

Organização

Aline Beltrame de Moura
Fernanda Ruy e Silva
Gustavo Becker Monteiro

ANAIIS DO CONGRESSO DE DIREITO INTERNACIONAL

*New trends on Private International Law concerning
international contracts*

Coordenação do Evento

Aline Beltrame de Moura

ISBN N. 978-85-94142-60-3

Florianópolis, 05 de Dezembro de 2018



EMais
Editora & Livraria Jurídica

Co-funded by the
Erasmus+ Programme
of the European Union





Course of Private International Law

**NEW TRENDS ON PRIVATE
INTERNATIONAL LAW
CONCERNING INTERNATIONAL
CONTRACTS**

May 21st - 22nd, 2018 - CCJ/UFSC

Luigi Fumagalli

Università degli Studi di Milano

Roberta Clerici

Università degli Studi di Milano

Arno Dal Ri Júnior

Universidade Federal de Santa Catarina

Aline Beltrame de Moura

Universidade Federal de Santa Catarina

Tatyana Friedrich

Universidade Federal do Paraná

Felipe Albuquerque

Universidade do Estado do Rio de Janeiro



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI MILANO

INSCRIÇÕES E PROGRAMAÇÃO COMPLETA: www.iusgentium.ufsc.br | CERTIFICADO 16H/AULA

FICHA CATALOGRÁFICA

Course of Private International Law: New trends on private international law concerning international contracts / organização MOURA, Aline Beltrame de; SILVA, Fernanda Ruy e BECKER MONTEIRO, Gustavo; autores Clerici, Roberta... [et al.]

Recurso eletrônico. ISBN: 978-85-94142-60-3

1. Direito Internacional Privado. 2. Direito Internacional. 3. Contratos Internacionais. 4. Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias.

Agência Brasileira do ISBN

ISBN 978-85-94142-60-3



9 788594 142603

SUMÁRIO

Apresentação.....	05
Organização.....	06
Programação do Evento.....	07
Conferência Internacional.....	09

O PAPEL DA AUTONOMIA PRIVADA E SEUS EFEITOS NA APLICAÇÃO DA CISG

Roberta Clerici

Comunicações Acadêmicas

O PEDIDO DE ADESÃO DO BRASIL NA OCDE: A NECESSIDADE DE CONVERGÊNCIA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ACERCA DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA EM RELAÇÃO ÀS DIRETRIZES INTERNACIONAIS

Gabriella de Almeida Dutra

O DESENVOLVIMENTO DO SISTEMA DA RESPONSABILIDADE NO DIREITO INTERNACIONAL: DA CONCEPÇÃO INTERESTATAL CLÁSSICA AO PROJETO DE ARTIGOS SOBRE A RESPONSABILIDADE DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

Fernanda Ruy e Silva

O ADVENTO DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAIS DE MERCADORIAS (CISG)

Gustavo Becker Monteiro e Bettina Gomes Omizzolo

A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DO CÓDIGO BUSTAMANTE: O RECURSO ESPECIAL N. 1.705.222

Rafael Bemerguy

ELEIÇÃO DE FORO ESTRANGEIRO EM CONTRATOS INTERNACIONAIS: A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E AS TENDÊNCIAS COM O ADVENTO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Rafaela Girardi Hormann

PRINCIPAIS FATORES QUE CONTRIBUÍRAM PARA A DESQUALIFICAÇÃO DOS ACORDOS BILATERAIS DE INVESTIMENTOS COMO MÉTODO DE REGULAMENTAÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO

Paula Laurene Jacobsen Valkinir

O BRASIL E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: ANÁLISE DO CASO FAZENDA BRASIL VERDE

Carolina Lacerda Machado

MOTIVOS DE IMPEDIMENTO DO ÁRBITRO: UMA COMPARAÇÃO ENTRE O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E AS *IBA GUIDELINES ON CONFLICTS OF INTEREST IN INTERNATIONAL ARBITRATION*

Juliana Blanco de Oliveira

A FIGURA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA PERANTE A CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

Clara Lúcia Claudino dos Santos Fantini e Gabriela Pinheiro

APRESENTAÇÃO

É com imensa satisfação que apresentamos os Anais do primeiro evento organizado pelo Grupo de Pesquisas em Direito Internacional da UFSC (*Ius Gentium* UFSC/CNPq), coordenado pela Professora Aline Beltrame de Moura e pelo Professor Arno Dal ri Júnior, totalmente voltado ao estudo do Direito Internacional Privado. Realizado entre nos dias 21 e 22 de maio de 2018, o tema abordado no evento foram as novas perspectivas do Direito Internacional Privado acerca dos contratos internacionais.

Aprofundando a produção acadêmica em Direito Internacional Privado na Universidade Federal de Santa Catarina, os artigos aqui presentes refletem as discussões e perspectivas teóricas desenvolvidas durante os encontros do *Ius Gentium* UFSC/CNPq no semestre 2018.1, que teve como escopo a introdução ao estudo das matérias envolvidas em Direito Internacional Privado, sob a coordenação pedagógica da professora Aline Beltrame de Moura.

O evento reuniu pesquisadores de diversas instituições europeias e brasileiras, além de doutorandos, mestrandos e graduandos que, em uma tradição desenvolvida no seio da UFSC, apresentaram suas comunicações acadêmicas no escopo de estimular a produção de conhecimento sob a sabatina dos professores estrangeiros convidados.

Alguns agradecimentos pontuais devem ser efetuados. Em primeiro lugar, a todos os conferencistas que se dispuseram a participar deste evento, contribuindo com os debates e o manancial teórico produzido. Um especial agradecimento deve ser igualmente realizado à equipe de organização do evento, que ao longo dos dois dias do curso trabalharam de maneira incessante para o seu êxito. Devem ser igualmente agradecidos o Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC e a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, que possibilitaram a realização do congresso.

Por fim, os anais deste evento foram produzidos com apoio da editora EMais e com financiamento da Comissão Europeia no âmbito do Módulo Jean Monnet instituído no Centro de Ciências Jurídicas da UFSC, sob a Coordenação da Professora Aline Beltrame de Moura (600067-EPP-1-2018-1-BR-EPPJMO-MODULE). As ações Jean Monnet têm por objetivo promover a excelência no ensino, na pesquisa e na extensão no campo de estudos da União Europeia em todo o mundo.

Comissão Organizadora

ORGANIZAÇÃO

Anais

Aline Beltrame de Moura
Fernanda Ruy e Silva
Gustavo Becker Monteiro

Revisão, diagramação e formatação

Fernanda Ruy e Silva
Gustavo Becker Monteiro

* * *

Evento

Coordenação

Aline Beltrame de Moura

Organizadores:

Bettina Gomes Omizzolo
Fernanda Ruy e Silva
Gustavo Becker Monteiro
Gustavo Carnesella
João P. Silveira
Juliana Blanco de Oliveira
Natália Ferreira
Rafael Bemerguy
Rafaela Girardi Hormann
Thalia Pasetto Biléssimo

PROGRAMAÇÃO DO EVENTO

Course of Private International Law

NEW TRENDS ON PRIVATE INTERNATIONAL LAW CONCERNING INTERNATIONAL CONTRACTS

May 21st - 22nd, 2018 - CCJ/UFSC

PROGRAMME

MAY, 21st - MONDAY

10:00 - UFSC/CCJ Auditorium

Opening Conference: International Commercial Arbitration and Private International Law Issues

Keynote Speaker: Prof. Ph.D Luigi Fumagalli (Università degli Studi di Milano - Italy)

Discussion: Prof. Ph.D Roberta Clerici (Università degli Studi di Milano - Italy)

Concluding Remarks: Prof. Ph.D Orlando Celso da Silva Neto (UFSC)

Chairman: Prof. Ph.D Aline Beltrame de Moura (UFSC)

14:00 - UFSC/PPGD Warat Classroom ("Sala Warat")

Conference: "A adesão do Brasil à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias: uniformização de contratos e facilitação do comércio"

Keynote Speaker: Prof. MSc. Felipe Albuquerque (UERJ)

Discussion: Prof. Ph.D Paulo Potiara (CESUSC/UNOCHAPECÓ)

Chairman: Prof. Ph.D Aline Beltrame de Moura (UFSC)

16:00 - UFSC/PPGD Warat Classroom ("Sala Warat")

Conference: "A uniformização da regulamentação dos contratos internacionais no Mercosul"

Keynote Speaker: Prof. Ph.D Tatyana Friedrich (UFPR)

Discussion: Prof. Ph.D Joana Stelzer (UFSC)

Chairman: Prof. Ph.D Arno Dal Ri Júnior (UFSC)

MAY, 22nd - TUESDAY

10:00 - UFSC/CCJ Auditorium

Conference: "Il ruolo dell'autonomia privata e i suoi effetti sull'applicazione della CISG"

Keynote Speaker: Prof. Ph.D Roberta Clerici (Università degli Studi di Milano - Italy)

Discussion: Prof. Ph.D Luigi Fumagalli (Università degli Studi di Milano - Italy)

Concluding Remarks: Prof. Ph.D Aline Beltrame de Moura (UFSC)

14:00 - UFSC/PPGD Warat Classroom ("Sala Warat")

Conference: "A boa-fé na CISG: desafios ao propósito de uniformização"

Keynote Speaker: MSc. Aline de Almeida (UFSC)

Discussion: Prof. Ph.D Guilherme Reinig (UFSC)

Concluding Remarks: Prof. Ph.D Mikhail Cancelier (UFSC)

15:00 - UFSC/PPGD Warat Classroom ("Sala Warat")

Closing Remarks: "Novas tendências do Direito Internacional Privado em relação aos contratos internacionais no ordenamento jurídico brasileiro"

Introduction: Prof. Ph.D Arno Dal Ri Jr. (UFSC)

Commentator: Prof. Ph.D Aline Beltrame de Moura (UFSC)

16:00 - UFSC/PPGD Warat Classroom ("Sala Warat")

Workshop - Paper Presentations



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
DI MILANO

CONFERÊNCIA INTERNACIONAL

O PAPEL DA AUTONOMIA PRIVADA E SEUS EFEITOS NA APLICAÇÃO DA CISG¹

Roberta Clerici²

1. A INTERPRETAÇÃO DA CONVENÇÃO DE VIENA

Não posso deixar de iniciar recordando que a *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* do ano de 2013 dedicou um amplo espaço à ratificação, pelo Brasil, da Convenção de Viena de 11 de abril de 1980 sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias – Uncitral, testemunhando a devida relevância que a Escola de Milão, onde a Revista é confeccionada, atribui a eventos internacionais de um país ao qual também estamos ligados por intensas relações de intercâmbio didático e científico plurianuais com os colegas internacionalistas da Universidade Federal de Santa Catarina.

Por outro lado, ainda que a Convenção de Viena constitua um dos tratados mais bem-sucedidos (até o momento, ratificada por 89 Estados) no campo do direito material uniforme, não se pode ignorar que a sua disciplina geral mostra um entrelaçamento significativo com o direito internacional privado, e também com a fonte não estatal constituída pela intitulada *lex mercatoria*. De fato, essa Convenção não introduz um conjunto de regras autossuficientes, mas, em vez disso, um sistema normativo que precisa ser suplementado por normas provenientes de setores jurídicos diferentes com os quais é destinado a se integrar.

De qualquer forma, nos três setores anteriormente considerados, a autonomia das partes do contrato de compra e venda internacional de mercadorias também pode ser expressa. E não poderia ser diferente se considerarmos que tal contrato constitui desde sempre um elemento essencial – talvez o mais básico e, portanto, até hoje o mais frequente – da prática do comércio internacional. Tal prática tende a valorizar ao máximo a autorregulação das relações por parte dos operadores: não apenas através do uso do instrumento contratual, mas também mediante a elaboração de contratos-padrão por órgãos públicos ou privados.

¹ Conferência traduzida da língua italiana por Fernanda Ruy e Silva, mestrande do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC). Título original do artigo: “Cittadinanza, legge nazionale e statuto personale dell’individuo: l’influenza del diritto dell’Unione europea”.

² Professora emérita de Direito Internacional Privado na Università degli Studi di Milano.

A utilização desses diferentes métodos pela Convenção de Viena e o amplo recurso a normas derogáveis (por isso o seu caráter “dispositivo” e flexível) não podem, contudo, obscurecer a sua natureza como um ato internacional vinculante aos Estados contratantes.

Para além da máxima atenção devida à incidência das reservas formuladas por um número considerável de Estados contratantes, é imprescindível a exigência de uma interpretação uniforme, como está previsto em cada acordo internacional dos artigos 31-33 da Convenção de Viena de 23 de maio de 1969 sobre o Direito dos Tratados. Embora a Convenção de 1980 evite cuidadosamente utilizar noções ou institutos do *civil law* e do *common law*, a necessidade de uma interpretação “autônoma” de suas normas se contrapõe à notável tendência dos operadores do direito (advogados e juízes) de buscar soluções para os problemas interpretativos, buscando refúgio nos conceitos e instituições de seus próprios ordenamentos jurídicos.

Esta *Homeward Trend* é por vezes acompanhada por uma *Outward Trend* igualmente criticável, que resulta de duas sentenças de juízes espanhóis e alemães (*Tribunal supremo*, 17 de janeiro de 2008, *Oberlandesgericht Koblenz*, 24 de fevereiro de 2011). Na prática, os juízes primeiramente constataram que a referência ao “comportamento da pessoa razoável”, que frequentemente aparece na Convenção (por exemplo, no artigo 8, §2), é alheio aos ordenamentos de *civil law*, mas está presente nos sistemas de *common law*. Os mesmos juízes decidiram, portanto, sobre suas respectivas controvérsias com base na jurisprudência inglesa e norte-americana em casos internos, apesar de – entre outras coisas – o Reino Unido ainda manter seu isolamento à Convenção, uma vez que nunca a ratificou.

