadas pela Câmara de Comércio Internacional – CCI (International Chamber of Commerce – ICC)<sup>230</sup> pela primeira vez em 1936.

Os *incoterms* foram por diversas vezes revisados, conforme relata Vieira,<sup>231</sup> como em 1953, 1967, 1976, 1980, 1990 e, mais recentemente, em janeiro de 2000. Cabe salientar que “o surgimento de uma versão não revoga a anterior, que pode continuar sendo usada”. Por óbvio, as partes deverão mencionar no momento da contratação de qual versão se trata.

Por conta disso compreende-se que os *incoterms* foram criados com o intuito de reger de uma forma mais ampla o comércio internacional e, conseqüentemente, como uma forma de evitar futuros conflitos entre as partes. Trata-se de uma forma pacífica para regular, entre outros pontos, a responsabilidade das partes naquela contratação. Guilherme Bergmann Borges Vieira auxilia na elucidação do tema afirmando:

A função dos Incoterms é definir de forma uniforme as obrigações do vendedor e do comprador em uma operação de compra e venda internacional. A sua grande utilidade reside na eliminação de incertezas quanto a diferentes interpretações de termos equivalentes do comércio internacional, em função de diferentes usos e costumes em diversos países.<sup>232</sup>

---

<sup>227</sup> BULGARELLI, *Contratos mercantis*, p. 218.

<sup>228</sup> VIEIRA, Guilherme Bergmann Borges. *Regulamentação no comércio internacional: aspectos contratuais e implicações práticas*. São Paulo: Aduaneiras, 2002. p. 12.

<sup>229</sup> “Termos internacionais do comércio”. (tradução nossa)

<sup>230</sup> “Instituição não governamental que possui sede em Paris e tem como países membros, dentre outros, Brasil, Argentina, Paraguai e Uruguai. Atua no sentido de criar normas para melhorar as condições de negociação das partes nos contratos internacionais”. VIEIRA, op. cit., p. 12.

<sup>231</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>232</sup> *Ibid.*, p. 13.

É importante destacar que os *incoterms* não influenciam nas demais contratações das partes naquele negócio jurídico, como seguro e transporte das mercadorias. Veja-se, a respeito, o que afirma Osvaldo J. Marzorati:

Por último, a que se destacar que os *incoterms* são aplicáveis às relações entre comprador e vendedor, e nenhuma de suas disposições afeta, nem direta nem indiretamente, às relações de qualquer deles com o transportador. As relações das partes com o transportador se determinam no contrato de transporte. O transporte se transforma num critério fundamental para eleger o *incoterm* adequado. (tradução nossa)<sup>233 234</sup>

Os *incoterms* somente disciplinam, segundo o entendimento de Armando Álvares Garcia Júnior,<sup>235</sup> quando adotados como cláusula no contrato internacional, um momento específico da transação: a exportação/importação da mercadoria. Contudo, sua adoção está longe de disciplinar aspectos como o foro competente para apreciar e decidir as questões decorrentes da execução do contrato.

Assim, os *incoterms* estão compostos por treze especificações (termos), divididos em quatro grupos: Grupo E – saída; Grupo F – transporte principal pago pelo importador; Grupo C – transporte principal pago pelo exportador; Grupo D – chegada.

Desse modo, conclui-se que, como modo de aplicação e operação habitualmente aceito e aplicado no comércio internacional, todos eles são aplicados e utilizados nos contratos celebrados no Brasil, tanto nas importações como nas exportações brasileiras. Dito isso, pode-se concluir que os *incoterms* nada mais são do que cláusulas que diminuem o risco do surgimento de possíveis conflitos entre as partes, dando uma maior segurança aos contratantes.

---

<sup>233</sup> “Por último, hay que destacar que los *incoterms* son aplicables a las relaciones entre comprador y vendedor, y ninguna de sus disposiciones afecta, ni directa ni indirectamente, a las relaciones de cualquiera de ellos con el transportista. Las relaciones de las partes con el transportista se determinan en el contrato de transporte. El transporte se transforma en un critério fundamental para elegir el *incoterm* adecuado”.

<sup>234</sup> MARZORATI, *Derecho de los negocios internacionales*, p. 252.

<sup>235</sup> GARCIA JÚNIOR, Armando Álvares. *Jurisdição internacional em matéria contratual no Mercosul*. São Paulo: Aduaneiras, 2004. p. 109.

### 3.6 APERFEIÇOAMENTO DOS CONTRATOS

Os temas acima analisados, além de imprescindíveis para uma compreensão da compra e venda internacional e seus desdobramentos, também constituem uma construção necessária para se estabelecer o momento do aperfeiçoamento do contrato e, por conseguinte, o local onde este se reputa celebrado. Para os contratos de compra e venda internacionais a definição desse fatores é ainda mais importante, visto que “o problema oferece grande relevância para se apurar qual o foro competente e, no campo do direito internacional privado, qual a lei aplicável”.<sup>236</sup>

No direito internacional, a celebração dos contratos entre presentes não se reveste de especial significação, porém entre ausentes e celebrados por correspondência ou meios tecnológicos<sup>237</sup> transcendem uma problemática substancial, como menciona Osvaldo J. Marzorati:

No direito internacional, a celebração dos contratos entre presentes não reveste especial significação, já que a sua problemática, não fora geralmente considerada no direito internacional privado. Na troca, a celebração de contratos entre ausentes se realiza habitualmente por correspondência ou por troca de faxes (cuja tecnologia desperta uma problemática importante, tanto na determinação do momento da celebração, como o lugar de criação, que recebera diferentes soluções, segundo se trata dos diferentes sistemas jurídicos estudados)”. (tradução nossa)<sup>238 239</sup>

---

<sup>236</sup> RODRIGUES, *Direito civi*, p. 77.

<sup>237</sup> Aquilo que permite estabelecer uma comunicação de forma impessoal, sem presença física, mas a colocar à disposição as informações entre os interlocutores, os quais englobam desde o telefone, telex, fax, até os derivados da internet como e-mails e videoconferências. MARZORATI, *Derecho de los negocios internacionales*, p. 77.

<sup>238</sup> “En el derecho internacional, la celebración de contratos entre presentes no reviste especial significación, ya que su problemática no há sido generalmente considerada en el derecho internacional privado. En cambio, la celebración de contratos entre ausentes se realiza habitualmente por correspondencia o por intercambio de telefaxes (cuya tecnologia despierta una problemática rica, tanto en la determinación del momento de celebración como en el lugar de creación, y que han recibido diferentes soluciones, según se trate de los distintos sistemas jurídicos estudiados)”.

<sup>239</sup> MARZORATI, op. cit., p. 77.

Para se estabelecer esses critérios de aperfeiçoamento dos contratos e uma melhor compreensão sobre tão importante tema, é necessário fazer uma análise das teorias que envolvem tal questão, como as teorias da informação ou cognição, recepção, declaração e expedição, relacionadas por Osvaldo J. Marzorati:

No direito comparado, existem basicamente dois tipos de sistemas para determinar o momento de celebração de um contrato; Spota os chama de: *extremos* (sistema da informação e sistema da declaração) e *intermediários* (sistema da emissão e sistema da recepção). Conhecer o momento da celebração do contrato é fundamental para qualquer negócio jurídico, já que dele dependem, entre outras coisas, o momento desde o qual correm ou regem os prazos do contrato, até mesmo, determinações de preços, transmissões de riscos, possíveis ações, etc. (tradução nossa)<sup>240 241</sup>

Com relação à teoria da informação ou cognição, segundo Caio Mário da Silva Pereira, “considera-se perfeito o contrato quando o proponente toma conhecimento da aceitação do oblato. [...] tem o inconveniente de deixar ao arbítrio do proponente abrir a correspondência e tomar conhecimento da resposta positiva e geradora do ajuste”.<sup>242</sup>

A teoria da informação, como conceitua Washington de Barros Monteiro, é a melhor teoria à lógica jurídica, posto que “não se pode conceber que alguém se vincule, sem ter conhecimento da constituição do vínculo”.<sup>243</sup>

Pela teoria da recepção, “entende-se celebrado o contrato quando o proponente recebe a resposta positiva e geradora do ajuste”.<sup>244</sup> Já, pela teoria da declaração ou agnição, “o contrato aperfeiçoa-se no momento em que o aceitante manifesta a sua anuência”.<sup>245</sup> Segundo Carvalho Santos, de acordo com tal teoria, “o contrato surge mesmo

---

<sup>240</sup> “En el derecho comparado existen basicamente dos tipos de sistemas para determinar el momento de celebración de un contrato; Spota los há llamado: *extremos* (sistema de la información y sistema de la declaración) e *intermedios* (sistema de la emisión y sistema de la recepción). Conocer el momento de la celebración del contrato es fundamental para cualquier negocio jurídico, ya que de él dependem, entre otras cosas, el momento desde el cual corren o rigen los plazos del contrato mismo, determinaciones de precios, transmisiones de riesgo, de posibles acciones, etcétera”.

<sup>241</sup> MARZORATI, *Derecho de los negocios internacionales*, p. 78.

<sup>242</sup> PEREIRA, *Instituições de direito civil*, p. 47.

<sup>243</sup> MONTEIRO, *Curso de direito civil: direito das obrigações*, p. 21.

<sup>244</sup> PEREIRA, op. cit., p. 47.

<sup>245</sup> MONTEIRO, op. cit., p. 21.

que não haja possibilidade do proponente conhecer a resposta, nem se exige que o aceitante transmita ao proponente a sua resposta [...]”.<sup>246</sup>

O Código Civil brasileiro, atento ao que dispõe o artigo 434,<sup>247</sup> adota a teoria da expedição, segundo a qual o contrato é perfectibilizado “no momento em que o oblato escreve a resposta positiva”.<sup>248</sup> Conforme Caio Mário da Silva Pereira, “de todas, a melhor é esta, embora não seja perfeita. Evita, entretanto, o arbítrio dos contratantes e reduz o mínimo a álea de ficar uma declaração de vontade, prene de efeitos, na incerteza de quando se produziu”.<sup>249</sup>

Nessa mesma concepção, para Washington de Barros Monteiro,<sup>250</sup> tal teoria é “a que melhor se ajusta com as necessidades da vida e à natureza das coisas”. Veja-se que basta apenas o envio do aceite por parte de um dos contratantes para que o contrato se perfectibilize e se aperfeiçoe.

É oportuno mencionar as exceções a tal critério, como em caso de, antes da aceitação ou com a aceitação, chegar à retratação do proponente (artigo 433 CC), se o proponente comprometera-se em esperar a resposta, ou se a aceitação não chegar no prazo convencionado, ou seja, “a expedição fecha o contrato; mas ainda há um período, dentro do qual, dada a hipótese, é facultado ao aceitante sustar-lhe o efeito”.<sup>251</sup>

Registre-se que referido critério também se aplica aos contratos celebrados entre ausentes, uma vez que os contratos internacionais são, com raras exceções, celebrados de outra forma ou por partes presentes.

A teoria da aceitação é utilizada por vários países da *common law*, bem como por países do Mercosul, como o Código Civil argentino (artigo 1150),<sup>252</sup> consoante o que relata Osvaldo J. Marzorati:

---

<sup>246</sup> SANTOS, J.M. Carvalho, *Código civil brasileiro interpretado*: art. 1079 a 1121. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. p. 118.

<sup>247</sup> “Corresponde ao artigo 1086 do Código Civil de 1916.

Art. 434. Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida, exceto:

I – no caso do artigo antecedente;

II – se o proponente se houver comprometido a esperar resposta;

III – se ela não chegar no prazo convencionado”. BRASILEIRO. *Código civil*. 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 434.

<sup>248</sup> PEREIRA, *Instituições de direito civil*, p. 47.

<sup>249</sup> *Ibid.*, p. 47.

<sup>250</sup> MONTEIRO, *Curso de direito civil: direito das obrigações*, p. 21.

<sup>251</sup> SANTOS, *Código civil brasileiro interpretado*: art. 1079 a 1121, p. 122.

<sup>252</sup> “Art.1150. Las ofertas pueden ser retractadas mientras no hayan sido aceptadas, a no ser que el que las hubiere hecho, hubiese renunciado a la facultad de retirarlas, o se hubiese obligado al hacerlas, a permanecer en ellas hasta una época determinada”. “Art. 1150. As ofertas podem ser retratadas enquanto não tenham sido aceitas, a não ser que fora renunciada a facultade de retratá-las, ou se tenha obrigado a

Da *emissão* ou “*regra da caixa do correio*”. É o mais difundido dentro dos países da *common law*; lá, o consentimento de cada uma das partes é eficaz desde o momento da emissão. É o sistema também legislado em vários países de direito latino em matéria comercial (França e Espanha) e no artigo 1150 do Cód. Civil argentino; não obstante, nosso legislador, quando deve tratar à respeito da retratação da oferta ou retirada da mesma, diz que se pode fazer antes que o aceite haja chegado ou haja sido recebido pelo destinatário, com o qual, na prática, segue a teoria da recepção, que é a que definitivamente tem em conta para os efeitos que lhe são próprios. De qualquer forma, serve dizer que a oferta produz efeitos ao enviá-la, se a puder revogar antes que chegue ao seu destinatário”. (tradução nossa)<sup>253 254</sup>

Já o Paraguai (artigo 674<sup>255</sup> do Código Civil) e o Uruguai (artigo 1265<sup>256</sup> do Código Civil) adotaram o critério da recepção, ou seja, “a formação do contrato depende de chegar ao proponente a resposta do que aceitou o negócio”.<sup>257</sup>

A Convenção<sup>258</sup> segue a teoria da recepção, como mais adiante analisaremos em detalhe, quer dizer que a oferta produz seus efeitos quando chega ao seu destinatário e até então pode ser revogada. Sem embargo, a redação é um objeto

---

fazê-las, a permanecer com elas por um tempo determinado”. (tradução nossa). MARZORATI, *Derecho de los negocios internacionales*, p. 78.

<sup>253</sup> “1) *De la emisión o “mailbox rule”*. Es el más difundido dentro de los países del *common law*; en él, el consentimiento de cada una de las partes es eficaz desde el momento mismo de emisión. Es el sistema también legislado en varios países de derecho latino en materia comercial (Francia y España) y en el art. 1150 de Cód. Civil argentino; no obstante nuestro codificador, cuando debe tratar acerca de la retractación de la oferta o retiro de la misma, dice que se puede hacer antes que ella haya llegado o haya sido recibida por el destinatario, con lo cual en práctica sigue la teoría de la recepción, que es la que en definitiva tiene en cuenta para los efectos que le son propios. De poço sirve decir que la oferta produce efectos al enviarla, si se la puede revocar antes de que llegue a su destinatario”.

<sup>254</sup> MARZORATI, *Derecho de los negocios internacionales*, p. 78.

<sup>255</sup> “Art. 674. El consentimiento debe manifestarse por oferta y aceptación [...]” Art. 674. O consentimento deve manifestar-se por oferta e aceitação” [...] (tradução nossa). GARCIA JÚNIOR, Armando Álvares. *A lei aplicável aos contratos internacionais*. São Paulo: Aduaneiras, 2000a. p. 86.

<sup>256</sup> “Art.1265. El contrato ajustado por mensajero o por correspondencia epistolar o telegráfica, se perfecciona en el lugar y en el acto en que la respuesta del que aceptó el negocio llega al proponente”.. Art. 1265. O contrato ajustado por mensageiro ou por correspondência epistolar ou telegráfica, se perfecciona no lugar e no ato em que a resposta do aceitante chega ao proponente. *Ibid.*, p. 86

<sup>257</sup> *Ibid.*, p. 86.

<sup>258</sup> O autor se refere ao artigo 15 da Convenção de Viena.

de crítica, já que se prevê também a aceitação tácita manifesta mediante feitos concludentes (ex. pagamento do preço sem comunicar o autor da oferta), o qual representa uma importante exceção ao princípio da recepção”. (tradução nossa)<sup>259 260</sup>

Além dos contratos já mencionados, existem os contratos celebrados por telefone, os quais ainda são feitos em grande escala. Segundo o Código Civil brasileiro, artigo 428, inciso I,<sup>261</sup> tais contratos reputam-se celebrados entre presentes,<sup>262</sup> por conseguinte, “reputam-se concluídos no instante em que o solicitado, a quem foi dirigida a proposta, emite a sua aceitação; a doutrina é firme e não existem dúvidas a respeito”.<sup>263</sup>

Assim, de forma sucessiva, no direito comparado, mais precisamente na Inglaterra, segue-se a mesma regra.

Tendo em vista os contratos por carta ou telegrama, o contrato é celebrado quando e onde a aceitação é entregue no correio. Nessa regra a lei inglesa difere, infelizmente, de muitos países continentais. Onde, mesmo que, se o contrato for feito por telefone ou por telex internacional, nos quais verbal, se não fisicamente, as partes podem ser consideradas como se presentes eis que a comunicação é virtualmente instantânea, o contrato é feito legalmente onde a aceitação é recebida. Nas palavras de Denning L.J.:  
Minha conclusão é, que a regra sobre comunicações instantâneas entre as partes é diferente da regra sobre o correio. O contrato está somente completo quando a aceitação é recebida pelo proponente; e o contrato é feito no lugar onde a aceitação é recebida”.<sup>264 265</sup> (tradução nossa).

---

<sup>259</sup> “La Convención sigue la teoría de la recepción, como más adelante analizaremos en detalle, es decir que la oferta produce sus efectos cuando llega a su destinatario y hasta entonces puede ser revocada. Sin embargo, la redacción es objeto de crítica ya que se prevé también la aceptación tácita manifiesta mediante hechos concluyentes (p.ej., pago del precio, sin comunicar al autor de la oferta), lo cual representa una importante excepción al principio de la recepción”.

<sup>260</sup> MARZORATI, op. cit., p. 79.

<sup>261</sup> “Art. 428. Deixa de ser obrigatória a proposta:

I – se, feita sem prazo a pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Considera-se também presente a pessoa que contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante”. BRASIL. *Código Civil* interpretado conforme a Constituição da República. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, vol. II, p. 41- 42.

<sup>262</sup> No art. 428, o CC enumera as circunstâncias que previstas genericamente na parte final do art. 427, retiram o caráter obrigatório da proposta. A única inovação em relação ao que dispunha o art. 1,081 do CC1916 encontra-se na parte final do inciso I, na qual restou escalrecido que não apenas o contrato celebrado por telefone mas qualquer contrato celebrado por outro meio semelhante é considerado um contrato “entre presentes”. Ibid., p. 42.

<sup>263</sup> MONTEIRO, *Curso de direito civil: direito das obrigações*, p. 20.

<sup>264</sup> “So far as contracts by letter or telegram are concerned, the contract is made when and where the acceptance is handed to the post office. In this rule English law differs, unfortunately, from that of many Continental countries. Where, however, the contract is made by international telephone or telex, in which verbally, if not physically, the parties may be regarded as in each other’s presence and

A definição de que o contrato se aperfeiçoa, bem como o lugar onde se reputa celebrado, é de grande importância, uma vez que tal circunstância irá determinar o lugar de sua celebração, fato de extrema importância para a escolha da lei aplicável ao mesmo. Conforme o artigo 9º, parágrafo 2º,<sup>266</sup> da Lei de Introdução ao Código Civil e artigo 435<sup>267</sup> do Código Civil, o contrato reputa-se concluído no lugar onde residir o proponente. Dessa forma, conforme Silvio Rodrigues,<sup>268</sup> o lugar em que se reputa formado o contrato é onde foi formulada a proposta, da mesma forma que o direito inglês, conforme as supracitadas palavras do jurista inglês Ronald Harry Graveson.

Portanto, como se pode perceber, consoante a ordenamento jurídico pátrio, o contrato de compra e venda internacional entre ausentes reputa-se celebrado no momento em que a resposta for expedida. No caso do contrato celebrado entre presentes, inclusive por telefone ou por meio de comunicação semelhante,<sup>269</sup> será firmado no momento em que o solicitado emite a sua aceitação ao proponente. Ademais, o contrato será celebrado no lugar onde residir o proponente, ponto importante na escolha do direito aplicável a esse.

---

intercommunication is virtually instantaneous, the contract is legally made where the acceptance is received. In the words of Denning L.J.:

My conclusion is, that the rule about instantaneous communications between the parties is different from the rule about the post. The contract is only complete when the acceptance is received by the offeror; and the contract is made at the place where the acceptance is received". Veja-se que, partindo de tal assertiva, os contratos onde o aceite é enviado por e-mail, também reputariam-se instantâneos, por conseguinte entre presentes, fazendo-se necessário que o aceite seja recebido pelo proponente (teoria da recepção)

<sup>265</sup> GRAVESON, *The conflict of laws*, p. 217.

<sup>266</sup> "§ 2º. A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente". NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 128.

<sup>267</sup> "Art. 435. Reputar-se-á celebrado o contrato no lugar em que foi proposto". NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código civil anotado e legislação extravagante*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 392.

<sup>268</sup> RODRIGUES, *Direito civil*. p. 77.

<sup>269</sup> Código Civil Brasileiro, artigo 428, inciso I.

## 4 INTEGRAÇÃO DO MERCOSUL

O Mercado Comum do Sul (Mercosul) é uma organização internacional com personalidade jurídica própria, sede própria, objetivos específicos e integrada por Estados soberanos, ou seja, composto hoje pelos Estados do Cone Sul Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai,<sup>270</sup> estes como Estados Membros, e por Bolívia, Chile, Peru, Colômbia e Equador, como Estados associados, encontrando-se a Venezuela na fase de transição de associado para membro pleno. Neste terceiro capítulo, analisa-se esse processo de integração, passando por sua constituição nos períodos transitório e definitivo, bem como a sua atual situação, averiguando a questão referente à posição e condição das entidades intergovernamentais e supranacionais, suas principais normas e protocolos de criação e desenvolvimento, como o Protocolo de Buenos Aires, e finalizando com uma abordagem sobre a arbitragem no Mercosul.

### 4.1 O PROCESSO DE INTEGRAÇÃO

Antes de adentrar no Mercado Comum do Sul propriamente dito, é conveniente fazer uma breve análise do processo de integração dos quatro países que formaram,

---

<sup>270</sup> Venezuela – Em 2006 foi assinado pelo governo venezuelano o protocolo de adesão ao Mercosul, porém ainda depende o seu ingresso como membro pleno da ratificação dos congressos brasileiro e paraguaio, o que já ocorreu em relação aos congressos argentino e uruguaio. Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2007/07/05/materia.2007-07-05.0608452513/view>>. Acesso em: 17 set. 2007.

inicialmente, o Mercosul para um melhor entendimento da matéria, bem como do seu atual estado de desenvolvimento.

Entre 1951 e 1973, o mundo econômico viu o desenvolvimento de apenas um bloco regional, a Comunidade Econômica Européia. Segundo Rubens Bittencourt,<sup>271</sup> neste período também inúmeras tentativas de integração tiveram êxito e formaram outros blocos regionais, fato ocorrido na América Latina. Porém, fato marcante ocorreu em meados da década 70, quando “os rumos da balança comercial tiveram nova fase, com maior mobilidade do capital e o surgimento de um mercado industrializado que mais tarde viria a ser chamado de ‘Tigres Asiáticos’”.

Nesse caso, Elizabeth Accioly<sup>272</sup> destaca que a queda das fronteiras econômicas na escala mundial serviu para tornar mais estreitas as relações entre os países do chamado Cone Sul.<sup>273</sup> Assim, no início de 1985, Tancredo Neves e Raúl Afonsin,<sup>274</sup> em Buenos Aires, Argentina, decidiram levar adiante uma aproximação política e econômica entre os dois países. Em 30 de novembro do mesmo ano, após a morte de Tancredo Neves, com a inauguração da ponte que o homenageara – a Presidente Tancredo Neves –, dividindo Puerto Iguazu, na Argentina, e Foz do Iguazu, no Brasil, foi firmada entre tais países a Declaração de Iguazu. “Nascia nesse momento o embrião do bloco regional no Cone Sul”.<sup>275</sup>

Além do mais, outros acontecimentos integracionais sobrevieram ao nascimento do Mercosul, como leciona Florisbal de Souza Del’Olmo:

Outros acontecimentos integracionistas sobrevieram, entre eles a assinatura, em julho de 1986, da ata para a Integração Brasil-Argentina e a assinatura do Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento, em novembro de 1988. O auge desse processo de intergração foi atingido, porém, com a assinatura da Ata de Buenos Aires, pelos presidentes então recém-eleitos da Argentina e do Brasil, Carlos Menem e Fernando Collor de Mello, em julho de 1990, documento em que se estipulou a criação de um mercado comum em um prazo de quatro anos e meio (dezembro de 1994).<sup>276</sup>

---

<sup>271</sup> BITTENCOURT, Rubens. *Instituições de direito econômico: Mercosul e globalização*. Curitiba: Juruá, 1996. p. 133.

<sup>272</sup> ACCIOLY, Elisabeth. *Mercosul & União Européia: estrutura jurídico-insitucional*. Curitiba: Juruá, 1996. p. 54.

<sup>273</sup> Denominação utilizada para identificar os países Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai.

<sup>274</sup> Então presidente da Argentina.

<sup>275</sup> ACCIOLY, op. cit., p. 54.

<sup>276</sup> DEL’OLMO, Florisbal de Souza. *Direito internacional privado: abordagens fundamentais - Legislação - jurisprudência*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 195.

Nesse mesmo sentido, segundo Elizabeth Accioly,<sup>277</sup> no ano seguinte mais um estágio seria alcançado, quando da assinatura da Ata para a Integração Brasil – Argentina, a qual criou o Programa de Integração e Cooperação Econômica (PICE). Neste ato foram assinados, segundo Luiz Olavo Baptista, doze protocolos, os quais previam:

(...) comercialização facilitada de bens de capital, trigo, complementação de abastecimento alimentar, expansão comercial; programas conjuntos visando o estudo nos campos da biotecnologia, nuclear, aeronáutica, e econômico: estímulo à circulação de capitais entre os dois países, sob a forma de empresas binacionais; e finalmente uma coordenação no campo da energia.<sup>278</sup>

Além dos protocolos aprovados, vieram diversos outros e anexos de grande relevância para o processo de integração, dentre os quais, segundo Luiz Olavo Baptista,<sup>279</sup> o Anexo I ao Protocolo nº 7, que tinha como objeto a aprovação dos estatutos do Fundo de Investimentos Brasil – Argentina, e o Anexo I ao Protocolo nº 8, o qual registrava a assinatura de um convênio YPF-Petrobras, “visando atividades de exploração e produção de interesse mútuo, e registrar a existência de várias atividades de execução inclusive o início do projeto de gasoduto”.

Ainda seguindo os ensinamentos de Baptista, em nova reunião, no dia 17 de julho de 1987, os governos da Argentina e Brasil firmaram o Programa de Integração e Cooperação Econômica, no qual se previa uma série de anexos tornando-os operativos.<sup>280</sup> O Tratado de Integração, Cooperação e Desenvolvimento (TICD) foi assinado em novembro de 1988, prevendo a conformação de um espaço econômico comum em dez anos e a crescente diminuição de obstáculos alfandegários e não alfandegários, com a gradual liberalização do comércio bilateral.<sup>281</sup>

No entanto, o auge do processo de integração foi atingido com a assinatura da Ata de Buenos Aires, segundo a concepção de Elizabeth Accioly.<sup>282</sup> A ata foi assinada pelos presidentes de Argentina e Brasil, Carlos Menem e Fernando Collor de Mello, quando se

---

<sup>277</sup> ACCIOLY, op. cit., p. 54

<sup>278</sup> BAPTISTA Luiz Olavo. *O Mercosul suas instituições e ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 1998.p. 31

<sup>279</sup> Ibid., p. 31.

<sup>280</sup> Ibid., p. 32.

<sup>281</sup> ACCIOLY, *Mercosul & União Européia: estrutura jurídico-insitucional*, p. 54.

<sup>282</sup> Ibid., p. 54.

estipulou a criação de um mercado comum num prazo de quatro anos e meio, isso em julho de 1990. Após, houve outras adesões:

Às articulações argentina e brasileira para a criação de um bloco regional, logo aderiu o Uruguai, preocupado com o movimento que ameaçava deixá-lo num relativo isolamento econômico; procurou rapidamente interpor-se no novo contexto sub-regional, e, pouco depois, o Paraguai juntou-se igualmente ao exercício de criação do mercado comum do Cone Sul, haja vista a intensidade dos vínculos comerciais com seus vizinhos platinos.<sup>283</sup>

Nas palavras de Florisbal de Souza Del’Olmo, “devido às articulações argentina e brasileira para a criação de um bloco regional, a elas logo aderiu o Uruguai e, pouco depois, o Paraguai, preocupados com o movimento que ameaçava deixá-los economicamente isolados”.<sup>284</sup>

Em 26 de março de 1991 foi assinado o Tratado de Assunção, com o depósito das ratificações necessárias, como explica Rubens Bittencourt.<sup>285</sup> Naquele momento foi criado o Mercado Comum do Sul, reunindo os países do Cone Sul \_ Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai \_ com o intuito de permitir a livre circulação de bens, serviços e fatores produtivos, objetivando sempre o processo de integração econômica, cultural, jurídica e política de tais Estados.