No entanto, a própria Convenção de Viena contém uma disposição especial que pode ser definida como “pedagógica”. O artigo 7, §1, assim estabelece:

“Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional”.

Nesse sentido, nota-se que um instrumento de ajuda válido e eficaz deriva da consulta do conjunto jurisprudencial e arbitral existente (agora numeroso, aproximadamente 5000 unidades), hoje facilmente disponível nos sites da UNCITRAL ou de centros especiais de pesquisa. Na realidade, o exame dessa prática nem sempre garante um resultado conforme às expectativas. Às vezes nos deparamos com decisões contraditórias que devem ser examinadas

com cautela. Não por acaso a criação de um tribunal *ad hoc*, dotado de poderes interpretativos como o Tribunal de Justiça da União Europeia, tem sido repetidamente solicitada, ou a criação de tribunais especializados no âmbito dos Estados contratantes.

Essas expectativas, no entanto, não devem ser realizadas, pelo menos por enquanto. Um auxílio igualmente válido é, em qualquer caso, constituído pela *UNCITRAL Digest of Case Law on the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (edição de 2016), que, por outro lado, limita-se a enquadrar a prática de artigo por artigo, sem tomar posição sobre as diferentes soluções interpretativas evidenciadas.

Portanto, é notório que a aplicação da Convenção, que muitas vezes introduz deliberadamente fórmulas vagas, requer uma competência específica que pode ser proveniente de cursos universitários a ela dedicados. Deve-se também reconhecer que os juízes dos vários Estados, após um período inicial de incerteza, demonstram frequentemente ter adquirido a competência necessária para resolver as diversas questões interpretativas.

Também essa competência, constantemente, não emerge das decisões dos Tribunais Superiores, mas dos juízes de primeiro grau, por vezes dos tribunais de pequenas cidades: como exemplo, tem-se uma decisão do Tribunal Italiano de Vigevano de 12 de julho de 2000, que é citada por muitos estudiosos como um paradigma perfeito do método correto de interpretação da Convenção.

2. O PAPEL DAS UTILIZAÇÕES NA CISG

Ainda sobre a questão da interpretação, é razoável supor que um Comitê de Arbitragem seja mais capaz de garantir soluções que atendam ao propósito das normas de Viena. Por outro lado, também é sabido que os árbitros estão mais disponíveis que os juízes estatais para empregar normas de origem não estatal.

A respeito disso, é a própria Convenção de Viena que estabelece sua aplicação no âmbito de seu próprio sistema de regras. O artigo 9, §2, prevê que:

“Salvo acordo em contrário, presume-se que as partes consideraram tacitamente aplicáveis ao contrato, ou à sua formação, todo e qualquer uso ou costume geralmente reconhecido e regularmente observado no comércio internacional, em contratos de mesmo tipo no mesmo ramo de comércio, de que tinham ou devessem ter conhecimento”.

Essas normas, bem como outras da Convenção de Viena, atribuem, em primeiro lugar, importância à autonomia das partes, que são livres para se esquivar à aplicação desse artigo, inserindo uma disposição especial em contrário no contrato.

Se tal vontade não for manifestada, resta claro que os usos, desde que atendam aos requisitos de eficácia e conhecimento previstos no artigo 9, não se destinam apenas a integrar normas contratuais incompletas ou ambíguas, mas são mesmo atribuídas a elas uma eficácia prevalente em relação às disposições contratuais.

Essa conclusão, todavia, não é aceita por estudiosos que se opõem a um amplo recurso à *lex mercatoria*. Eles sustentam que o sistema da Convenção de Viena admite, por exemplo, o uso dos Princípios da UNIDROIT em contratos internacionais unicamente com o propósito de preencher as lacunas “externas” desse tratado, isto é, os assuntos excluídos de seu escopo (por exemplo, a validade dos contratos). Por outro lado, há quem leia a referência aos princípios gerais que informam a Convenção – previstos pelo artigo 7, §2, para preencher as lacunas – como um lembrete aos Princípios da UNIDROIT ou a fontes semelhantes, a fim de evitar que as normas de Viena acabem sendo “congeladas” em uma interpretação que não seria mais adequada aos tempos atuais.

Não pretendo entrar nesse debate que nunca se esgotou e que também envolve certos interesses econômicos. Limito-me a notar que a prevalência de usos transnacionais tem sido objeto de numerosas decisões – não apenas por árbitros, mas também por juízes estatais –, nas quais sua existência ou sua validade foram cuidadosamente avaliadas, seguindo a contestação de uma das partes.

Essas análises geralmente focavam em usos específicos, pertencentes a áreas peculiares do direito comercial; contudo, os *Incoterms* e os Princípios da UNIDROIT sobre contratos comerciais internacionais foram invocados com igual frequência.

Deve-se ressaltar, porém, que os Princípios da UNIDROIT têm sido muito mais frequentemente mencionados na aplicação do artigo 7, §2, da Convenção de Viena, isto é, uma norma dedicada – como foi apontado – à interpretação. Em particular, o referido artigo prevê o recurso aos princípios gerais que inspiram a Convenção quando for necessário preencher quaisquer lacunas presentes na disciplina contida no Tratado.

A respeito disso, várias decisões – não apenas de tribunais de arbitragem – afirmaram que os Princípios da UNIDROIT e, por vezes, também os Princípios do Direito Europeu dos

Contratos também estão incorporados nos princípios gerais da Convenção de Viena. Assim, uma espécie de osmose é alcançada entre normas internacionais e normas “objetivas” transnacionais, com um alinhamento com a mais aberta das correntes doutrinárias acima mencionadas.

Nessa orientação jurisprudencial estatal devem ser inseridas também duas decisões recentes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (14 de fevereiro de 2017 e 30 de março de 2017), a primeira das quais não hesitou em qualificar a Convenção de Viena como uma nova *lex mercatoria* (embora ainda não aplicável à controvérsia), juntamente com os Princípios da UNIDROIT. Esses dois instrumentos, na verdade, longe de serem antagônicos ou mutuamente exclusivos, juntos constituem um autêntico complexo normativo de direito comercial transnacional.

3. AS LACUNAS DA CISG E A APLICAÇÃO DAS NORMAS DE DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO

Além dessas posições, deve ser enfatizado que o problema das lacunas é resolvido pelo artigo 7, §2, da Convenção de Viena, primeiro por referência aos princípios gerais e, se não for possível determinar a sua existência, mediante o recurso às normas de direito internacional privado.

Tal regra, portanto, evidencia o entrelaçamento – mencionado no início – entre as normas uniformes de direito material, de origem internacional, e as normas sobre o direito aplicável pertencentes a este setor diferente do sistema estatal, destinadas precisamente a regular casos com elementos estrangeiros com respeito a uma única realidade social.

Essa referência específica às normas de conflito, em uma posição de prevalência com relação a regras de diferentes origens, deve ser cuidadosamente avaliada, em primeiro lugar por operadores comerciais. De fato, seja quando se trata de lacunas “externas” à Convenção, isto é, questões que não quer regulamentar (por exemplo, a validade do contrato ou a transferência da propriedade do bem vendido), seja quando se trata de lacunas “internas” (por exemplo, sobre o ônus da prova), o papel suplementar que as partes desejam eventualmente atribuir à *lex mercatoria* será objeto de diferentes orientações não apenas pelos árbitros perante os juízes estatais, mas também pelos juízes dos diferentes Estados no que diz respeito às respectivas regras de direito privado, internas e internacionais.

Um contrato estipulado com esse conteúdo entre um empresário brasileiro e um empresário italiano estará sujeito a normas diferentes pelos juízes dos dois Estados. Diferentemente do Brasil, a Itália (assim como Dinamarca, Finlândia, França, Noruega, Suécia e Suíça) ainda está vinculada à Convenção da Haia de 15 de junho de 1955 sobre a Lei Aplicável à Vendas Internacional de Mercadorias, que exclui a referência a normas de origem não estatal. Uma exclusão semelhante é também prevista pelo Regulamento n. 593/2008 da Comunidade Europeia sobre a lei aplicável aos contratos internacionais.

Um acórdão do Tribunal de Padova (11 de janeiro de 2005) é particularmente importante acerca de uma certa orientação dos tribunais italianos, no qual o pedido de uma parte para aplicar “as leis e regulamentos” da Câmara de Comércio Internacional de Paris foi rejeitado. Segundo os juízes, a referência contratual a essas normas não pode ser compreendida como uma escolha de lei ao abrigo do direito internacional privado, cujas normas – ao menos as que vigoram em Itália – não concedem a possibilidade de escolher um conjunto de regras não estatais, de acordo com o artigo 2, §1, da Convenção da Haia de 1955. Essa escolha pode constituir, no mínimo, uma determinação *per relationem* do conteúdo contratual, isto é, de regulamentação no âmbito da relação contratual. Ao escolher regras não estatais e lembrá-las como cláusulas contratuais, as partes poderiam se desviar das disposições da lei aplicável e, portanto, das disposições da Convenção de Viena.

4. A REFERÊNCIA AO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO PARA A APLICAÇÃO OBJETIVA DA CISG

Um papel ainda mais incisivo das normas do direito internacional privado provém do artigo 1, §1, “b”, da Convenção, uma vez que ela inclusive subordina sua aplicação (ampliando-a) à interação entre essas normas, quando não incide o requisito relativo à sede de negócios do vendedor e do comprador em dois diferentes Estados contratantes, por exemplo, artigo 1, §1, “a”.

Se apenas um ou nenhum dos contratantes tiver a sua sede em um Estado vinculado à Convenção, os critérios de vinculação estabelecidos pelos sistemas estatais de direito internacional privado, possivelmente complementados pelas disposições das Convenções de direito internacional privado em vigor, são destacados: seja o critério da vontade, se previsto e

em quais limites, sejam outros critérios (domicílio ou sede de um dos contratados, local de conclusão do contrato, conexão mais real, etc.).

Ao aplicar essa regra, no entanto, é necessário verificar, em primeiro lugar, se o juiz que é ou será chamado a decidir pertence a um Estado (como, por exemplo, Estados Unidos, China, República Checa, Eslovênia, Singapura) que efetuou a reserva prevista pelo artigo 95, de acordo com o qual o artigo 1, §1, “b” se torna inaplicável. Se, de outro modo, a lei de um desses Estados for encaminhada a juízes diferentes, estes não estão vinculados à reserva, visto que a eles prevalece o texto completo do artigo 1, §1, “b”, especialmente se a vontade das partes de se submeterem à Convenção claramente emergir do contrato através da referência à lei de um Estado que a introduziu em seu próprio ordenamento jurídico.

Somente a Alemanha fez uma declaração segundo a qual os Estados que elaboraram a reserva não serão considerados como Estados contratantes, exclusivamente conforme o artigo 1, §1, “b”.

Deve-se enfatizar imediatamente que a escolha de uma lei de um Estado contratante não é válida como uma escolha de suas normas internas, mas como uma escolha das normas da Convenção. As partes do contrato devem estar cientes de que, no sistema jurídico desse Estado, as normas domésticas são substituídas pelas normas de Viena, pelo princípio da especialidade ligado ao princípio do *pacta sunt servanda*.

Obviamente, as partes devem verificar preliminarmente a data de entrada em vigor dessas normas frente à data de conclusão do tratado.

As partes também devem verificar os efeitos de outras reservas que possam eventualmente ser impostas pelos Estados contratantes. Com base no artigo 92, §1, a Dinamarca excluiu a aplicação da Parte II da Convenção: portanto, se a *lex contractus* for a dinamarquesa, as normas de Viena relativas à constituição do contrato não serão aplicáveis.

Além disso, desde que alguns Estados escandinavos declararam, de acordo com o artigo 94, não querer aplicar a Convenção, mas as suas próprias normas internas, quando um dos parceiros contratuais exercer a sua atividade em seu próprio território, a referência às leis sueca, dinamarquesa, finlandesa, norueguesa e islandesa conduz ao ordenamento interno desses Estados.

Os efeitos dessas reservas também devem ser respeitados pelos juízes de Estados não vinculados pela Convenção, mas não pelos árbitros.

Foi questionada, ademais, a validade de uma escolha pelas partes de aplicar a Convenção de Viena *per se*, ou seja, sem o uso de um ordenamento estatal que a tenha implementado internamente. Esta escolha é inválida para países que ratificaram a Convenção da Haia de 1955 ou que estão vinculadas pelo Regulamento n. 593/2008 da Comunidade Europeia sobre contratos internacionais, pelos mesmos motivos acima mencionados. Portanto, se a controvérsia for submetida ao juiz de um desses Estados, a escolha será considerada inválida e a será aplicada a lei designada pelas diferentes normas de direito internacional privado aplicáveis na ausência de escolha: em geral, a lei do Estado de domicílio do vendedor.

Finalmente, é evidente que um contrato internacional de compra e venda está, de qualquer modo, sujeito às regras estatais de direito internacional privado que regem a capacidade dos contratantes e a própria forma do contrato, de acordo com o fenômeno conhecido de *depéçage* ou da divisão da lei aplicável ao contrato.

Sob este último perfil, é necessário novamente verificar os efeitos de uma reserva ulterior contida no artigo 96 da Convenção das Nações Unidas. De fato, embora a CISG seja em grande parte inspirada pela liberdade de forma do contrato (portanto, a forma oral ou mesmo o comportamento das partes nesse sentido é admissível), como está claro no artigo 11, o artigo 12 exclui essa liberdade quando uma parte tem a sua sede em um Estado contratante que declarou exigir uma forma escrita. Esta reserva foi manifestada por muitos Estados, incluindo Rússia, Argentina, Chile e Paraguai.

5. A FACULDADE DE DERROGAÇÃO ATRIBUÍDA ÀS PARTES

O papel primordial atribuído à autonomia privada que domina as normas do comércio internacional e a própria Convenção de Viena é, acima de tudo, consagrado no artigo 6 da Convenção, o qual prevê inclusive a faculdade de as partes excluïrem total ou parcialmente a aplicação da mesma Convenção, e também para derogar qualquer disposição ou modificar seus efeitos.

Nem seria preciso salientar a importância dessa norma; e não pretendo retomar aqui os problemas bem conhecidos de qualificar tal autonomia das partes em um sentido internacional-privatista ou como negocial.

Limito-me a verificar os limites e as possíveis formas dessa “escolha negativa”, que deu lugar a uma jurisprudência estatal e arbitral muito abundante.

Em termos de limites, e levando em consideração as controvérsias trazidas perante os tribunais estatais, o mesmo artigo 6 define como inadmissível a derrogação ao artigo 12, relativo à necessidade da forma escrita do contrato e à reserva correlata, toda vez que uma das partes tem sua sede em um Estado que tenha feito a reserva.

Acrescento, da minha parte, que se deve reconhecer a mesma inadmissibilidade com relação ao artigo 7, §1, alusivo à obrigação de interpretação uniforme desse tratado; e, dentro dos limites já indicados, com relação às diferentes posições dos tribunais dos Estados contratantes ou não-contratantes às reservas formuladas por alguns Estados, por serem obrigações decorrentes do direito internacional.

Quanto às formas de manifestação dessa “vontade negativa”, é necessário que seja expressa com a máxima clareza e precisão. A eventual escolha pura e simples da lei de um Estado contratante levará à aplicação das normas de Viena, uma vez que elas são agora incorporadas e vinculantes ao ordenamento desse Estado.

O apelo às normas materiais estatais pode, contudo, ser útil para preencher imediatamente quaisquer lacunas no texto da CISG, ou seja, sem passar pelas normas do direito internacional privado.

Considerações análogas se aplicam para contratos-padrão, cujo conteúdo seja possível deduzir se as partes desejarem excluir totalmente as disposições da Convenção ou derrogar apenas algumas de suas normas.

Nem pode ser levantado o mero desconhecimento acerca das consequências não intencionais da escolha de um ordenamento estatal. Tal conclusão, compartilhada por muitos juízes, parece estar mais de acordo com os princípios e trabalhos preparatórios da Convenção.

Além disso, quando as partes se limitarem a excluir a aplicabilidade da Convenção sem indicar qualquer lei em substituição, é evidente que a *lex contractus* será identificada de acordo com as normas de direito internacional privado do Juízo competente.

Os problemas mais delicados surgem obviamente quando se trata de interpretar uma escolha negativa tácita. A solução é fácil de encontrar quando as partes indicam que a lei de um Estado não contratante é a lei reguladora.

Em todos os outros casos, pode ser relevante o artigo 8, que estabelece certos parâmetros como, por exemplo, as indicações de uma parte a ser conhecida pela outra, a referência ao comportamento de uma pessoa razoável, os usos entre as partes, etc.

No entanto, caso nenhum resultado apreciável seja alcançado, a operabilidade da Convenção terá de prevalecer precisamente porque prevê uma faculdade de exclusão que tem sido mal exercida pelas partes do contrato.

Além disso, o fato de as partes terem invocado exclusivamente a disciplina de normas materiais de origem estatal (códigos ou leis), sem qualquer referência à Convenção de Viena, não pode ser considerado uma manifestação implícita do desejo de excluir a aplicação da Convenção em si, porquanto prevalece o princípio *iura novit curia*.

Finalmente, parece oportuno recordar que um estudioso da Convenção sustentou que, se um advogado aconselhasse uma parte a excluir a aplicação da Convenção, sem examinar todas as circunstâncias do caso concreto, porque ele simplesmente não quer entrar em um assunto bastante complicado, esse comportamento poderia levar – de acordo com alguns juízes – a uma ação de responsabilidade contra o próprio advogado.

CONCLUSÃO

Tanto os estudiosos que contribuíram para a elaboração da Convenção de Viena quanto os vários comentaristas enfatizaram com frequência que esse instrumento internacional contribui significativamente para a certeza e a previsibilidade da lei aplicável.

Essa afirmação corre o risco de ser refutada à luz dos problemas de interpretação destacados até agora, especialmente se for realizada uma comparação com as normas rígidas e muitas vezes inequívocas contidas nos regulamentos emitidos pela União Europeia.

No entanto, não se deve esquecer o sucesso dessa Convenção a nível mundial, demonstrado pelo elevado número de ratificações e pelo fato de ter inspirado, entre outras coisas, uma reforma do direito contratual chinês. Também não se pode esquecer seu mérito de superar as fronteiras que cada Estado erige com suas próprias normas internas; fronteiras que constituem um obstáculo à condução ordenada de atividades comerciais transnacionais e às quais os operadores revelam uma considerável intolerância.

COMUNICAÇÕES ACADÊMICAS

O PEDIDO DE ADESÃO DO BRASIL NA OCDE: A NECESSIDADE DE CONVERGÊNCIA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ACERCA DOS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA EM RELAÇÃO ÀS DIRETRIZES INTERNACIONAIS

Gabriella de Almeida Dutra¹

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo o estudo acerca do preço de transferência, também conhecido como *transfer pricing*. O controle por meio de preços de transferência é conhecido como uma maneira de efetivar o princípio *arm's length*, visando impedir a imposição de preços abusivos para produtos semelhantes, fomentando assim o comércio justo. O trabalho demonstrará qual a abordagem do instituto pela legislação brasileira, bem como suas incompatibilidades com as regulamentações internacionais, temática importante com o pedido de adesão do Brasil à Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), no ano de 2017. Ante o exposto, o artigo abordará no que consiste o instituto do preço de transferência, qual a abordagem sobre o preço de transferência no direito brasileiro, bem como a necessidade de harmonização da legislação brasileira com as diretrizes internacionais, após o pedido de adesão do Brasil à OCDE.

PALAVRAS-CHAVE: Preço de transferência; Comércio Justo; OCDE; Direito Internacional.

RÉSUMÉ: Cet article a comme objectif l'étude sur les prix de transfert, aussi connu comme *transfer pricing*. Le controle par les prix de transfert est connu comme une manière d'effectiver le principe *arm's length*, qui vise repousser l'imposition des prix abusif pour les produits similaires, en encourageant le commerce équitable. Le travail montra quel est l'approche de l'institut par la législation brésilienne, bien que ses incompatibilité avec les réglementations internationales, thème important avec la demande d'adhésion du Brésil à L'Organisation de Coopération et le Développement Économiques (OCDE), dans l'année de 2017. Avec l'exposé, l'article examinera en quoi consiste l'institut des prix de tranfert, quel est l'approche sur les prix de transfert par la législation brésilienne, bien que la necessite

¹ Advogada. Formada em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, com intercâmbio acadêmico para a *Université de Nantes*, na França. Pós graduanda em LLM em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas – FGV. Pós graduanda em Direito Eletrônico pela Universidade Estácio de Sá.

d'harmonisation de la législation brésilienne avec les recommandations internationales, depuis la demande d'adhésion du Brésil à la OCDE.

MOTS-CLÉS: Prix de transfert; Comércio Equitável; OCDE; Droit International.

INTRODUÇÃO

A Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) foi criada em 1961, a partir da então Organização para a Cooperação Econômica Europeia², com o objetivo de reforçar a cooperação entre seus membros, o desenvolvimento econômico e a estabilização de suas economias³.

Nas palavras de DENIS PINTO:

A OCDE foi criada para ter vocação internacional, um foro de consulta e coordenação entre os países-membros, dedicada à consolidação do modelo econômico adotado pelos países desenvolvidos no pós-guerra, em complementação ao instrumental de outras organizações econômicas criadas em Bretton Woods, FMI, Banco Mundial e o GATT.⁴

Também conhecida como de “clube dos ricos”, a organização tem sede em Paris, na França, e conta hoje com 35 (trinta e cinco) países membros⁵. Apesar de não ser membro da organização, o Brasil possui hoje o *status* de ‘*Key Partner*’, ao lado de Colômbia, Costa Rica, Lituânia, China, Índia, Indonésia e África do Sul⁶.

O Brasil formalizou, em maio de 2017, seu pedido de adesão à OCDE. Este interesse do Brasil possui grande importância estratégica, e decorre do fortalecimento dos vínculos com a organização, o qual tem vindo se estreitando desde a abertura econômica e comercial da década de 90.⁷

Com o pedido de adesão, as atenções voltaram-se à harmonização da legislação nacional com as diretrizes internacionais, a fim de permitir seu ingresso pelos demais membros, bem como maior competitividade no comércio internacional. Dentro dessa

² CASELLA, Paulo Borba. (Coord.) Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul após o término do período de transição. São Paulo: Ltr, 1996, p. 109-110.

³ PINTO, Denis Fontes de Souza. OCDE: uma visão brasileira. Brasília: IRBr/ FUNAG, 2000. p. 20.

⁴ PINTO, Denis Fontes de Souza. Ibidem, p. 13-18.

⁵ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. About the OECD. Disponível em: “<http://www.oecd.org/about/>”. Acesso em 01/06/2018.

⁶ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. Secretary-General’s Report to Ministers 2018, p. 16. Disponível em: “https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/sg_report-2018-en.pdf?expires=1530385178&id=id&accname=guest&checksum=2807208B96B7FC39B7CC243CE0889694”. Acesso em 01/06/2018. Tradução Livre.

⁷ THORSTENSEN, Vera; GULLO, Marcelly Fuzaro. O Brasil na OCDE: membro pleno ou mero espectador? Working Paper 479 – CCGI nº 08. Fundação Getúlio Vargas – FGV, maio de 2018, p. 19. Disponível em: “http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/23926/TD%20479%20-%20CCGI_08.pdf?sequence=1&isAllowed=y”. Acesso em: 01/06/2018.

organização legislativa, destaca-se àquelas voltadas aos padrões internacionais de tributação, em especial os métodos de aferição dos preços de transferência.

Este método, também conhecidos como *transfer pricing*, é o valor aplicado por uma empresa na venda ou transferência de bens, serviços ou direitos entre empresas vinculadas, e efetivam o princípio *arm's length*.

Todavia, inobstante terem como inspiração os métodos aplicados pela OCDE, conforme exposto nos motivos do Projeto de Lei⁸, a legislação brasileira, por meio da Lei nº 9.430/96⁹, na prática, não é compatível com as diretrizes internacionais da OCDE de aplicação do princípio *arm's length*.

Desta forma, o presente artigo procura explicar sobre o que são os métodos de aferição de preços de transferência, qual a abordagem da legislação brasileira sobre o tema e a necessidade de harmonização da legislação brasileira com as diretrizes internacionais, após o pedido de adesão do Brasil à OCDE.

1. PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA

1.1 ORIGEM

O processo de globalização, caracterizado pelos avanços na comunicação e transporte, aceleração dos ritmos de abertura econômica, bem como aumento do intercâmbio de mercadorias e serviços, expuseram os países à uma busca pela convergência de políticas de cada Estado, em especial àquelas voltadas a questões tributárias¹⁰.

Com a permeabilização das fronteiras e abertura econômica, foi possível verificar o desenvolvimento das empresas transnacionais, as quais podem ser conceituadas, nas palavras de KAWAMURA, ratificando o conceito formulado por JOANA STELZER:

(...) entidade privada dotada de enorme potencial financeiro e patrimônio científico-tecnológico, normalmente de natureza mercantil, constituída por sociedades estabelecidas em diversos países, sem subordinação a um controle central, mas agindo em benefício do conjunto, mediante uma estratégia global.¹¹

⁸ BRASIL. Diário da Câmara dos Deputados, de 19 de novembro de 1996. Exposição de Motivos nº 470, de 15 de outubro de 1996, p. 30.

⁹ BRASIL. Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Disponível em: “http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L9430.htm”. Acesso em 15/05/2018.

¹⁰ RIVERA MONTOYA, Marcos. Análises sobre la posible convergência entre la metodologia de precios de transferencia y la valoración aduaneira: dos objetivos e dos enfoques diferenciados? In: PRECIOS de transferencia. IFA Grupo Peruano. Jun. 2008, p. 448.

¹¹ KAWAMURA, Karlo Koiti. A arena das empresas transnacionais e o desafio de regulamentação: limites dos regimes internacionais. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014, p. 45.

Estas empresas transnacionais, quando da sua expansão além das fronteiras nacionais, realizam uma análise global sobre a viabilidade da sua instalação em determinado país, estudando, dentre outros fatores, a tributação nacional. Por diversas vezes, estas empresas optam por manter uma filial localizada em países com tributação mais favorecida.

Importante frisar que não constitui infração à lei as empresas que, buscando salvaguardar seus ativos, contenção de despesas, ou submeter a carga tributária inferior, por meio de um planejamento tributário, não deflagram investigações por autoridades brasileiras¹². Todavia, quando da utilização desta condição como subterfúgio para prática de crimes, resta evidente a ilegalidade das operações realizadas.