Embora, neste momento formado o bloco pelos quatro países do Cone Sul, a sua efetiva origem deu-se a partir de dois países, a Argentina e o Brasil, segundo Luiz Olavo Baptista<sup>286</sup> sendo considerada como predominantemente bilateral.<sup>287</sup> Dito isso, é de todo oportuno referir acerca da importância e do que vem a estabelecer a assinatura do Tratado de Assunção, o qual, de certa forma, recebeu também a influência do Mercado Comum Europeu.<sup>288</sup> Segundo Florisbal de Souza Del’Olmo, o tratado estabelece que, “(...) entendendo que este objetivo deva se alcançado (...) com base nos princípios de

---

<sup>283</sup> Ibid., p. 54.

<sup>284</sup> DEL’OLMO, *Direito internacional privado: abordagens fundamentais-Legislação-Jurisprudência*, p. 196.

<sup>285</sup> BITTENCOURT, Rubens. *Instituições de direito econômico: Mercosul e globalização*. Curitiba: Juruá, 1996. p. 133.

<sup>286</sup> BAPTISTA, *O Mercosul suas instituições e ordenamento jurídico*, p. 34.

<sup>287</sup> A despeito da origem do Mercosul, cabe mencionar que, além dos acordos entre Brasil e Argentina, sucederam tal instituição a Associação Latino-Americana de Livre Comércio (Alalc) criada pelo Tratado de Montevideu de 1960, e a Associação Latino-Americana de Integração (Aladi), criada pelo Tratado de Montevideu de 1980. Isso tudo também constitui a essência do Mercosul. BAPTISTA, op. cit., p. 36.

<sup>288</sup> Mercado comum semelhante ao Mercosul instituído entre os países da Europa, mas com a diferença de ser uma entidade supranacional.

gradualidade, flexibilidade e equilíbrio (...) o mercado comum estará fundado na reciprocidade e direitos e obrigações entre os Estado-partes”.<sup>289</sup>

Dessa forma, nas palavras proferidas pelo ex-presidente Fernando Henrique Cardoso<sup>290</sup> quando ministro das Relações Exteriores:

A Comunidade Econômica Européia sempre foi um modelo e um desafio para a América Latina. Nos anos 60, acreditávamos que a integração se realizaria exclusivamente em função da vontade política. Não percebíamos naquele momento que por trás do Tratado de Roma havia outros elementos além das cláusulas do próprio Tratado. Anos de aprendizado no acompanhamento cuidadoso dos assuntos da Comunidade e de sua crescente importância como nosso parceiro comercial ensinaram-nos que a integração é o coroamento de um processo progressivo de colaboração entre países que têm em comum algo mais do que suas fronteiras.

Aprendemos que integração significa maiores fluxos de comércio, de investimentos e de cooperação; significa mais do que o mero acréscimo de mercados; que o processo de integração deve ir além da liberalização do comércio; que a integração teria grande impacto sobre certos setores das várias economias envolvidas; que alcançaria não apenas o nível de produção de bens e serviços, mas também o desenvolvimento de tecnologias; e que o processo deveria respeitar as soberanias nacionais, a despeito de todas as concessões voluntárias que eram exigidas enquanto, em muitos aspectos, as fronteiras desapareciam.

A Comunidade Econômica Européia, tomada como modelo, inspirou-nos a realizar projeto similar na América do Sul. Durante anos fortalecemos o comércio intra-regional até vislumbrarmos a possibilidade de promover esse comércio e elevar a patamares crescentes os interesses por ele gerados. Nesse sentido, o MERCOSUL – Mercado Comum do Sul – é um desdobramento do esforço europeu de integração.<sup>291</sup>

Atualmente, o Mercosul, nas palavras de Florisbal de Souza Del’Olmo, encontra-se na segunda fase de integração, mais conhecida como “união aduaneira”, e o eixo central de sua atividade é basicamente econômica e comercial”,<sup>292</sup> tendo aumentado substancialmente a sua composição de bloco econômico na medida em que ocorreram cinco associações e uma adesão.<sup>293</sup> Essa associação se estabelece mediante assinatura de acordos bilaterais,

---

<sup>289</sup> DEL'OLMO, op. cit., p. 196.

<sup>290</sup> O referido texto foi pronunciado pelo então ministro das Relações Exteriores, senador Fernando Henrique Cardoso, no Royal Institute for International Affairs (Chatham House), sobre o tema o Brasil e a integração européia, em 28 de fevereiro de 1993 em Londres – Inglaterra.

<sup>291</sup> Apud ACCIOLY, *Mercosul & União Européia*, p. 53.

<sup>292</sup> DEL'OLMO, *Direito internacional*, p. 196.

<sup>293</sup> O Mercosul tem como Estados associados a [Bolívia \(1996\)](#), [Chile \(1996\)](#), [Peru \(2003\)](#), [Colômbia \(2004\)](#) e [Equador \(2004\)](#). Bolívia, Equador, Colômbia e Peru integram a [Comunidade Andina \(CAN\)](#), bloco com

chamados de Acordos de Complementação Econômica, que são assinados entre o Mercosul e o Estado associado. Tais acordos de associação têm o objetivo de estabelecer cronogramas para incorporação à zona de livre de comércio e gradual redução de tarifas aduaneiras entre o Mercosul e o Estado associado.<sup>294</sup>

A fase da união aduaneira é ponto marcante no avanço do Mercosul e está sendo cumprida apenas no essencial “através da eliminação progressiva do Regime de Adequação (tarifas intra-Mercosul), além da convergência para a Tarifa Externa Comum dos itens que ainda figuram nas listas de exceções dos países”, conforme as informações disponibilizadas pelo Ministério das Relações Exteriores do Brasil.<sup>295</sup>

Com essa análise verifica-se que o processo de integração do Mercosul é longo e, para se chegar à integração definitiva, precisa-se vencer muitas barreiras econômicas, comerciais, políticas, legais e sociais para a manutenção de interesses comuns de um bloco econômico que tem aspirações de comunidade internacional, a exemplo e a reboque da integração perpetrada na Comunidade Européia. A exemplo do Brasil e Argentina, havendo entre estes uma constante histórica de concorrência e rivalidades, foi pela implementação e manutenção do Mercosul que perceberam a importância de sua união; em consequência disso, trabalham continuamente para a consolidação definitiva entre seus membros e associados, porém, entre as reiteradas tentativas na formação de blocos, a única iniciativa integratória que está tendo sucesso e continuidade a do Mercado Comum do Sul.

---

que o Mercosul também firmará um acordo comercial. O Chile formalizou sua associação ao Mercosul em [25 de junho](#) de [1996](#), durante a X Reunião da Cumbre (Cúpula) do Mercosul, na [San Luis, Argentina](#), através da assinatura do Acordo de Complementação Econômica Mercosul-Chile. A [Bolívia](#) formalizou sua adesão na XI Reunião da Cumbre em [Fortaleza \(Brasil\)](#), em [17 de dezembro](#) de [1996](#), mediante a assinatura do Acordo de Complementação Econômica Mercosul-Bolívia. [Peru](#) formaliza sua associação ao Mercosul em [2003](#) pela assinatura do Acordo de Complementação Econômica Mercosul-Peru (CMC N° 39/03). [Colômbia](#), [Equador](#) e [Venezuela](#) formalizam sua associação ao Mercosul em 2004 mediante a assinatura do Acordo de Complementação Econômica Mercosul-Colômbia, Equador e Venezuela (CMC N° 59/04). [Venezuela](#) ratificou o protocolo de entrada em [4 de julho](#) de [2006](#). Durante a XXIX Conferência do Mercosul em [Montevidéu](#) no dia [9 de dezembro](#) de [2005](#), utorgou-se em status de Estado-Membro em processo de adesão, que na prática significa que tinha voz mas não voto. Uma vez que a Venezuela adotou o marco legal, político e comercial do Mercosul na metade de 2006, firmou-se o protocolo para converter-se em Estado-membro. (CMC n° 29/2005). Disponível em: <http://pt.wikipedia.org/wiki/Mercosul>>. Acesso em: 26 mar. 2007.

<sup>294</sup> Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Mercosul>>. Acesso em: 1. abr. 2007.

<sup>295</sup> Disponível em: <[http://www.mre.gov.br/index.php?option=com\\_content&task=view&id=328&Itemid=304](http://www.mre.gov.br/index.php?option=com_content&task=view&id=328&Itemid=304)>. Acesso em: 1 abr. 2007.

## 4.2 OS PERÍODOS TRANSITÓRIO E DEFINITIVO DA INTEGRAÇÃO DO MERCOSUL

Para chegar ao estado e desenvolvimento atual, o Mercosul teve um caminho de muita diplomacia e coordenação política a fim de desvelar a necessidade de integração latente que havia no Cone Sul para o exercício e manutenção do comércio e economia de interesse comum. Segundo Adriane Cláudia Melo Lorentz,<sup>296</sup> a efetiva adesão e formação inicial do bloco dos quatro deu-se pelo Tratado de Assunção, o qual, firmado em 26 de março de 1991 pelos Estados da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, foi aprovado pelo Congresso Nacional brasileiro em 25 de setembro de 1991 e promulgado pelo presidente da República pelo decreto nº 350, de 21 de novembro de 1991, publicado no *Diário Oficial* de 29 de novembro do mesmo ano.

O Tratado de Assunção, segundo Florisbal de Souza Del'Olmo, é “um tratado de caráter eminentemente econômico. Mas o objetivo do Mercosul, não pode reduzir-se a isso. Deve-se buscar a melhora da proteção social e do nível de vida dos seus cidadãos e estabelecer a liberdade de circulação dos trabalhadores”.<sup>297</sup>

Uma das principais características do Mercosul, na opinião de Luiz Olavo Baptista,<sup>298</sup> foi a transitoriedade: “Assim, tivemos uma fase provisória ou transitória, que teve início no Tratado de Assunção, e que culminou com a assinatura do Protocolo de Ouro Preto<sup>299</sup> – fase definitiva”.

Também faz menção à fase transitória Deisy de Freitas Lima Ventura.<sup>300</sup> “O lapso temporal entre o evento da vigência daquele instrumento – Tratado de Assunção – (29 de novembro de 1991) e a data definida, já no seu artigo 1º,<sup>301</sup> para o estabelecimento de um Mercado Comum (31 de dezembro de 1994)”. Segundo o entendimento da autora, foi formada uma estrutura orgânica composta por órgãos de administração e execução –

---

<sup>296</sup> LORENTZ, Adriane Cláudia Melo. *Supranacionalidade no Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2001. p. 97.

<sup>297</sup> DEL'OLMO, *Direito internacional privado*, p. 198-199.

<sup>298</sup> BAPTISTA, *O Mercosul suas instituições e ordenamento jurídico*, p. 35.

<sup>299</sup> O texto do Protocolo de Ouro Preto foi juntado ao presente trabalho sob a forma de anexo, devido a sua importância ao tema proposto.

<sup>300</sup> VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *A ordem jurídica do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 43-45.

<sup>301</sup> “Art. 1. Os Estados-Partes decidem constituir um Mercado Comum, que deverá estar estabelecido a 31 de dezembro de 1994, e que denominará “Mercado Comum do Sul” (MERCOSUL). Disponível em: <<http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/pt/index.htm>> Acesso em: 26 mar. 2007.

Conselho do Mercado Comum (CMC) e Grupo do Mercado Comum (GMC)<sup>302</sup> – dotados de natureza jurídica intergovernamental<sup>303</sup> e com poder decisório.

Ainda é importante discorrer sobre o Tratado de Assunção, conforme referido pela mesma autora nos seguintes termos:

“O objetivo manifesto do Tratado de Assunção (TAs) é a integração econômica entre os signatários. Extrai-se do texto, porém, uma finalidade ainda mais precisa: atingir um modelo determinado de integração, ou seja, o mercado comum, que deveria ser estabelecido em 31 de dezembro de 1994. Assim, o período de transição iniciou-se com a entrada em vigor do TAs, em 29 de novembro de 1991. Os quatro parceiros pretenderam, portanto, atingir um mercado comum em pouco mais de três anos.<sup>304</sup>

Para Florisbal de Souza Del’Olmo, uma das novidades da Reunião de Ouro Preto foi a estrutura institucional do Mercosul, uma vez que, anteriormente, era composta apenas pelo Conselho do Mercado Comum e pelo Grupo Mercado Comum. No relato do autor:

O Conselho é o órgão superior do Mercosul e está incumbido da condução política do processo de integração. Teve, em Ouro Preto, alargadas suas funções (art. 8º do Protocolo). Já o Grupo Mercado Comum, que é o seu órgão executivo, também teve suas atribuições ampliadas. Agora, além desses dois órgãos primordiais, sua estrutura institucional conta com a Comissão de Comércio do Mercosul, a Comissão Parlamentar Conjunta, o Foro Consultivo Econômico-Social e a Secretaria Administrativa do Mercosul, esta já instituída quando do Tratado de Assunção, sendo agora transformada em órgão auxiliar do Mercosul, com sede em Montevidéu.<sup>305</sup>

Dessa forma, “o Conselho do Mercado Comum (CMC) é órgão superior do Mercado Comum, formado pelos Ministros das Relações Exteriores e pelos Ministros da

---

<sup>302</sup> “Art. 9º. A administração e execução do presente Tratado e dos Acordos específicos e decisões que se adotem no quadro jurídico que o mesmo estabelece durante o período de transição estarão a cargo dos seguintes órgãos: a) Conselho do Mercado Comum; b) Grupo do Mercado Comum”. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/msweb/porta1%20intermediario/pt/index.htm>> Acesso em: 26 mar. 2007.

<sup>303</sup> Entende-se ser de natureza jurídica intergovernamental porque o Mercosul não possui caráter supranacional, ou seja, em geral, as normas ou decisões que dele emanam ficarão sujeitas à ratificação pelo ordenamento jurídico interno de cada Estado-Parte. LORENTZ, *Supranacionalidade no Mercosul*, p. 96.

<sup>304</sup> VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *As assimetrias entre o Mercosul e a União Européia*. Barueri:: Manole, 2003. p. 7-8.

<sup>305</sup> DEL’OLMO, *Direito internacional privado*, p. 199.

Economia dos Estados participantes, como salienta o art. 11 do Tratado de Assunção”.<sup>306</sup> Sua competência “é a condução política do mesmo e a tomada de decisões e sua finalidade é para assegurar o cumprimento dos objetivos e prazos estabelecidos para a *constituição* definitiva do Mercado Comum”.<sup>307</sup>

Já O Grupo do Mercado Comum (GMC) é “órgão executivo do Mercado Comum, formado por representantes do Ministério das Relações Exteriores, do Ministério da Economia ou da Fazenda, e do Banco Central, conforme o art. 13 do Tratado de Assunção,”<sup>308</sup> e suas competências são:

- velar pelo cumprimento do Tratado;
- tomar as providências necessárias ao cumprimento das decisões adotadas pelo Conselho;
- propor medidas concretas tendentes à aplicação do Programa de Liberação Comercial, à coordenação de política macroeconômica e à negociação de Acordos frente à terceiros;
- fixar programas de trabalho que assegurem avanços para o estabelecimento do Mercado Comum.<sup>309</sup>

Além do mais, é oportuno referir que o Tratado de Assunção, na concepção de Deisy de Freitas Lima Ventura,<sup>310</sup> trouxe uma disposição acerca dos idiomas oficiais do mercado comum, conforme expresso no seu artigo 17<sup>311</sup> – português e espanhol.

De acordo com o exposto, as disposições elaboradas foram criadas para ordenar durante a base no período provisório, isto é, o período que antecederia a instalação de um mercado comum. O artigo 18<sup>312</sup> do tratado estabeleceu que em 31 de dezembro de 1994 os Estados Partes determinariam a estrutura institucional definitiva do Mercosul.<sup>313</sup>

---

<sup>306</sup> “Art. 11. O Conselho estará integrado pelos Ministros das Relações Exteriores e os Ministros de Economia dos Estados-Partes”. LORENTZ, *Supranacionalidade no Mercosul*, p. 44.

<sup>307</sup> VENTURA, *A ordem jurídica do Mercosul*, p. 44.

<sup>308</sup> “Art. 14. O Grupo Mercado Comum estará integrado por quatro membros titulares e quatro membros alternos por país, que representem os seguintes órgãos públicos: Ministério das Relações Exteriores, Ministério da Economia ou seus equivalentes (áreas da indústria, comércio exterior e ou coordenação econômica), Banco Central”. LORENTZ, *Supranacionalidade no Mercosul*, p. 44.

<sup>309</sup> Disponível em: <<http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/pt/index.htm>> Acesso em: 26. mar. 2007.

<sup>310</sup> VENTURA, *A ordem jurídica do Mercosul*, p. 43.

<sup>311</sup> “Art. 17. Os idiomas oficiais do Mercado Comum serão o português e o espanhol e a versão oficial dos documentos de trabalho será a do idioma do país sede de cada reunião”. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/pt/index.htm>> Acesso em: 26 mar. 2007.

<sup>312</sup> “Art. 18. Antes do estabelecimento do Mercado Comum, a 31.12.94, os Estados-Partes convocarão uma reunião extraordinária com o objetivo de determinar a estrutura institucional definitiva dos órgãos de administração do Mercado Comum, assim como as atribuições específicas de cada um deles e seu sistema de tomada de decisões”. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/pt/index.htm>> Acesso em: 26 mar. 2007.

<sup>313</sup> VENTURA, op. cit., p. 43.

Na intenção dos seus autores ficou claro que à medida em que os objetivos fixados pelo Tratado de Assunção fossem sendo atingidos, e que a realidade o impusesse, ocorreria a criação de estruturas próprias ao MERCOSUL, sendo que estas serão discutidas, implantadas, e provavelmente refeitas, até que possam tomar forma mais permanente.<sup>314</sup>

Segundo Adriane Cláudia Melo Lorentz, “para se determinar qual seria e que natureza teria a nova estrutura institucional do Mercosul, foi criado pelo Grupo Mercado Comum, um Grupo *Ad Hoc*<sup>315</sup> sobre aspectos institucionais, bem como foram realizados diversos encontros de discussões”.<sup>316</sup>

Após tais discussões, foi firmado o Protocolo de Ouro Preto, que foi divulgado na VII Reunião do Conselho do Mercado Comum, realizada em 17 de dezembro de 1994 na histórica cidade de Ouro Preto, em Minas Gerais, e apresenta a estrutura institucional definitiva do Mercosul, dotada de característica intergovernamental.<sup>317</sup> Este protocolo, como dando outro grande passo na integração, criou a estrutura institucional do Mercosul, dotando-o de personalidade jurídica internacional e, como foi disposto no artigo 34 do protocolo, o Mercosul “terá personalidade jurídica de Direito Internacional”.<sup>318</sup>

Quando da criação do Protocolo de Ouro Preto, este sustentou e originou fóruns intergovernamentais: “ele manteve ou criou alguns fóruns intergovernamentais, onde estão representados os interesses de cada Estado Parte, cujas decisões dependem da posterior ratificação pelas ordens nacionais”.<sup>319</sup> Destarte, o seu caráter intergovernamental firma-se na natureza da sua concepção:

Findo o período de transição, os quatro Estados-Membros, através do Protocolo de Ouro Preto, assinado em 17 de dezembro de 1994, confirmaram o Sistema de Controvérsias e apresentaram a estrutura institucional definitiva do MERCOSUL.

Na mesma ocasião, quando do Protocolo de Ouro Preto, o MERCOSUL foi dotado de personalidade jurídica internacional, disposição que habilita o Conselho do Mercado Comum a firmar acordos com outros países ou grupos de

---

<sup>314</sup> BAPTISTA, *O Mercosul suas instituições e ordenamento jurídico*, p. 39.

<sup>315</sup> Grupo de discussões e pesquisas representado pelos quatro Estados-parte à respeito da viabilidade de uma instituição definitiva para o Mercosul.

<sup>316</sup> LORENTZ, *Supranacionalidade no Mercosul*, p. 98-99.

<sup>317</sup> DEL'OLMO, *Direito internacional privado*, p. 199.

<sup>318</sup> *Ibid.*, p. 199-200.

<sup>319</sup> VENTURA, *A ordem jurídica do Mercosul*, p. 56.

países em nome do Mercado Comum do Sul, e a representar os governos nacionais no relacionamento externo do MERCOSUL, sem, no entanto, substituí-los.<sup>320</sup>

É de se destacar também que o artigo 2º dispõe da mesma forma sobre essa natureza: “(...) são órgãos com capacidade decisória, de natureza intergovernamental, o Conselho do Mercado Comum, o Grupo Mercado Comum e a Comissão de Comércio do Mercosul”.

Como referido anteriormente, mas agora na concepção de Marcus Rector Toledo Silva,<sup>321</sup> a partir do Protocolo de Ouro Preto o Mercosul foi dotado de personalidade jurídica internacional, podendo praticar todos os atos necessários para a realização de seus objetivos, em especial contratar, adquirir, comparecer em juízo, celebrar acordos de sede, dentre outras prerrogativas.<sup>322</sup>

Segundo Florisbal de Souza Del’Olmo,<sup>323</sup> o órgão superior do mercado comum “é responsável pela condução política e pelas decisões que assegurem o cumprimento dos objetivos e prazos estabelecidos para a constituição,” ou seja, principalmente no que se refere a firmar acordos em nome do mesmo.<sup>324</sup>

O CMC é integrado por ministros das Relações Exteriores e pelos ministros da Economia, ou seus equivalentes dos Estados Partes (art. 4º), e a presidência do órgão é exercida em rotação pelos Estados Partes, em ordem alfabética, pelo período de seis meses (art. 5º).

---

<sup>320</sup> KERBER, Gilberto. *Mercosul e a supranacionalidade*. São Paulo: LTr, 2001. p. 41-42.

<sup>321</sup> SILVA, Marcus Rector Toledo. *Mercosul e personalidade jurídica internacional: as relações externas do bloco sub-regional pós-Ouro Preto*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 36

<sup>322</sup> “Art. 34. O MERCOSUL terá personalidade jurídica de Direito Internacional”.

“Art. 35. O MERCOSUL poderá, no uso de suas atribuições, praticar todos os atos necessários à realização de seus objetivos, em especial contratar, adquirir ou alienar bens móveis e imóveis, comparecer em juízo, conservar fundos e fazer transferências”.

“Art. 36. O MERCOSUL celebrará acordos de sede”. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/pt/index.htm>> Acesso em: 26 mar. 2007.

<sup>323</sup> DEL'OLMO, *Direito internacional privado*, p. 200.

<sup>324</sup> “Art. 3º. O Conselho do Mercado Comum é o órgão superior do MERCOSUL ao qual incumbe a condução política do processo de integração e a tomada de decisões para assegurar o cumprimento dos objetivos estabelecidos pelo Tratado de Assunção e para lograr a constituição final do mercado comum.

Art. 8º. São funções e atribuições do Conselho do Mercado Comum:

III – Exercer a titularidade da personalidade jurídica do MERCOSUL;

IV – Negociar, firmar acordos em nome do MERCOSUL com terceiros países, grupos de países e organizações internacionais. Estas funções podem ser delegadas ao Grupo Mercado Comum por mandato expresso nas condições estipuladas no inciso VII do artigo 14”;

Disponível em: <<http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/pt/index.htm>> Acesso em: 26 mar. 2007.

Numa análise sucinta, pode-se dizer que o Protocolo de Ouro Preto “manteve os órgãos do período de transição nos mesmos moldes: O Conselho do Mercado Comum (CMC) e o Grupo do Mercado Comum (GMC)”.<sup>325</sup> Acrescentou-se somente a tais órgãos o poder decisório. Ademais, foi criada a Comissão de Comércio do Mercado Comum (CCM) com o papel auxiliar ao GMC, devendo garantir a política comercial comunitária – artigo 16 – ,também recebendo reclamações. É formada por quatro membros titulares e quatro membros alternados por Estado Partes, a ser coordenada pelo Ministério das Relações Exteriores.<sup>326</sup>

É de se destacar também o escólio de Deisy de Freitas Lima Ventura,<sup>327</sup> quando leciona que o Protocolo de Ouro Preto garantiu outros órgãos desprovidos de capacidade decisória na estrutura institucional definitiva, dentre os quais a Comissão Parlamentar Conjunta (CPC), o Foro Consultivo Econômico Social (FCES) e a Secretaria Administrativa do Mercosul (SAM), com sede em Montevideu e respondendo pelas funções burocráticas.

De outra banda, explica Elisabeth Accioly<sup>328</sup> que, primeiramente, o Mercosul somente era formado por quatro países, mas, com o passar do tempo, outros países conveniaram-se, como o Chile e a Bolívia e, logo após, Colômbia, Equador, Peru e Venezuela. Tais países não possuem o mesmo *status* que os quatro países signatários do Tratado de Assunção, apenas tendo se associado para atingir o primeiro estágio de integração, qual seja, uma efetiva zona de livre comércio dentro dos próximos anos.

Dentre os protocolos citados, também foram ratificados no Mercosul, segundo Maria do Carmo Puccini Caminha,<sup>329</sup> o Protocolo de Brasília, para solução de

---

<sup>325</sup> VENTURA, *A ordem jurídica do Mercosul*, p. 57-58.

<sup>326</sup> “Art. 16. À Comissão de Comércio do MERCOSUL, órgão encarregado de assistir o Grupo Mercado Comum, compete velar pela aplicação dos instrumentos de política comercial comum acordados pelos Estados-Partes para o funcionamento da união aduaneira, bem como acompanhar e revisar os temas e matérias relacionados com as políticas comerciais comuns, com o comércio intra-MERCOSUL e com terceiros países”.

“Art. 17. A Comissão de Comércio do MERCOSUL será integrada por quatro membros titulares e quatro membros alternos por Estado-Parte e será coordenada pelos Ministérios das Relações Exteriores.

Art. 21. Além das funções e atribuições estabelecidas nos artigos 16 e 19 do presente Protocolo, caberá à Comissão de Comércio do MERCOSUL considerar reclamações apresentadas pelas Seções Nacionais da Comissão de Comércio do MERCOSUL, originadas pelos Estados Partes ou em demandas de particulares – pessoas físicas ou jurídicas – relacionadas com as situações previstas nos artigos 1 ou 25 do Protocolo de Brasília, quando estiverem em sua área de competência”. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/pt/index.htm>> Acesso em: 26. de mar. 2007.

<sup>327</sup> VENTURA, *A ordem jurídica do Mercosul*, p. 58.

<sup>328</sup> ACCIOLY, *Mercosul & União Européia*, p. 56.

<sup>329</sup> CAMINHA, Maria do Carmo Puccini. Os juízes do Mercosul e a exterritorialidade dos atos jurisdicionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais. n. 45, ano 11, p. 34–56, out./dez. 2003., 2003. p. 43

controvérsias; o Protocolo de Olivos, também para a solução de controvérsias (aperfeiçoou o sistema de solução de controvérsias proposto pelo Protocolo de Brasília); o Protocolo de Las Lenãs, prevendo a cooperação e assistência jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista e administrativa; o Protocolo de Ushuaia (ratificando a Declaração Presidencial sobre compromisso Democrático no Mercosul e o Protocolo de Adesão àquela Declaração por parte da República da Bolívia e da República do Chile), sobre vigência das instituições democráticas como condição essencial entre os Estados Partes, e o Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdição contratual internacional, o qual merece um estudo detalhado, como se fará a seguir.

Para definir também a natureza institucional do Mercosul, traz-se a abordagem de Ricardo Seitenfus:<sup>330</sup> “Sendo o Mercosul uma organização de natureza intergovernamental, a vigência das regras resultantes do funcionamento das instituições com poder decisório depende da internalização dessas decisões pelas ordens jurídicas internas dos Estados-partes”. Essa afirmação ganha relevância pela sua propriedade no tempo.<sup>331</sup>

Com essa análise, além de se estabelecer o desenvolvimento do Mercosul na linha de criação e autonomia, também se tem clara a conclusão de que, em relação a sua natureza, o Mercosul é intergovernamental, sendo conduzido exclusivamente pelos Executivos nacionais nos órgãos com poderes decisórios. Por outro lado, as sociedades dos Estados Membros, suas populações e setores produtivos, são representadas pela Comissão Parlamentar Conjunta e pelo Foro Consultivo Econômico e Social, entre outros órgãos específicos, porém estes de poder decisório.

#### 4.3 ENTIDADES INTERGOVERNAMENTAIS E SUPRANACIONAIS – RELAÇÃO COMPLEMENTAR

Após essa retrospectiva em relação à natureza e formação do Mercosul, cabe a análise e menção ao artigo 34 do Protocolo de Ouro Preto,<sup>332</sup> que atribui ao Mercosul a condição de personalidade jurídica de direito internacional, como entidade intergovernamental, não supranacional, ou melhor, segundo Leonir Batisti, “inexiste,

---

<sup>330</sup> SEITENFUS, Ricardo. *Manual das organizações internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 221.

<sup>331</sup> DEL'OLMO, *Direito internacional privado*, p. 202.