Neste contexto, surgiram os preços de transferência, os quais são utilizados para identificar os controles das operações realizadas entre empresas vinculadas, em especial visando aquelas com situadas em um local com tributação mais favorecida, e assim monitorar caso estejam indicando preços artificiais, divergentes dos preços de mercado habituais, como meio de efetivar o princípio *arm's length*¹³.

1.2 O PRINCÍPIO *ARM'S LENGTH*

Em 1933, o Comitê Fiscal da Liga das Nações finalizou o *Draft Convention on the Allocation of Business Profits between States for the Purposes of Taxation*¹⁴, onde constatou-se a utilização dos preços de transferência como meio de deslocamento de recursos entre empresas vinculadas¹⁵.

No entanto, é possível afirmar que o princípio do *arm's length* encontra-se positivado por forte influência dos métodos adotados tanto pela Convenção-Modelo da OCDE, em 1963, bem como pela aprovação pelo Parlamento norte-americano, da emenda à seção 482 do *Internal Revenue Code*, em 1968¹⁶.

¹² SILVA, Ruben Fonseca; WILLIAMS, Robert E. Tratados dos Paraísos Fiscais. São Paulo: Observador Legal, 1998, p. 23.

¹³ MIRSHAWKA, Valéria Zimpeck. Preços de transferência: diferentes visões. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, 2012, p. 12-13. Disponível em: "file:///C:/Users/cliente/Downloads/DISSERTACAO_COMPLETA_VALERIA_ZIMPECK_MIRSHAWKA%20(1).pdf". Acesso em: 28/05/2018.

¹⁴ MIRSHAWKA, Valéria Zimpeck. Ibidem, p. 18.

¹⁵ DOMINGOS, Guilherme Moro. O aspecto subjetivo dos preços de transferência no direito brasileiro e nas convenções internacionais. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná, 2006, p. 06. Disponível em:

"https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/5701/guilherme.pdf;jsessionid=F9FEFED4EEF73789FFFF083115DF74E7?sequence=1". Acesso em 30/05/2018.

¹⁶ DOMINGOS, Guilherme Moro. Op. Cit., p. 07-09.

O conceito do princípio *arm's length* pode ser extraído da Convenção-Modelo da OCDE, a qual prevê, em seu artigo 9º, que empresas vinculadas, quais sejam, aquelas vinculadas em suas relações comerciais, financeiras por condições aceitas ou impostas, devem tributar os lucros que seriam advindos dessas operações, caso não fossem vinculadas.¹⁷ Neste sentido, o princípio *arm's length* é espinha dorsal dos preços de transferência¹⁸.

Importante destacar também que, em 1995, o Comitê de Assuntos Fiscais da OCDE publicou as diretrizes internacionais sobre preços de transferência. Este documento foi de extrema importância, de modo que:

(...) consignou que, por meio do *arm's length* fosse oferecido um tratamento igualitário entre empresas multinacionais e empresas independentes e, nesse sentido, evitar a competição distorciva.¹⁹

Destaca-se que a tradução literal do princípio implica na 'distância de um braço', qual seja, as empresas devem guardar sempre independência no preço praticado em suas transações. Neste sentido, os preços das transações entre empresas vinculadas devem ser compatíveis caso aquelas empresas independentes fossem.

A adoção deste princípio pelos membros da OCDE decorre da busca pela paridade no tratamento tributário dos membros e empresas independentes, o que possibilita o crescimento do comércio internacional e dos investimentos²⁰.

1.3 CONCEITO

Os preços de transferência são os métodos para a efetivação do princípio do *arm's length*. Sobre o tema, CARVALHO conceitua de maneira direta que os preços de transferência consistem: "(...) no valor cobrado por uma determinada empresa, na venda ou transferência de bens, serviços ou propriedade intangível para outra pessoa a empresa ela vinculada"

No mesmo sentido, todavia, aprofundando na problemática que circunda o tema, MIRSHAWKA destaca:

¹⁷ OCDE. Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administration. 2017. Paris: OCDE. 2017, p. 35-36. Disponível em <https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2017_tpg-2017-en#page37> Acesso em 25/05/2018.

¹⁸ TORRES, Ricardo Lobo. Normas de interpretação e integração do direito tributário. 4. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006, p. 296.

¹⁹ MIRSHAWKA, Valéria Zimpeck. Op. Cit. p. 23.

²⁰ OCDE. Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administration. Op.Cit, p. 36.

Objetivamente, pode-se conceituar os preços de transferência como sendo operação de empréstimo financeiro ou de compra e venda realizada entre empresas vinculadas, localizadas em jurisdições diferentes, utilizando-se de preços artificiais de modo a reduzir o lucro da empresa situada em país de maior tributação, em benefício da companhia situada em país onde a tributação é menor.²¹

Em síntese, os preços de transferência são os valores cobrados por uma empresa para a venda ou transferência de bens, serviços ou direitos, que não são negociados abertamente no mercado, porquanto são direcionados às empresas vinculadas.

Importante frisar que a raiz da discussão sobre os preços de transferência decorre da utilização destas receitas para direcionar valores às empresas situadas em países com tributação mais favorecida, burlando os fiscos locais, em virtude da utilização de preços artificiais, que não condizem com os valores praticados no livre mercado. Nas palavras de DOMINGOS:

A relevância da fixação artificial de preços, no campo tributário, está na distorção da renda a ser individualmente reconhecida por pessoas jurídicas envolvidas na transação, perante as respectivas soberanias nacionais.²²

No mesmo sentido, SCHOUERI destaca a finalidade dos preços de transferência:

Política de preços estabelecida entre empresas interdependentes ou que mantenham uma relação especial, que pode ser direcionada à fixação de preços artificiais, de forma a concentrar a riqueza nesta ou naquela empresa de um grupo empresarial.²³

Curioso destacar posicionamento de HELENO TAVEIRA TORRES, ao afirmar que não é correto afirmar que trata-se de manipulação de valores, porquanto podem haver transferências que não promovam vantagens anormais aos participantes da operação de venda ou transferência²⁴.

A OCDE defende a utilização de quatro métodos para verificar os preços entre as empresas vinculadas, quais sejam: 1) Método da comparação dos preços não controlados; 2) Método do preço da revenda; 3) Método do Custo mais Lucro; 4) Métodos Alternativos para a Obtenção de Preço de Transferência. Estes métodos permite a comparação entre os preços de transações, de modo a permitir a análise da transferência indireta de lucros.²⁵

²¹ MIRSHAWKA, Valéria Zimpeck. Op. Cit. p. 14.

²² DOMINGOS, Guilherme Moro. Op. Cit., p. 04.

²³ SCHOUERI, Luís Eduardo. Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2006. p. 44.

²⁴ TORRES, Heleno Taveira. Direito Tributário Internacional: planejamento tributário e operações transnacionais, p. 163.

²⁵ VALLE, Maurício Dalri Timm do; PATEL, Shailan Hasadbhai. Preços de transferência: uma análise comparativa entre a legislação brasileira e a convenção modelo da OCDE. Revista do Instituto de Direito Brasileiro. Ano 2, nº 02, 2013, p. 1643-1645.

Mister ressaltar que o controle dos preços de transferência tem como objetivo controlar e evitar distorções nos preços praticados entre as empresas vinculadas, de modo a zelar pelo preço praticado no livre mercado e evitar a evasão fiscal.

2. OS PREÇOS DE TRANSFERÊNCIA NO BRASIL

Em comparação com os demais países, que há muito estudavam o tema, a temática sobre os preços de transferência apenas teve ingresso no ordenamento jurídico brasileiro com o advento da Lei n° 9.430, de 27 de dezembro de 1996²⁶, que trata sobre a legislação tributária federal.²⁷

A Lei n° 9.430/96 regulamenta as transações entre empresas vinculadas ou com pessoa jurídica estabelecida em país que não tribute a renda, ou a tribute com alíquota máxima de 20% (vinte por cento). Nestes casos, aplicar-se-ão os métodos de preços de transferência, nos termos dos artigos 18 à 24 da lei.

A inspiração para tratar sobre preços de transferência, nas palavras do Ministro da Fazenda, Sr. Pedro Malan, decorreu das regras adotadas pelos países integrantes da OCDE, conforme expõe o projeto de lei que precedeu a Lei n° 9.430/96²⁸:

As normas contidas nos arts. 18 a 24 representam um significativo avanço da legislação nacional face ao ingente processo de globalização experimentado pelas economias contemporâneas. No caso específico, em conformidade com as regras adotadas nos países integrantes da OCDE, são propostas normas que possibilitam o controle dos denominados “Preço de Transferência”, de forma a evitar a prática lesiva aos interesses nacionais, de transferência de resultados para o exterior, mediante a manipulação dos preços pactuados nas importações ou exportações de bens, serviços e direitos, em operações com pessoas vinculadas, residentes e domiciliadas no exterior”.

No entanto, inobstante citar como fonte os métodos de aferição de preços de concorrência utilizados pela OCDE, a regulamentação brasileira, na prática, não está em conformidade com as diretrizes internacionais, conforme ressalta XAVIER:

O primeiro consiste em submeter a uma disciplina unitária as relações internacionais entre empresas interdependentes – objeto exclusivo da generalidade das legislações sobre preços de transferência – e as relações internacionais entre empresas independentes, mas uma das quais localizada em países de tributação favorecida (ou que oponha sigilo relativo à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua

²⁶ BRASIL. Lei n° 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Disponível em: “http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L9430.htm”. Acesso em 15/05/2018.

²⁷ DOMINGOS, Guilherme Moro. Op. Cit., p. 15.

²⁸ BRASIL. Diário da Câmara dos Deputados, de 19 de novembro de 1996. Exposição de Motivos n° 470, de 15 de outubro de 1996, p. 30.

titularidade) em que, na generalidade dos países, são reguladas pela técnica distinta da inversão do ônus de prova, cabendo ao contribuinte a demonstração que os pagamentos efetuados se baseiam em preços reais de mercado. O segundo traduz-se em que, enquanto a política de “transfer price” adotada com base nas recomendações da OCDE e da experiência norteamericana, não assenta numa presunção de artificialismo dos preços praticados entre empresas interdependentes, cabendo às autoridades fiscais demonstrar que o preço efetivo não corresponde a um preço “at arm’s length” e corrigir, conseqüentemente, o lucro, a lei brasileira estabelece a prevalência automática do “preço objetivo” (calculado por critérios legalmente predeterminados) no caso de existência de relações de vinculação, independentemente de uma investigação administrativa das circunstâncias do caso concreto.²⁹

Os métodos adotados pela legislação brasileira estão elencados no artigo 18 a 19-A da Lei nº 9.420/96, quais sejam: a) Método dos Preços Independentes Comparados – PIC; b) Método do Preço de Revenda menos Lucro – PRL; c) Método do Custo de Produção mais Lucro – CPL; d) Método do Preço de Venda nas Exportações – PVEx; e) Método do Preço de Venda por Atacado no País de Destino, Diminuído do Lucro – PVA; f) Método do Preço de Venda a Varejo no País de Destino, Diminuído do Lucro – PVV; g) Método do Custo de Aquisição ou de Produção mais Tributos e Lucro – CAP.

O contribuinte deve aplicar os métodos, e realizar ajuste na base de cálculo do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro. Havendo discrepância, o método que deve prevalecer é o mais favorável ao contribuinte³⁰.

Para melhor compreender a prática da aferição dos métodos, importante consideração tece FERNANDES:

Com respeito à importação, o fundamento para o ajuste da base de cálculo dos tributos referidos reside na estrutura de adição de custos (e despesas) considerados indedutíveis pela legislação fiscal. Nesse sentido, o controle fiscal dos preços de transferência, pertinente à importação, representa a apuração de limite de dedutibilidade dos custos de bens, serviços e direitos adquiridos de pessoa jurídica vinculada (operações controladas) domiciliada no exterior. Assim, no que tange à importação, somente haverá o controle quando o contribuinte calcular os tributos com base no lucro real: a diferença entre o custo praticado nas operações controladas e o preço de mercado dos mesmos bens, serviços ou direitos – isto é, o deslocamento das receitas – será adicionada ao lucro líquido para efeito de composição do lucro real.

Já na exportação, o fundamento é a previsão legal de inclusão, na base de cálculo do ITPJ e da CSLL, das receitas omitidas. Nesse caso, a diferença entre o preço de exportação praticado nas exportações controladas e o preço de mercado dos mesmos bens, serviços ou direito, considerada como receita omitida, será adicionada à base de cálculo dos tributos acima referidos. Portanto, com o respeito à exportação,

²⁹ XAVIER, Alberto. Direito tributário internacional do Brasil. 6. ed. Rio de Janeiro : Forense, 2004, p. 367-368.

³⁰ MIRSHAWKA, Valéria Zimpeck. Op. Cit. p.65.

o ajuste provocado pelo controle fiscal dos preços de transferência será obrigatório para as pessoas jurídicas que adotem tanto o lucro real quanto o lucro presumido.³¹

O que se percebe dos métodos adotados pela legislação brasileira é que estabelecem um sistema de margens fixas de lucro que as empresas podem obter nas operações com suas empresas vinculadas, diferentes do adotado pelos métodos da OCDE.

Isto é evidente quando observa-se os §4º a 6º do artigo 19 da Lei nº 9.430/96. Inicialmente, o §4º prevê que serão calculadas médias aritméticas “em relação ao período de apuração da respectiva base de cálculo do imposto de renda da empresa brasileira”.