<sup>332</sup> “Art. 34. O Mercosul terá personalidade jurídica de Direito Internacional”.

assim, uma auto-aplicabilidade de normas. Estas devem ser primeiramente objeto de consenso nos órgãos do MERCOSUL e a seguir internadas nos ordenamentos jurídicos”.<sup>333</sup>

Entretanto, diante da importância do tema e de suas controvérsias de aplicação, é necessário uma análise quanto a essa questão. Para se chegar à definição do que seja a supranacionalidade, pode-se dizer que é aquela pequena parte de sua soberania que os países entregam para a instituição supranacional, residindo aí, segundo Paulo Borba Casella, “a possível relutância dos Estados em transferir competência ou parcelas de sua soberania e tais organizações”.<sup>334</sup>

Na concepção de Adriane Cláudia Melo Lorentz, a supranacionalidade “é uma característica que não pode ser explanada pelo direito internacional clássico, tampouco pelo direito interno. Mas pode ser explicada por um novo ramo do direito: o direito comunitário, que assim como o conceito, é de formação recente”.<sup>335</sup>

Para esta análise e de eventual idéia de aplicação ao Mercosul, necessita-se, primeiramente, identificar as principais características do direito comunitário e, por conseguinte, definir a supranacionalidade – característica principal daquele ramo do direito. As características do direito comunitário são assim definidas:

- a) especificidade: o direito comunitário está baseado em um princípio de supranacionalidade. O direito internacional público, no de coordenação e cooperação. Isso ocorre na intergovernabilidade, caso do Mercosul, que não possui um único órgão supranacional, inconfundível e superior aos Estados que o compõem.
- b) primazia da ordem jurídica comunitária em face das ordens jurídicas nacionais: Foi o Tribunal de Luxemburgo (Corte de Justiça das Comunidades Européias) quem consagrou o princípio da supremacia absoluta e incondicional sobre o direito interno dos Estados-membros. Tal prevalência não se encontra em nenhum dos tratados constitucionais europeus.
- c) aplicabilidade direta e efeito direto das disposições comunitárias: O ato comunitário não necessita ser transformado em norma de direito interno para entrar em vigor no âmbito externo do Estado, ou seja, a intervenção das autoridades nacionais não é necessária para que o regulamento comunitário seja aplicado no território nacional. Ademais, o direito comunitário originário e derivado obriga diretamente aos cidadãos dos Estados-membros. No direito internacional público, ao contrário, não se reconhece tal capacidade aos particulares, salvo casos excepcionais. Em função do efeito direto do direito

---

<sup>333</sup> BATISTI, Leonir. *Direito do consumidor para o Mercosul: enfoque jurídico e econômico dos blocos de integração*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001. p. 532.

<sup>334</sup> CASSELLA, Paulo Borba. *Mercosul: exigências e perspectivas*. São Paulo: LTR, 1996. p. 101.

<sup>335</sup> LORENTZ, *Supranacionalidade no Mercosul*, p. 20

comunitário, os particulares podem reivindicar os seus direitos perante os juízes nacionais.<sup>336</sup>

Ainda segundo Armando Álvares Garcia Júnior, no caso do Mercosul não existe especificidade nas normas emanadas de seus órgãos com capacidade decisória. Em órgãos intergovernamentais, as normativas adotadas não diferem em natureza das normas de direito internacional público, “não se impõem, por isso, automaticamente, para os Estados Partes, que precisam então internalizá-las”.<sup>337</sup>

Vemos, portanto, que as normas editadas no âmbito do Mercosul não se incorporam diretamente nos Estados-Partes de *per se*. Não são supranacionais. Na República Federativa do Brasil devem ser essas normas submetidas à apreciação do Congresso Nacional, que expedirá decreto legislativo (promulgado pelo Presidente do Senado Federal, quando então passará a vigor internamente com sua publicação no Diário Oficial da União) e encaminhará ao Chefe do Poder Executivo para promulgação (mediante decreto) e publicação no veículo oficial (Diário Oficial da União). Em resumo, esse é o procedimento contemplado em nosso direito constitucional.<sup>338</sup>

A propósito o artigo 40 do Protocolo de Ouro Preto,<sup>339</sup> expõe que, “uma vez aprovada a norma, os Estados Partes adotarão as medidas necessárias para a sua incorporação ao ordenamento jurídico nacional e comunicarão as mesmas à Secretaria

---

<sup>336</sup> GARCIA JÚNIOR, Armando Álvares. *A lei aplicável aos contratos internacionais*. São Paulo: Aduaneiras, 2000b. p. 39-40

<sup>337</sup> *Ibid.*, p. 40

<sup>338</sup> *Ibid.*, p. 41.

<sup>339</sup> “Artigo 40 - A fim de garantir a vigência simultânea nos Estados Partes das normas emanadas dos órgãos do Mercosul previstos no Artigo 2 deste Protocolo, deverá ser observado o seguinte procedimento:

i) Uma vez aprovada a norma, os Estados Partes adotarão as medidas necessárias para a sua incorporação ao ordenamento jurídico nacional e comunicarão as mesmas à Secretaria Administrativa do Mercosul;

ii) Quando todos os Estados Partes tiverem informado sua incorporação aos respectivos ordenamentos jurídicos internos, a Secretaria Administrativa do Mercosul comunicará o fato a cada Estado Parte;

iii) As normas entrarão em vigor simultaneamente nos Estados Partes 30 dias após a data da comunicação efetuada pela Secretaria Administrativa do Mercosul, nos termos do item anterior. Com esse objetivo, os Estados Partes, dentro do prazo acima, darão publicidade do início da vigência das referidas normas por intermédio de seus respectivos diários oficiais”. Disponível em: <[http://www.mercosur.int/msweb/portal% 20intermediario/pt/index.htm](http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/pt/index.htm)> Acesso em: 26 mar. 2007.

Administrativa do MERCOSUL”, exemplo clássico da ausência do caráter supranacional do Mercosul.

E quanto a esta incorporação ao ordenamento jurídico nacional, o artigo 42 do mesmo protocolo,<sup>340</sup> contrariamente ao que dispõe o artigo 40, permite a interpretação de que a incorporação não seja a regra, dispõe que esta seja feita somente “quando necessário”, deixando a interpretação à cada Estado que poderá considerar que já está a regra incorporada ao ordenamento nacional, ou até mesmo fazê-la somente de forma parcial, como refere Deisy Ventura ao comentar referidas regras, que assim “os governos nacionais dispõem de um poder discricionário sobre a oportunidade da transposição e sobre a forma pela qual serão transpostos os atos comunitários”.<sup>341</sup>

Segundo João Mota de Campos,<sup>342</sup> é necessário fazer referência, como exemplo de direito comunitário, à Comunidade Européia, cujas normas são hierarquicamente superiores e de aplicabilidade direta nos Estados Membros, ou seja, a sua supranacionalidade como órgão internacional permite a aplicabilidade direta da norma. Nesse mesmo contexto, há o Tribunal Europeu, o qual refere em suas decisões, nas palavras de Márcio Monteiro Reis, que “o ordenamento comunitário é fonte imediata de direitos e obrigações”.<sup>343</sup> Isso é referendado pela doutrina argentina nas colocações do jurista Luis Alejandro Estoup,<sup>344</sup> quando da análise dos princípios do direito comunitário europeu em estudos do Mercosul:

Do caráter autônomo e independente do Direito Comunitário (DC), o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias (TJCE) desprende os princípios de aplicabilidade direta, invocabilidade direta e supremacia ou primazia, e as teorias de efeito útil e Interpretação teleológica dos tratados”. (tradução nossa)<sup>345 346</sup>

---

<sup>340</sup> “Artigo 42 - As normas emanadas dos órgãos do Mercosul previstos no Artigo 2 deste Protocolo terão caráter obrigatório e deverão, quando necessário, ser incorporadas aos ordenamentos jurídicos nacionais mediante os procedimentos previstos pela legislação de cada país”. Disponível em: <<http://www.mercosur.int/msweb/portal%20intermediario/pt/index.htm>> Acesso em: 26 mar. 2007.

<sup>341</sup> VENTURA, *As assimetrias entre o Mercosul e a União Européia*, p. 150.

<sup>342</sup> MOTA DE CAMPOS, João. *Direito comunitário*. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 557-560

<sup>343</sup> REIS, Márcio Monteiro. *Mercosul, União Européia e Constituição: a integração dos Estados e os ordenamentos jurídicos nacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 200.

<sup>344</sup> O jurista Luis Alejandro Estoup é advogado binacional, no Brasil e Argentina, formado na Universidade de Buenos Aires e pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – e Mestre e Doutor em Direito Comercial pela Universidade de Paris II.

<sup>345</sup> “Del carácter autónomo e independiente del Derecho Comunitário (DC), el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) desprende los principios de aplicabilidad directa, invocabilidad directa y supremacia o primacía, y las teorías de efecto útil e Interpretación teleológica de los tratados”.

Como se pode observar, a supranacionalidade é o elemento principal na caracterização do direito comunitário; por isso, entende-se que a Comunidade Europeia é um organismo de direito comunitário – supranacionalidade de suas normas e decisões. Conforme explica Deisy de Freitas Lima Ventura, “é lugar comum na doutrina europeia a identificação da supranacionalidade como o atributo original da ordem jurídica comunitária”.<sup>347</sup> Com relação à diferença entre organismos intergovernamentais e supranacionais, registra a autora:

A princípio, a diferença básica a ser estabelecida entre organismos intergovernamentais e supranacionais é precisamente a detecção do interesse predominante. Nos primeiros, trata-se de fóruns destinados a cotejar interesses individuais e, se for o caso, harmonizá-los. São marcadamente espaços de negociação, cujas decisões, em existindo, serão aplicadas por iniciativa dos Estados membros.

Entidades supranacionais, pressupõem a negociação em outro nível, para definir o interesse coletivo, através do processo decisório próprio, a serviço do qual elas colocarão em funcionamento uma estrutura independente.<sup>348</sup>

Mas, a maioria dos autores entende que o Mercosul não poderá ser considerado como de natureza comunitária, ou seja, “é possível chegar ao mesmo resultado, isto é, a aplicação prevalente do direito nascido a partir do TA, tendo em conta as normas do MERCOSUL e as disposições próprias do direito brasileiro” (tradução nossa)<sup>349</sup>. Ainda ressalta Alejandro Daniel Perotti, “antecipadamente se dão por reproduzidos, no que corresponda, os argumentos expostos com relação a incongruência de manter a igualdade hierárquica entre o tratado e a lei interna e a conseqüente aplicação da *lex posteriori*”(tradução nossa)<sup>350</sup>.

Além do Protocolo de Ouro Preto, também pode ser considerada como exemplo da vocação de intergovernabilidade do Mercosul a aplicação do Protocolo de Las Leñas, o

---

<sup>346</sup> ESTOUP, Luis Alejandro. Los principios del derecho comunitario europeo: una esperanza para el Mercosul?. *Revista de Derecho del Mercosur*. Buenos Aires: Síntese, n. 5, ano 5, p. 43–63, out/2001. p. 48.

<sup>347</sup> VENTURA, *A ordem jurídica do Mercosul*, p. 30.

<sup>348</sup> *Ibid.*, p. 29.

<sup>349</sup> “es posible llegar al mismo resultado, esto es a la aplicación prevalente del derecho nacido a partir del TA, teniendo em cuenta las normas del MERCOSUR y las disposiciones propias del derecho basileño”.

<sup>350</sup> “antecipadamente se dan por reproducidos, em lo que corresponda, los argumento expuesto con ralción a la incongruencia de mantener la igualdad jerárquica entre el tratado y la ley interna y la consiguiente aplicación de la *lex posteriori*”.

qual prevê a cooperação e assistência jurisdicional em matéria civil, comercial, trabalhista. Maria do Carmo Puccini Caminha discorre acerca deste protocolo de forma mais detalhada:

O PL prevê que as sentenças transitadas em julgado, prolatadas pelo juiz de um país, poderão ser seus efeitos diretamente aplicados em outro Estado-parte do Mercosul, *sem o procedimento da homologação de sentença estrangeira a que estão submetidas todas as demais, provenientes de países de fora da área*. Prevê igualmente a cooperação mediante o fornecimento de informações sobre o direito vigente.<sup>351</sup>

Os Estados Partes do Mercosul aderiram ao Protocolo de Las Leñas em consequência do princípio *lex posterior derogat legi priori*;<sup>352</sup> sendo assim, estaria de qualquer forma garantida a uniformização do sistema, com a coerente aplicação da norma internacional, na afirmação de Maria do Carmo Puccini Caminha.<sup>353</sup> A autora complementa dizendo que os Estados Partes do Mercosul, menos o Brasil, onde como se sabe, a homologação de sentenças estrangeiras e cartas rogatórias é matéria constitucional,<sup>354</sup> já os outros Estados Partes possuem regulamento infraconstitucional para tal matéria.

No Protocolo de Ouro Preto, estão dispostas as competências dos órgãos do Mercosul, porém é necessário, além do texto dispositivo, levar-se em conta o sistema de tomada de decisões desses órgãos, pois a execução decorrente dessa tomada de decisões jamais foi, na prática, atribuída às instituições comuns. Diferentemente da Comunidade Européia e de sua estrutura orgânica, que comporta instituições intergovernamentais e entidades supranacionais e onde o direito europeu demonstra ser possível associar essas técnicas, e também onde a primeira, historicamente, sempre esteve presente, pode-se observar que as normas emanadas do Mercosul são consideradas não supranacionais, uma vez que, mesmo estando integradas nos sistemas nacionais podem não ser aplicadas pelos tribunais. Esta disfunção se deve claramente à ausência de instituições supranacionais, as

---

<sup>351</sup> CAMINHA, *Os juízes do Mercosul e a extraterritorialidade dos atos jurisdicionais*, p. 49.

<sup>352</sup> O significado de referida expressão em latim é lei posterior revoga lei anterior.

<sup>353</sup> CAMINHA, *op. cit.*, p. 50.

<sup>354</sup> “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente:

*h)* a homologação das sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias, que podem ser conferidas pelo regimento interno a seu Presidente”; NERY JÚNIOR; NERY, *Constituição Federal comentada*, p. 276.

quais poderiam garantir aos órgãos do Mercosul o exercício de suas competências, como referido por Deisy de Freitas Lima Ventura.<sup>355</sup>

Aponta também a autora que no Mercosul o problema das competências coloca-se diferente em dois planos, os quais indicam ao menos duas razões para afastar, sem dificuldades, o velho dilema “supranacionalidade *versus* intergovernamentalidade”, outrora tido como a chave da evolução das instituições do Mercosul”,<sup>356</sup> quais sejam:

*Primo*, os Estados-membros submetem, de fato, alguns campos de sua atividade política e econômica à discussão coletiva, a fim de coordenar suas posições a respeito desses temas e, se for o caso, criar normas comuns sobre ditas matérias. *Secundo*, tudo o que diz respeito à execução das medidas de coordenação ou aplicação das normas comuns compete aos Estados-membros no âmbito de seus respectivos territórios.<sup>357</sup>

Nesse aspecto, falta ao Mercosul esta técnica de implementação das convenções produzidas em consenso no foro intergovernamental pelos Estados-Membros, inexistindo autonomia para a execução das decisões coletivas. Para que o Mercosul aspire, futuramente, à criação de entidades supranacionais para a aplicação de suas competências e tenha suas normas como de direito comunitário, é necessário que os Estados Partes trabalhem no sentido de ajustar suas normas internas às normas que de lá – Mercosul – emanarem.

É importante destacar que a visão do Mercosul, desde o ângulo político, merece as máximas qualificações; não resulta, assim, da visão do mundo jurídico do Mercosul, em que tudo está por fazer, existindo somente embriões de entidades comunitárias, o que motivou os juristas a mencionar acerca da necessidade de harmonizar as legislações internas dos países membros para fortalecer o compromisso de integração mediante uma série de atos sucessivos, que passam pela coordenação da legislação nacional vigente, a aproximação e finalmente a unificação da legislação”. (tradução nossa).<sup>358 359</sup>

---

<sup>355</sup> VENTURA, *As assimetrias entre o Mercosul e a União Européia*, p. 100-101.

<sup>356</sup> *Ibid.*, p. 101.

<sup>357</sup> *Ibid.*, p. 101.

<sup>358</sup> “Es importante destacar que la visión del Mercosur, desde el ángulo político, merece las máximas calificaciones; no resulta así la visión del mundo jurídico de Mercosur, en el que todo está por hacerse, existiendo solamente embriones de entidades comunes, lo que há motivado a que los juristas hayan mencionado la necesidad de armonizar las legislaciones internas de los países miembros para fortalecer el compromiso de la integración, mediante una serie de actos sucesivos, que pasan por la coordinación de la legislación nacional vigente, la aproximación y finalmente la unificación de la legislación”.

<sup>359</sup> MARZORATI, *Derecho de los negocios internacionales*, p. 203

Diante das razões argüidas, o Mercosul é um órgão intergovernamental, não supranacional, tendo em vista o que determina o Protocolo de Ouro Preto, bem como o fato de suas normas, em geral, não terem aplicação direta e efetiva nos Estados que o compõem, faltando-lhe para a execução de suas competências a supranacionalidade dos órgãos que compõem a sua estrutura orgânica, uma vez que “a relação entre essas duas categorias é portanto complementar, e não conflitante”.<sup>360</sup>

#### 4.4 O PROTOCOLO DE BUENOS AIRES

Tendo em vista os protocolos anteriormente indicados e analisados pela sua relevância, especial referência é necessária neste capítulo ao Protocolo de Buenos Aires,<sup>361</sup> uma vez que é norma de direito internacional público e regula a jurisdição contenciosa internacional relativa aos contratos internacionais,<sup>362</sup> com o que ganha propriedade e importância a análise que se realiza.

Mesmo sendo o Protocolo de Buenos Aires pouco conhecido, como explica Armando Álvares Garcia Júnior,<sup>363</sup> existe e está plenamente vigente para os Estados Partes do Mercosul, ou seja, Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai. O protocolo foi oficialmente promulgado em 05 de agosto de 1994, mas somente em 5 de outubro de 1995, através do decreto legislativo nº 129, o Congresso Nacional brasileiro o consagrou; então, foi promulgado executivamente pelo presidente da República mediante o decreto nº 2.095, de 17 de dezembro de 1996.

---

<sup>360</sup> VENTURA, *As assimetrias entre o Mercosul e a União Européia*, p. 102.

<sup>361</sup> O Protocolo de Buenos Aires foi juntado nesta dissertação, dada a sua relevante importância, na íntegra, sob a forma de anexo.

<sup>362</sup> “No direito comparado existe a Convenção de Bruxelas de 1968, ratificada pelos Estados que compõem a Comunidade Européia, a qual permite que as partes escolham livremente o foro aplicável ao seu contrato, em caso de haver controvérsia entre os contratantes”. ARAÚJO. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*, p. 134.

<sup>363</sup> GARCIA JÚNIOR, *A lei aplicável aos contratos internacionais*, p. 15.

O Protocolo de Buenos Aires destina-se à solução de eventual conflito oriundo de um contrato internacional, *in casu*, do contrato de compra e venda de natureza mercantil.<sup>364</sup> Consoante leciona Armando Álvares Garcia Júnior,<sup>365</sup> “norma de direito internacional público, regula a jurisdição contenciosa internacional relativa aos contratos internacionais de natureza civil ou comercial celebrados entre particulares, pessoas físicas ou jurídicas”.

Quanto aos Estados integrantes do Tratado de Assunção, quando se presenciar um negócio empresarial internacional de natureza privada celebrado entre partes contratantes, este também se subordina a norma jurídica do Protocolo de Buenos Aires, eliminando, por consecutivo, as respectivas normas nacionais dos países membros. Daí a fundamental importância desse protocolo nas relações comerciais no âmbito do Mercosul, como também em relação aos objetivos que este estudo almeja.<sup>366</sup>

O Protocolo de Buenos Aires não é somente destinado à aplicação das partes que já possuem domicílio ou sede social dos Estados Partes do Mercosul conforme regualmenta o artigo 1º,<sup>367</sup> mas, sim, se pelo menos uma delas lá tiver seu domicílio. No entendimento de Nádia de Araújo,<sup>368</sup> é necessário que as partes estipulem, antecipada e expressamente, tal cláusula de eleição de foro no contrato cuja discussão se baseia.<sup>369</sup>

---

<sup>364</sup> “Art. 1. O presente Protocolo será aplicado à jurisdição contenciosa internacional relativa aos contratos internacionais de natureza civil ou comercial celebrados entre particulares - pessoas físicas ou jurídicas: a) com domicílio ou sede social em diferentes Estados-Partes do Tratado de Assunção”; Disponível em: < [http://www.camara.gov.br/mercosul/Protocolos/BUENOS\\_AIRES.htm](http://www.camara.gov.br/mercosul/Protocolos/BUENOS_AIRES.htm)>. Acesso em: 30 mar. 2007.

<sup>365</sup> GARCIA JÚNIOR, A *lei aplicável aos contratos internacionais*, p. 15.

<sup>366</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>367</sup> “A noção de domicílio é estabelecida pelo artigo 9º do Protocolo de Buenos Aires, o qual define: Art. 9º. Para os fins do artigo 7º, alínea “b”, considerar-se-á domicílio do demandado:

a) quando se tratar de pessoas físicas:

1. sua residência habitual;
2. subsidiariamente, o centro principal de seus negócios;
3. na ausência destas circunstâncias, o lugar onde se encontrar a simples residência.

b) quando se tratar de pessoa jurídica, a sede principal da administração.

2. Se a pessoa jurídica tiver sucursais, estabelecimentos, agências ou qualquer outra espécie de representação, será considerada domiciliada no lugar onde funcionem, sujeita à jurisdição das autoridades locais, no que concerne às operações que ali pratique. Esta qualificação não obsta o direito do autor de interpor a ação junto ao tribunal da sede principal da administração.

Importante que se ressalte também a concepção de domicílio e residência conforme dicionário jurídico brasileiro: “domicílio é local onde a pessoa exerce sua atividade habitual, enquanto a residência é o local onde ela mora com a intenção de lá permanecer.” ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. *Dicionário jurídico brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.

<sup>368</sup> ARAÚJO, *Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*, p. 82

<sup>369</sup> “Art. 1. [...]”

b) quando pelo menos uma das partes do contrato tenha seu domicílio ou sede social em um Estado-Parte do Tratado de Assunção e, além disso, tenha sido feito um acordo de eleição de foro em favor de um juiz de um Estado-Parte e exista uma conexão razoável segundo as normas de jurisdição deste Protocolo”. Disponível em: < [http://www.camara.gov.br/mercosul/Protocolos/BUENOS\\_AIRES.htm](http://www.camara.gov.br/mercosul/Protocolos/BUENOS_AIRES.htm)> Acesso em: 30 mar. 2007.

Mesmo assim, nem todos os contratos internacionais fazem parte da referida norma, do que são exemplo os contratos elencados no artigo 2º.<sup>370</sup> Observa-se que, somente para constar, dentre tais contratos foi excluída a sua aplicação aos contratos de venda ao consumidor.

O Protocolo de Buenos Aires também traz uma inovação, ou pode-se dizer que o princípio da autonomia da vontade foi positivado, uma vez que permite que as partes escolham por si só a jurisdição aplicável em caso de possível conflito entre contratos internacionais de compra e venda. Além disso, as partes poderão realizar tal convenção além do momento da celebração do contrato, durante a sua vigência ou uma vez suscitado o litígio.<sup>371</sup> Nesse mesmo sentido, Armando Álvares Garcia Júnior<sup>372</sup> explana que a positivação do princípio da autonomia, quanto à liberdade de escolha da jurisdição aplicável ao contrato é uma inovação, uma vez que nenhum dos Estados Partes do Mercosul possui tal afirmação expressa na sua respectiva legislação interna. A permissão ou não de tal liberdade às partes ficava a cargo dos tribunais, sem haver um entendimento uniforme quanto a isso.

Quando as partes tiverem estipulado no contrato expressamente o foro aplicável e uma das partes, em caso de controvérsia, ajuizar a ação em foro diverso do contratado, o

---

<sup>370</sup> “Art. 2. O âmbito de aplicação do presente Protocolo exclui:

1. as relações jurídicas entre os falidos e seus credores e demais procedimentos análogos, especialmente as concordatas;
2. a matéria tratada em acordos no âmbito do direito de família e das sucessões;
3. os contratos de seguridade social;
4. os contratos administrativos;
5. os contratos de trabalho;
6. os contratos de venda ao consumidor;
7. os contratos de transportes;
8. os contratos de seguro;
9. os direitos reais”. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/mercosul/Protocolos/BUENOS\\_AIRES.htm](http://www.camara.gov.br/mercosul/Protocolos/BUENOS_AIRES.htm)>. Acesso em: 30 mar. 2007.

<sup>371</sup> “Art. 5. [...] 1. O acordo de eleição de jurisdição pode realizar-se no momento da celebração do contrato, durante sua vigência ou uma vez suscitado o litígio.

2. A validade e os efeitos de eleição de foro serão regidos pelo direito dos Estados-Partes que teriam jurisdição de conformidade com o estabelecido no presente Protocolo.

3. Em todo caso, será aplicado o direito mais favorável de validade do acordo”. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/mercosul/Protocolos/BUENOS\\_AIRES.htm](http://www.camara.gov.br/mercosul/Protocolos/BUENOS_AIRES.htm)> Acesso em: 30 mar. 2007.

<sup>372</sup> GARCIA JÚNIOR, *A lei aplicável aos contratos internacionais*, p. 97.

réu poderá requerer exceção de incompetência, mas, se apresentar contestação sem manifestar-se acerca do foro, haverá a prorrogação de competência.<sup>373</sup>

Da mesma forma, quando as partes não realizarem a eleição da jurisdição que irá reger sua contratação internacional e houver conflito, o Protocolo de Buenos Aires regulamenta que seja aplicada a jurisdição subsidiária, ou seja, o autor do eventual litígio poderá optar pelo juízo do lugar de cumprimento do contrato, do domicílio do demandado, ou de seu domicílio ou sede social, desde que demonstre ter cumprido a prestação a que se obrigara.<sup>374</sup>

O artigo 7º do Protocolo de Buenos Aires, segundo Armando Álvares Garcia Junior,<sup>375</sup> traz inovações no sentido de permitir ao autor a escolha do juízo aplicável. No caso de o autor optar pela alínea “a” – juízo do lugar de cumprimento do contrato –, torna-se de extrema importância ter-se uma noção de lugar do cumprimento da obrigação nos contratos internacionais. Explica o autor:

O moderno Direito Empresarial Internacional orienta-se no sentido de considerar como elemento distintivo do contrato internacional de compra e venda a entrega da mercadoria. [...]

Em outras palavras, não seria característica distintiva de um contrato internacional a prestação obrigacional de uma das partes consistente no pagamento de certa soma em dinheiro, pois praticamente todos os contratos empresariais possuem esse elemento – essa característica – comum.

Na praxe do comércio internacional localiza-se o elemento característico do contrato na outra prestação obrigacional: entrega das mercadorias, prestação dos serviços, etc.<sup>376</sup>

Note-se que as regras quanto à eleição de jurisdição aplicável são, de certa forma, diferentes das normas apontadas pelos artigos 88<sup>377</sup> e 89<sup>378</sup> do Código de Processo Civil

---

<sup>373</sup> Veja-se que é permitida a prorrogação de competência por tratar-se de competência territorial, por conseguinte, relativa de acordo com o artigo 111 do Código de Processo Civil brasileiro. NERY JÚNIOR, *Constituição Federal Comentada*, p. 318.

<sup>374</sup> “Jurisdição Subsidiária

Art. 7. Na ausência de acordo, têm jurisdição à escolha do autor:

a) o juízo do lugar de cumprimento do contrato;

b) o juízo do domicílio do demandado;

c) o juízo de seu domicílio ou sede social, quando demonstrar que cumpriu sua prestação”. Disponível em: < [http://www.camara.gov.br/mercosul/Protocolos/BUENOS\\_AIRES.htm](http://www.camara.gov.br/mercosul/Protocolos/BUENOS_AIRES.htm) > Acesso em: 30 mar. 2007.

<sup>375</sup> GARCIA JÚNIOR, *A lei aplicável aos contratos internacionais*, 125.

<sup>376</sup> *Ibid.*, p. 142-143.

<sup>377</sup> “Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando:

I – o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;

II – no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

que se referem à competência internacional. O mesmo ocorre, segundo Armando Álvares Garcia Júnior,<sup>379</sup> no que se refere à legislação dos outros três Estados Partes do Mercosul – Argentina, Paraguai e Uruguai –, eis que possuem comandos diferenciados, comparado ao Protocolo de Buenos Aires, quanto à jurisdição aplicável em caso de lides que envolvam partes de Estados distintos. Entretanto, é de extrema importância, conforme Nádia de Araújo,<sup>380</sup> como já vem sendo aplicado pelo Supremo Tribunal Federal. Isso ocorreu em 1999, quando esta corte devolveu uma carta rogatória, n° 8837, ao Paraguai sob o fundamento de que havia a existência no contrato em discussão de uma cláusula de eleição de foro brasileiro que impedia, ao ver do ministro julgador, a citação da parte domiciliada no Brasil, a qual aqui deveria ser acionada, fazendo menção expressa à aplicação, naquele caso, do Protocolo de Buenos Aires.

Quando o Protocolo de Buenos Aires for aplicado de forma efetiva, poderá trazer aos empresários contratantes uma certa segurança nas suas negociações internacionais, as quais estão aumentando de forma significativa, servindo para reforçar o processo de integração dos países que fazem parte do Mercosul. Nesse sentido é o dizer de Osvaldo Marzorati:

De seu conteúdo surge a necessidade de harmonizar as regras de jurisdição internacional dos Estados membros em matéria contratual, já que “em matéria de negócios internacionais, a contratação é a expressão jurídica do comércio, que tem lugar com motivo da integração”. (tradução nossa)<sup>381 382</sup>

Essa análise faz emergir a relevância desta norma internacional para a solução de controvérsias nos contratos de compra e venda que envolvam partes com domicílio em

---

III – ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil.