O §5º, em conjunto com o §6º, ambos do artigo 19 da Lei nº 9.430/96, esclarecem qual preço deverá ser levado em consideração quando encontrados valores divergentes na aplicação de métodos distintos. Destaca VALLE e PATEL:

O enunciado prescritivo previsto no § 5º dispõe que nesses casos – em que haja a utilização de mais de um método – será considerado o menor dos valores apurados, observado o disposto no parágrafo sexto. Esse § 6º prescreve que no caso de “...o valor apurado segundo os métodos mencionados no § 3º for inferior aos preços de venda constantes dos documentos de exportação, prevalecerá o montante da receita reconhecida conforme os referidos documentos”.³²

Acerca da diferença entre os métodos brasileiros e os defendidos pela OCDE, SCHOUERI esclarece que o método utilizado pela OCDE na aplicação do princípio *arm's length* faz uma análise comparativa dos preços de mercado, ou dos preços de margem, ou seja, margens flutuantes, e não margens fixas como adotadas pela legislação brasileira³³.

A aplicabilidade prática da adoção de margens fixas é que um mesmo produto, na mesma operação, pode ter preços distintos para fins de valoração aduaneira e preços de transferência, sendo o contribuinte quem arcará com os ajustes decorrentes destas regras³⁴.

Discute-se na doutrina sobre a não recepção do princípio do *arm's length* pela legislação brasileira. Neste sentido, para OLIVEIRA, os dispositivos da Lei nº 9.430/96 não demonstram a adoção do princípio, em que pese os motivos do projeto terem sido inspirados

³¹ FERNANDES, Edison Carlos. Constitucionalidade *in thesi* e *in concreto* do controle fiscal dos preços de transferência. In: FERNANDES, Edison Carlos (Coord.) Preços de transferência. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 25.

³² VALLE, Maurício Dalri Timm do; PATEL, Shailan Hasadbhai. Op. Cit., p. 1673.

³³ SCHOUERI, Luís Eduardo. Op. Cit., p. 73.

³⁴ MIRSHAWKA, Valéria Zimpeck. Op. Cit. p.87.

nas diretrizes da OCDE³⁵, porquanto a lei prevê a imposição de margens fixas para apuração dos preços de transferência³⁶.

Mais além, enaltecendo interessante viés constitucional citado por DOMINGOS:

Ocorre que, no caso brasileiro, a exigência de adequação a este princípio não decorre de eventual disposição inserida no texto convencional, mas constitui imperativo consagrado no próprio Sistema Constitucional, como decorrência dos princípios fundamentais que informam a tributação da renda (item 2.3.1, supra). Significa isso que, independentemente de haver ou não tratado internacional aplicável à operação a ser analisada, os testes de controle a serem concretizados pelo Estado brasileiro devem necessariamente observar os parâmetros *arm's length*, sob pena de não se harmonizarem com a Carta Constitucional de 1988.

Em outras palavras, tendo sido configurada a relação de interdependência prevista na norma convencional, aplicar-se-ão os métodos previstos na sistemática interna brasileira, desde que compatíveis com o padrão *arm's length*.³⁷

Sobre o tema, discute-se que a necessidade de adequação constitucional dos preços de transferência à Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) decorre da exigência de tratamento isonômico entre os contribuintes, conforme prevê o artigo 150, inciso II da CRFB³⁸.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS À NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ÀS DIRETRIZES DA OCDE

Conclui-se que o controle dos preços de transferência é uma temática que surgiu a partir da abertura de mercados e desenvolvimento de empresas transnacionais, decorrente dos efeitos da globalização.

Com isso, tendo em vista a importância da temática, os países voltaram suas atenções ao controle dos preços de transferência, conforme observa-se da Convenção Modelo da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE.

Com o pedido de adesão do Brasil à OCDE, tornou-se necessária a adaptação do país às regras da organização, em especial à adequação da legislação tributária nacional. É evidente que a admissão do Brasil à organização prescinde, além de outros critérios alheios à temática do presente artigo, da adaptação legislativa quanto ao tema, porquanto, inobstante a

³⁵ OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Preços de Transferência – o método do custo mais lucro – o conceito de custo – o método do custo mais lucro e as indústrias de alta tecnologia – como conciliar os dispêndios intensivos em pesquisas e desenvolvimento, com esse método. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; Rocha, Valdir de Oliveira (Coords.). Tributos e preços de transferência. São Paulo: Dialética, 1999. V. 2, p. 303.

³⁶ BARRETO, Paulo Ayres. Imposto sobre a renda e preços de transferência. São Paulo: Dialética, 2001, p. 104.

³⁷ DOMINGOS, Guilherme Moro. Op. Cit., p. 123.

³⁸ SILVA, Lourivaldo Lopes da. Preço de transferência no Brasil e os impactos nas demonstrações financeiras. Dissertação de Mestrado. Pontifca Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 6-7.

matéria estar inserida na esfera tributária brasileira, os métodos de aferição baseados em margens fixas não coadunam com o princípio do *arm's lenght* adotado pela OCDE.

Ciente da problemática que envolve o tema, bem como da divergência entre a legislação nacional e as diretrizes da organização, tem-se observado uma busca do governo para adequar-se aos padrões internacionais. Como exemplo, podemos citar o Seminário de Preços de Transferência, sediado em junho de 2017, em Brasília/DC, com a participação de membros da Receita Federal do Brasil e da OCDE³⁹.

No mesmo sentido, fora anunciado pelo Secretário Geral da OCDE, em 28 de fevereiro de 2018, um Programa de Trabalho de Preços de Transferência entre o governo brasileiro e a organização, com o objetivo analisar as diferenças, evitar a bitributação, assim como a evasão fiscal⁴⁰.

Importante destacar que a adequação do Brasil às diretrizes da organização não apenas possibilitará a adesão do país à OCDE, mas também possibilitará tornar o país mais competitivo e atrativo no que tange ao comércio internacional, de modo que a convergência legislativa permite maior integração entre as economias mundiais e o desenvolvimento do comércio global.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARRETO, Paulo Ayres. Imposto sobre a renda e preços de transferência. São Paulo: Dialética, 2001.

BRASIL. Diário da Câmara dos Deputados, de 19 de novembro de 1996. Exposição de Motivos nº 470, de 15 de outubro de 1996.

BRASIL. Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Disponível em: “http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/Leis/L9430.htm”. Acesso em 15/05/2018.

CASELLA, Paulo Borba. (Coord.) Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul após o término do período de transição. São Paulo: Ltr, 1996.

DOMINGOS, Guilherme Moro. O aspecto subjetivo dos preços de transferência no direito brasileiro e nas convenções internacionais. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Paraná, 2006. Disponível em:

³⁹ OCDE. OECD active in Brazil. Março de 2018, p. 07. Disponível em: “<http://www.oecd.org/brazil/Active-with-Brazil.pdf>”. Acesso em 15/05/2018.

⁴⁰ OCDE. Lançamento do programa de trabalho de preços de transferência. 28 de fevereiro de 2018. Disponível em: “<http://www.oecd.org/brazil/launch-of-transfer-pricing-work-programme-brazil-2018-pt.htm>”. Acesso em 15/06/18.

“<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/5701/guilherme.pdf;jsessionid=F9FEFED4EEF73789FFFF083115DF74E7?sequence=1>”. Acesso em 30/05/2018.

FERNANDES, Edison Carlos. Constitucionalidade *in thesi e in concreto* do controle fiscal dos preços de transferência. In: FERNANDES, Edison Carlos (Coord.) Preços de transferência. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 25.

KAWAMURA, Karlo Koiti. A arena das empresas transnacionais e o desafio de regulamentação: limites dos regimes internacionais. Ijuí: Ed. Unijuí, 2014.

MIRSHAWKA, Valéria Zimpeck. Preços de transferência: diferentes visões. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: “[file:///C:/Users/cliente/Downloads/DISSERTACAO_COMPLETA_VALERIA_ZIMPECK_MIRSHAWKA%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/cliente/Downloads/DISSERTACAO_COMPLETA_VALERIA_ZIMPECK_MIRSHAWKA%20(1).pdf)”. Acesso em: 28/05/2018.

OLIVEIRA, Ricardo Mariz. Preços de Transferência – o método do custo mais lucro – o conceito de custo – o método do custo mais lucro e as indústrias de alta tecnologia – como conciliar os dispêndios intensivos em pesquisas e desenvolvimento, com esse método. In: SCHOUERI, Luís Eduardo; Rocha, Valdir de Oliveira (Coords.). Tributos e preços de Transferência. São Paulo: Dialética, 1999. V. 2, p. 303.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. About the OECD. Disponível em: “<http://www.oecd.org/about/>”. Acesso em 01/06/2018.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. Lançamento do programa de trabalho de preços de transferência. 28 de fevereiro de 2018. Disponível em: “<http://www.oecd.org/brazil/launch-of-transfer-pricing-work-programme-brazil-2018-pt.htm>” . Acesso em 15/06/18.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. OECD active in Brazil. Março de 2018. Disponível em: “<http://www.oecd.org/brazil/Active-with-Brazil.pdf>”. Acesso em 15/05/2018.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. Secretary-General’s Report to Ministers 2018. Disponível em: “https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/sg_report-2018-en.pdf?expires=1530385178&id=id&accname=guest&checksum=2807208B96B7FC39B7CC243CE0889694”. Acesso em 01/06/2018. Tradução Livre.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administration. Paris: OCDE. 2017. Disponível em <https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/oecd-transfer-pricing-guidelines-for-multinational-enterprises-and-tax-administrations-2017_tpg-2017-en#page37> Acesso em 25/05/2018.

PINTO, Denis Fontes de Souza. OCDE: uma visão brasileira. Brasília: IRBr/ FUNAG, 2000.

RIVERA MONTOYA, Marcos. Análises sobre la posible convergência entre la metodologia de precios de transferencia y la valoración aduanera: dos objetivos e dos enfoques diferenciados? In: PRECIOS de transferencia. IFA Grupo Peruano. Jun. 2008.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Preços de Transferência no Direito Tributário Brasileiro. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2006.

SILVA, Lourivaldo Lopes da. Preço de transferência no Brasil e os impactos nas demonstrações financeiras. Dissertação de Mestrado. Pontifca Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2008.

SILVA, Ruben Fonseca; WILLIAMS, Robert E. Tratados dos Paraísos Fiscais. São Paulo: Observador Legal, 1998.

THORSTENSEN, Vera; GULLO, Marcelly Fuzaro. O Brasil na OCDDE: membro pleno ou mero espectador? Working Paper 479 – CCGI nº 08. Fundação Getúlio Vargas – FGV, maio de 2018. Disponível em: “http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/23926/TD%20479%20-%20CCGI_08.pdf?sequence=1&isAllowed=y”. Acesso em: 01/06/2018.

TORRES, Heleno Taveira. Direito Tributário Internacional: planejamento tributário e operações transnacionais.

TORRES, Ricardo Lobo. Normas de interpretação e integração do direito tributário. 4. Ed. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2006.

VALLE, Maurício Dalri Timm do; PATEL, Shailan Hasadbhai. Preços de transferência: uma análise comparativa entre a legislação brasileira e a convenção modelo da OCDE. Revista do Instituto de Direito Brasileiro. Ano 2, nº 02, 2013.

XAVIER, Alberto. Direito tributário internacional do Brasil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

**O DESENVOLVIMENTO DO SISTEMA DA RESPONSABILIDADE NO DIREITO
INTERNACIONAL: DA CONCEPÇÃO INTERESTATAL CLÁSSICA AO PROJETO
DE ARTIGOS SOBRE A RESPONSABILIDADE DAS ORGANIZAÇÕES
INTERNACIONAIS¹**

Fernanda Ruy e Silva²

RESUMO: Um dos princípios mais consolidados na doutrina de direito internacional prescreve que qualquer conduta de um Estado classificada como internacionalmente ilícita enseja a sua responsabilidade. A noção de responsabilidade internacional sofreu diversas modificações ao longo dos anos, tornando-se mais variada e complexa, sobretudo devido ao desenvolvimento da sociedade internacional e da ampliação do rol de entes detentores de personalidade jurídica. Tradicionalmente, o direito internacional tratava tão somente do “direito entre os Estados”, considerados as únicas entidades capazes de incorrer em responsabilidade. Contudo, com o reconhecimento de novos sujeitos de direito, e de “certa medida de personalidade jurídica internacional” a outros entes, a crença no monopólio dos Estados como únicos protagonistas na comunidade internacional foi superada. Principalmente após a Segunda Guerra Mundial, notou-se a expansão do número de organizações internacionais, atuantes em áreas de extrema relevância para a comunidade internacional. Desta forma, elas também se tornaram suscetíveis de comprometer sua responsabilidade internacional ou, por outro lado, de pleitear reparação em virtude de eventuais prejuízos sofridos, fato que se demonstrou notório após a emissão do parecer, pela Corte Internacional de Justiça, no caso *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*. Portanto, o presente trabalho abordará o sistema da responsabilidade internacional a partir do seu conceito clássico, ainda que de modo sumário, perpassando pelo longo processo de codificação da responsabilidade internacional dos Estados, até chegar ao trabalho da

¹ O presente trabalho é parte do Trabalho de Conclusão de Curso da presente autora, intitulado “A responsabilidade internacional da ONU e de seus Estados-membros: as condutas internacionalmente ilícitas praticadas no âmbito das operações de paz perante as jurisdições domésticas e internacionais (2007-2015)”.

² Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC), na área de concentração de Direito e Relações Internacionais, sob a orientação do Prof. Dr. Arno Dal Ri Júnior. Graduada em Direito pela mesma universidade. Membro do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional *Ius Gentium* – UFSC/CNPq.

Comissão de Direito Internacional que culminou no recente Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade das Organizações Internacionais, no ano de 2011.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade Internacional; Estados; Organizações Internacionais.