Parágrafo único. Para o fim do disposto no n.º I, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal”. NEGRÃO, Theotonio. *Código de processo civil*. 39. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 225.

<sup>378</sup> “Art. 89. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:

I – conhecer as ações relativas a imóveis situados no Brasil;

II – proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional”. *Ibid.*, p. 226.

<sup>379</sup> GARCIA JÚNIOR, *A lei aplicável aos contratos internacionais*, p. 18.

<sup>380</sup> ARAÚJO, *Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*, p. 265.

<sup>381</sup> “De su contenido surge la necesidad de armonizar las reglas de jurisdicción internacional de los Estados miembros en materia contractual, ya que “en materia de negocios internacionales, la contratación es la expresión jurídica del comercio, que tiene lugar con motivo de la integración”.

<sup>382</sup> MARZORATI, *Derecho de los negocios internacionales*, p. 30.

algum dos Estados Partes do Mercado Comum do Sul. Para a integração dos Estados-Membros do Mercosul, e também em razão do crescente aumento das relações negociais comerciais, é necessária cada vez mais a existência de normas que as regulem de forma efetiva no sentido de diminuir possíveis inseguranças dos contratantes e para que a busca da integração definitiva se alcance de forma adequada em relação às jurisdições envolvidas.

#### 4.5 ARBITRAGEM NO MERCOSUL

A arbitragem, no âmbito do Mercosul, vem sendo muito utilizada. Por isso, é necessário conhecer alguns aspectos desta técnica procedimental utilizada na solução de controvérsias. Primeiramente, para que se tenha a criação de um Tribunal Arbitral, precipuamente, é necessária a possibilidade de existência de controvérsia em que exista conflito de interesses.

Em virtude do aumento das negociações comerciais no âmbito de Mercosul, a arbitragem tem se apresentado como um recurso crescente aos empresários na solução de eventuais conflitos diante da sua celeridade e objetividade. Para esta análise e ao que se propõe o estudo, aborda-se somente o tema da arbitragem que envolva pessoas físicas ou jurídicas de direito privado, excluindo-se da abordagem o que se refere às pessoas de direito público em razão do seu contexto diferenciado e especializado.

Rubens Bittencourt, sobre conceituação de arbitragem, traz de forma sucinta: “A arbitragem é uma técnica procedimental utilizada na solução de controvérsias, através da participação de pessoas credenciadas por especialização profissional, para atuação extrajudiciária”.<sup>383</sup>

Para Guilherme Bergmann Borges Vieira,<sup>384</sup> a conceituação é mais complexa, definindo a arbitragem como meio de solução de conflitos internacionais em que se faz uso de determinadas regras jurídicas por intermédio de um terceiro escolhido pelas partes em litígio. Contudo, segundo a autora, deve-se ter cuidado visto que,

---

<sup>383</sup> BITTENCOURT, *Instituições de direito econômico: Mercosul e globalização*, p. 83

<sup>384</sup> VIEIRA, *Regulamentação no comércio internacional*, p. 48

no campo processualista, enquanto equivalente jurisdicional, tal figura adquire o mesmo nome e é dos meios mais usuais na história dos substitutivos da jurisdição. Difere-se, contudo, dos bons ofícios, da mediação e da conciliação, pois aquilo que o árbitro decide, adquire caráter obrigatório para as partes. Segundo se depreende da Convenção de Haia, somente as questões de direito podem ser dirimidas via arbitragem.<sup>385</sup>

Quando se fala em arbitragem no Mercosul, necessário se faz também revisar a arbitragem no Brasil, a qual está regulamentada nos termos da lei 9.307/96.<sup>386</sup> No relato de Melissa Carvalho Kano:

O Brasil, apesar do reconhecimento legal da arbitragem desde os tempos da colonização portuguesa, não é um país com grande tradição arbitral, desse modo, o advento de uma lei que dispõe sobre a arbitragem pode levar algum tempo para ser assimilada no dia-a-dia das pessoas. Não se trata de uma tipificação de um ato ilícito que, ao ser praticado, constituirá um crime acarretando a condenação do acusado de acordo com a nova lei. Trata-se de uma atitude voluntária que o Estado disponibiliza às partes que queiram utilizar-se dela para dirimir controvérsias sobre direitos patrimoniais disponíveis.<sup>387</sup>

Segundo Guilherme Bergmann Borges Vieira,<sup>388</sup> a arbitragem possibilita que as partes, mediante acordo, nomeiem uma nova forma de solução de conflitos fora da esfera pública, ou seja, as partes poderão, por meio de um compromisso arbitral, em caso de eventuais divergências, obrigar-se a constituir árbitros que atuarão na solução daqueles conflitos. O autor comenta que tal instituto deve ser mais utilizado no âmbito brasileiro e, conseqüentemente, no Mercosul, tendo em vista suas vantagens:

---

<sup>385</sup> Ibid., p. 48

<sup>386</sup> Lei que rege a arbitragem no Brasil, publicada no *Diário Oficial* em 24 de setembro de 1996.

<sup>387</sup> KANO, Melissa Carvalho. Arbitragem nos países do Mercosul. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Mercosul: integração regional e globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 482.

<sup>388</sup> VIEIRA, op. cit., p. 33.

São várias as vantagens da arbitragem, mas podem ser destacadas a rapidez nas decisões (o árbitro tem um prazo de seis meses para emitir sua sentença arbitral, podendo as partes estipular prazo diferente); o dever de sigilo dos árbitros e a especialização dos mesmos, o que permite que as partes tenham certeza de que o conflito será dirimido por pessoa(s) que realmente entenda(m) do assunto objeto da arbitragem. Cabe salientar, também, que a decisão do árbitro tem a mesma força da decisão de um juiz de direito.<sup>389</sup>

Da mesma forma que o negócio a ser solucionado, a escolha da arbitragem tem caráter contratual: “Os árbitros devem cumprir os prazos estipulados, sob pena de incorrerem em responsabilidade civil”.<sup>390</sup> Os árbitros ainda podem ouvir testemunhas, tomar depoimentos, solicitar perícias.

A lei 9.307/96 prevê em seu artigo 18 que “o árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário”.<sup>391</sup> Portanto, os laudos arbitrais emitidos no Brasil, de acordo com as disposições da lei 9.307/96, não precisam ser homologados para que gozem de eficácia jurídica.

É importante referir que a sentença arbitral, em sua essência, tem requisitos obrigatórios e que deverão ser cumpridos:

[...] o relatório, que conterà os nomes das partes e o resumo da controvérsia; os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade; o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão; e a data e o lugar em que foi proferida. Se houver qualquer erro material ou alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença, esta poderá ser corrigida no prazo de dez dias a contar do requerimento da parte interessada.<sup>392</sup>

A lei 9.307/96 estabelece ainda, de acordo com Melissa Carvalho Kano,<sup>393</sup> que a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes, bem como que estas poderão escolher livremente as regras de direito que serão aplicadas, desde que não

---

<sup>389</sup> Ibid., p. 33-34.

<sup>390</sup> Ibid., p. 34.

<sup>391</sup> KANO, Arbitragem nos países do Mercosul. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Mercosul: integração regional e globalização*. p. 488.

<sup>392</sup> Ibid., p. 488.

<sup>393</sup> Ibid., p. 485.

ofendam a ordem pública e os bons costumes.<sup>394</sup> Adentrando na arbitragem internacional, é mister ressaltar que o parágrafo 2º do artigo 2º da lei também dispõe que as partes poderão convencionar que o juízo arbitral se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais do comércio.<sup>395</sup>

Com a vigência da lei 9.307/96, como salienta Guilherme Bergmann Borges Vieira,<sup>396</sup> é permitido às partes escolherem livremente as regras de direito a serem aplicadas. Dentre essas, as partes poderão fazer uso da já citada *lex mercatoria*, bem como de convenções internacionais acerca da matéria, mesmo que o Brasil não seja signatário e, é claro, desde que não ofenda a ordem pública.

Veja-se que “a instituição arbitral tem como fundamento o princípio da autonomia da vontade. São as partes que decidem como suas controvérsias deverão ser julgadas”.<sup>397</sup> Ainda conforme o autor, no que tange ao Mercosul, a arbitragem é um instituto tradicional em países como a Argentina,<sup>398</sup> Paraguai<sup>399</sup> e Uruguai,<sup>400</sup> ou seja, tais ordenamentos jurídicos prevêm expressamente a possibilidade da submissão de determinadas controvérsias à arbitragem.<sup>401</sup> Destaca-se que todos possuem entendimentos semelhantes ao Brasil quanto à aplicação da arbitragem, eis que fazem parte da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial, firmada no Panamá em 30 de janeiro de 1975, bem como da Convenção de Reconhecimento e Execução das Sentenças Arbitrais Extranjeiras de Nova York, firmada em 10 de junho de 1958, as quais foram baseadas na lei 9.307/96.

Cabe mencionar, segundo Melissa Carvalho Kano, que “as quatro legislações dos países-membros coincidem em autorizar a submissão à arbitragem as controvérsias que têm por objeto direitos disponíveis, de caráter patrimonial, que não afetem a ordem pública

---

<sup>394</sup> “Art. 2º. A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º - Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”. NEGRÃO, *Código civil*, p. 367.

<sup>395</sup> “§ 2º - Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio”. *Ibid.*, p. 367.

<sup>396</sup> VIEIRA, *Regulamentação no comércio internacional*, p. 33.

<sup>397</sup> KANO. Arbitragem nos países do Mercosul. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Mercosul: integração regional e globalização*. p. 481.

<sup>398</sup> O Código de processo civil e Comercial da Nação da Argentina, bem como os códigos provinciais disciplinam o instituto da arbitragem no plano interno. *Ibid.*, p. 481.

<sup>399</sup> O Paraguai autoriza a arbitragem como meio alternativo de solução de conflitos na sua Constituição (art. 248). A disciplina infraconstitucional é feita pelo Código de processo civil (arts. 774 a 835). *Ibid.*, p. 481.

<sup>400</sup> O Código civil uruguaio dispõe regras sobre arbitragem no Código Geral de Processo da República Oriental do Uruguai. *Ibid.*, p. 481.

<sup>401</sup> *Ibid.*, p. 490.

e que sejam suscetíveis de transação”.<sup>402</sup> Em relação à arbitragem a ser utilizada nos conflitos que decorrem de relações comerciais no Mercosul, Lauro da Gama Souza Júnior<sup>403</sup> afirma que “o Mercosul dispõe de dois instrumentos uniformes sobre arbitragem, firmados em Buenos Aires (1988), que todavia ainda não entraram em vigor”. O primeiro é o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, celebrado entre os países-membros, e o segundo é o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional entre o Mercosul, Bolívia e Chile.<sup>404</sup> No entanto, a Argentina é o único país que aprovou os acordos até o momento.<sup>405</sup> Tais acordos, “a partir de sua entrada em vigor, poderão servir para a consolidação jurídica do Mercosul e para a segurança e estabilidade das trocas comerciais que têm lugar no espaço integrado”.<sup>406</sup>

Nesse mesmo sentido, ao tratar do tema, Florisbal de Souza Del’Olmo ressalta que “as decisões do Tribunal Arbitral se darão por laudos, sendo os mesmo inapeláveis, obrigatórios para os Estados-partes interessados na controvérsia, a partir do recebimento da respectiva notificação. Terão, relativamente a eles, força de coisa julgada”.<sup>407</sup>

Complementa essa idéia Melissa Carvalho Kano,<sup>408</sup> referindo que, quanto à execução de laudo arbitral estrangeiro, as quatro legislações exigem a obtenção do *exequatur*,<sup>409</sup> nos mesmos termos estabelecidos para as sentenças estrangeiras. Dessa forma, consoante o artigo 35 da lei 9.307/96,<sup>410</sup> “para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação pelo Supremo Tribunal Federal”.

---

<sup>402</sup> Ibid., p. 491.

<sup>403</sup> SOUZA JR., Lauro da Gama e. Os princípios do Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais e sua aplicação nos países do Mercosul. In: RODAS, João Grandino (Coord.). *Contratos internacionais*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 444.

<sup>404</sup> Os citados acordos de arbitragem foram aprovados pelo Conselho do Mercado Comum por meio das decisões 3/98 e 4/98, respectivamente. SOUZA, Os princípios do Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais e sua aplicação nos países do Mercosul. In: RODAS, *Contratos internacionais*, p. 444.

<sup>405</sup> Lei 25.223 de 24 de novembro de 1999. Ibid., p. 444.

<sup>406</sup> SOUZA, Os princípios do Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais e sua aplicação nos países do Mercosul. In: RODAS, *Contratos internacionais*, p. 444.

<sup>407</sup> DEL’OLMO, *Direito internacional privado*, p. 202.

<sup>408</sup> KANO, Arbitragem nos países do Mercosul. In: CASELLA. *Mercosul: integração regional e globalização*, p. 506

<sup>409</sup> Tais Estados exigem que a sentença seja aprovada, ou melhor, ratificada por seu órgão competente, no caso do Brasil, o Supremo Tribunal Federal. Ibid., p. 506.

<sup>410</sup> “Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal”. NEGRÃO. *Código civil e a legislação civil em vigor*. p. 375.

É com base normativa no Protocolo de Las Leñas, anteriormente referido, que as sentenças podem ser hologadas pelo juízo que requeira a execução, no entanto isso não vem sendo aplicado no Brasil por ser contrário à norma constitucional.<sup>411</sup>

A análise permeada pela arbitragem traz a evidência de que, embora haja uma crescente evolução do comércio e das relações contratuais no âmbito do Mercosul, com o que na mesma proporção também aumentam as controvérsias entre as partes, falta aos países integrantes dar respaldo definitivo aos acordos e tratados levados a termo nas negociações, pois o crescente nível de crescimento das relações necessita cada vez mais de instrumentos eficazes e que dêem, no mesmo sentido, mais segurança para os negócios e contratos celebrados. Como se verificou, em relação à arbitragem está presente o princípio da autonomia da vontade das partes de se submeterem ao juízo arbitral, de forma contratual; portanto, trata-se de instrumento importantíssimo a ser disponibilizado de forma efetiva e definitiva na solução de eventuais conflitos, na medida em que poderá resolvê-los de uma forma mais rápida que o processo judicial comum.

## **5 DIREITO APLICÁVEL À SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS**

No processo de evolução da humanidade que culminou numa modernidade globalizada, foram várias as formas de solução de conflitos, que neste século se definiram pela autotutela, autocomposição, arbitragem e decisão judicial. Nos contratos internacionais e nas relações de comércio existem conflitos entre os contratantes, mas o que realmente preocupa é a problemática do direito aplicável a dar uma solução adequada e recompor a paz social.

Nesse sentido, este último capítulo traz uma análise dos elementos de conexão com uma distinção entre norma e foro aplicáveis, esta em relação às normas jurídicas internacionais e à hierarquia entre os tratados e convenções relacionados ao tema; também verifica a hierarquia entre a norma interna e os tratados e convenções pela suas teorias dualista e monista e o posicionamento brasileiro; por fim, analisa a autonomia da vontade

---

<sup>411</sup> KANO, op. cit., p. 506.

no direito internacional privado pela norma e foro aplicáveis para se chegar ao direito aplicável aos mecanismos de solução de controvérsias.

## 5.1 ELEMENTOS DE CONEXÃO

Na busca do direito aplicável aos contratos de compra e venda mercantil no âmbito do Mercosul, necessário e imprescindível se faz estabelecer os elementos de conexão que se estabelecem pela definição da norma aplicável e pelo foro competente para conhecimento de eventuais controvérsias.

Em razão do rápido desenvolvimento do comércio intenacional, movido, segundo Jairo Silva Melo, “pelo forte interesse econômico que lhe é inerente”, a problemática tem demandado a procura de soluções. Nas palavras do autor:

Esse processo exige dos juristas e legisladore a elaboração de novos medelos contratuais mais adaptáveis às dinâmicas alterações de segurança das partes envolvidas e a adoção de intrumentos e preservação da segurança das partes envolvidas e a adoção de intrumentos flexíveis de adaptação dos contratos às mudanças que ocorrem no curso da sua execução, como as de ordem econômica.<sup>412</sup>

Seguindo esse mesmo raciocínio, Jairo Silva Melo refere que cada vez mais os Estados integrantes da ordem jurídica internacional buscam criar mecanismos que se compatibilizem com os ordenamentos jurídicos internos, não com a intenção de modificá-los, mas, sim, de adaptá-los a situações cada vez mais específicas. Conclui Jairo Silva Melo dizendo que, “notadamente, quando houvesse a necessidade de viabilizar um determinado intervenção de terceiro-relacionamento jurisdicional, criar-se-iam mecanismos de resolução de conflitos legislativos, mediante a indicação de elementos que

---

<sup>412</sup> MELO, *Contratos internacionais e cláusulas hardship*, p. 26.

indicassem qual o direito que deveria ser aplicado na ocorrência do fato jurídico”.<sup>413</sup> Tal função coube ao direito internacional privado. Segundo leciona Nádya de Araújo, “o estudo do Direito dos Contratos Internacionais integra a parte especial do Direito Internacional Privado, quando se analisam as regras de conexão que regem as relações obrigacionais internacionais”.<sup>414</sup>

Enfatiza, dessa mesma forma, Jairo Silva Melo que o direito internacional privado “pretendeu codificar o mecanismo necessário a encontrar o mencionado ‘elemento de conexão’, quando da ocorrência de fatos que envolvessem jurisdições distintas, sendo assimilado por significativa parte dos ordenamentos jurídicos dos Estados contemporâneos”.<sup>415</sup>

Jacob Dolinger<sup>416</sup> explica que, quando se avaliam regras de conexão para relações obrigacionais internacionais, ademais tratando-se de comerciais, está-se perante um direito autônomo designado atualmente como direito internacional econômico. Esta afirmação foi feita por Jacob Dolinger no prefácio à primeira edição da obra de João Grandino Rodas, a qual também trata sobre o tema.

Entretanto, é de se considerar que tanto o estudo do direito internacional privado como o do direito internacional econômico têm dado margem a discussões sobre o nome mais adequado a esta disciplina, mas o fato é que ambas têm por objeto “o conflito de leis no espaço”,<sup>417</sup> ficando a definição por conta dos citados elementos de conexão, ou melhor, da definição de qual direito regerá a discussão contratual.

Mas a solução a qual se busca é: se é o direito que as partes estipularam contratualmente; se é o direito definido no ordenamento jurídico interno do Estado de uma das partes; ou o direito instituído por convenções, protocolos ou tratados, normas internacionais aplicáveis. Fato é que esta questão vem sendo debatida também pelos demais integrantes do Mercosul, colocada de forma adequada nos termos da doutrina de Osvaldo J. Marzorati:

---

<sup>413</sup> Ibid., p. 69.

<sup>414</sup> ARAÚJO, *Contratos internacionais: autonomia da vontade, mercosul e convenções internacionais*, p. 17.

<sup>415</sup> MELO, op. cit., p. 69.

<sup>416</sup> Apud RODAS, João Grandino (Coord). *Contratos internacionais*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 10.

<sup>417</sup> AMORIM, Edgar Carlos de. *Direito internacional privado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 6.

O direito internacional privado compreende, em geral, as relações jurídicas que têm um elemento ostensível ou oculto, estranho ao direito local, onde o interesse comprometido é o direito de uma pessoa privada e a seu respeito se colocam as seguintes questões: a) que lei se aplica, e b) qual é o juiz competente? (tradução nossa)<sup>418 419</sup>

Como o objetivo deste estudo é a apresentação ou indicação do melhor instrumento para a solução de conflitos oriundos de contratos de compra e venda mercantil no âmbito do Mercosul, é necessário que se faça uma análise distinta dos elementos de conexão atentos à lei aplicável, bem como ao foro aplicável em caso de eventuais conflitos.

Quando se fala em direito comparado, ou seja, no sistema da *common law* na aplicação do direito inglês, conforme faz menção José Inácio Gonzaga Franceschini,<sup>420</sup> não faz distinção entre lei aplicável e foro aplicável, tendo em vista a aplicação do sistema de interpretação da *proper law*.

Oportuno indicar que a *proper law* admite que o juízo presume o que as partes almejam no momento da celebração do contrato e aplique a lei que julgar mais conveniente ao caso concreto, ou seja, as partes contratantes escolhem um determinado foro para dirimir eventuais conflitos decorrentes de um contrato, podendo-se presumir que, assim o fazendo, “fora a intenção das partes eleger a *lex fori* como lei vigente da avença”.<sup>421</sup>

Para o sistema da *civil law*, também aplicado nos Estado Partes do Mercosul, segundo a explanação de José Inácio Gonzaga Franceschini,<sup>422</sup> prescreve a distinção entre as competências legislativas e judiciárias, uma vez que tais sistemas não permitem que as partes contratantes no momento que firmaram o contrato seja nomeada a lei aplicável, ou melhor explicando, se as partes escolherem o foro brasileiro para decidir conflito proveniente de seu contrato, isso não quer dizer que a lei a ser aplicada será a brasileira, mas, sim, a lei do país que as normas de direito internacional privado brasileiro

---

<sup>418</sup> “El derecho internacional privado comprende, en cambio, las relaciones jurídicas que tienen un elemento ostensible o oculto, extraño al derecho local, donde el interes comprometido es el derecho de una persona privada y a su respecto se plantean las siguientes cuestiones: a) qué ley se aplica, y b) cuál es el juez competente?”

<sup>419</sup> MARZORATI, *Derecho de los negocios internacionales*, p. 14.

<sup>420</sup> FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais. In: RODAS, João Grandino (Coord.). *Contratos internacionais*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 66-67.

<sup>421</sup> Conforme dispõe Nádia de Araújo, trata-se do sistema unilateral para a solução do conflito de leis em contratos internacionais. ARAÚJO, *Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*, p. 24.

<sup>422</sup> FRANCESCHINI. A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais. In RODAS, *Contratos internacionais*. p. 67.

determinarem.<sup>423</sup> Mas, mesmo assim, existe um certo conflito entre a lei aplicável e foro no Brasil, como explica José Inácio Gonzaga Franceschini: “No direito internacional privado brasileiro vigente, há ainda certa confusão entre lei aplicável e foro, notadamente em função de uma quase irresistível tendência em favor da aplicação da lei do foro aos contratos internacionais [...]”.<sup>424</sup>

Segundo Nádia de Araújo, os tribunais e juízes brasileiros freqüentemente não fazem distinção entre norma e foro aplicável.

Em outro acórdão, posiciona-se o TARS da mesma forma, em prol da competência da justiça brasileira como acima, utilizando a noção do *contrario sensu*, pois seria imperativa a competência da justiça brasileira se as obrigações foram pactuadas no Brasil. Este acórdão também é equivocado, a nosso ver, pois faz confusão entre lei aplicável e jurisdição. Poderia perfeitamente ser aplicável a lei brasileira em outro juízo, assim como poderia ser aplicável uma lei estrangeira em ação intentada no Brasil.<sup>425</sup>

Nesse mesmo sentido, José Inácio Gonzaga Franceschini leciona que no sistema jurídico brasileiro, por determinação da competência judiciária, nos contratos internacionais não há de se confundir jurisdição competente com lei aplicável:

Pode-se afirmar, em resumo, que no sistema jurídico brasileiro a determinação da competência judiciária nos contratos internacionais não tem qualquer influência na verificação da competência legislativa e vice-versa, não havendo confundir jurisdição competente com lei aplicável. Assim sendo, e como conseqüência dessa conclusão, temos que, não admitindo o Direito brasileiro que uma cláusula de foro de eleição implique automática ou indiciária aplicabilidade da *lex fori* para reger um determinado contrato, os tribunais estrangeiros não devem inferir que pela eleição dos tribunais brasileiros (ou de arbitragem no Brasil) para dirimir questões oriundas de uma acordo, tiveram as partes a intenção de eleger a lei brasileira como lei aplicável à avença..<sup>426</sup>

Quanto à possibilidade de os tribunais brasileiros seguirem o entendimento do foro aplicável igual à norma aplicável, estar-se-ia aderindo ao sistema de interpretação da

---

<sup>423</sup> Para Araújo trata-se do sistema multilateral de solução do conflito de leis. ARAÚJO. op. cit., p. 22.

<sup>424</sup> FRANCESCHINI, op. cit., p. 67.

<sup>425</sup> RODAS, op. cit., p. 68

<sup>426</sup> RODAS, *Contratos internacionais*, p. 68.

*proper law of contract*<sup>427</sup> empregado pela Inglaterra e pelos demais países da *common law*. Portanto, faz-se necessário que posteriormente se analise a distinção entre norma aplicável e foro aplicável no âmbito do direito brasileiro, bem como se faça uma breve referência ao entendimento dos demais Estados Partes do Mercosul.

Nos países chamados de *civil law*, que são os Estados Partes do Mercosul, dois caracteres poderão determinar qual a norma irá regulamentar o contrato que se refere às obrigações, sendo o entendimento de Luiz Olavo Baptista,<sup>428</sup> primeiro, o lugar de celebração – *lex loci celebrationis* ou *lex loci contractus*<sup>429</sup> e, segundo, o lugar de execução do contrato – *lex loci executionis* ou *lex loci solutionis*.<sup>430</sup>

O direito brasileiro, por meio do que está regulamentado no artigo 9º, *caput*, da Lei de Introdução do Código Civil, através do decreto - lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.<sup>431</sup> Determina, dessa forma, que a norma aplicável deverá ser a do lugar onde as obrigações se estabelecerem. Todavia, os Estados Partes do Mercosul não têm nenhuma opinião formada quanto à norma aplicável, segundo Armando Álvares Garcia Júnior.<sup>432</sup> Pode-se observar, assim, o que prevê o Código Civil argentino, em seus artigos 1.205 a 1.209,<sup>433</sup> o Código Civil uruguaio, em seu artigo 2.399,<sup>434</sup> e o Código Civil paraguaio, em

---

<sup>427</sup> “Lei apropriada ao contrato”. (tradução nossa)

<sup>428</sup> BAPTISTA, *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas: estudos em homenagem a Irineu Strenger*, p. 29.

<sup>429</sup> “A doutrina da lei do lugar de celebração do contrato foi difundida pela escola francesa, os quais afirmavam que nenhuma lei seria mais adequada na regulação de uma obrigação jurídica do que aquela vigente no lugar onde ela se constituiu”. GARCIA JÚNIOR, *A lei aplicável aos contratos internacionais*, p. 23.

<sup>430</sup> Consoante os ensinamentos de Nádía de Araújo, a teoria de ser aplicável a lei do lugar da execução do contrato, *lex loci executionis*, foi difundida principalmente pelo jurista Frederich Carl von Savigny. ARAÚJO, *Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais*, p. 152-153.

<sup>431</sup> “Art. 9º. Para qualificar e reger obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem”. BRASIL. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. p. 128.

<sup>432</sup> GARCIA JÚNIOR, *A lei aplicável aos contratos internacionais*, p. 18.

<sup>433</sup> “Art.1209. Los contratos celebrados en la República o fuera de ella, que deban ser ejecutados en el territorio del Estado, serán juzgados en cuanto a su validez, naturaleza y obligaciones por las leyes de la República, sean los contratantes nacionales o extranjeros”. Disponível em: <<http://www.redetel.gov.ar/Normativa/Archivos%20de%20Normas/CodigoCivil.htm>>. Acesso em: 1 abr. 2007.

“Art. 1209. Os contratos celebrados na República ou fora dela, que devam ser executados no território do Estado, serão julgados quanto a sua validade, natureza e obrigações pelas leis da República, sejam os contratantes nacionais ou estrangeiros”. (tradução nossa)

<sup>434</sup> “Art. 2399. Los actos jurídicos se rigen, en cuanto a su existencia, naturaleza, validez y efectos, por la ley del lugar de su cumplimiento, de conformidad, por otra parte, con las reglas del interpretación contenidas en los artículos 34 a 38 inclusive del Tratado de Derecho Civil de 1889”. Disponível em: <<http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/codigos/CodigoCivil/2002/L4p2tfa.htm>>. Acesso em: 1 abr. 2007. “Art. 2399. Os atos jurídicos se regem, quanto a sua existência, natureza, validade e efeitos, pela lei do lugar de seu cumprimento, em conformidade, por outro lado, com as regras de interpretação contidas nos artigos 34 a 38 inclusive do Tratado de Direito Civil de 1889”. (tradução nossa)

seu artigo 297,<sup>435</sup> visto que nesses países impõe-se para a dissolução de eventual conflito a lei do lugar de execução do contrato, ou seja, *lex loci executionis*.

Por esse motivo é que surge a inquestionável dúvida quanto à norma aplicável para solução de conflitos oriundos de contratos de compra e venda internacionais no âmbito do Mercosul, *in casu*, uma vez que tais países admitem outras formas de solucionar tal conflito, essas contrárias ao entendimento adotado no Brasil. Oportuno lembrar que o presente estudo tem por escopo analisar a solução dos conflitos internacionais tendo como norte o direito brasileiro, pois, como se sabe, o artigo 9º, em seu par. 2º, da Lei de Introdução do Código Civil consagra que “a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”. Isso significa dizer que é o lugar de onde partiu a oferta.