ABSTRACT: One of the most consolidated principles in the doctrine of international law prescribes that any conduct of a State classified as internationally unlawful imposes its responsibility. The notion of international responsibility has undergone several modifications over the years, becoming more varied and complex, mainly due to the development of the international society and the extension of the list of entities with legal personality. Traditionally, international law dealt only with the “law between States”, considered the only entities capable of incurring liability. However, with the recognition of new subjects of law, and “certain measure of international legal personality” to other entities, the belief in the monopoly of States as sole protagonists in the international community was overcome. Especially after World War II, the number of international organizations active in areas of extreme relevance to the international community was noted. In this way, they also became liable to compromise their international responsibility or, on the other hand, to seek redress for possible damages suffered, a fact that was notorious after the International Court of Justice delivered its opinion in the case *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*. Therefore, the present work will approach the system of international responsibility from its classic concept, albeit in a summary way, going through the long process of codifying the international responsibility of States, until reaching the work of the International Law Commission that culminated in the recent Project of Articles on the Responsibility of International Organizations, in the year 2011.

KEYWORDS: International Responsibility; States; International Organizations.

1. A DEFINIÇÃO CLÁSSICA DE RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL: UMA ABORDAGEM INTERESTATAL

A responsabilidade, seja ela tratada no plano internacional ou doméstico, é considerada o corolário do direito³, bem como a maior prova de sua existência e de sua

³ Charles de Visscher, em 1924, descreveu a responsabilidade dos Estados como o “resultado necessário” da igualdade dos Estados. VISSCHER, Charles. **La Responsabilité des États**. Leiden: Bibliotheca Visseriana,

eficácia⁴. É por este motivo que todo sistema jurídico deve prescrever a responsabilidade de seus entes por eventuais violações contidas em seu ordenamento⁵.

O princípio da responsabilidade internacional dos Estados é tão antigo quanto o princípio da igualdade na sociedade internacional: ou seja, se os Estados são iguais, deve-se admitir simultaneamente que o são em matéria de direitos, bem como de obrigações⁶. Contudo, o regime da responsabilidade constituiu-se a passos lentos⁷. Embora os primeiros escritos a respeito da matéria revelassem certa incompletude – uma vez que não faziam uma clara distinção entre a responsabilidade dos indivíduos e dos Estados⁸, ou não a tratavam como uma categoria jurídica⁹, nem independente de outros ramos do direito internacional¹⁰ –,

1924. p. 90. Roberto Ago, em 1971, perpassou o conceito ora mencionado, ao aproximar a noção da responsabilidade à existência do direito em si. Para ele, “se alguém tenta, como certos defensores do absolutismo estatal fizeram no passado, negar a ideia da responsabilidade dos Estados porque ela supostamente conflita com a ideia de soberania, este alguém é obrigado a *negar a existência de uma ordem jurídica internacional*” (grifei). Ou seja, para o autor, não existe direito sem prescrição de responsabilidade a seus entes. AGO, Roberto. Third Report on State Responsibility. **International Law Commission Yearbook**, 1971, v. II (1), pp. 199-274. p. 205. Já Clyde Eagleton acreditava que a responsabilidade internacional é a evolução histórica derivada de um “senso moral de obrigação reconhecido pela humanidade”. O autor a considerava um princípio necessário para a cooperação social, presente em todos os sistemas jurídicos. EAGLETON, Clyde. International Organization and the Law of Responsibility. **Recueil des cours de l’Academie de droit international**, 1950, v. 76, pp. 319-425. p. 323.

⁴ PELLET, Alain. The Definition of Responsibility in International Law. In: PELLET, Alain; CRAWFORD, James; OLLESON; Simon (Ed.). **The Law of International Responsibility**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 03.

⁵ CRAWFORD, James. **State Responsibility: The General Part**. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 03.

⁶ PELLET; DINH; DAILLIER, 2003, p. 777.

⁷ Afinal, a sociedade internacional carece de um legislador ou juiz universal. Por isso, o direito internacional se desenvolve em ritmo diverso dos ordenamentos jurídicos internos dos Estados.

⁸ PELLET; CRAWFORD; OLLESON, 2010, p. 05.

⁹ Jean Bodin, no ano de 1576, já abordava a questão da responsabilidade internacional – todavia, o fazia sob um viés teológico, assim como Francisco de Vitoria e Francisco Suarez. Segundo Bodin, “o príncipe está vinculado tanto à lei das nações, quanto a suas próprias leis. Se a lei das nações for de alguma forma injusta, ele pode desautorizá-la no âmbito de seu próprio reino, bem como proibir seus súditos de cumpri-la, como foi feito na França a respeito da escravidão. Ele pode fazer o mesmo em relação a quaisquer outros dispositivos, desde que nada faça contra a lei de Deus. Se a justiça é o fim da lei, a lei o trabalho do príncipe, e o príncipe a imagem de Deus, pressupõe-se necessariamente que *a lei do príncipe deve estar baseada na lei de Deus*” (grifei). BODIN, Jean. **Les Six Livres de la Republique**. Livro I, capítulo VIII. Paris: Jacques Du Puys, 1576. p. 35.

¹⁰ Alguns dos principais autores clássicos de direito internacional – como Pierino Belli, Alberico Gentili, Hugo Grotius, Richard Zouche, Samuel von Pufendorf, Cornelius van Bynkershoek, Christian Wolff, Emerich de Vattel, Henry Wheaton e August Wilhelm Heffer –, embora tenham sido relevantes para o desenvolvimento da responsabilidade à época em que escreviam, a tratavam de forma incidental, ligada a outros ramos do direito internacional – como o direito do mar e o direito da guerra. Somente a partir de Heinrich Triepel e Dionisio Anzilotti o tratamento da responsabilidade internacional dos Estados foi construído de forma apartada, como um tema autônomo. Para um panorama completo acerca do desenvolvimento histórico da responsabilidade internacional, ver: CRAWFORD, 2013, pp. 03-44.

os autores clássicos já dispunham que, em consequência de um dano causado, “surge uma obrigação, pela lei da natureza, de reparar o dano, se este foi cometido”¹¹.

Da assertiva acima, extrai-se que a definição de responsabilidade aparecia estritamente ligada à obrigação de *reparação* e à existência do *dano* como um requisito necessário para a sua caracterização¹². Este entendimento clássico, importado dos sistemas nacionais de responsabilidade, foi corroborado pelo jurista italiano Dionisio Anzilotti o qual, em sua obra, afirmou que

A conduta¹³ ilícita, ou seja, em termos gerais, a violação de uma obrigação internacional, está acompanhada pelo surgimento de uma nova relação jurídica entre o Estado ao qual o ato é imputável, que é obrigado a reparar, e o Estado em relação ao qual havia a obrigação [que foi] descumprida, que pode demandar reparação¹⁴.

No mesmo sentido se pronunciou a Corte Permanente de Justiça Internacional, ao observar que “é um princípio de direito internacional, e até mesmo uma concepção geral de direito, que qualquer violação de um compromisso envolve uma obrigação de reparar”¹⁵. Acrescenta-se que visão clássica de direito internacional revela que o modelo foi pensado tão somente para relações jurídicas entre Estados soberanos, inserida no contexto de uma sociedade internacional *westfaliana*, no âmbito da qual se configurava a primazia destes como entidades atuantes para o direito internacional¹⁶. Esta abordagem estritamente *bilateral* da

¹¹ Do original: “there arises na Obligation by the Law of Nature to make Reparation for the Damage, if any be done”. GROTIUS, Hugo. **The Rights of War and Peace**. v. II. Indianapolis: Liberty Fund, 2005. p. 389.

¹² Verifica-se, por exemplo, que na obra de Emerich de Vattel, o autor assimilou e limitou a responsabilidade à obrigação de reparação – ainda que com uma nomenclatura diversa da ora utilizada. Para maiores informações, consultar: JOUANNET, Emmanuelle. **Emer de Vattel et l'émergence du droit international classique**. Paris: Pedone, 1998. p. 407.

¹³ Optou-se pelo uso do termo “conduta”, ao invés de “ato” – nomenclatura majoritariamente utilizada nos trabalhos brasileiros acerca da responsabilidade internacional. Isto porque a palavra “ato”, na língua portuguesa, pode induzir o leitor à ideia de “ação”, excluindo-se a possibilidade de caracterização da responsabilidade internacional em casos que envolvam a “omissão” de um ente. Ademais, destaca-se que a sugestão por termo diverso de “ato” foi feita pela Comissão de Direito Internacional nos comentários aos Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Condutas Internacionalmente Ilícitas, a qual afirmou que “a ilicitude por vezes resulta de omissões, que são raramente indicadas pelo termo ‘ato’”. COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries. **Yearbook of the International Law Commission**, 2001, v. II (2), pp. 31-143. p. 34.

¹⁴ Do original: “the wrongful act, that is to say, generally speaking, the violation of an international obligation, is thus accompanied by the appearance of a new legal relationship between the State to which the act is imputable, which is obliged to make reparation, and the State with respect to which the unfulfilled obligation existed, which can demand reparation”. ANZILOTTI, Dionisio. **Cours de droit international**. Paris: Panthéon-Assas, 1999. p. 467.

¹⁵ CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. **Factory at Chorzów**. P.C.I.J. Series A, n. 17. p. 29, 1928.

¹⁶ PELLET; CRAWFORD; OLLESON, 2010, p. 05.

responsabilidade internacional foi favorecida, também, pela ausência de qualquer forma de solidariedade transfronteiriça à época¹⁷.

Outro ponto importante a se ressaltar é que o elemento *dano* constituía, assim como a violação de uma obrigação internacional, uma condição necessária para a configuração da responsabilidade internacional. Nesse ponto, frisa-se que tal visão foi redefinida através dos escritos do jurista italiano Roberto Ago. Segundo o autor, a responsabilidade se configura a despeito de eventuais consequências geradas ao Estado¹⁸ – embora não ignore que o dano pode ser levado em consideração, *inter alia*, com o propósito de determinar, em um momento posterior, o montante da reparação devida ao agente lesado. No que tange ao elemento “culpa”, comumente aplicado nos ordenamentos jurídicos domésticos, destaca-se que qualquer ideia da existência desta por parte dos Estados estava claramente excluída, uma vez que a responsabilidade internacional é objetiva¹⁹. Neste sentido, “na falta de qualquer requisito específico de um elemento psicológico no que diz respeito às obrigações primárias, apenas a conduta dos Estados importa, *independentemente de qualquer intenção [deste]*”²⁰ (grifei).

A questão da natureza civil ou criminal da responsabilidade internacional também passou por modificações. Tradicionalmente, a responsabilidade internacional dos Estados era compreendida como uma responsabilidade de caráter civil, ou privado, embora estivesse acompanhada de meios de implementação (represálias ou, como se denomina atualmente, contramedidas). Tais métodos eram somente concebidos com o objetivo de coagir o Estado a cumprir com suas obrigações de *reparar*, e não constituía uma *punição* como consequência da

¹⁷ Interessante notar que Anzilotti, apesar da visão bilateral (e interestatal) que mantinha acerca da responsabilidade – influenciada pelo contexto da época em que escrevia –, já estudava a possibilidade de terceiros Estados pleitearem reparação pelo dano e pela restauração da ordem jurídica internacional. Todavia, compreendia que, em razão de a comunidade, como um todo, não ter sofrido o *dano* em questão, não haveria o direito a pleitear uma reparação. Nas palavras do autor, “outros Estados podem ter interesse que a reparação seja feita pelo dano internacional e pela restauração da ordem jurídica internacional, mas eles não têm o direito de fazê-lo”. ANZILOTTI, *op. cit.*, p. 517.

¹⁸ É o que demonstra o autor ao afirmar que “por conseguinte, a noção de descumprimento de uma obrigação jurídica internacional para com outro Estado parecia à Comissão plenamente suficiente para preencher este aspecto, sem acrescentar nada mais. O prejuízo econômico enfrentado pelo Estado lesado pode ser levado em consideração, *inter alia*, com o propósito de determinar o montante da reparação, *mas não é um pré-requisito para a determinação de que uma conduta internacionalmente ilícita foi cometida*. A discussão corroborou, pois, a opinião do Relator Especial de que não é necessário considerar o intitulado elemento ‘dano’ ao definir, em princípio, as condições para a existência de uma conduta internacionalmente ilícita” (grifei). AGO, 1971, p. 223.

¹⁹ BROWNLIE, Ian. **State Responsibility**: Part I. New York: Oxford University Press, 2001. pp. 38-48.

²⁰ Do original: “in the absence of any specific requirement of a mental element in terms of the primary obligation, it is only the act of a State that matters, independently of any intention”. COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2001, p. 36.

violação de uma obrigação internacional. Desta forma, verifica-se que a responsabilidade internacional não se caracteriza nem como civil, nem como criminal, motivo pelo qual deve ser encarada de maneira diversa dos sistemas domésticos. É o que demonstra o jurista Gaetano Arangio-Ruiz, ao afirmar, em seus escritos, que a responsabilidade possui elementos tanto civis, quanto criminais, o que a afasta da concepção de responsabilidade presente nos sistemas nacionais²¹.

Além disso, o desenvolvimento do direito internacional permitiu que a responsabilidade não estivesse mais restrita aos Estados, mas passasse a se tornar um *predicado da personalidade jurídica internacional* de outros sujeitos titulares de direitos na ordem internacional²². Partindo dessa premissa, as organizações internacionais, enquanto detentoras de personalidade jurídica perante o direito internacional, retiraram dos Estados o monopólio que ocupavam, até então, no regime da responsabilidade internacional.