Cabe ressaltar o posicionamento de Jairo Silva Melo de que, quando houver controvérsia em relação à aplicação da lei, o mais correto a fazer é a aplicação ao contrato de uma lei nacional: “Isso faz com que o comércio internacional não escape à contradição existente entre o caráter internacional das relações comerciais e o caráter nacional do direito que irá reger essas mesmas relações”.<sup>436</sup> E Nádia de Araújo leciona, no mesmo sentido, “que as questões relativas às regras qualificadoras são sempre regidas pela lei local, ou seja, será utilizada a definição do direito brasileiro para determinar o proponente”.<sup>437</sup>

No Brasil, os tribunais têm decidido que a lei aplicável será a do local, podendo-se citar o exemplo da decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, onde tal processo fazia menção de um contrato de resseguro, sendo uma das partes empresa seguradora estrangeira e a outra brasileira. Conforme dispõe a legislação brasileira, em seu

---

<sup>435</sup> “Art. 297. Sin perjuicio de lo dispuesto en este Código sobre la capacidad o incapacidad de las personas, y sobre la forma de los actos, éstos serán exclusivamente regidos, sea cual fuere el lugar de su celebración, en cuanto a su formación, pureza, validez y efectos, por las leyes de la República, cuando hubieren de ser ejecutados en su territorio, o se ejercieren en él acciones por falta de su cumplimiento”. Disponível em: < <http://www.leyes.com.py/rubro3.php?r3=3&titulo=Codigo%20Civil> >. Acesso em: 1 abr. 2007.

“Art. 297. Sem prejuízo do disposto neste código, seja qual for o lugar de sua celebração, e quanto a sua formação, prova e validade e efeitos, pelas leis da República, quando tiverem de ser executados em seu território, ou se exercerem ações por falta de seu cumprimento”. (tradução nossa)

<sup>436</sup> MELO, *Contratos internacionais e cláusulas hardship*, p. 70.

<sup>437</sup> ARAÚJO, *Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro*. In: RODAS, *Contratos internacionais*, p. 207.

artigo 9º, parágrafo 2º, da Lei de Introdução ao Código Civil, e o artigo 435 do Código Civil,<sup>438</sup> reputam-se celebrados na sede do proponente.

Quando há a necessidade de decidir sobre a norma aplicável no Brasil, segundo Nádía de Araújo,<sup>439</sup> os tribunais brasileiros têm decidido e aplicado o artigo 9º da Lei de Introdução do Código Civil, mesmo que seja necessária a aplicação de legislação estrangeira, “pois esta é a regra de conexão por excelência da lei brasileira”. A autora conclui o seu entendimento explanando:

Por fim, veja-se o caso do STF *Banco do Brasil v. Champalimaud* (RE 93.131/MG, RTJ 101/1.149). Sobre um negócio jurídico acordado em Portugal, mas a ser executado no Brasil, já que a ré era uma sociedade aqui estabelecida, decidiu o juiz de 1ª instância ser aplicável a lei portuguesa, por força do disposto no art. 9º da LICC. Na apelação, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais também concordou com a interpretação da 1ª instância e disse ser a lei portuguesa aplicável porque as obrigações haviam sido constituídas em Portugal. Aqui, pelo relatório feito no acórdão do STF, transparece que a discussão em Minas Gerais teria incluído a questão da autonomia da vontade, pois há uma citação a Amílcar de Castro, e sua posição contrária à liberdade das partes em escolher a lei. Dizia o relatório que o local de assinatura do contrato financeiro em Londres não fora considerado como relevante para o deslinde da questão, já que as demais obrigações constituíram-se em Portugal. Isso porque, em sua apelação, pretendiam os apelantes a aplicação da lei inglesa, o que foi descartado pelo autor, pois a discussão cingiu-se às obrigações assumidas em Portugal, e não ao contrato de financiamento, que poderia ser regido pela lei inglesa. Assim, os contratos em litígio teriam sido dois: o celebrado entre o Banco Sotomayor e a ECIL, e aquele entre a ECIL e o autor da ação, Champalimaud. A seguir, mencionou-se novamente no relatório a autonomia da vontade como proibida pela nossa lei, de acordo com os ensinamentos de Amílcar de Castro. Confirmada pela apelação a decisão de 1º grau, chegou ao STF em grau de

---

<sup>438</sup> BRASIL. Agravo de instrumento 1.737/95, Reg. 15.06.1996, p. 1.281 – 1.284, unânime, Des. Martinho Campos, j. 19.12.1995.

<sup>439</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 202.

recurso extraordinário. Em seu voto no RE, o Ministro Moreira Alves voltou aos argumentos do acórdão apelado e entendeu aplicável o direito português, por força do art. 9º da Lei de Introdução. [...] <sup>440</sup>

Outro fenômeno que lembra a norma aplicável é o um *dépeçage*,<sup>441</sup> ou seja, é o fracionamento do contrato. Como diz Nádia de Araújo, “este é um mecanismo pelo qual um contrato ou uma instituição é dividida em diferentes partes, que serão, cada uma delas, submetidas a leis diversas”.<sup>442</sup>

No Brasil o *dépeçage* foi aplicado pelos tribunais, como o Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro. Explica Nádia de Araújo<sup>443</sup> que este tribunal utilizou o *dépeçage* ou fracionamento ao determinar duas leis regentes à mesma situação: para os fatos ocorridos no país estrangeiro que diziam respeito à substância do contrato, a lei estrangeira, e para as questões de execução do contrato, a do local em que fora celebrado, isto é, a lei brasileira.<sup>444</sup> No entanto, quando o contrato de compra e venda de natureza mercantil for celebrado no exterior, conforme explica Nádia de Araújo,<sup>445</sup> tem como lei aplicável a estrangeira, desde que esta legislação não fira princípios como o dos bons costumes e da ordem pública. Assim emana o Supremo Tribunal Federal:

**SENTENÇA ESTRANGEIRA.** CONDENAÇÃO DE EMPRESA BRASILEIRA AO PAGAMENTO DE INDENIZAÇÃO POR DESCUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. REQUISITOS FORMAIS PARA O DEFERIMENTO DO PEDIDO DE **HOMOLOGAÇÃO** OBSERVADOS. AUSÊNCIA, IN CASU, DE AFRONTA A PRINCÍPIOS DE ORDEM PÚBLICA. **SENTENÇA** HOMOLOGADA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIO A JUSTIFICAR O SEU CABIMENTO, NA HIPÓTESE. I - Inexistem os vícios apontados pela embargante, no acórdão embargado, de que consta expressamente: "A legitimidade da requerente para apresentar o pedido homologatório de que se cuida encontra-se evidenciada às fls. 71/82, onde se comprova ter a Dallas Airmotive, Inc. incorporado, por fusão, a International Turbine, Inc., assumindo, dentre outros, todos os direitos da sociedade incorporada (fl. 78 - item d). A decisão **estrangeira**, proferida em grau de apelação, e que se visa homologar, encontra-se traduzida às fls. 32/41; a **sentença** sumária recorrida corresponde às fls. 12/13 e o seu trânsito em julgado,

<sup>440</sup> ARAÚJO, Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro. In: RODAS, *Contratos internacionais*, p. 201-202.

<sup>441</sup> Teoria que aponta a necessidade de se utilizarem diferentes ordenamentos jurídicos para diferentes elementos de um contrato.

<sup>442</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 207.

<sup>443</sup> Ibid., p. 208.

<sup>444</sup> BRASIL. Apelação Cível 50059/86, Reg. 3151, Cód. 86.001.500.59, 4ª Câmara, unânime, Juiz Miguel Pacha, j. 09.09.1986.

<sup>445</sup> ARAÚJO, Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro. In: RODAS, *Contratos internacionais*, p. 207-212.

outrossim, encontra-se atestado à fl. 17, donde se conclui pelo arquivamento dos autos". II - Demais disso, não há mínima razoabilidade na tese de que nulo o julgamento proferido por esta eg. Corte Especial, porquanto o advogado da requerida, ora embargante, não teria sido intimado. É que às fls. 330 consta, inclusive, pedido de adiamento do julgamento, o que evidencia que o nobre procurador não somente foi intimado, mas teve ciência inequívoca da pauta. III - Esclarece-se, ainda, que o requerimento veio desprovido de qualquer justificativa ou fundamentação e foi protocolado neste Tribunal somente às 12h52 do próprio dia da sessão de julgamento. IV - Evidente, portanto, buscar a embargante, apenas, a reforma do julgado, por meio de instrumento processual inidôneo, qual seja, o dos embargos de declaração. V - Embargos de declaração rejeitados. (EDcl na SEC 858/EX. DJ 08.10.2007, p. 188, Rel. Min. Francisco Falcão, Corte Especial).<sup>446</sup>

Destaca-se também, a título de informação, a capacidade da pessoa física quando considerada a lei do Estado de domicílio da pessoa e, quando for o caso de pessoa jurídica, será aplicada à lei do Estado em que se constituírem, nos termos da Lei de Introdução do Código Civil,<sup>447</sup> que no seu par. 1º do artigo 9º refere: se a obrigação for executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será observada, admitindo-se as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.<sup>448</sup>

Dessa forma, conforme regulamenta o artigo 9º da Lei de Introdução do Código Civil, deve-se aplicar na solução de eventual conflito oriundo de contrato internacional, no caso de contrato de compra e venda mercantil, a norma do lugar de celebração deste, ou seja, a *lex loci celebrationis* ou *lex loci contractus*.

E quanto ao foro aplicável? Definida a norma aplicável, cabe buscar a solução em relação ao foro aplicável, lembrando-se que esta análise é feita na ótica do direito interno brasileiro, onde a matéria relativa à competência internacional está disciplinada nos artigos 88 e 89, inciso I, do Código de Processo Civil.<sup>449</sup>

---

<sup>446</sup> BRASIL, *Superior Tribunal de Justiça*. Acórdão EDcl na SEC 858/EX de sentença estrangeira. Rel. Min. Francisco Falcão. Brasília, 19 de setembro de 2007. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=homologação%20sentença%20estrangeira](http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=homologação%20sentença%20estrangeira)>. Acesso em: 6 maio. 2007.

<sup>447</sup> “Art. 7º. A lei do país em que for domiciliada a pessoa determina as regras sobre o começo e o fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família. Art. 11. As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem”. NERY JÚNIOR, *Código Civil anotado e legislação extravagante*, p. 127.

<sup>448</sup> “Parágrafo 1º. Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato”.

<sup>449</sup> “Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando:  
I – o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;  
II – no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;  
III – ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil.  
Parágrafo único. Para o fim do disposto no n.º I, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal”.  
Art. 89. Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:

Nos artigos 88 e 89 do Código de Processo Civil somente está regulamentada a competência do ordenamento jurídico brasileiro. Explana dessa forma Marcelo de Nardi:<sup>450</sup> “Não afastou alguma competência da autoridade judiciária estrangeira que coincida com a autoridade judiciária brasileira [...]”. Confirma-se, pois, a possibilidade de competência da autoridade estrangeira, ou seja, o caso de existir homologação de sentença estrangeira conforme dispõe o artigo 102, inciso I, alínea “h”, da Constituição Federal brasileira, visto que “afirma-se monopolista<sup>451</sup> a jurisdição brasileira, mas admite, após soberano exame de determinados requisitos, a eficácia de decisões tomadas por outras jurisdições”. Ainda nesse sentido, o autor faz menção:

A delimitação de competência estabelecida pelo legislador brasileiro destina-se a regular o exercício da jurisdição no âmbito de influência política do Estado brasileiro, sem desconhecer a possibilidade de solução de conflitos por outros meios que não sua jurisdição monopolística. Embora reconheça essa possibilidade, o legislador interno não lhe outorga o prestígio correspondente ao meio de solução de controvérsias oficial interno, impondo-lhe um filtro de internalização controlado por sua soberania.<sup>452</sup>

Segundo ainda o que assinala o autor:

Em resumo, o sistema jurídico desenvolvido no Brasil fixa monopólio jurisdicional absoluto para si, admitindo a existência, em determinadas hipóteses delimitadas na lei (arts. 88 e 89, do CPC), de meios de solução de controvérsias patrocinados por entes internacionais de igual estrutura soberana, cujos efeitos podem ser experimentados internamente mediante ato de soberania do próprio Estado brasileiro.<sup>453</sup>

Além dos artigos 89 e 88 do Código de Processo Civil, o primeiro prevendo casos de competência exclusiva, e o segundo elencando casos de competência concorrente,

---

I – conhecer as ações relativas a imóveis situados no Brasil; NERY JÚNIOR, *Código Civil anotado e legislação extravagante*, p. 211.

<sup>450</sup> NARDI, Marcelo de. Eleição de foro em contratos internacionais: uma visão brasileira. In: RODAS, *Contratos internacionais*, p. 131.

<sup>451</sup> Com relação ao entendimento monopolista da competência brasileira, tem-se o exemplo do artigo 90 do CPC, o qual não reconhece a litispendência entre ação intentada no exterior e perante o tribunal brasileiro. Veja-se: “Art. 90. A ação intentada perante tribunal estrangeiro não induz litispendência, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas”. BRASIL, *Código de processo civil*, p. 227.

<sup>452</sup> NARDI, op cit., p.133.

<sup>453</sup> NARDI. Eleição de foro em contratos internacionais: uma visão brasileira. In: RODAS, *Contratos internacionais*, p. 134.

admitindo que seja dirimido eventual litígio por autoridade estrangeira,<sup>454</sup> também existem, outras fontes legislativas com relação ao foro aplicável, como regulamenta o artigo 12 da Lei de Introdução do Código Civil,<sup>455</sup> o qual “fora derogado pelo atual Código de Processo Civil”.<sup>456</sup> O autor faz referência à grande importância do Código de Processo Civil quando da sua utilização para poder definir a competência internacional dos juízes brasileiros:

São os dispositivos do CPC os mais relevantes e de uso geral para a definição da competência internacional dos juízes brasileiros. Outros dispositivos esparsos há, vinculados a objetos contratuais específicos, tais como os relacionados com o transporte aeronáutico, ou os contratos administrativos internacionais.<sup>457</sup>

Em suma, sobre o contrato de compra e venda mercantil no âmbito do Mercosul, existem outras fontes legislativas externas que tratam do assunto, como o Protocolo de Buenos Aires, acima analisado, e outros tratados e convenções que serão a seguir estudados, permitindo uma conclusão acerca da solução mais adequada às controvérsias internacionais.

## 5.2 NORMAS JURÍDICAS INTERNACIONAIS

Há também, além das fontes do direito já citadas, como o Protocolo de Buenos Aires, outras fontes externas importantes que têm relação com o tema e são da mesma forma importantes. Uma dessas fontes é a Convenção Interamericana do México sobre o direito aplicável aos contratos internacionais,<sup>458</sup> convenção assinada por todos os Países

---

<sup>454</sup> Ibid., p.134.

<sup>455</sup> “Art. 12. É competente a autoridade judiciária brasileira, quando for o réu domiciliado no Brasil ou aqui tiver de ser cumprida a obrigação. § 1º. Só à autoridade judiciária brasileira compete conhecer das ações relativas a imóveis situados no Brasil. § 2º. A autoridade judiciária brasileira cumprirá, concedido o *exequatur* e segundo a forma estabelecida pela lei brasileira, as diligências deprecadas por autoridades estrangeiras competentes, observando a lei desta, quanto ao objetivo das diligências”. BRASIL, *Código de Processo Civil*, p. 229.

<sup>456</sup> NARDI, op. cit., p.135.

<sup>457</sup> Ibid., p.135.

<sup>458</sup> A Convenção Interamericana do México foi baseada na Convenção de Roma de 1980 sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais, ratificada por todas as nações pertencentes à Comunidade Européia. ARAÚJO. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, mercosul e convenções internacionais*. p.134

Membros do Mercosul sem que, no entanto, estes a tenham ratificado em seus ordenamentos internos.

No artigo 7º da Convenção Interamericana do México, segundo Lauro da Gama Souza Júnior,<sup>459</sup> vêem-se respeitáveis avanços quanto à solução de controvérsias originadas de contratos internacionais, permitindo, dessa forma, que as partes escolham, expressa ou tacitamente, o direito aplicável ao contrato.

Já no artigo 9º da Convenção Interamericana do México regulamenta-se sobre a eleição do direito aplicável, significando que o contrato será administrado pelo direito do Estado que tiver vínculos mais estreitos, mas não se esquecendo de que deverá levar em conta os princípios gerais do direito comercial internacional aceitos por organismos internacionais, portanto, a aplicação do princípio da *proper law*.<sup>460</sup> O artigo 10 da convenção dispõe que “autoriza, quando pertinente, a aplicação de normas, costumes e princípios do direito comercial internacional, em outras palavras, permite a aplicação dos princípios que compõem a *lex mercatoria*”.<sup>461</sup>

Através do projeto de lei nº 4.095/95, a Convenção do México teve sua aplicabilidade no ordenamento brasileiro, mas logo foi retirado do Congresso Nacional pelo Poder Executivo, conforme faz referência Nádia de Araújo:<sup>462</sup> “Teve repercussão no Brasil através de sua influência nos artigos relativos aos contratos internacionais do Projeto de Lei nº 4.095/95”,<sup>463</sup> o qual foi retirado do Congresso Nacional pelo Poder Executivo.

Da mesma forma a Convenção de Havana e de Viena dispõe sobre a natureza contratual dos tratados internacionais, pois aplica as hipóteses de conflito, equiparando os tratados e as leis, a *lex posteriori*. Ainda, estas convenções também abordam a vontade soberana de cada estado que intervem na relação de obrigar-se, conforme os comentários de Alejandro Daniel Perotti:

---

Também é necessário referir as Convenções de Haia, a partir de 1955, e de Viena de 1980, da qual países como Argentina e Uruguai são signatários, eis que essas muito contribuíram na construção da Convenção Interamericana do México, uma vez que permitem a autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável. ARAÚJO, *Contratos internacionais: autonomia da vontade, mercosul e convenções internacionais*, p. 124–133.

<sup>459</sup> SOUZA JR, Os princípios do Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais e sua aplicação nos países do Mercosul. In: RODAS, *Contratos internacionais*, p. 443.

<sup>460</sup> Ibid., p. 443.

<sup>461</sup> Ibid., p. 443.

<sup>462</sup> ARAÚJO, *Contratos internacionais: autonomia da vontade, mercosul e convenções internacionais*, p. 187.

<sup>463</sup> O referido projeto é de autoria da comissão formada pelos professores Jacob Dolinger, João Grandino Rodas, Rubens Limongi França e Inocêncio Mártires Coelho.

Esta disposição se encontra fundada na natureza contratual dos tratados internacionais, descendo em seu caráter de norma bi ou multilateral, conformada a partir da vontade de mais de um sujeito de direito, cada um deles em paridade de condições. Existe antes e depois da aprovação de um acordo internacional uma igualdade jurídica entre os contratantes. Tal equiparação encontra-se na base do consentimento que cada uma das partes tenha outorgado no momento de sancionar a norma convencional. Dentro desta base consensual radica também, salvo exceções expressamente pactuadas, a vontade soberana de cada Estado que intervem em obrigar-se na mesma medida que o outro e os demais internacionais no feito de que este vincule por igual a todas as partes, em princípio, com idêntico alcance e lapso temporal. O ponto de partida no direito internacional convencional é que as partes se obriguem em igualdade de direitos e obrigações. É por isso que a Convenção de Havana – mas vai que isso resulte contido na própria definição de tratado – ressalta na impossibilidade de modificar unilateralmente as disposições de uma norma que tenha nascido em virtude da conjunção de várias vontades.(tradução nossa)<sup>464 465</sup>

O Tratado de Montevideu de 1940<sup>466</sup> não foi agraciado pelo Brasil pelo simples fato de conter dispositivos contrários à lei interna, uma vez que dispõe que não se permite às partes contratantes a liberdade de escolha da norma aplicável ao seu contrato. Conforme esclarece Nádia de Araújo:<sup>467</sup> “O Brasil participou do congresso em que houve a celebração daquele tratado, no entanto não o assinou em virtude de conter dispositivos contrários a sua legislação internacional”, no caso o artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil. Contudo, mesmo assim os demais Estados Partes do Mercosul - Argentina, Paraguai e Uruguai - são signatários do referido tratado.

---

<sup>464</sup> Esta disposición se encuentra fundada en la naturaleza contractual de los tratados internacionales, es decir en su carácter de norma bi o multilateral, conformada a partir de la voluntad de más de un sujeto de derecho, cada uno de ellos en paridad de condiciones. Existe antes y luego de la aprobación de un acuerdo internacional una igualdad jurídica entre los contratantes. Tal equiparación se encuentra en la base del consentimiento que cada una de las partes ha otorgado al momento de sancionar la norma convencional. Dentro de esta base consensual radica también, salvo excepciones expresamente pactadas, la voluntad soberana de cada Estado que interviene en obligarse en la misma medida que el otro o el resto de los internacional el hecho de que éste vincule por igual a todas las partes, en principio, con idéntico alcance y lapso temporal. El punto de partida en el derecho internacional convencional es que las partes se ubiquen en paridad de derechos y obligaciones. Es por ello que la Convención de la Habana – más allá que ello resulte contenido en la propia definición de tratado- hace hincapié en la imposibilidad de modificar unilateralmente las disposiciones de una norma que ha nacido en virtud de la conjunción de varias voluntades.

<sup>465</sup> PEROTTI, *Habilitación constitucional para la integración comunitaria*: estudio sobre los estados del mercosur, p. 176-177.

<sup>466</sup> “Trata-se de um tratado assinado no Segundo Congresso Sul-americano de Direito Internacional Privado de Montevideu. O Brasil participou do congresso, entretanto não assinou o referido tratado em virtude estabelecer como lei aplicável a do lugar de execução do contrato, *lex loci executionis*. O Tratado de Montevideu está ainda vigente nos Estados da Argentina, Paraguai e Uruguai”. ARAÚJO, op cit., p. 153.

<sup>467</sup> *Ibid.*, p. 153.

Ao contrário do Tratado de Montevideu, a Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado<sup>468</sup> foi sancionada por todos os países integrantes do Mercosul e regulamenta a forma de aplicação da norma estrangeira, mais precisamente, nos seus artigos do 1º ao 6º, onde é imprescindível a referência aos artigos 1º<sup>469</sup> e 5º<sup>470</sup> desta convenção.

Com relação à escolha da norma aplicável, adequada seria a solução de que todos os países integrantes do Mercosul ratificassem a Convenção Interamericana do México; dessa forma, estaria a autonomia da vontade positivada, resolvendo-se esta situação jurídica atual de dúvida quanto à norma aplicável para a solução da controvérsia mercantil.

Quando se fala em Código de Bustamante, também conhecido como a Convenção de Direito Internacional Privado de 1928,<sup>471</sup> discorre-se sobre vários assuntos, um dos quais são os contratos internacionais, logo as regras de competência internacional em matéria civil e comercial,. Assim, consente-se aos Estados a liberdade de interpretação do código segundo suas próprias normas internas.<sup>472</sup>

Quando ocorrer conflito entre as partes quanto à escolha do foro aplicável, em relação à competência internacional, o artigo 318 do Código de Bustamante aponta para a seguinte solução: os contratantes têm a liberdade de realizar a escolha do foro aplicável em caso da ocorrência de eventual conflito. Mas, como bem lembrado por Marcelo de Nardi,<sup>473</sup> “desde que haja elemento de fixação de competência relacionado à nacionalidade ou ao domicílio de uma das partes”.<sup>474</sup> Como se pode observar, quanto à norma aplicável nada faz referência em relação à autonomia da vontade; apenas dispõe, no seu artigo

---

<sup>468</sup> Convenção sobre direito internacional privado, realizada em 1979 na cidade de Montevideu – Uruguai, promulgada pelo Decreto n. 1979 de 09 de agosto de 1996. Juris Sintese IOB. Repertório informatizado. CD. n° 63 – Jan-Fev/2007.

<sup>469</sup> “Art. 1º. A determinação da norma jurídica aplicável para reger situações vinculadas com o direito estrangeiro ficará sujeita ao disposto nesta Convenção e nas demais convenções internacionais assinadas, ou que venham a ser assinadas no futuro, em caráter bilateral ou multilateral, pelos Estados-partes”. Juris Sintese IOB. Repertório informatizado. CD. n° 63 – Jan-Fev/2007.

<sup>470</sup> “Art. 5º. A lei declarada aplicável por uma convenção de Direito Internacional Privado poderá não ser aplicada no território do Estado-parte que a considerar manifestamente contrária aos princípios da sua ordem pública”. Juris Sintese IOB. Repertório informatizado. CD. n° 63 – Jan-Fev/2007.

<sup>471</sup> Os demais Estados componentes do Mercosul não são signatários dessa Convenção. NARDI. Eleição de foro em contratos internacionais: uma visão brasileira. In: RODAS, *Contratos internacionais*, p.136

<sup>472</sup> ARAÚJO, *Contratos internacionais*, p. 160.

<sup>473</sup> NARDI, op. cit., p.136.

<sup>474</sup> “Art. 318. O juiz competente, em primeira instância, para conhecer dos pleitos a que dê origem o exercício das ações cíveis e mercantis de qualquer espécie, será aquele a quem os litigantes se submetam expressa ou tacitamente, sempre que um deles, pelo menos, seja nacional do Estado contratante a que o juiz pertença ou tenha nele seu domicílio e salvo direito local, em contrário”. Ibid., p.136.

186,<sup>475</sup> ser aplicável aos contratos, primeiramente, a lei comum às partes e, na sua ausência, a lei do lugar onde o contrato foi celebrado, sendo, assim, o que está disposto no artigo 9º da Lei de Introdução.<sup>476</sup>

Portanto, pode-se dizer que não existe ordenamento jurídico uniforme no âmbito do Mercosul que possa solucionar os conflitos existentes quanto à questão da norma aplicável aos contratos internacionais; há apenas, no âmbito do foro aplicável, o Protocolo de Buenos Aires quanto à jurisdição internacional.

### 5.3 HIERARQUIA ENTRE NORMA INTERNA E TRATADO

Como o presente estudo trata dos contratos de compra e venda mercantis no âmbito do Mercosul, após a análise feita anteriormente é preciso referir como o direito brasileiro dispõe acerca da hierarquia de normas, ou seja, como são tratados pela legislação brasileira a norma interna e os tratados internacionais.

Entretanto, convém, antes de abordar propriamente e posicionamento brasileiro com relação a essa questão, e principalmente com o escopo de se obter um melhor entendimento, fazer uma breve explanação acerca das teorias dualista e monista, as quais auxiliam na “busca de um entendimento do conflito potencial entre o tratado internacional e a ordem jurídica interna”, como ensina Mariângela Arosi.<sup>477</sup>

A teoria dualista, segundo a autora, foi desenvolvida por Carl Heinrich Triepel, em 1899, na obra *Volkerrecht und Landesrecht*, o qual divide o sistema jurídico em duas ordens diferentes, ou seja, “os sistemas jurídicos interno e internacional apresentam conteúdos e fontes diferentes, fato que os diferenciam dos muitos direitos que existem”.<sup>478</sup> Armando Álvares Garcia Júnior,<sup>479</sup> em relação a esta teoria, esclarece que tanto a ordem jurídica nacional como a internacional “gozam de autonomia” e distintamente “não seria possível à norma de direito internacional revogar automaticamente normas de direito

---

<sup>475</sup> “Art. 186. Nos demais contratos, e para o caso previsto no artigo anterior, aplicar-se-á em primeiro lugar a lei pessoal comum aos contratantes e, na sua falta, a do lugar de celebração”. *Ibid.*, p.136.

<sup>476</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 160-161.

<sup>477</sup> ARIOSI, Mariângela. *Conflitos entre tratados internacionais e leis internas: o judiciário brasileiro e a nova ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 62.

<sup>478</sup> *Ibid.*, p. 65.

<sup>479</sup> GARCIA JÚNIOR, *A lei aplicável aos contratos internacionais*, p. 47.

interno com ela incompatíveis. A revogação de uma norma interna contrária ao direito internacional só poderia ser feita por um procedimento do direito interno”.

Nas palavras de Jacob Dolinger,<sup>480</sup> Triepel, “após examinar detidamente as distintas características do direito internacional e do direito interno, concluiu que [...] são dois círculos que não se sobrepõem um ao outro, apenas se tangenciam. As relações que regem são diversas, daí não haver concorrência nem ocorrerem conflitos [...]”.

Entretanto, segundo os ensinamentos de Armando Álvares Garcia Júnior<sup>481</sup> quando da análise da recepção da norma internacional, “no critério dualístico, o conflito de normas existe no plano interno, já que a norma internacional precisa ser internalizada”. Assim justifica referido autor:

Isso ocorre com a expedição (e publicação no veículo oficial) pelo Congresso Nacional de Decreto Legislativo (promulgado pelo Presidente do Senado) em cujo anexo se faz a reprodução do conteúdo normativo do tratado. O encaminhamento ao Chefe do Executivo Nacional para promulgação por Decreto Presidencial (tradição luso-brasileira) e posterior publicação em veículo oficial são atos que reforçam eficácia interna já atribuída à norma com a publicação no Diário Oficial (ou seu equivalente) do Decreto aprovatório do Congresso, editada após apreciação de conveniência e oportunidade de incorporação/internalização da norma internacional.<sup>482</sup>

A referência legislativa constante do artigo 84, inciso VIII, da Constituição Federal<sup>483</sup> dá a idéia de que o Brasil adotou o critério dualístico na medida em que exige a transposição do conteúdo normativo do tratado em ato legal interno que lhe dê força e eficácia.<sup>484</sup> São nesse sentido o entendimento e a conclusão de Armando Álvares Garcia Júnior com relação à interpretação do posicionamento legislativo sobre o termo, pois refere que, “seja por omissão da Constituição quanto a primazia, seja pelo procedimento de

---

<sup>480</sup> DOLINGER, *Direito internacional privado*. p. 89.