Destaca-se, por fim, que a lógica da responsabilidade internacional foi alvo de grande influência da Primeira Guerra Mundial e de suas consequências para a sociedade internacional, o que gerou significativas modificações na matéria. Como se observará, a noção de responsabilidade, que antes conduzia à ideia de compromisso entre Estados soberanos em aceitar bilateralmente a responsabilidade por eventuais violações cometidas, passou a ser encarada como uma resposta à ruína gerada pelo grande conflito mundial do início do século XX²³. Entretanto, mesmo com o reconhecimento da importância de um sistema de responsabilidade que prescrevesse normas gerais aos Estados, o processo de codificação foi longo até que culminasse na elaboração, no ano de 2001, dos Artigos sobre a Responsabilidade Internacional dos Estados por Condutas Internacionalmente Ilícitas.

²¹ ARANGIO-RUIZ, Gaetano. Fifth Report on State Responsibility. **International Law Commission Yearbook**, 1993, v. II (1), pp. 02-110. p. 56. No mesmo sentido: KELSEN, Hans. *Théorie du Droit International Public. Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1953, v. 84, 634 pp. p. 87.

²² Ou seja, outros entes atuantes na sociedade internacional, ao adquirir personalidade jurídica, são capazes de incorrer em responsabilidade, assim como ocorre com os Estados.

²³ Frisa-se que o Tratado de Versalhes, de 1919, fixou, em seu artigo 231, para a Alemanha, a “responsabilidade (...) por causar todas as perdas e danos aos quais os Aliados e Governos Associados e seus nacionais foram submetidos como consequência da guerra”. No âmbito da doutrina internacionalista, observa-se a mudança da noção de responsabilidade internacional em autores como Clyde Eagleton, Roberto Ago e seus contemporâneos, os quais sobrepuseram a visão de que a responsabilidade era uma questão interna, exclusiva à relação entre os Estados diretamente envolvidos na violação da obrigação. CRAWFORD, 2013, pp. 24-28.

2. OS ARTIGOS SOBRE A RESPONSABILIDADE DOS ESTADOS POR CONDUTAS INTERNACIONALMENTE ILÍCITAS

Os artigos da Comissão de Direito Internacional representam a estrutura contemporânea da responsabilidade internacional dos Estados. Em 1948, após o fim da Segunda Guerra Mundial e já no escopo da Organização das Nações Unidas, a Assembleia Geral instituiu a Comissão de Direito Internacional, com o objetivo de promover o desenvolvimento progressivo e a codificação do direito internacional²⁴. Dentre os primeiros tópicos a serem analisados pela recém-criada Comissão estava a responsabilidade internacional dos Estados²⁵.

Os trabalhos da Comissão tiveram início em 1956, com o jurista cubano F. V. García-Amador como o Relator Especial. Seus relatórios, submetidos entre 1956 e 1961, versavam, sobretudo, a respeito da responsabilidade por danos a estrangeiros e suas propriedades²⁶, bem como sobre aspectos gerais da matéria. Entretanto, devido às prioridades com outros temas atinentes ao direito internacional à época²⁷, a CDI não prosseguiu com os relatórios, por temer que a divergência e a divisão que a temática da responsabilidade suscitava pudesse impedir o desenvolvimento progressivo do direito internacional²⁸.

O turbulento começo do trabalho da Comissão acerca da temática reverteu-se no ano de 1962, quando um subcomitê do órgão, liderado pelo professor italiano Roberto Ago, recomendou que os esforços se concentrassem na definição de normas *gerais* que orientassem a responsabilidade internacional dos Estados. Com a referida proposta, Ago foi nomeado como o segundo Relator Especial, em 1963, produzindo oito relatórios entre 1969 e 1980. Ao

²⁴ Conforme supracitado, o trabalho da Comissão de Direito Internacional deve se concentrar em *codificar o direito internacional* ou *promover seu desenvolvimento progressivo*. Consoante o artigo 15º do Estatuto da Comissão, a expressão “desenvolvimento progressivo do direito internacional” significa, dentre outras atribuições, a preparação de projetos de convenções em matérias ainda não reguladas pelo direito internacional, ou aquelas que não foram suficientemente desenvolvidas, na prática, pelos Estados. Já o termo “codificação do direito internacional” significa a formulação e a sistematização de normas de direito internacional sobre assuntos em que já há extensa prática dos Estados, jurisprudência e doutrina. COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Statute of the International Law Commission**, 1947.

²⁵ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Summary Records and Documents of the First Session including the report of the Commission to the General Assembly. **International Law Commission Yearbook**, 1949, v. I, pp. 09-290. p. 131.

²⁶ GARCÍA-AMADOR, F. V. Second Report on State Responsibility. **International Law Commission Yearbook**, 1957, pp. 104-130.

²⁷ As prioridades da comissão incluíam tópicos como as imunidades diplomáticas, o direito do mar e o direito dos tratados.

²⁸ Os relatórios de García-Amador, ademais, suscitaram críticas substanciais a respeito de seu apoio ao reconhecimento do indivíduo como sujeito de direito internacional. CRAWFORD, 2013, p. 36.

longo de seu mandato, a Comissão procedeu à adoção, provisoriamente, de trinta e cinco artigos, os quais são de suma importância para o estudo da matéria, pois representam a origem e as características fundamentais do atual sistema de responsabilidade internacional dos Estados²⁹.

Entre 1980 e 1986, o terceiro Relator indicado foi o holandês William Riphagen, o qual reforçou os progressos alcançados com Roberto Ago. O Relator foi sucedido pelo italiano Gaetano Arangio-Ruiz³⁰, que apresentou oito relatórios entre os anos de 1988 e 1996. Sob seu comando, a Comissão de Direito Internacional adotou a primeira leitura do Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados. Os artigos então apresentados, todavia, continham questões politicamente controversas, como as consequências jurídicas derivadas da prática de crimes internacionais, o que tornou a adoção dos artigos impraticável.³¹

Foi diante deste cenário que, em 1997, a Comissão designou o jurista australiano James Crawford como Relator Especial o qual, de 1998 a 2001, empreendeu uma segunda leitura do Projeto. No triênio de 1998 a 2000, o Relator revisou integralmente o texto dos artigos³² e adotou um novo projeto, o qual foi submetido às observações dos representantes governamentais dos Estados. Após, em sua quinquagésima terceira edição, em 2001, a Comissão de Direito Internacional apresentou a última versão (e os comentários) do Projeto, composta por 59 artigos³³.

O processo de codificação perdurou por mais de 50 anos até que, no dia 31 de maio de 2001, a Comissão finalmente adotou os Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Condutas Internacionalmente Ilícitas³⁴. No dia 12 de dezembro do mesmo ano, a Assembleia

²⁹ Tais artigos representam a atual Parte I dos Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Condutas Internacionalmente Ilícitas. CRAWFORD, James. **Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts**. United Nations Audiovisual Library of International Law. Disponível em: <<http://legal.un.org/avl/ha/rsiwa/rsiwa.html>>.

³⁰ As maiores contribuições de Arangio-Ruiz como Relator consistiram nos tópicos acerca da reparação, das contramedidas, das consequências de “crimes internacionais” e da resolução de controvérsias. *Ibid*.

³¹ Dentre esses problemas, ressaltam-se as consequências jurídicas, dispostas no artigo 19, derivadas da prática de um “crime internacional”. Para uma leitura focada na crítica à tal provisão: COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **International Law Commission Yearbook**, 1998, v. II (1), 339 pp. p. 120.

³² Cita-se como modificações realizadas pelo Relator australiano o reconhecimento de que todo Estado possui capacidade de invocar a responsabilidade por violações de obrigações devidas à comunidade internacional como um todo, independentemente de sua gravidade. Ademais, o artigo 48 trabalha a invocação da responsabilidade pelo interesse coletivo, particularmente em relação a obrigações *erga omnes*, dando efeito ao *dictum* da Corte Internacional de Justiça no caso *Barcelona Traction*. Ver: CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited**. I.C.J. Reports, 1964.

³³ CRAWFORD, 2013, pp. 40-41.

³⁴ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2001, p. 26.

Geral da Organização das Nações Unidas anexou o texto à Resolução 56/83 e recomendou sua observância a todos os Estados, sem prejuízo de sua futura adoção³⁵.

O trabalho da Comissão se revelou de suma importância para o desenvolvimento do direito internacional, o que se comprova através da extensa jurisprudência e escritos acerca da matéria. Os Artigos são considerados, no todo ou em grande parte, uma meticulosa codificação do direito consuetudinário internacional referente à temática da responsabilidade internacional. Segundo a Corte Internacional de Justiça,

As normas de atribuição de uma alegada conduta internacionalmente ilícita a um Estado não variam de acordo com a natureza da conduta ilícita em questão ante a ausência de uma *lex specialis* claramente expressa (...). Esta é a situação do direito internacional consuetudinário, como demonstrado nos artigos da Comissão de Direito Internacional sobre a responsabilidade dos Estados³⁶.

Não obstante os artigos careçam de efeito vinculante para os Estados, eles continuam contribuindo para o desenvolvimento do direito internacional, o que se demonstra, principalmente, através da prática internacional dos Estados e da aplicação de seus dispositivos por cortes e tribunais internacionais.

2.1 OS PRINCÍPIOS BASILARES DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS

Muitas foram as modificações da noção tradicional de responsabilidade que resultaram em seu conceito contemporâneo presente nos Artigos da CDI. Para os fins do presente, serão analisadas algumas dessas modificações, bem como os elementos fundamentais para a configuração da responsabilidade dos Estados no direito internacional, e a relação entre os Artigos e a responsabilidade internacional das organizações internacionais.

A primeira questão que deve ser compreendida para o estudo da responsabilidade internacional é a diferença que existe entre normas primárias³⁷ e normas secundárias³⁸. Por

³⁵ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Resolução 56/83 da Assembleia Geral**, 2001, §§ 3º-4º.

³⁶ Do original: “The rules for attributing alleged internationally wrongful conduct to a State do not vary with the nature of the wrongful act in question in the absence of a clearly expressed *lex specialis* (...). This is the state of customary international law, as reflected in the ILC Articles on State Responsibility”. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide**. I.C.J Reports, 2007. pp. 208-209.

³⁷ A Comissão de Direito Internacional, ao tecer comentários acerca dos Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Condutas Internacionalmente Ilícitas, observou que “não é a função dos artigos especificar o conteúdo das obrigações prescritas por normas primárias específicas, ou sua interpretação. Os artigos também não enfrentam a questão de se a até que ponto as normas primárias específicas estão em vigor para um Estado. É uma questão do direito dos tratados determinar se um Estado é parte de um tratado válido, se o tratado está em vigor para o Estado e a respeito de quais dispositivos, e como o tratado deve ser interpretado. O mesmo é verdade, *mutatis mutandis*, para outras ‘fontes’ de obrigações internacionais, como o direito internacional

isso, quando o jurista italiano Roberto Ago se encontrava no comando da Comissão de Direito Internacional, formulou a distinção entre ambas, as quais são consideradas de extrema importância para a compreensão da responsabilidade internacional dos Estados e das organizações internacionais. Consoante o pensamento do autor,

A Comissão concordou com a necessidade de concentrar seus estudos na determinação de princípios que regulamentem a responsabilidade dos Estados por condutas internacionalmente ilícitas, mantendo uma rígida distinção entre este trabalho e o trabalho de definir as normas que estabelecem obrigações aos Estados, as quais, quando violadas, podem ensejar a responsabilidade (...). Porém elas não podem ofuscar o fato de que uma coisa é a determinação de uma norma e o conteúdo imposto por sua obrigação, e outra é determinar se a obrigação foi violada e qual deve ser a consequência de sua violação. Somente o segundo aspecto da questão se insere na esfera da responsabilidade propriamente dita³⁹.

Em síntese, pode-se afirmar que, enquanto as normas primárias dizem respeito às regras que prescrevem obrigações internacionais, inseridas em uma vastidão de diferentes instrumentos jurídicos e de normas consuetudinárias, as normas secundárias – ponderadas no trabalho da Comissão, estabelecem um panorama geral, que fixa as consequências advindas de uma possível violação da norma primária⁴⁰.

O primeiro princípio contido nos artigos sobre a responsabilidade dos Estados estabelece que toda conduta internacionalmente ilícita de um Estado enseja a sua responsabilidade⁴¹. Nesse aspecto, ressalta-se que a conduta atribuível ao Estado consiste

consuetudinário. Os artigos (...) prescrevem o ordenamento que determinará se as obrigações de cada Estado foram violadas, e as [eventuais] consequências jurídicas”. COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2001. p. 31.

³⁸ Os primeiros trabalhos da Comissão, liderados por García-Amador, realizados entre 1956 e 1961, centraram-se, dentre outros assuntos, em normas referentes à proteção diplomática, bem como outras obrigações materiais. Tal abordagem, como já mencionado, provou-se malsucedida, sobretudo por ser demasiadamente ambiciosa – afinal, a intenção era a criação de um quadro de normas primárias, que prescrevessem obrigações aos Estados. Com isso, a Comissão decidiu voltar-se para um trabalho mais limitado – porém mais realista – ao elaborar um *framework* geral de normas que dizem respeito à responsabilidade dos Estados, ao invés de redigir um código de normas substantivas contendo obrigações aos Estados. Ou seja, optou-se pelo uso de normas secundárias para criar um conjunto de artigos que se referissem à responsabilidade internacional dos Estados. CRAWFORD, **Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts**.