<sup>481</sup> GARCIA JÚNIOR, op. cit., p. 47.

<sup>482</sup> GARCIA JÚNIOR, *A lei aplicável aos contratos internacionais*, p. 47.

<sup>483</sup> “Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:  
VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional”;  
NERY JÚNIOR, *Constituição Federal comentada*. p. 261.

<sup>484</sup> Valério de Oliveira Mazzuoli comenta que da simples leitura do artigo 84 da CF, é possível perceber que a vontade do Executivo não se aperfeiçoará enquanto a decisão do Congresso Nacional sobre a viabilidade de se aderir àquelas normas internacionais não for manifestada. MAZZUOLI. O Poder Legislativo e os tratados internacionais: o treaty-making power na Constituição brasileira de 1988. São Paulo: Revista dos Tribunais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. n. 38, ano 10, p. 9-45, jan./mar. 2002, p. 10

incorporação por transformação e transposição do conteúdo normativo do tratado em ato legal interno que lhe dê força e eficácia, o Brasil é dualístico por excelência”.<sup>485</sup>

No dizer de Alejandro Daniel Perotti, a teoria dualista e monista “em essência, a opção acadêmica que é preciso utilizar frente a relação direito nacional – direito internacional. (tradução nossa)<sup>486</sup> Quando se fala na doutrina dualista o referido autor considera que “ambas ordens normativas, nacional e internacional, se desenvolvem separadamente, cada um com seu próprio âmbito de aplicação e de validade temporal e pessoal, e seu sistema de sanções para os prováveis inadimplementos”. (tradução nossa)<sup>487</sup>  
488

Por outro lado, a teoria monista surgiu, na concepção de Mariângela Ariosi,<sup>489</sup> como contraponto ao dualismo defendido por Tripel. Refere a autora que “a teoria monista não aceita a existência de duas ordens jurídicas autônomas, independentes e não-derivadas”. Assim, apregoa a existência de uma única ordem jurídica, seja com primazia no direito interno, seja com primazia no direito internacional, ou seja, não há conflito como no dualismo, pois há apenas uma ordem hierárquica de normas.

Ainda segundo a concepção de Mariângela Ariosi,<sup>490</sup> o monismo foi desenvolvido pela Escola de Viena, tendo como um de seus principais defensores Hans Kelsen ao formular a teoria pura do direito, exibindo a conhecida imagem da pirâmide das normas, “em que uma norma tem sua origem e tira sua obrigatoriedade da norma que lhe é imediatamente superior. No vértice da pirâmide encontra-se a norma fundamental que vem a ser regra do direito internacional público, *pacta sunt servanda*”.<sup>491</sup>

A teoria monista, partindo de uma consideração do ordenamento jurídico como um todo, segundo Alejandro Daniel Perotti, “Único em seu tratamento e em seu

---

<sup>485</sup> GARCIA JÚNIOR, op. cit., p. 48.

<sup>486</sup> Em esencia, a la opción académica que es preciso utilizar frente a la relación derecho nacional – derecho intenacional.

<sup>487</sup> Ambos ordenes normativos, nacional e internacional, se desarrollan separadamente, cada uno con su propio âmbito de aplicación y de validez temporal y personal, y su sistema de sanciones para los supuestos deincumplimiento.

<sup>488</sup> PEROTTI, *Habilitación constitucional para la integración comunitária: estudio sobre los estados del mercosur*, p. 69.

<sup>489</sup> ARIOSI, *Conflictos entre tratados internacionales e leis internas*, p. 76.

<sup>490</sup> ARIOSI, *Conflictos entre tratados internacionales e leis internas*, p. 77.

<sup>491</sup> DOLINGER, *Direito internacional privado*, p. 90.

desenvolvimento prático, rejeita a distinção entre os dois ordenamentos jurídicos”.(tradução nossa)<sup>492</sup>

Sendo assim, na doutrina monista, “ambos os sistema de direito, nacional e internacional, se aplicam, com as particularidades próprias de cada um, aos mesmo sujeitos e objetos, e seus efeitos serão também similares”.(tradução nossa)<sup>493 494</sup>

Como precursor e grande defensor da teoria monista, Kelsen, tratando o direito como um corpo único de normas, fez grandes críticas à teoria dualista de Triepel, conforme a transcrição abaixo:

Se houvesse conflitos insolúveis entre Direito Internacional e Direito estadual e se, por isso, fosse inevitável uma construção dualista, desde que considerássemos o Direito estadual como um sistema de normas válidas, não só não poderíamos conceber o Direito internacional como Direito, como também não o poderíamos sequer conceber como uma ordem normativa vinculante que se encontra em vigor ao mesmo tempo que o Direito estadual.

[...] Na medida em que fosse este o significado de uma teoria que acredita ter de aceitar a existência de conflitos insolúveis entre Direito internacional e Direito estadual e considera o Direito intenacional, não como Direito, mas apenas como uma espécie de Moral internacional, nada haveria a opor-lhe do ponto de vista da lógica. Mas a generalidade dos representantes da teoria dualista vê-se forçada a considerar o Direito internacional e o Direito estadual como ordens jurídicas com vigência simultânea que são independentes uma da outra nessa sua vigência e podem entrar em conflito uma com a outra. Esta doutrina é insustentável.<sup>495</sup>

A existência de uma única ordem jurídica pregada pelo monismo, conseqüentemente, leva à existência de duas correntes ou primazias de posicionamento: uma primazia no direito interno e outra com primazia no direito internacional.

No monismo com primazia no direito interno, segundo Armando Álvares Garcia Júnior, há a existência de somente um direito, o interno. “O que se denomina direito internacional público nada mais seria do que um direito estatal externo. A base disso seria o fato de o direito internacional público ter sua origem nas manifestações soberanas da vontade dos Estados”.<sup>496</sup>

Da mesma forma, o monismo partindo do direito interno e tendo como base o Estado absoluto é referido na doutrina de Mariângela Ariosi nos seguintes termos:

---

<sup>492</sup> Único em su tratamiento y em su desarrollo práctico, desecha la distinción entre los dos órdenes normativos.

<sup>493</sup> Ambos sistemas de derecho, nacional e internacional, se aplican, com las particularidades próprias de cada uno, a los mismos sujetos y objetos, y sus efectos serán también similares.

<sup>494</sup> PEROTTI, *Habilitación constitucional para la integración comunitária*: estudo sobre los estados del mercosur, p. 69-70.

<sup>495</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 345.

<sup>496</sup> GARCIA JÚNIOR, *A lei aplicável aos contratos internacionais*, p. 42.

[...] o monismo com primazia no D. Interno tem suas raízes no hegelianismo que considera o Estado como tendo uma soberania absoluta e incontestável. Segundo esta concepção, o Estado não pode estar sujeito a nenhum sistema jurídico que não tenha emanado de sua própria vontade; pois o fundamento do DI, segundo Jellinek, é a autodelimitação do Estado, já que o DI tira sua obrigatoriedade do D. interno.<sup>497</sup>

A conclusão de Armando Álvares Garcia Júnior sobre o monismo com prevalência no direito interno é de que “registre-se que essa vertente do monismo nega a própria existência do direito internacional, ao considerá-lo direito interno (direito interno para uso externo pelo Estado)”.<sup>498</sup>

Na teoria monista com prevalência do direito internacional, na doutrina de Armando Álvares Armando Álvares Garcia Júnior,<sup>499</sup> “existe apenas uma ordem (um sistema) jurídica (unidade do direito), mas normas de direito internacional prevalecem sobre as de direito interno”. Conclui o autor dizendo que “esta concepção do monismo, segundo a qual as normas internacionais revogam automaticamente as normas nacionais com ela incompatíveis dificilmente virá a abarcar todos os Estados, apesar do antigo desejo de internacionalidade”.

A grande diferença entre a doutrina dualista e a monista segundo a posição de Alejandro Daniel Perotti:

Uma diferença primária entre dualistas e monistas, sem o que se refere ao tratamento da presente questão, é que para os primeiros as hipóteses de conflito, em termos precisos, não se apresentam como ordenamentos opostos, em razão de que ele necessita ordenamentos opostos, em razão de que ele necessita o ordenamento externo da prévia internacionalização ao direito nacional, as incompatibilidades não resultariam senão uma vez que se realize tal operação normativa; em consequência, a coexistência de disposições de ambos os ordenamentos, até quando resultem incompatíveis, não ocasionaria conflito algum desde que, ao estar um e outro fechados separados e impedidos de qualquer classe de “comunicação”, sua aplicação ocorre em esferas diferentes. Não existe contato normativo, não existe conflito. (tradução nossa)<sup>500 501</sup>

<sup>497</sup> ARIOSI, *Conflitos entre tratados internacionais e leis internas*, p. 76.

<sup>498</sup> GARCIA JÚNIOR, *Direito internacional*, p. 44.

<sup>499</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>500</sup> Uma diferencia primaria entre dualistas y monistas, em lo que refiere al tratamiento de la presente cuestión, es que para los primeros lãs hipótesis de conflicto, em términos precisos, no se presentan como ordenamientos enfrentados, em razón de que al necesita el ordenamientos enfrentados, em razón de que al necesar el ordenamietno externo de la prévia internalización al derecho nacional, lãs incompatibilidades no resultarían sino uma vez que se realice tal operación normativa; em consecuencia, la coexistência de disposiciones de ambos ordenes, aún cuando resuten incompatibles, no ocasionaria conflicto alguno desde

Segundo Armando Álvares Garcia Júnior, “desde a Liga das Nações, criada logo após o término da Primeira Guerra Mundial, procurou-se estabelecer a prevalência das normas internacionais sobre as normas nacionais”,<sup>502</sup> e, por isso, dever-se-ia conformar esta última com aquela.

Na doutrina brasileira, Hildebrando Accioly<sup>503</sup> é um dos maiores defensores do monismo com primazia no direito internacional, argumentando que toda a norma internacional – tratado – é direito especial, ao passo que a lei interna é direito comum; portanto, aquela é superior a essa. A doutrina e a posição de Hildebrando Accioly também encontram respaldo em outros doutrinadores do direito brasileiro, a exemplo do que expõe Armando Álvares Garcia Júnior:

“Todavia, deve-se perceber que a estrutura da sociedade internacional, bem como seu atual nível de desenvolvimento, somando a natureza reparatória das sanções internacionais, estabelece sérias limitações ao efetivo cumprimento de várias de suas normas, necessitando por vezes procedimentos interventivos dos demais Estados (oficializados por órgãos auspiciadores que funcionem como marco jurídico).<sup>504</sup>”

Pode-se melhor explicar quanto a doutrina dualista e monista nas palavras de Alejandro Daniel Perotti, quando se tem um ordenamento jurídico de tendência monista explica o autor que “a disposição externa estará em vigência – nacional e internacional, simultaneamente”,(tradução nossa)<sup>505</sup> já quando se tem um ordenamento jurídico com o intuito de um sistema dualista, esclarece que “faltando a incorporação expressa mediante uma norma diferente da aprovada, não a estará; se a cláusula é programática, em nenhum

---

que, al estar uno y otro em estancos separados e impedidos de cualquier clase de “comunicación”, su aplicabilidad ocurre em esferas diferentes. No existe contacto normativo, no existe conflicto.

<sup>501</sup> PEROTTI, *Habilitación constitucional para la integración comunitaria: estudio sobre los estados del mercosur*, p. 71.

<sup>502</sup> *Ibid.*, p. 44.

<sup>503</sup> ACCIOLY, *Direito Internacional Público*, p. 148-149

<sup>504</sup> GARCIA JÚNIOR. *Direito Internacional*, p. 44.

<sup>505</sup> La disposición externa estará em vigência -nacional e internacional, simultaneamente.

dos citados ordenamentos será factível sua aplicação inclusive se tenha ditado outra norma que a faça executável”. (tradução nossa)<sup>506 507</sup>

Com base na análise, acertada é a conclusão de que, em virtude do crescente processo de intergração dos Estados e dos reflexos que a globalização representa comercial e socialmente, por consequência, esperando uma resposta do direito, e também como forma de dar efetividade à integração como no caso do Mercosul, a teoria monista com primazia no direito internacional tende a expandir-se e ganhar mais força no decorrer dos anos, principalmente diante da integração e exemplo dos países europeus, como a Comunidade Européia, cuja integrantes optaram em seus ordenamentos jurídicos por esta teoria por excelência.

E nesse aspecto, dos Estados Partes do Mercosul, a República Argentina é um exemplo a ser seguido,<sup>508</sup> e não somente pelo Brasil, mas, sim, pelos demais, como a seguir se verá, pois, em face do Tratado de Assunção em 1991, dando efetividade no seu ordenamento jurídico interno ao pacto, e conforme disposto por Armando Álvares Garcia Júnior, “reformou sua Constituição em 1994 e adotou tal concepção monista”<sup>509</sup> - entenda-se a concepção monista com primazia no direito internacional.

Embora se estude que isso deva ser uma construção buscada e alcançada dentro do ordenamento nacional e da jurisprudência das cortes superiores, o posicionamento brasileiro em relação à questão é diverso. A referência da Constituição Federal de 1988 restou omissa nesse sentido, apenas dispondo, em seu artigo 4º, parágrafo único,<sup>510</sup> que o Brasil buscará a integração dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações, isto é, nada expressou com relação à

---

<sup>506</sup> Faltando la incorporación expresa mediante una norma diferente de la de aprobación, no lo estará; no obstante, si la cláusula es programática, em ninguno de los citados ordenamientos será factible su aplicación hasta tanto se haya dictado otra norma que la haga ejecutable.

<sup>507</sup> PEROTTI, *Habilitación constitucional para la integración comunitaria: estudio sobre los estados del mercosur*, p. 421.

<sup>508</sup> Já havia atraso de quarenta anos se adotássemos o sistema monista com primazia do direito internacional ao tempo da Alalc (anos 60). Mas sobreveio Aladi (anos 80) e Mercosul (anos 90) e nada ainda foi feito, ao contrário da República Argentina, que reformou sua Constituição em 1994 e adotou tal concepção monista. Registrem-se ainda, pela mesma razão, os diversos tratados internacionais concluídos pela República Federativa do Brasil ao longo dos últimos 80 anos e percebemos que a postura a ser adotada, por mais consentânea com a ordem jurídica contemporânea, é a monista com primazia no Direito Internacional, que aliás, supôs-se por muito tempo que fosse o critério adotado por nosso País. *Ibid.*, p. 54.

<sup>509</sup> *Ibid.*, p. 54.

<sup>510</sup> A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: “Parágrafo Único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”. NERY JÚNIOR, *Constituição Federal comentada*, p. 122.

possibilidade de admitir uma ordem jurídica supranacional. Observa-se ainda no referido artigo que a referência feita é à “formação de uma comunidade latino-americana de nações”, visto que o posicionamento atual não concebe este desenvolvimento ao ponto de “comunidade”.

A doutrina pátria é rica nesse aspecto de concepção, sendo oportuno mencionar também os ensinamentos de José Francisco Rezek quanto ao conflito entre tratado e norma de direito interno:

Recorde-se, de início, que o primado do direito das gentes sobre o direito nacional do Estado soberano é ainda hoje uma proposição doutrinária. Não há, em direito internacional positivo, norma assecuratória de tal primado. Descentralizada, a sociedade internacional contemporânea vê cada um de seus intergrantes ditar, no que lhe concerne, as regras de composição entre o direito internacional e o de produção doméstica. Resulta que para o Estado soberano a constituição nacional, vértice do ordenamento jurídico, é a sede de determinação da estatura da norma expressa em tratado. Dificilmente uma dessas leis fundamentais desprezaria, neste momento histórico, o ideal de segurança e estabilidade da ordem jurídica a ponto de subpor-se, a si mesma, ao produto normativo dos compromissos exteriores do Estado. Assim, posto o primado da constituição em confronto com a norma *pacta sunt servanda*, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isto signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder.<sup>511</sup>

Na concepção de Alejandro Daniel Perotti, sobre o conflito entre uma lei e um tratado interno:

A divergência de seus princípios nas relações internacionais consolidam a convivência pacífica entre as nações. O próprio Estado brasileiro deixou expressa sua constância e aceitação sobre a força consuetudinária de ambas as normas ao firmar a Convenção de Viana, cujo preâmbulo reza que é mundial “os princípios do livre consentimento e da boa-fé e a norma ‘*pacta sunt servanda*’ estão universalmente reconhecidas”. Ainda, quando poderia armentar-se que, sem prejuízos de seu valor no âmbito do direito consuetudinário, estas regras de conduta uniforme não teriam virtualidade jurídica suficiente para revogar as normas de direito interno que regulam os suposto conflito entre uma lei e um tratado anterior, ou para alterar uma jurisprudência nacional consolidada, ou por último, para completar o invocado vazio constitucional, o certo é que não se afirma que são meras alegações sem um pilar determinante da primazia dos acordos internacionais. Sua invocação, suplementaria de todos os fundamentos antes esgrimados, resulta de inegável utilidade a fim de acreditar uma prática da qual o próprio Estado tenha participado. Ademais, ambos os princípios, longe de

---

<sup>511</sup> REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 96-97.

aparecer como alheio as normas constitucionais, encontram o fiel reflexo nos distintos incisos do art. 4º da CF 1988. (tradução nossa)<sup>512 513</sup>

Destarte, segundo Alejandro Daniel Perotti a argumentação e as razões que foram acima relacionadas, para a prevalencia dos tratados sobre as leis posteriores, ou seja, “não surge da consideração individual e separado de cada uma delas, sem o que, ao contrário, sua complementação e integração interpretativa é o que poderia destacar seu verdadeiro alcance”. (tradução nossa)<sup>514 515</sup>

Portanto, na concepção de Alejandro Daniel Perotti quando se aplica uma lei interna posterior, ou seja, “o que se expressou deriva que a aplicabilidade de uma lei interna posterior incompatível com um tratado do qual o Brasil seja parte, implica na violação do mandato de observação dos acordos internacionais, no qual tem, sem dúvidas, vertente constitucional, legal e internacional”.<sup>516 517</sup>

Nessa mesma percepção, relativamente à questão de hierarquia entre norma interna e tratado, Mariângela Ariosi<sup>518</sup> entende que a Constituição Federal também deixa margem para dúvidas, haja vista que não tratou do tema de forma expressa. Apenas se verifica seu artigo 102, inciso III,<sup>519</sup> pelo qual se presume que os tratados estão na mesma posição da

---

<sup>512</sup> La vigencia de sendos principios en las relaciones interestatales consolida la convivencia pacífica entre las naciones. El próprio Estado brasileño dejó expresa su constancia y aceptación sobre la fuerza consuetudinária de ambas normas al firmar la Convención de Viena, cuyo preâmbulo reza que mundial “los principios del libre consentimiento y de la buena fé y norma *‘pacta sunt servanda’* están universalmente reconocidos”. Aún cuando pudiera argumentarse que, sin perjuicio de su valor em el ámbito del derecho consuetudinário, estas reglas de conducta uniforme no tendrían virtualidad jurídica suficiente para revocar las normas de derecho interno que regulan los supuestos de conflicto entre una ley y un tratado anterior, o para alterar una jurisprudencia nacional consolidada, o, en último término, para completar el invocado vacío constitucional, lo cierto es que no se afirma que su mera alegación sea el pilar determinante de la primacía de los acuerdos internacionales. Su invocación, suplementaria de todos los fundamentos antes esgrimidos, resulta de innegable utilidad a fin de acreditar una práctica de la cual el próprio Estado há participado. Además, ambos principios, lejos de aparecer como ajenos a las normas constitucionales, encuentran fiel reflejo em los distintos incisos del art. 4º de la CF 1988.

<sup>513</sup> PEROTTI, *Habilitación constitucional para la integración comunitária: estudio sobre los estados del mercosur*, p. 181.

<sup>514</sup> no surge de la consideración individual y por separado de cada una de ellas sino que, por el contrario, su complementación e integración interpretativa es lo que podría destacar su verdadero alcance.

<sup>515</sup> PEROTTI, *Habilitación constitucional para la integración comunitária: estudio sobre los estados del mercosur*, p. 181.

<sup>516</sup> cuanto se há expresado deriva que la aplicabilidad de una ley interna posterior incompatible com um tratado del cual Brasil sea parte conlleva la violación del mandato de observancia de los acuerdos internacionales, el cual tiene sin dudas raigambre constitucional, legal e internacional.

<sup>517</sup> PEROTTI, *Habilitación constitucional para la integración comunitária: estudio sobre los estados del mercosur*, p. 181.

<sup>518</sup> ARIOSI, *Conflictos entre tratados internacionales e leis internas*, p. 168.

<sup>519</sup> “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

lei federal, no entanto hierarquicamente inferiores à Constituição.<sup>520</sup>

Já no entendimento de Alejandro Daniel Perotti:

O parágrafo único do número 4º da constituição do Brasil no projeto regional. Seu alcance oferece cobertura constitucional suficiente não somente frente ao Mercosul como sua atual estrutura senão também ante sua possível consolidação institucional, através da criação de organismos supranacionais e jurídicos, mediante o reconhecimento de um ordenamento comunitário.<sup>521 522</sup>

No que se trata de hierarquia entre norma interna e tratado no âmbito brasileiro, Mariângela Ariosi<sup>523</sup> leciona que, “mesmo que existam posições em contrário, pode-se dizer que a opção monista tem dominado a jurisprudência no Brasil, com oscilação entre o monismo moderado e o radical de seus julgados.” É certo que a autora se refere a tratados e leis internas, pois, com relação à Constituição, é dada sempre primazia a esta.

Já Armando Álvares Garcia Júnior<sup>524</sup> faz uma crítica às decisões que o Supremo Tribunal Federal tem adotado. Segundo ele, a posição desta corte tem sido no sentido de equiparar norma internacional internalizada com norma interna federal e de determinar a aplicação da norma mais recente, por ser essa a expressão soberana do Estado, ou seja, *lex posterior derogat legi priori* – lei posterior derroga lei anterior.<sup>525</sup>

---

III – julgar mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: a) contrariar dispositivo desta Constituição; b) declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal”; NERY JÚNIOR, *Constituição Federal comentada*, p. 276.

<sup>520</sup> Este tópico trata somente dos tratados de cunho tradicional e comum, não se referindo aos tratados de proteção aos direitos humanos, os quais têm, em geral, tratamento diferenciado no ordenamento jurídico brasileiro.

<sup>521</sup> El párrafo único del numeral 4º de la constitución constituye la base normativa para la participación de Brasil em el proyecto regional. Su alcance ofrece cobertura constitucional bastante no solo frente al Mercosur com su actual estructura sino también ante su posible consolidación institucional, através de la creación de órganos supranacionales y jurídica, mediante el reconocimiento de um ordenamiento comunitário.

<sup>522</sup> PEROTTI, *Habilitación constitucional para la integración comunitaria: estudio sobre los estados del mercosur*, p. 227.

<sup>523</sup> ARIOSI, *Conflitos entre tratados internacionais e leis internas*, p. 164.

<sup>524</sup> GARCIA JÚNIOR, *A lei aplicável aos contratos internacionais*, p. 51-52.

<sup>525</sup> “A mencionada disposição está disposta no artigo 2º, parágrafo 1º da Lei de Introdução do Código Civil, que a seguir transcreve-se: Art. 2º. Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. § 1º. A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria, de que tratava a lei anterior”. BRASIL. *Código civil interpretado conforme a Constituição da República*. p. 124.

Como exemplo, Armando Álvares Garcia Júnior<sup>526</sup> sugere o recurso extraordinário nº 80.004, que se estendeu de 03 de setembro de 1975 a 1º julho de 1977, o qual versou sobre o conflito entre ser aplicável a Lei Uniforme de Genebra sobre letras de câmbio e notas promissórias e o decreto-lei nº 427, o qual era posterior àquela (Lei Uniforme de Genebra). Diante disso, o Supremo entendeu ser aplicável àquele determinado caso o decreto-lei 427 por ser posterior à Lei Uniforme de Genebra, isto é, consagrou-se o mecanismo de *lex posterior derogat lei priori*.

Refere ainda o aludido autor que o Supremo Tribunal Federal tem aplicado, conjuntamente, o critério da especificidade da norma, em outras palavras, em caso de haver norma específica aplicável ao caso, esta será aplicada em detrimento de haver lei posterior em relação ao assunto.<sup>527</sup>

Quando se deparar com o problema da concorrência entre tratados e leis internas de estatura infraconstitucional, segundo José Francisco Rezek, “a solução, em países diversos, consiste em garantir prevalência aos tratados. Noutros, entre os quais o Brasil contemporâneo, garante-se-lhes apenas um tratamento paritário, tomadas como paradigma as leis nacionais e diplomas de grau equivalente”.<sup>528</sup> Nos demais Estados que fazem parte do Mercosul, com exceção da Argentina (monista), como explica Gilberto Kerber,<sup>529</sup> as constituições do Paraguai e Uruguai adotaram o caráter dualista de tratamento da norma internacional. Importa ressaltar que somente a Constituição do Paraguai faz referência literalmente à admissão de uma ordem jurídica supranacional, sendo ainda o país que dedica o maior número de artigos às relações exteriores.<sup>530</sup>

---

<sup>526</sup> GARCIA JÚNIOR, op. cit., p. 51.

<sup>527</sup> Ibid., p. 52.

<sup>528</sup> REZEK, *Direito internacional público: curso elementar*, p. 97.

<sup>529</sup> KERBER, Gilberto. *Mercosul e a supranacionalidade*. São Paulo: LTr, 2001. p. 103-109.

<sup>530</sup> Veja-se os principais artigos, a começar pela Constituição da Argentina:

“Art. 75. Corresponde al Congreso:

22 – [...] Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. Disponível em:

<<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/atribuciones.php>>. Acesso em: 06 maio 2007.

Art. 75. Corresponde ao Congresso.

22 – [...] Os tratados e acordos têm hierarquia superior às leis. (tradução nossa)

Paraguai:

Art. 137. La ley suprema de la República es la Constitución. Esta, los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas de inferior jerarquía, sancionadas en consecuencia, integran el derecho positivo nacional en el orden de prelación enunciado. Disponível em: <<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Paraguay/para1992.html>> Acesso em: 6 maio 2007.

“Art. 137. A lei suprema da República é a Constituição. Esta, os tratados, convênios e acordos internacionais aprovados e ratificados, as leis editadas pelo Congresso e outras disposições jurídicas de inferior hierarquia, sancionadas em consequência, integram o direito positivo nacional em ordem de prelação enunciada”. (tradução nossa)

## 5.4 DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E O FORO APLICÁVEL

Como visto, no meio das relações comerciais internacionais privadas, inclusive daquelas que emergem do Mercosul, existem muitas incertezas e insegurança. Nesse contexto, com o objetivo de reduzi-las ou alcançá-las em relação às relações internacionais, é que a autonomia da vontade ganha relevância na medida, pois precisa-se definir a lei e foro aplicável. Como ensina Jairo Silva Melo, “recorre-se ao mecanismo da autonomia da vontade, buscando antecipadamente definir por critérios legais a escolha da lei aplicável à pretensão manifestada quando da celebração do contrato”.<sup>531</sup>

Nesse aspecto, merece atenção a observação feita por Nádia de Araújo,<sup>532</sup> a qual esclarece que a autonomia da vontade no direito internacional privado utilizada nos contratos internacionais não tem muito a ver com a autonomia da vontade dos contratos em geral – liberdade de contratar, conforme já foi discorrido anteriormente neste estudo.

Na doutrina de Irineu Strenger, expoente do direito internacional da doutrina pátria, o princípio da autonomia da vontade ganha especial referência:

Assim, consistindo o direito internacional privado numa disciplina jurídica que visa resolver conflito de leis, o princípio da autonomia da vontade desempenha um papel generalizador, no sentido de ultrapassar as fronteiras do direito privado para selecionar nas ordens jurídicas existentes a lei aplicável a uma determinada relação de direito, apresentando caracteres internacionais. A escolha de uma lei competente constitui, pois, o objetivo essencial em razão do qual se exerce a vontade individual.<sup>533</sup>

---

Art. 145. La República del Paraguay, en condiciones de igualdad con otros Estados, admite un orden jurídico supranacional que garantice la vigencia de los derechos humanos, de la paz, de la justicia, de la cooperación y del desarrollo, en lo político, económico, social y cultural. [...] (Disponível em:

[<http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Paraguay/para1992.html>] Acesso em: 6 maio 2007.

“Art. 145. A República do Paraguai, em condições de igualdade com outros Estados, admite uma ordem jurídica supranacional que garantisse a vigência dos direitos humanos, da paz, da justiça, da cooperação e de desenvolvimento político, econômico, social e cultural”. [...] (tradução nossa)

Uruguai:

Art. 6º. [...] La República procurará la integración social y económica de los Estados Latinoamericanos, especialmente en lo que se refiere a la defensa común de sus productos y materias primas. Asimismo, propenderá a la efectiva complementación de sus servicios públicos. Disponível em:

<<http://www.parlamento.gub.uy/constituciones/const004.htm>> Acesso em: 6 maio 2007.

“Art. 6º. A República procurará a integração social e econômica dos Estados Latino-americanos, especialmente no que se refere a defesa comum de seus produtos e matérias-primas. Assim mesmo, preponderará a efetiva complementação de seus serviços públicos”. (tradução nossa)

<sup>531</sup> MELO, *Contratos internacionais e cláusulas hardship*, p. 62.

<sup>532</sup> ARAÚJO, *Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro*. In: RODAS, *Contratos internacionais*, p. 197.

<sup>533</sup> STRENGER, *Direito internacional privado*. p. 671.

A esse mesmo sentido convergem as referências de Nádía de Araújo ao afirmar que “o princípio da autonomia da vontade possui regra de conexão, pois inserido nas convenções internacionais passa a ser um princípio conflitual, conferindo às partes o poder de contratar mesmo fora de qualquer lei”.<sup>534</sup>

A doutrina atualizada e moderna segue no mesmo sentido. Na concepção de Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, este princípio trata da “vontade humana” nos seguintes termos:

Torna-se imperioso esclarecer que se trata da vontade humana agindo própria e autonomamente, elegendo diretamente a lei a ser aplicada em determinado caso concreto, e não a vontade atuando como circunstância influenciadora do elemento de conexão, *e.g.*, o ato voluntário de naturalização ou de escolha de domicílio a fim de alterar a lei aplicável a determinada relação jurídica, neste último caso, a vontade individual, apesar de influenciar a determinação da lei aplicável, aponta, tão-somente de forma indireta, a lei competente.<sup>535</sup>

Para completar essa idéia acerca do princípio da autonomia da vontade, ainda nas palavras de Irineu Streger,<sup>536</sup> é esse “sentido específico, que jamais perderá, do poder de regulamentação das próprias relações, ou dos próprios interesses, dentro das limitações maiores ou menores ditadas pela equação do bem individual com o bem comum”. O autor conclui dizendo que “a força da autonomia da vontade praticamente se concentra no contrato, que, sendo uma relação entre sujeitos de direito, é, em consequência, o campo mais abrangido por essa categoria jurídica, notadamente porque a relação obrigacional se estabelece entre pessoas”.

E para concluir a referência à doutrina em relação ao princípio da autonomia da vontade, nos ensinamentos do referido autor, é “princípio objetivado em todo complexo comportamental do comércio internacional, exatamente porque se revelou apta a consumir

---

<sup>534</sup> ARAÚJO, *op. cit.*, p. 18.

<sup>535</sup> AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues; TAVOLARO, Agostinho Toffoli (Coord.) *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2005. p. 225-226.

<sup>536</sup> STRENGER, *Direito internacional privado*, p. 89.

a formalização dos atos jurídicos de que se serve o intercâmbio mercantil na consecução de seus fins”.<sup>537</sup>

De outra banda, em relação ao direito brasileiro, é necessário verificar a aplicação desta doutrina pelos tribunais pátrios e como estes têm tratado da autonomia da vontade nos contratos internacionais no que se refere à norma aplicável e, por conseqüência, ao foro aplicável. Na concepção de Nádía de Araújo,<sup>538</sup> é parca a jurisprudência com relação ao princípio da autonomia da vontade relativa à norma aplicável, ao contrário do foro aplicável, como se verifica na abordagem que segue.

As normas impõem, como explica João Granddino Rodas,<sup>539</sup> “critérios que necessariamente serão utilizados na apreciação jurídica do ato”. Quanto aos conflitos de leis imperativas, o autor refere que, “sendo uma lei imperativa, subordinará todos os atos dependentes de sua aplicação. Os conflitos de leis imperativas são resolvidos pelas regras de Direito Internacional Privado e não pela vontade das partes contratantes”, entendendo, pois, o autor que somente as normas facultativas<sup>540</sup> são válidas na aplicação da autonomia da vontade em relação aos contratos.

Verifica-se que o Brasil não aderiu à autonomia da vontade das partes para escolher a lei aplicável num contrato, conforme Guilherme Bergmann Borges Vieira: “já que nossa lei impõe, como regra, a aplicação da lei do local em que se contituírem as obrigações ou da lei do país onde residir o proponente do contrato”.<sup>541</sup> O artigo 9º da Lei de Introdução do Código Civil brasileiro também negligencia com relação à escolha da norma aplicável, bem como à informação da autonomia da vontade.

Entretanto, sabe-se que nem todas as leis são dotadas de caráter de imperatividade, como explica Rubem Belandro:

Não são todas as leis que possuem um caráter de imperatividade estendida às relações multiconectadas, pois, se assim fosse, a utilização do direito estrangeiro pelas normas de conflito nunca ocorreria. O que distingue o uso das primeiras das normas imperativas é que estas atendem aos ditames de uma civilização

---

<sup>537</sup> Ibid., p. 91.

<sup>538</sup> AMARAL, op. cit., p. 199.

<sup>539</sup> RODAS, João Grandino (Coord). *Contratos internacionais*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 51.

<sup>540</sup> Segundo Rodas, “são facultativas as normas que permitem aos particulares escolher entre dois, ou mais critérios de apreciação de seus atos.” RODAS, *Contratos internacionais*, p. 51.

<sup>541</sup> VIEIRA, *Regulamentação no comércio internacional*, p.23.

comum, enquanto as segundas procuram preservar a coerência do ordenamento jurídico interno.<sup>542</sup>

Haroldo Valadão<sup>543</sup> entende que a autonomia da vontade é um direito subjetivo conferido à pessoa independentemente do que estabelece o direito positivo. Como se pode observar, o ordenamento jurídico brasileiro é positivista. Os direitos subjetivos somente decorrem de previsão legal; assim, não há disposição expressa sobre a autonomia da vontade dos contratantes, tampouco o artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro<sup>544</sup> dispõe de tal natureza.

Nesse sentido, também salienta José Inácio Gonzaga Franceshini que, “face à Lei de Introdução do Código Civil, não pode pairar dúvida: inaceitável é a autonomia da vontade para a indicação da lei aplicável. [...] não nos parece merecer dúvida que o art. 9º da Lei de Introdução se reveste de caráter imperativo”.<sup>545</sup>

Conforme já exposto, a Convenção Interamericana do México traz uma enorme inovação, uma vez que consente às partes a livre escolha da norma aplicável em seus contratos. O maior problema é que nem o Brasil, nem qualquer dos outros Estados Partes do Mercosul aderiram a tal convenção. Em contrapartida, os países membros do Mercosul, preferiram ratificar a Convenção Interamericana sobre Normas Gerais de Direito Internacional Privado de Montevideú; todavia, isso de nada adiantou, uma vez que não faz nenhuma referência em relação à autonomia da vontade relativa à escolha da norma aplicável.

Os tribunais brasileiros não têm conferido às partes o privilégio de ajustarem sobre a eleição de norma aplicável; dessa forma, impõem o disposto no artigo 9º da LICC como regra de conexão por excelência da legislação brasileira. Nádia de Araújo<sup>546</sup> explica que essa regra tem aplicação no direito brasileiro em relação aos contratos internacionais,

---

<sup>542</sup> BELANDRO apud ARAÚJO, *Contratos internacionais*, p. 209.

<sup>543</sup> Apud ARAÚJO, O direito subjetivo e a teoria da autonomia da vontade no direito internacional privado. In: CASELLA, *Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul após o término do período de transição*, p. 43-44.

<sup>544</sup> “Art. 9º. Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.  
§ 1º. Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.  
§ 2º. A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente”.  
BRASIL, *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*, p. 128.

<sup>545</sup> FRANCESCHINI, A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais. In: RODAS, *Contratos internacionais*, p. 73.

<sup>546</sup> ARAÚJO, Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro. In: RODAS, *Contratos internacionais*, p.199.

sejam estes celebrados com parceiros do Mercosul, seja em relação a quaisquer outros países.

Como se pode observar, o Tratado de Montevideu, ao qual aderiram os países membros do Mercosul, não faz referência à aplicação do princípio da autonomia da vontade; da mesma forma, não contempla o princípio referente à escolha da norma aplicável, o que significa que não possuem tal direito subjetivo positivado em seus ordenamentos internos.<sup>547 548</sup>

Nádia de Araújo<sup>549</sup> refere que, no caso da Argentina, a doutrina entende ser possível às partes a eleição da norma aplicável ao seu contrato, entretanto os tribunais têm rechaçado tal entendimento. Já o Uruguai, após a sua participação na Conferência de Haia de 1985, tem se posicionado em favor da autonomia, mas até o momento não possui nenhuma decisão concreta a respeito. Por último, o Paraguai também aponta divergência na doutrina com relação à possibilidade de tal autonomia, mas, a exemplo do Uruguai, não tem nenhuma decisão de seus tribunais com relação ao assunto.

A busca da relação da autonomia da vontade nos contratos internacionais é, em seu fim, a busca da contingência do “foro aplicável”. Assim, o que seria o foro aplicável? Conforme leciona Nádia de Araújo,<sup>550</sup> com relação ao foro aplicável existe a mesma discussão acerca do artigo 88 do Código de Processo Civil,<sup>551</sup> esta relativa a ser essa norma de caráter imperativo ou facultativo. No entanto, as decisões dos tribunais brasileiros têm tido, na sua maioria, o entendimento de que a cláusula de eleição de foro é permitida, conforme comenta Maria Luiza Machado Granziera nos seguintes termos:

---

<sup>547</sup> “No direito comparado, mais precisamente nos países da *common law*, é permitida a aplicação da autonomia da vontade na escolha da lei aplicável. No caso do direito inglês é utilizado o princípio da *proper law*, já referido. No direito americano, tal direito subjetivo é permitido tendo em vista o *Restatement First of Conflict of Laws*, espécie de código americano com normas de direito internacional privado. Segundo Jacob Dolinger (2001, p. 80), trata-se, na verdade, de um reordenamento dos princípios decorrentes de uma longa experiência jurisprudencial e doutrinária em função dos conflitos do direito dos diferentes Estados americanos. Não tem força de lei, mas tem mais peso do que uma obra doutrinária”. ARAÚJO, *Contratos internacionais*, p. 61.

<sup>548</sup> *Ibid.*, p. 73.

<sup>549</sup> ARAÚJO, *Contratos internacionais*, p. 74-81.

<sup>550</sup> ARAÚJO, *Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro*. In: RODAS, *Contratos internacionais*, p.213.

<sup>551</sup> “Art. 88. É competente a autoridade judiciária brasileira quando:

I - o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;

II - no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

III - a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil.

Parágrafo único. Para o fim do disposto no nº I, reputa-se domiciliada no Brasil a pessoa jurídica estrangeira que aqui tiver agência, filial ou sucursal”. BRASIL, *Código de processo civil e legislação processual em vigor*, p. 225.

Serve como exemplo o despacho do Min. Celso de Mello, quando estava na presidência do STF, ao decidir a Carta Rogatória 7.311, em que esclareceu o entendimento do Tribunal a respeito de competência concorrente no direito brasileiro. Disse o Ministro que a norma inscrita no art. 88 do CPC, por definir as hipóteses de competência concorrente, representava uma faculdade do autor utilizar-se do foro brasileiro ou do foro estrangeiro, desde que seja uma das hipóteses do citado artigo.<sup>552</sup>

Na prática, o que se percebe é que muitos exportadores e importadores entendem esta orientação de forma equivocada, como explica Guilherme Bergamann Borges Vieira: “Ao escolherem o foro competente para julgar qualquer ação decorrente do contrato, estão automaticamente escolhendo a lei aplicável ao mesmo. Em outras palavras, há um entendimento de que a lei aplicável corresponde à própria lei do foro escolhido, o que nem sempre ocorre”.<sup>553</sup>

Nesse entendimento, é de se afirmar que a escolha do foro não determina diretamente a lei aplicável, pois uma coisa é a escolha do foro e outra, a escolha da lei. No Brasil, segundo Vieira, “é permitida a cláusula de eleição de foro,<sup>554</sup> mas a liberdade de escolher a lei aplicável, não o é”. Conclui o autor dizendo que, “embora aceitas pela doutrina, muitas vezes os tribunais brasileiros têm considerado inválidas as cláusulas de eleição de foros estrangeiros em contratos internacionais. Trata-se, portanto, de tema controverso”.<sup>555</sup>

Entretanto, uma grande dúvida aponta quando uma ação for proposta no Brasil e a parte demandada propuser exceção de incompetência por força de cláusula de eleição de foro, questão que é analisada e explicada por Nádia de Araújo: “O problema surge quando há uma cláusula de eleição de foro estrangeiro e é competente a justiça brasileira, por força das disposições do artigo 88 do Código de Processo Civil”.<sup>556</sup> O Tribunal do Rio de Janeiro inúmeras vezes já discorreu sobre a matéria, preponderando em seus julgamentos a eleição de foro pelos contratantes.

---

<sup>552</sup> GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Licitações internacionais. In: RODAS, *Contratos internacionais*, p. 221.

<sup>553</sup> VIEIRA, *Regulamentação no Comércio Internacional*, p. 30.

<sup>554</sup> “É válida a cláusula de eleição de foro para os processos oriundos do contrato”. Súmula 335/STF.

<sup>555</sup> VIEIRA, op. cit., p. 30.

<sup>556</sup> ARAÚJO, *Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro*. In: RODAS, *Contratos internacionais*, p. 213.

No primeiro caso, uma exceção de incompetência, o Tribunal entendeu que se as partes haviam elegido validamente o foro estrangeiro, somente naquele local poderia o litígio ser iniciado. A ré alegara, por meio de uma exceção de incompetência, que teria ocorrido *declinatória fori* por causa da cláusula que elegia o foro alemão para dirimir as controvérsias contratuais, a final julgada precedente, pelo que o feito foi extinto. Inconformada, a agravante entendia que por ser o Brasil o local de cumprimento da obrigação deveria o foro ser também o brasileiro, na forma do art. 88 do CPC. Todavia o Tribunal julgou diversamente, pois no seu entender considerou válida a cláusula de eleição de foro, em razão da natureza do direito em questão, e na Súmula 335<sup>557</sup> do STF julgou extinto o feito.<sup>558 559</sup>

Existem, entretanto, outros tribunais que não estão de acordo com a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, como os Tribunais de Justiça de São Paulo, Paraná e Rio Grande do Sul, ou seja, “mostram-se, na sua maioria, opostos à cláusula quando ela implicar incompetência da Justiça brasileira, entendendo que a exegese do art. 88 do CPC importa julgar competente a justiça nacional”.<sup>560</sup>

[...] O Tribunal de Justiça de São Paulo decidiu que sendo contrato celebrado no Brasil – por aqui residir o proponente –, e hipótese de competência com-corrente, na qual seria possível a atuação paralela da justiça estrangeira, teve por inaceitável, embora considerasse válida a cláusula de eleição que afastasse a jurisdição nacional, cuja autoridade não estava impedida de apreciar a matéria. No corpo do acórdão acima se esclarece que não ficou demonstrado ter a parte autora aderido às condições gerais da venda, onde o foro estava previsto, sendo esse mais um caso em que por ser contrato impresso, e portanto de adesão, a cláusula de eleição de foro é inválida.<sup>561</sup>

Apesar das divergências entre os tribunais estaduais acerca da matéria, de qualquer forma, a aplicação no Brasil é a regra do local de celebração, como leciona Guilherme Bergamann Borges Vieira, que faz a observação de que, “apesar de a regra geral brasileira ser a do local de celebração, a regra relativa à execução tem tido preponderância em nossa

---

<sup>557</sup> Súmula 335: “É válida a cláusula de eleição de foro para os processos oriundos do contrato”.

<sup>558</sup> *Revista de Direito* do TJRJ 9/190, Ementário 71/99, n. 10, 18.10.1990, Apelação Cível 4903, 1989, Reg. 25.09.1990, unânime, Des. Darcy Lizardo de Lima, j. 07.08.1990.

<sup>559</sup> ARAÚJO, *Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira*: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro. In: RODAS, *Contratos internacionais*, p. 223.

<sup>560</sup> *Ibid.*, p. 226.

<sup>561</sup> Vide ainda RT 632/82.

jurisprudência, a partir da interpretação de que à lei do local de constituição somam-se as exigências da lei do local de execução”.<sup>562</sup>

Segundo o processualista José Carlos Barbosa Moreira, reconhece-se a validade de cláusula de eleição de foro em contratos internacionais no Brasil, o que vem também ratificado nas palavras de Marcelo de Nardi, o qual faz referência àquele autor:

Ocorrendo qualquer das hipóteses do art.88, de acordo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – ao menos como vem sendo entendida – a sentença estrangeira apenas será homologável se as partes tiverem acordado em eleger o foro do outro Estado, ou se, ali proposta ação, o réu se houver submetido à respectiva jurisdição, apresentando defesa perante o juiz estrangeiro. Em tal perspectiva, não se afigura inteiramente apropriada a expressão “competência concorrente” no que tange à Justiça estrangeira: no fundo, para o Brasil, a brasileira é que seria a única competente em princípio, ao passo que alguma outra unicamente pode vir a tornar-se competente, em virtude de ato da parte, anterior ao processo ou praticado nele. [...]<sup>563</sup>

Então, havendo contratos de compra e venda mercantil envolvendo partes domiciliadas em algum dos Estados Partes<sup>564</sup> do do Mercosul, entende-se que as partes poderão livremente ajustar a cláusula de eleição de foro, tendo em vista o que dispõe o Protocolo de Buenos Aires. É nesse sentido que o Supremo Tribunal Federal entendeu devolver ao Paraguai uma carta rogatória, de nº 8837, sob o argumento de que existia no contrato em discussão a cláusula de eleição do foro brasileiro, a qual seria permitida nos termos do Protocolo de Buenos Aires. Da mesma forma dispõe o Código de Bustamante, o qual autoriza às partes a possibilidade da eleição do foro aplicável no caso da ocorrência de um eventual conflito, cumpridas as demais condições nele dispostas.

Dessa forma, não há como afastar-se da teoria da autonomia da vontade da norma aplicável, esta conjugada com a do foro aplicável, conforme esclarece Guilherme Bergamann Borges Vieira:

---

<sup>562</sup> VIEIRA, *Regulamentação no Comércio Internacional*, p. 32.

<sup>563</sup> NARDI, Eleição de foro em contratos internacionais: uma visão brasileira. In: RODAS, *Contratos internacionais*, p.133.

<sup>564</sup> Tais Estados permitem a escolha do foro aplicável pelos contratantes atento ao disposto em seus Códigos de Processo Civil. ARAÚJO, *Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro*. In: RODAS, *Contratos internacionais*, p. 226.

Já a autonomia da vontade, considerada a principal e talvez a única forma de se evitar os conflitos de leis, uma vez que determina de forma clara qual será a lei a ser considerada em um contrato, é aceita pelos países da União Européia e pelos Estados Unidos. O princípio também é contemplado pela Convenção sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais de 1980 (Convenção de Roma), pela Convenção Interamericana sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais de 1994, feita na Cidade do México, e pela Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda internacional de Mercadorias de 1980 (Convenção de Viena).<sup>565</sup>

Por fim, como fica a questão em relação ao direito aplicável? Como refere Deisy de Freitas Lima Ventura, “os anos de 1990 trazem consigo uma experiência inédita de integração econômica e sub-regional para a Argentina, o Brasil, o Paraguai e o Uruguai. Membros do Mercado Comum do Sul, MERCOSUL [no entanto] vivem um momento de grandes incertezas quanto ao futuro, especialmente no que se refere às questões institucionais e jurídica”.<sup>566</sup>

Faz-se necessário salientar que os Estados Membros do Mercosul, além dos tratados já celebrados, entre eles, poderão aderir a outros, uma vez que o Mercosul goza de personalidade jurídica internacional.

Também merece referência o costume aplicável, que, embora não pareça haver dúvidas, em se tratando de um contrato internacional, segundo leciona Antonio Carlos Rodrigues do Amaral, “serão regras costumeiras reconhecidas internacionalmente que se aplicarão, em detrimento de qualquer disposição consuetudinária local que com aquela seja conflitante”.<sup>567</sup>

Ocorre que, segundo Gilberto Kerber,<sup>568</sup> não há no Mercosul a presença de um direito comunitário; por via de consequência, não possui caráter supranacional, como acontece na Comunidade Européia. Assim, suas decisões, protocolos, acordos, dentre outros, somente terão efeito se internalizados pelos países que o compõem, ou seja, não terão aplicação direta no ordenamento interno daqueles.

---

<sup>565</sup> VIEIRA, *Regulamentação no Comércio Internacional*, p. 33.

<sup>566</sup> VENTURA, *A ordem jurídica do Mercosul*, p. 13.

<sup>567</sup> AMARAL; TAVOLARO (Coord.) *Direito do comércio internacional: aspectos fundamentais*. p. 228.

<sup>568</sup> KERBER, Gilberto. *Mercosul e a supranacionalidade*. São Paulo: LTr, 2001. p. 80.

Além disso, Maria do Carmo Puccini Caminha<sup>569</sup> afirma que, mesmo que as normas emanadas do Mercosul sejam devidamente integradas no ordenamento interno dos Estados Partes, muitas vezes não são aplicadas pelos tribunais, em virtude de contrariarem norma interna, como no caso da posição brasileira em relação ao Protocolo de Las Leñas. E completa Garcia Junior que “a maioria dos ministros sustentou que não havendo na Constituição brasileira a consagração da hierarquia do tratado internacional sobre a lei interna, a solução só poderia ser o primado da norma mais recente, proque paritária sua estrutura no ordenamento jurídico”. Conclui o autor dizendo que os ministros consagraram o “mecanismo *lex posterior derogat legi priori*”.<sup>570</sup>

Isso acontece porque, relativamente ao Brasil, não há uma disposição constitucional expressa quanto à hierarquia entre norma interna e tratado; apenas é abordado o assunto de forma tangente, em seu artigo 102, inciso III. Entretanto, o artigo 4º da Constituição Federal dispõe que o Brasil deverá buscar a integração dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.<sup>571</sup>

É importante ressaltar que, como explica Gilberto Kerber,<sup>572</sup> somente as constituições da Argentina e Paraguai estabelecem de forma literal a hierarquia das normas internacionais em relação às internas e a Constituição paraguaia é a única que refere a possibilidade de admissão de uma ordem jurídica supranacional, conforme anteriormente já observado.

Desse modo, quando pessoas físicas e jurídicas celebrarem contratos de compra e venda mercantis no âmbito do Mercosul, enfrentarão um grande problema, uma vez que não há uma uniformização de regras e há insegurança jurídica em relação a esta modalidade de contratação. Assim, não é possível saber como irão proceder os tribunais se levados a conhecer de eventual conflito entre os contratantes, tendo de dar uma solução à controvérsia. Essa insegurança jurídica leva a solução judicial a transformar-se em verdadeira loteria, o que é inadmissível ao que se propõe o Brasil, em cujo texto constitucional está expresso que se regerão as questões internacionais, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações, conforme os termos do parágrafo único do artigo 4º da Constituição Federal de 1988, anteriormente analisado.

---

<sup>569</sup> CAMINHA, Os juízes do Mercosul e a exterritorialidade dos atos jurisdicionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, n. 45, ano 11, p. 34-56, out./dez. 2003. p. 49.

<sup>570</sup> GARCIA JÚNIOR, *A lei aplicável aos contratos internacionais*, p. 52.

<sup>571</sup> VENTURA, *A ordem jurídica do Mercosul*, p. 66.

<sup>572</sup> KERBER, *Mercosul e a supranacionalidade*, p. 103-108.

Destaca-se que as partes poderão, mediante acordo, submeterem-se, na ocorrência de eventual conflito oriundo de seu contrato, ao juízo arbitral. Tal procedimento, apesar de também não estar uniformizado no âmbito do Mercosul, é utilizado de forma semelhante por todos os Estados Partes do Mercosul, sendo uma das formas de solução de conflito entre os contratantes.

Como se pode observar, o centro do problema está na norma e no foro aplicável quando da ocorrência de eventual conflito a ser decidido. Quanto à norma aplicável, limita-se, no âmbito dos países que compõem o Mercosul, em determinar se é a da celebração, *lex loci celebrationis*, ou a lei de execução do contrato, *lex loci executionis*. Segundo o entendimento de Aramando Álvares Garcia Júnior, “esta doutrina, cujo expoente máximo foi Frederich Carl Von Savigny, entende que a obrigação resultante de contrato deve ser disciplinada pela lei vigente no lugar de sua execução”. Conclui o autor dizendo que “seus adeptos acreditam que é nesse lugar que a obrigação revela a sua eficácia, pois é aí que a mesma se cumpre e encontra sua solução”.<sup>573</sup>

O Brasil não aderiu ao Tratado de Montevideu (1940), motivo por que é o único Estado integrante do Mercosul que possui entendimento diverso sobre a lei aplicável. O Brasil impõe a aplicação do artigo 9º da Lei de Introdução do Código Civil, o qual determina ser aplicável a lei do lugar de celebração do contrato, permitindo-se, dependendo do caso, o *dépeçage* do contrato. Muitas vezes a lei a ser aplicada será a estrangeira, mas desde que, como explica Nádia de Araújo,<sup>574</sup> não fira os bons costumes e a ordem pública do Estado brasileiro.

Em alguns casos a lei estrangeira vem se sobrepor até ao dispositivo legal interno. Um exemplo disso é a decisão proferida pelo presidente do Supremo Tribunal Federal<sup>575</sup> quanto à carta rogatória 9.897, julgada em fevereiro de 2002. A ação era movida pelos Estados Unidos da América, com o pedido de citação de cidadão domiciliado no Brasil, devido a uma cobrança de dívida de jogo. Mesmo sendo contrária à legislação brasileira, pois, como se sabe, no Brasil, não se permite a cobrança de dívidas de jogo, a jurisprudência predominante até então norteou a decisão, deferindo o pedido de *exequatur* para que a citação fosse realizada. Nádia de Araújo transcreve um trecho no pronunciamento de seu longo voto.

---

<sup>573</sup> GARCIA JÚNIOR, *A lei aplicável aos contratos internacionais*, p. 19.

<sup>574</sup> ARAÚJO. Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro. In: RODAS, *Contratos internacionais*, p.202-204.

<sup>575</sup> *Ibid.*, p. 205-206.

É o caso de indagar-se, à luz dos valores em questão: o que é capaz de colocar em xeque a respeitabilidade nacional: a homologação de uma sentença *estrangeira*, embora resultante de prática ilícita no Brasil, mas admitida no país requerente, ou o endosso, pelo próprio Estado, pelo Judiciário, de procedimento revelador de torpeza, no que o brasileiro viajou ao país-irmão e lá praticou o ato que a ordem jurídica local tem como válido, deixando de honrar a obrigação assumida? A resposta é desenganadamente no sentido de ter-se a rejeição da sentença *estrangeira* como mais comprometedora, emprestando-se ao território nacional a pecha de refúgio daqueles que venham a se tornar detentores de *dívidas* contraídas legalmente, segundo a legislação do país para o qual viajarem. [...] A origem do débito mostrou-se como sendo a participação em jogos de *azar*, mas isso ocorreu nos moldes da legislação regedora da espécie. No país em que mantida a relação jurídica, o jogo afigura-se como diversão pública propalada e legalmente permitida. Ora, norma de direito internacional, situada no mesmo patamar do artigo regedor da eficácia das sentenças *estrangeiras*, revela que “para qualificar e reger as obrigações aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem” – cabeça do art. 9º da Lei de Introdução do Código Civil.<sup>576</sup>

Mesmo assim, no ordenamento brasileiro, segundo a explicação de Nádia de Araújo e João Grandino Rodas, as partes não poderão livremente fazer a escolha da norma aplicável ao seu contrato – autonomia da vontade, uma vez que o artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil tem natureza imperativa.

Entretanto, na concepção de Irineu Strenger, a autonomia das partes e a liberdade contratual desempenham um importante papel na criação das normas:

Quando as partes privadas regulam sua própria relação legal, significa que houve, por parte do Estado, delegação de poderes para estabelecer que direito deve prevalecer, dentro de certos limites. Essa autonomia possibilita à comunidade comercial criar seus próprios regulamentos pela interação contratual, minimizando a intervenção estatal. Além, disso, por injunção contratual, a comunidade comercial pode adjudicar normas para interpretar e aplicar direito suplementar baseada em costumes comerciais não nacionais.<sup>577</sup>

O desfecho para a controvérsia quanto à aplicação da autonomia da vontade nos contratos internacionais, uma vez que, nos demais Estados Partes do Mercosul, apesar de a doutrina ser favorável, não existem ainda decisões concretas de seus tribunais, deixando as

---

<sup>576</sup> ARAÚJO, Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro. In: RODAS, *Contratos internacionais*, p. 206.

<sup>577</sup> STRENGER, *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*, p. 99.

partes contratantes inseguras quanto a isso, também no entendimento de Nádía de Araújo seria a adesão por todos os Estados Partes do Mercosul da Convenção Interamericana do México. Finalmente, dessa forma se estaria positivando o princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais.

Entretanto, após a adesão da Convenção surgiria outro problema, visto que o ordenamento jurídico brasileiro somente permitirá a aplicação da norma internacional após a aprovação do Congresso Nacional. Assim, tal convenção ainda não poderia ter aplicabilidade imediata pelos tribunais brasileiros, o mesmo ocorrendo com os demais Estados Partes do Mercado Comum do Sul.<sup>578</sup>

De forma conclusiva, com relação ao foro aplicável para a solução de eventual conflito, entende-se ser aplicável o Protocolo de Buenos Aires, pois os elementos trazidos mostram que, sendo norma disposta posteriormente à edição do artigo 88 do Código de Processo Civil brasileiro e considerando que a norma posterior derroga a anterior, trata-se de norma específica sobre a competência internacional relativa a contratos de compra e venda, e, ainda, trata-se de norma internacional ratificada pelo Brasil. Portanto, deve ser dada a validade necessária e observada a hierarquia da norma internacional para ser este protocolo a solução quanto ao foro aplicável.

É nesse sentido a abordagem feita por Valério de Oliveira Mazzuoli sobre a aplicação da norma internacional após ser aprovada pelo Congresso Nacional:

O decreto executivo, assinado pelo Presidente da República, é ainda referendado pelo Ministro das Relações Exteriores, e acompanhado de cópia do texto do ato. A partir de então, tem o tratado plena vigência da ordem interna, devendo, por isso, ser obedecido tanto pelos particulares como pelos juízes e tribunais nacionais.<sup>579</sup>

Dessa forma, se aplicável o Protocolo de Buenos Aires, quando se tratar da escolha do foro aplicável nos contratos internacionais, as partes poderão livremente realizar a sua escolha para uma demanda futura e, em caso de não haver omissão, aplicar-se-ão

---

<sup>578</sup> ARAÚJO, O direito subjetivo e a teoria da autonomia da vontade no direito internacional privado. In: CASELLA, *Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul após o término do período de transição*, p 46.

<sup>579</sup> MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O poder legislativo e os tratados internacionais: o treaty-making power na Constituição brasileira de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 38, ano 10, p, 9-45, jan./mar. 2002.. p. 40.

subsidiariamente as disposições contidas no artigo 7º<sup>580</sup> daquele protocolo, com a observância dos artigos 8º e 9º do mesmo protocolo. Nesse sentido, Armando Álvares Garcia Júnior ainda afirma que, quando se tratar de Estados Partes da união aduaneira, ou seja, o Mercosul, “obrigatoriamente incidem as regras regulatórias contempladas no Protocolo de Buenos Aires”.<sup>581</sup>

Portanto, para uma melhor compreensão e conclusão do trabalho, fez-se necessário tratar conjuntamente da norma aplicável *versus* foro aplicável. Uma vez que as partes poderão escolher o foro para a solução de eventual conflito oriundo de seu contrato, estarão, mesmo que indiretamente, escolhendo a norma aplicável a este – lei da celebração ou da execução.

Com relação à norma estrangeira, somente será aplicada no ordenamento jurídico como forma de solução de controvérsia se não for contrária à ordem pública e aos bons costumes. Por conta disso, afirma Nádia de Araújo que, após a utilização da regra de conexão pelo juiz do foro – lei da celebração ou da execução do contrato –, “pode ocorrer que a lei indicada seja contrária a ordem pública, quando então a lei do foro prevalecerá”.<sup>582</sup>

É nesse contexto de soluções adequadas que se justifica a importância, em relação aos Estados Partes do Mercosul, de aplicarem as normas internacionais por eles ratificadas e, mais importante ainda, quando forem provenientes de tal organismo internacional (Mercosul). Tal atitude traria maior segurança às partes ao celebrarem seus contratos; por conseguinte, ajudaria na expansão e no desenvolvimento da formação do Mercosul, tão importante para o crescimento das nações do Cone Sul.

Quanto a este entendimento, no mesmo sentido foi disposto recentemente no II Seminário dos Grupos de Estudos e Pesquisas da Comissão Especial de Integração do Mercosul da Ordem dos Advogados do Brasil:

---

<sup>580</sup>“Art. 7. Na ausência de acordo, têm jurisdição à escolha do autor:

a) o juízo do lugar de cumprimento do contrato;b) o juízo do domicílio do demandado;  
c) o juízo de seu domicílio ou sede social, quando demonstrar que cumpriu sua prestação”. Protocolo de Buenos Aires. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/mercosul/Protocolos/BUENOS\\_AIRES.htm](http://www.camara.gov.br/mercosul/Protocolos/BUENOS_AIRES.htm)>  
Acesso em: 30 mar. 2007.

<sup>581</sup> GARCIA JÚNIOR, *Jurisdição Internacional em matéria contratual no Mercosul*, p. 31.

<sup>582</sup> ARAÚJO, Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro. In: RODAS, *Contratos internacionais*, p. 209.

As interpretações judiciais no âmbito do Mercosul são de grande relevância para o processo de integração. Os operadores do direito, em geral, devem ter extrema cautela e prudência para não tentar frustrar o compromisso internacional firmado pelo seu respectivo Estado. Seu trabalho, na interpretação dos textos, em conjunto com os magistrados, transforma a norma abstrata em direito vivo. A habilidade dos advogados na condução das lides levadas aos tribunais, como representantes dos interesses das partes, é que vai delinear o direito posto em juízo. Todos, porém, devem estar conscientes de que a vigência interna de um tratado não pode estar em contradição com a externa. A eventual adoção de forma diversa gera responsabilidade ao Estado infrator. Já ensinava, com magistral propriedade de sempre, Pontes de Miranda: “(...) o juiz que preferisse a lei estatal em contradição ao direito internacional, violaria o direito internacional, e o estatal, que o mandou aplicar de preferência”.<sup>583</sup>

Nesse mesmo entendimento, segundo Jairo Silva Melo, haverá mais integração comercial entre os países com a liberação do comércio:

Todavia, verificar-se a necessidade de ser intensificada a integração comercial entre os países, permitindo a liberação do comércio, fazendo-se necessário viabilizar a uniformização das normas jurídicas relativas aos contratos internacionais, modernizando-as e possibilitando expressamente a autonomia da vontade entre as partes contratantes. Evita-se assim, que as regras internas vigentes representem entraves à atividade comercial. Tais adequações podem ser obtidas por Tratados Internacionais que tratem especificamente sobre o Direito aplicável aos contratos internacionais.<sup>584</sup>

Não se pode olvidar também que, no direito comparado, a faculdade das partes de escolherem o foro e a norma aplicável ao contrato internacional encontrou guarida nas principais convenções internacionais – quanto ao foro Convenção de Bruxelas e quanto à norma, convenções de Haia, a partir de 1955, Convenção de Viena e Convenção de Roma e legislações internas de diversos países, especialmente os localizados no continente europeu.

Assim, pela análise exposta, entende-se ser aplicável, tendo em vista o ordenamento jurídico brasileiro, aos contratos de compra e venda mercantis no âmbito do Mercosul, com relação ao foro competente, o Protocolo de Buenos Aires, cujas disposições permitem às partes a escolha do juízo que irá reger a solução de suas possíveis controvérsias. Desse

---

<sup>583</sup> CAMINHA, *Os juízes do Mercosul e a exterritorialidade dos atos jurisdicionais*, p. 56.

<sup>584</sup> MELO, *Contratos internacionais e cláusulas hardship*, p. 74.

modo, depois de definido tal juízo, e se esse for o brasileiro, aplicar-se-á a lei do lugar de celebração do contrato, conforme determina o artigo 9º da Lei de Introdução do Código Civil, não podendo as partes dispor acerca disso, ou seja, sendo vedado o princípio da autonomia da vontade neste caso.

## 6 CONCLUSÃO

Este trabalho teve como objetivo inicial analisar o fenômeno contemporâneo irreversível da globalização e as suas dimensões no que tange à articulação dos Estados na formação de blocos econômicos e outros tipos de consolidação de laços e inter-relações com a intenção de alavancamento das suas economias e políticas, espaços onde a realidade toma novos contornos. Assim, passa o global a ter novo significado, mudando o referencial de fronteiras, soberania, Estado e economia pelo surgimento de novas estruturas transnacionais, que começam a despontar como alternativa a um novo perfil de Estado e de sua organização.

Compreendida comumente em sua dimensão somente econômica, e neste aspecto em razão da consolidação do capitalismo no mundo atual, a globalização constitui-se num dos temas mais polêmicos do momento atual para a reflexão das diversas ciências, horizonte em que se abre a problemática da modernidade. Nesta, o maior desafio é estabelecer critérios para que a globalização seja assimilada como um fenômeno positivo no desenvolvimento humano e social, tornando-se efetivo e permanente o estabelecimento de critérios de redução dos seus aspectos negativos, a exemplo do aumento das desigualdades sociais, conseqüência das mais nefastas para essas circunstâncias e modo de vida globalizado que se vivem hoje.

A globalização tem como conseqüência o constante aumento das relações de (inter)dependência entre os Estados, os quais cada vez mais necessitam receber insumos uns dos outros dentro das suas vocações econômicas, o que leva a um progressivo e inevitável aumento da tolerância da interferência das legislações, instruções e normas gerais exteriores nas suas relações internas. Há, pois, a necessidade de elaboração de um regramento legal integrado com o sistema, dotado de autonomia e com mecanismos de limites para regular a interferência nos sistemas constitucionais de cada integrante. Para isso, seria necessário uma eliminação progressiva das diferenças legislativas do processo constitucional como meio de harmonizar este regramento legal integrado, principalmente no que se refere às integrações regionais, as quais fazem de forma complementar a regulação da dinâmica imposta pela globalização.

Direcionando o foco do estudo da globalização na integração regional do Mercosul, verificou-se que esta optou pela forma de integração intergovernamental, baseada na concepção de uma sociedade internacional, sem que os seus Estados Partes façam concessão de parcela das suas soberanias. Fica a aplicação de normas vinculada à existência de um consenso, o que se verifica especialmente nas constituições brasileira e uruguaia, que não fizeram qualquer previsão legal de transferência de soberania a organismos supraestatais, embora se entenda que tal opção é momentânea e vantajosa especialmente para o Brasil, maior economia do bloco.

A criação de órgãos supranacionais no contexto da integração do Mercosul é motivo de crítica pela falta de efetividade na implementação das convenções produzidas em consenso no foro intergovernamental pelos Estados Membros e pela inexistência da necessária autonomia para a execução das decisões coletivas que são dispostas pela técnica complementar atribuída aos organismos supranacionais. Isso porque somente pela sua criação e pela integração efetiva da política econômica e jurídica dos Estados na formação de uma comunidade internacional é que seus integrantes estarão imunes à vulnerabilidade de pressões externas, é condição paradigmática que se verifica na integração do Mercosul. Conforme disposto no texto constitucional, as relações internacionais do Brasil serão regidas na busca da integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma “comunidade latino-americana de nações”.

Na busca da forma mais adequada à solução de controvérsias oriundas de contratos de compra e venda internacionais de natureza mercantil no âmbito do Mercosul, percebe-se a grande importância de se ter um sistema harmonizado de normas para se chegar à melhor forma de solução de eventuais conflitos que envolvam os Estados Partes, pois, no decorrer da sua instituição até a situação atual, verifica-se um substancial e crescente aumento das negociações internacionais entre esses, a cumprir os objetivos de crescimento e desenvolvimento. No entanto, também há, de forma crescente, o aumento da necessidade da definição da norma e do foro aplicável às controvérsias surgidas dentro desse contexto transnacional.

Verificou-se que se coloca como imprescindível para o contínuo desenvolvimento do Mercosul a busca na harmonização das regras no que tange ao direito, especificamente na definição da norma e do foro aplicável na solução de controvérsias. Carecendo dessa condição, às partes falta a segurança jurídica necessária para a celebração de seus contratos

de forma clara e organizada, o que, certamente, traz insegurança e prejudica as relações comerciais que se formam.

Foi nesse sentido que a análise realizada apontou como uma solução adequada para essa harmonização de regras legais para a definição da norma aplicável a ratificação, pelos Estados Partes do Mercosul, da Convenção Interamericana do México, a qual traria segurança jurídica aos contratantes e permitiria a estes livre escolha da norma aplicável para eventual solução de controvérsia, privilegiando a autonomia da vontade das partes.

Quanto à solução adequada no que se refere à definição do foro competente para eventuais conflitos oriundos dos contratos de compra e venda no âmbito do Mercosul, os estudos desenvolvidos apontam para a aplicação do Protocolo de Buenos Aires, uma vez que permite às partes a escolha do foro aplicável e também prima pela autonomia da vontade das partes na eleição da jurisdição para soluções jurídicas no momento da contratação. Essa análise e conclusão estão baseadas na posição mais adequada ao ordenamento jurídico brasileiro, pois, atualmente, se aplica no direito interno a norma do lugar de celebração do contrato, consoante o disposto no artigo 9º da Lei de Introdução do Código Civil brasileiro, sem ser facultada aos contratantes sua livre escolha, portanto sem a aplicação do princípio da autonomia da vontade na definição.

Ainda, as próprias justificativas do Protocolo de Buenos Aires deram-se no sentido de as partes o celebrarem no sentido de “fortalecimento do processo de integração” e de proporcionar ao setor privado dos Estados Partes segurança jurídica na justa solução e harmonia internacional das decisões judiciais e arbitrais. Frisa-se a importância de se adotarem regras comuns sobre jurisdição internacional em matéria contratual, com o objetivo de promover o desenvolvimento das relações econômicas no setor privado. Ainda, reafirma-se que, em matéria de negócios internacionais, a contratação é expressão jurídica do comércio decorrente do processo de integração, nos termos dispostos pelo próprio protocolo.

Entretanto, também se identificou com o desenvolvimento do trabalho que não se mostra suficiente para a busca de segurança jurídica na celebração de contratos de compra e venda internacional mercantil somente a ratificação das referidas convenções. É necessário que os Estados Partes as efetivem em seus ordenamentos internos como normas internacionais emanadas do Mercosul, conforme e sem interpretação diversa do disposto no artigo 40 do Protocolo de Ouro Preto, possibilitando a clareza na contratação e regras claras e válidas na eventual necessidade de solução de controvérsias.

Embora seja o Mercosul uma integração recente, se comparada ao modelo europeu, a dinâmica imposta às relações que se estabelecem na economia e na sociedade moderna não permite mais a insegurança jurídica de que padece essa integração pela falta de harmonização de suas normas jurídicas pela aplicação dos tratados, acordos, convenções e protocolos internacionais que ratificarem, o que certamente traz substanciais atrasos e prejuízos à integração efetiva idealizada por esses pactos.

Para se chegar a essa conclusão, o trabalho desenvolvido analisou as teorias gerais aplicáveis aos contratos mercantis no direito brasileiro e aos contratos mercantis internacionais, especialmente no que se refere às suas teorias de interpretação e principais cláusulas; também analisou os pactos de integração do Mercosul e do direito comparado aplicável às normas internacionais, sem perder de vista a posição brasileira em relação a essas. Dada a sua importância, estudou-se, ainda, o uso da arbitragem no Mercosul, pois, dada a insegurança apontada, esta vem aumentando de forma expressiva em razão da celeridade do processo arbitral e à possibilidade de os contratantes escolherem livremente a norma aplicável, sendo, da mesma forma, um meio de solução de controvérsias a ser utilizado no âmbito do Mercosul.

Enfim, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, o quadro apresentado como adequado à solução de controvérsias no Mercosul abre a possibilidade de ampliação da discussão no aprimoramento das relações internacionais que permeiam a integração a fim de dar maior segurança jurídica às partes contratantes, permitindo aquela condição paradigmática que se apontou, a efetividade da integração na condição de comunidade internacional do Mercosul. Dentro do possível, nesse sentido, colaborou-se o presente trabalho de dissertação.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Elisabeth. *Mercosul & União Européia: estrutura jurídico-institucional*. Curitiba: Juruá, 1996.

ACCIOLY, Hildebrando. *Direito internacional público*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1968.

ACQUAVIVA, Marcos Cláudio. *Dicionário jurídico brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Jurídica Brasileira, 1998.

ALMEIDA, Juliana Salles. Breves considerações sobre o direito contratual americano e a formação dos contratos à luz do Common Law. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 405, 16 ago. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5574>>. Acesso em: 16 fev. 2007.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). *Direito do Comércio internacional: aspectos fundamentais*. São Paulo: Aduaneiras, 2004.

AMORIM, Edgar Carlos de. *Direito internacional privado*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARAÚJO, Nádía de. *Contratos internacionais: autonomia da vontade, mercosul e convenções internacionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

\_\_\_\_\_. O Direito subjetivo e a teoria da autonomia da vontade no Direito Internacional Privado. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul após o término do período de transição*. São Paulo: LTr, 2001.

\_\_\_\_\_. Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro. In: RODAS, João Grandino (Coord.). *Contratos internacionais*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ARGENTINA. *Código Civil*. Disponível em: <<http://www3.usal.es/~derepriv/refccarg/ccargent/codciv.htm>>. Acesso em: 28 mar. 2007.

\_\_\_\_\_. *Constituição*. Disponível em: <[www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Argentina/argen94.html](http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Argentina/argen94.html)>. Acesso em: 15 mar. 2007.

ARIOSI, Mariângela. *Conflitos entre tratados internacionais e leis internas: o judiciário brasileiro e a nova ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ARON, Raymond. *Paz e guerra entre nações*. Trad. Sérgio Bath. 2.ed. Brasília: UnB, 1986.

BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. *O Mercosul suas instituições e ordenamento jurídico*. São Paulo: LTr, 1998.

\_\_\_\_\_. (Coord.); HUCK, Hermes Marcelo (Coord.); CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas: estudos em homenagem a Irineu Strenger*. São Paulo: LTR, 1994.

BASSO, Maristela. A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio. In BAPTISTA, Luiz Olavo (Coord.); HUCK, Hermes Marcelo (Coord.); CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas: estudos em homenagem a Irineu Strenger*. São Paulo: LTR, 1994.

BATISTI, Leonir. *Direito do consumidor para o Mercosul: enfoque jurídico e econômico dos blocos de integração*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

BEDIN, Gilmar Antônio. *A sociedade internacional e o século XXI*. Ijuí: Editora Unijuí, 2001.

BERTOLDI, Marcelo M.; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Curso avançado de direito comercial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v.2.

BITTENCOURT, Rubens. *Instituições de direito econômico: Mercosul e globalização*. Curitiba: Juruá, 1996.

BRASIL. *Código Civil*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

\_\_\_\_\_. *Código de processo civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2004.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 857, de 11 de setembro de 1969. *Código civil brasileiro e legislação complementar*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 4.657 de 04 de setembro de 1942. *Código civil brasileiro e legislação complementar*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. Lei nº 3.071 de 01 de janeiro de 1916. *Código civil brasileiro e legislação complementar*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 7.

\_\_\_\_\_. Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990. *Código civil brasileiro e legislação complementar*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 790.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996. *Código civil brasileiro e legislação complementar*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 916.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 335. In: *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 31.ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 185.

\_\_\_\_\_. *Código Civil*. 54. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

\_\_\_\_\_. *Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. *Superior Tribunal de Justiça*. Acórdão EDcl na SEC 858/EX de sentença estrangeira. Rel. Min. Francisco Falcão. Brasília, 19 de setembro de 2007. Disponível em: <[http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo\\_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=homologação%20sentença%20estrangeira](http://www.stj.gov.br/SCON/pesquisar.jsp?newsession=yes&tipo_visualizacao=RESUMO&b=ACOR&livre=homologação%20sentença%20estrangeira)>. Acesso em: 6 maio. 2007.

BULGARELLI, Waldirio. *Contratos mercantis*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CAMINHA, Maria do Carmo Puccini. Os juízes do Mercosul e a exterritorialidade dos atos jurisdicionais. *Revista de Direito Constitucional e internacional*, São Paulo: Revista dos Tribunais n. 45, ano 11, p. 34–56, out./dez. 2003, 2003.

CASSELLA, Paulo Borba. *Mercosul: Exigências e Perspectivas*. São Paulo: LTR, 1996.

CHESHIRE, G.C. *Private international law*. 6. ed. Oxford: Oxford of the clarendon press, 1961.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONDÉ, Bertho. *Princípios do direito comercial internacional*. São Paulo: Cultura Moderna, 1938.

CONTURE, Eduardo J. *Fundamentos del derecho processual civil*. 3. ed. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1973.

CONVENÇÃO DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO DE 1928. SEITENFUS, Ricardo (Org.). *Legislação internacional*. Barueri: Manole, 2004.

CONVENÇÃO INTERAMERICANA SOBRE NORMAS GERAIS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO realizada em Montevideu em 1979. SEITENFUS, Ricardo (Org.). *Legislação internacional*. Barueri: Manole, 2004.

DEL'OLMO, Florisbal de Souza. *Direito internacional privado: abordagens fundamentais – Legislação – jurisprudência*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional privado: parte geral*. 6.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DUSO, Giuseppe (coord.). *O poder: história da filosofia política moderna*. Trad. de Andréa Ciacchi, Líssia da Cruz e Silva e Giuseppe Tosi. Petrópolis RJ: Vozes, 2004

ESTOUP, Luis Alejandro. Los principios del Derecho Comunitário Europeo: Una esperanza para el Mercosul?. *Revista de Derecho del Mercosur*, Buenos Aires: Síntese. n. 5, ano 5, p. 43–63, out/2001, 2001.

ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. *Derecho comercial y econômico: obligaciones y contratos comerciales, parte general*. Buenos Aires: Astrea, 1994.

FIDA, Orlando. *Contratos*. São Paulo: Leud, 1980.

FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. A lei e o foro de eleição em tema de contratos internacionais. In: RODAS, João Grandino (Coord.). *Contratos internacionais*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GARCIA JÚNIOR, Armando Álvares. *Lei aplicável aos contratos internacionais*. São Paulo: Aduaneiras, 2000a.

\_\_\_\_\_. *Direito internacional: questões atuais*. São Paulo: Aduaneiras, 2000b.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição internacional em matéria contratual no Mercosul*. São Paulo: Aduaneiras, 2004.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. Licitações Internacionais. In: RODAS, João Grandino (Coord.). *Contratos internacionais*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Luiz da Cunha. *Da compra e venda no direito comercial brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1950.

GRAVESON, Ronald Harry. *The conflict of laws*. 4. ed. London: London & Maswell, 1960.

GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrole*. Trad. Maria Luiza X. de A. Borges. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

JUENGER, Friedrich K. Escolha da lei nos contratos nas Américas. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Mercosul: integração regional e globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

JURIS SINTESE IOB. Repertório informatizado. CD. n° 63. Jan-Fev/2007

KANO, Melissa Carvalho. Arbitragem nos países do Mercosul. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Mercosul: integração regional e globalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

KERBER, Gilberto. *Mercosul e a supranacionalidade*. São Paulo: LTr, 2001.

IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

LARENZ, Karl. *Derecho civil parte general*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1978. v. 2.

LORENTZ, Adriane Cláudia Melo. *Supranacionalidade no Mercosul*. Curitiba: Juruá, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS, Fran. *Contratos e obrigações comerciais*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito comercial*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MARZORATI, Osvaldo J. *Derecho de los negocios internacionales*. 2.ed. Buenos Aires: Astrea, 1997.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O poder legislativo e os tratados internacionais: o treaty-making power na Constituição brasileira de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 38, ano 10, p, 9-45, jan./mar. 2002.

NEGRÃO, Theotonio. *Código civil e a legislação civil em vigor*. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

\_\_\_\_\_. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 39. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

MELLO, Celso de Albuquerque. *Curso de direito internaciona público*. 15. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. v. 1.

MELLO, Marcos Bernanrdes de. *Teoria do fato jurídico: plano da existência*. 12. ed. atual. São Paulo: Saraiva: 2003.

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

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

NARDI, Marcelo de. Eleição de foro em contratos internacionais: uma visão brasileira. In: RODAS, João Grandino (Coord.). *Contratos internacionais*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 122-194.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. *Constituição Federal Comentada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

NORONHA, Fernando. *O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa fé, justiça contratual*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

NORONHA, Fernando. *O direito das obrigações*. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

PARAGUAI. *Código civil*. Assunción: Elisa, 2004.

\_\_\_\_\_. *Código civil*. Disponível em: <<http://www.leyes.com.py/rubro3.php?r3=3&titulo=Codigo%20Civil>>. Acesso em: 8 de abr. de 2007.

\_\_\_\_\_. *Constituição*. Disponível em: <[www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Paraguay/ para1967.html](http://www.georgetown.edu/pdba/Constitutions/Paraguay/para1967.html)> Acesso em: 15 abr. 2007.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v.3.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. *Os limites do poder constituinte e a legitimidade material da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

PILTZ, Burghard. *Compraventa internacional*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998.

PIOVESAN, Flávia (Coord.). *Direitos humanos, globalização econômica e integração regional: desafios do direito constitucional internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

POTHIER, Robert Joseph. *Tratado das obrigações*. Campinas: Servanda, 2002.

PROTOCOLO DE BUENOS AIRES de 05 de agosto de 1994. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/mercosul/Protocolos/BUENOS\\_AIRES.htm](http://www.camara.gov.br/mercosul/Protocolos/BUENOS_AIRES.htm)>. Acesso em: 15 abr. 2007.

PROTOCOLO DE OURO PRETO de 12 de dezembro de 1994. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/textos/default.asp?Key=17>>. Acesso em: 15 abr. 2007.

PROTOCOLO DE BRASÍLIA. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/textos/default.asp?Key=17>>. Acesso em: 15 abr. 2007.

PROTOCOLO DE OLIVOS. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/textos/default.asp?Key=17>>. Acesso em: 15 abr. 2007.

PROTOCOLO DE ADESÃO DA REPÚBLICA BOLIVARIANA DA VENEZUELA AO MERCOSUL. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/textos/default.asp?Key=17>>. Acesso em: 15 abr. 2007.

REIS, Márcio Monteiro. *Mercosul, União Européia e Constituição: a integração dos Estados e os ordenamentos jurídicos nacionais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

RODAS, João Grandino (Coord). *Contratos internacionais*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. Elementos de conexão do Direito Internacional Privado Brasileiro relativamente às obrigações contratuais. In: RODAS, João Grandino (Coord.). *Contratos internacionais*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 19-65.

RODRIGUES, Silvio. *Direito civil*. 29.ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v.3.

RODRIGUES, Gilberto Marcos Antonio. *O que são relações internacionais?* São Paulo: Brasiliense, 1994.

SANTOS, J.M. Carvalho. *Código civil brasileiro interpretado: art. 1079 a 1121*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.

SCHMIDT, Karsten. *Derecho civil*: traducción de la 3ª edición alemana Frederico E.G. Werner. Buenos Aires: Astrea, 1997.

SEITENFUS, Ricardo. *Manual da organizações internacionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *hermenêutica filosófica e direito*: O exemplo privilegiado da boa-fé objetiva no direito contratual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, Marcus Rector Toledo. *Mercosul e personalidade jurídica internacional*: as relações externas do bloco sub-regional pós-Ouro Preto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SOARES, Maria Ângela Bento; RAMOS, Rui Manuel Moura. *Contratos internacionais*: compra e venda, cláusulas penais, arbitragem. Coimbra: Almedina, 1995.

SOUZA JR., Lauro da Gama e. Os princípios do Unidroit relativos aos contratos comerciais internacionais e sua aplicação nos países do Mercosul. In RODAS, João Grandino (Coord.). *Contratos internacionais*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

STRENGER, Irineu. *Contratos internacionais do comércio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1986.

\_\_\_\_\_. *Direito do comércio internacional e lex mercatoria*. São Paulo: LTR, 1996a.

\_\_\_\_\_. *Direito internacional privado*. 3. ed. São Paulo: LTR, 1996.

STREK, Lenio; MARAIS, José Luiz Bolzan. *Ciência política e teoria geral do estado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Comentários ao novo código civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 3.

TRATADO DE ASSUNÇÃO de 26 de março de 1991. In: SEITENFUS, Ricardo (Org.). *Legislação internacional*. Barueri: Manole, 2004.

TRATADO DE ASSUNÇÃO. Disponível em: <<http://www.mercosul.gov.br/textos/default.asp?Key=17>>. Acesso em: 15 abr. 2007.

URUGUAI. *Código Civil*. Disponível em: <[www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/codigos/codigocivil/1995/cod\\_civil](http://www.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/codigos/codigocivil/1995/cod_civil)>. Acesso em: 28 abr. 2007.

\_\_\_\_\_. *Constituição*. Disponível em: <[www.constitution.org/cons/uruguay.htm](http://www.constitution.org/cons/uruguay.htm)>. Acesso em: 15 mar. 2007.

VENTURA, Deisy de Freitas Lima. *A ordem jurídica do Mercosul*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

\_\_\_\_\_. *As assimetrias entre o Mercosul e a União Européia*. Barueri: Manole, 2003.

VIEIRA, Guilherme Bergmann Borges. *Regulamentação no comércio internacional: aspectos contratuais e implicações práticas*. São Paulo: Aduaneiras, 2002.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. 4. ed. Rio de Janeiro: Record, 2000.

WALD, Arnaldo. Algumas aplicações da *lex mercatoria* aos contratos internacionais realizados com empresas brasileiras.. In: BAPTISTA, Luiz Olavo (Coord.); HUCK, Hermes Marcelo (Coord.); CASELLA, Paulo Borba (Coord.). *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas: estudos em homenagem a Irineu Strenger*. São Paulo: LTR, 1994.