³⁹ Do original: “The Commission agreed on the need to concentrate its study on the determination of the principles which govern the responsibility of States for internationally wrongful acts, maintaining a strict distinction between this task and the task of defining the rules that place obligations on States, the violation of which may generate responsibility. (...) But this must not obscure the essential fact that it is one thing to define a rule and the content of the obligation it imposes, and another to determine whether that obligation has been violated and what should be the consequence of the violation. Only the second aspect of the matter comes within the sphere of responsibility proper (...)”. COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **International Law Commission Yearbook**, 1970, v. II (2), 317 pp. p. 306.

⁴⁰ Outra consideração a ser feita é que, no contexto político de uma sociedade internacional que tem nos Estados seus sujeitos de direito mais influentes, a Comissão arriscaria demais ao prescrever aos Estados quais obrigações deveriam possuir – o que poderia tornar seus esforços rumo à codificação inócuos.

⁴¹ Na redação original, prescrevem os Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Condutas Internacionalmente Ilícitas, em seu dispositivo primeiro, que “toda conduta internacionalmente ilícita de um

tanto em ações – também chamadas de condutas positivas –, quanto em omissões⁴² – ou condutas negativas. Além disso, frisa-se que os casos em que a responsabilidade é invocada com base em condutas omissivas são tão numerosos quanto aqueles alicerçados em condutas comissivas, possuindo ambos a mesma importância para o sistema normativo de responsabilidade⁴³. O referido princípio é amplamente aplicado pelas cortes e tribunais internacionais, conforme se depreende da análise jurisprudencial realizada a partir das decisões da Corte Permanente de Justiça Internacional⁴⁴, da Corte Internacional de Justiça⁴⁵ e de Tribunais Arbitrais internacionais⁴⁶.

Anteriormente à codificação dos Artigos, emitiam-se opiniões divergentes acerca da definição das relações jurídicas que surgem a partir da ocorrência da conduta ilícita. Uma das abordagens, associada ao jurista italiano Dionisio Anzilotti, definia a relação gerada em termos exclusivamente bilaterais, entre o Estado que cometeu a ilicitude e o Estado lesado⁴⁷. Uma interpretação distinta, associada a Hans Kelsen, partia da ideia de que a ordem jurídica, por ser de natureza coercitiva, autorizava o Estado lesado a aplicar uma sanção coercitiva

Estado enseja a responsabilidade internacional deste Estado”. COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2001. Novamente, destaca-se que o princípio não prevê o “dano” como elemento constitutivo da responsabilidade internacional dos Estados, o que se opõe à visão clássica de responsabilidade. Interessante o comentário de James Crawford à exclusão do “dano”: segundo o autor, se o dano fosse um requisito para a configuração da responsabilidade internacional dos Estados, seria ônus do Estado lesado prova-lo. Assim, um Estado poderia passar a agir de forma incompatível com o compromisso ora firmado, na expectativa de que o dano não ocorresse, ou de que não fosse possível fazer prova do mesmo – o que acarretaria, conseqüentemente, na necessidade do estabelecimento de padrões mínimos de conduta aos Estados que, provavelmente, não seria exitoso. CRAWFORD, 2013. p. 58.

⁴² Por exemplo, no caso *Corfu Channel*, a Corte Internacional de Justiça compreendeu que constituía uma base suficiente para a responsabilidade da Albânia o fato de que o Estado balcânico conhecia, ou tinha dever de conhecer, a existência de minas nas suas águas territoriais e, ainda assim, nada fez para alertar terceiros Estados da sua presença. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Corfu Channel**. I.C.J. Reports, 1948. pp. 22-23.

⁴³ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Draft Articles on the Responsibility of International Organizations, with Commentaries. **Yearbook of the International Law Commission**, 2011, v. II (2), 104 pp. p. 35.

⁴⁴ Como exemplos, citam-se os casos: CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL, **Phosphates in Morocco**, 1938, p. 28; CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL. **S.S. “Wimbledon”**. P.C.I.J., Series A, n. 1, 1923. p. 30; CORTE PERMANENTE DE JUSTIÇA INTERNACIONAL, **Factory at Chorzów**, 1928, p. 29.

⁴⁵ Indica-se a leitura dos casos: CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, **Corfu Channel**, 1948. p. 23; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua**. I.C.J. Reports, 1986. pp. 142; 149; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Gabčíkovo-Nagymaros Project**. I.C.J. Reports, 1997. p. 38; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, **Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations**, 1949.

⁴⁶ Conforme casos *Dickson Car Wheel Company (U.S.A.) v. United Mexican States*. **Recueil des Sentences Arbitrales**, v. IV, 1931. Disponível em: <legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/669-691.pdf>; *International Fisheries Company (U.S.A.) v. United Mexican States*. **Recueil des Sentences Arbitrales**, v. IV, 1931. Disponível em: <legal.un.org/riaa/cases/vol_IV/691-746.pdf>.

⁴⁷ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2011, p. 33.

contra o Estado responsável⁴⁸. De acordo com tal corrente de pensamento, o direito internacional habilitava o Estado lesado a reagir à ilicitude, relegando o papel da obrigação à reparação⁴⁹ a uma função subsidiária⁵⁰. Neste aspecto, já se reconhece que algumas condutas ilícitas ensejam a responsabilidade do Estado perante uma coletividade de Estados, ou à comunidade internacional como um todo. Foi o que demonstrou a Corte Internacional de Justiça na decisão do caso *Barcelona Traction*, ao determinar que

Uma distinção essencial deve ser feita entre as obrigações⁵¹ de um Estado ante a comunidade internacional como um todo, e aquelas que surgem *vis-à-vis* outro Estado no campo da proteção diplomática. Pela sua própria natureza, as primeiras dizem respeito a todos os Estados. Na perspectiva da importância dos direitos envolvidos, todos os Estados podem considerar possuir interesse em sua proteção; estas obrigações são *erga omnes*⁵².

Com isso, o sistema da responsabilidade internacional se desenvolveu a tal ponto que se reconhece a possibilidade de que algumas condutas ilícitas podem ensejar a responsabilidade de um Estado perante uma coletividade, compreendendo-se que as relações não mais se limitam à bilateralidade interestatal.

O segundo artigo proposto pela Comissão diz respeito aos elementos necessários⁵³ para que se configure a existência de uma conduta internacionalmente ilícita, quais sejam: a

⁴⁸ KELSEN, Hans. **Principles of International Law**. 2. ed., New York: Holt, Rinehart and Winston, 1966. p. 22.

⁴⁹ No que concerne à reparação, a corrente teórica que prevaleceu estabelece que as consequências de uma conduta internacionalmente ilícita não podem estar limitadas à “reparação” ou à “sanção”. AGO, Roberto. **Le délit international**. Paris: Sirey, 1947. pp. 430-440.

⁵⁰ Tal obrigação seria apenas uma forma pela qual o Estado responsável poderia evitar a aplicação de uma medida coercitiva.

⁵¹ A Corte apontou que, em consequência de seu pertencimento à sociedade internacional, todo Estado possui interesse na proteção de certos direitos básicos e no cumprimento de certas obrigações essenciais. Dentre estes direitos e obrigações, exemplificou com “a proibição de atos de agressão, e do genocídio, além (...) dos princípios e normas referentes aos direitos humanos básicos, incluindo a proteção da escravidão e da discriminação racial”. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, **Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited**, 1964. p. 32.

⁵² Do original: “an essential distinction should be drawn between the obligations of a State towards the international community as a whole, and those arising *vis-à-vis* another State in the field of diplomatic protection. By their very nature the former are the concern of all States. In view of the importance of the rights involved, all States can be held to have a legal interest in their protection; they are obligations *erga omnes*”. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, **Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited**, 1964. p. 32. Ressalta-se, ainda, que a Corte reafirmou este posicionamento em casos posteriores: CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **East Timor**. I.C.J. Reports, 1995. p. 102; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons**. I.C.J. Reports, 1996. p. 258; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, **Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide**, 1996. pp. 615–616.

⁵³ Conforme exposto, não há necessidade de análise da “culpa” de qual sujeito cometeu a conduta ilícita. Não significa dizer, porém, que o elemento “culpa” não tenha lugar na responsabilidade dos Estados, uma vez que diferentes normas primárias podem impor diferentes padrões de culpa. CRAWFORD, **Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts**.

atribuição⁵⁴ da conduta ao Estado e a violação de uma obrigação internacional⁵⁵. Estes elementos são amplamente reconhecidos pela jurisprudência internacional. Tomando-se como exemplo o julgamento do caso *United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran*, a Corte Internacional de Justiça estabeleceu que,

Primeiramente, deve-se determinar em que medida, legalmente, as condutas em questão podem ser consideradas atribuíveis ao Estado iraniano. Após, deve-se considerar a compatibilidade ou a incompatibilidade [da conduta] com as obrigações do Irã perante tratados em vigor ou quaisquer outras normas de direito internacional que possam ser aplicadas⁵⁶.

Embora a doutrina e a jurisprudência internacionais atestem que tais elementos constituem a conduta ilícita, alguns pontos merecem ser esclarecidos. Preliminarmente, a conduta internacionalmente ilícita deve ser atribuível ao Estado. Isto se deve ao fato de que o Estado é uma entidade organizada, um sujeito de direito com plena autoridade para agir no plano do direito internacional. Todavia, tal entidade age através dos sujeitos que as compõem. Ou seja, todo ato de um Estado envolve certa ação ou omissão de um indivíduo (ou grupo de indivíduos), o que leva ao seguinte questionamento: quais pessoas devem ser consideradas agindo em nome do Estado? Ou, de outra maneira: o que constitui um “ato do Estado” para fins da atribuição da responsabilidade internacional⁵⁷?

A fim de que se configure uma conduta internacionalmente ilícita, ainda, é necessário que a conduta atribuível ao Estado constitua a violação de uma obrigação internacional com a qual o Estado estava vinculado. Por obrigação internacional, deve-se compreender tanto aquelas derivadas de tratados, quanto de outras fontes do direito internacional. Ademais,

⁵⁴ Na prática das cortes internacionais, também se utiliza o termo “imputação”. Por exemplo: CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, **Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua**, 1986. p. 51.

⁵⁵ Segundo a redação oficial, “There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission: (a) is attributable to the State under international law; and (b) constitutes a breach of an international obligation of the State. COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2011, artigo 2º.

⁵⁶ Do original: “First, it must determine how far, legally, the acts in question may be regarded as imputable to the Iranian State. Secondly, it must consider their compatibility or incompatibility with the obligations of Iran under treaties in force or under any other rules of international law that may be applicable”. CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. **United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran**. I.C.J. Reports, 1980. p. 29. Ver também: CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, **Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua**, 1986. pp. 117–118; CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA, **Gabčíkovo-Nagymaros Project**, 1997. p. 54.

⁵⁷ No âmbito das organizações internacionais, especificamente da Organização das Nações Unidas, será demonstrado que o mesmo questionamento vale para estas entidades. Por exemplo, na esfera das missões de paz da ONU, quais condutas devem ser consideradas de seus órgãos ou agentes? E quais devem ser consideradas como condutas dos órgãos ou agentes “emprestados” por seus Estados-membros? Conforme se verificará, as cortes, ao se depararem com situações similares, utilizam um critério fático, que denominam de “teste de controle efetivo”.

afirma-se que, em virtude de o presente trabalho se ater primordialmente à questão da responsabilidade internacional das organizações internacionais, não haverá maior detalhamento quanto às minúcias dos elementos elencados neste tópico – o que não impede que os artigos sobre a responsabilidade dos Estados sejam mencionados posteriormente, uma vez que estes afetaram diretamente a formulação e a interpretação das normas relativas às organizações internacionais.

2.2 A RELAÇÃO ENTRE A RESPONSABILIDADE DOS ESTADOS E AS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

Não há, na redação dos Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Condutas Internacionalmente Ilícitas, cláusula que defina a relação entre os sistemas de responsabilidade dos Estados e o das organizações internacionais. A menção a essas últimas ocorreu no final dos artigos, em que a Comissão de Direito Internacional esclareceu os limites e o âmbito de atuação dos seus dispositivos. Por isso, em seus artigos 57 e 58, a Comissão determinou que os artigos não comprometem as normas aplicáveis à responsabilidade das organizações internacionais (bem como aos Estados pela conduta de uma organização internacional), ou a responsabilidade dos indivíduos⁵⁸, respectivamente.

O dispositivo 57 dos Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados determina apenas que “estes artigos não prejudicam qualquer questão da responsabilidade das organizações internacionais perante o direito internacional, ou de qualquer Estado pela conduta de uma organização internacional”⁵⁹. A própria Comissão admitiu que sua escolha tendia evitar “questões consideravelmente controversas como o funcionamento das organizações internacionais e as relações entre seus membros”, as quais seriam melhor elucidadas sob o contexto da lei das organizações internacionais⁶⁰.

A responsabilidade das organizações internacionais já fora mencionada durante os trabalhos referentes à responsabilidade dos Estados. Em 1963, ao abordar, no âmbito da

⁵⁸ Embora a responsabilidade dos indivíduos possua fundamental importância para o estudo do sistema da responsabilidade internacional, a questão não será abarcada nesta monografia. Para maior aprofundamento na matéria, consultar: PARLETT, Kate. **The Individual in the International Legal System**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

⁵⁹ Do original: “These articles are without prejudice to any question of the responsibility under international law of an international organization, or of any State for the conduct of an international organization”. COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2011.

⁶⁰ Do original: “questions as to the functioning of international organizations and the relations between their members”. *Ibid.* p. 142.

Comissão de Direito Internacional, a temática das relações entre Estados e organizações Internacionais, o relator Abdullah El-Erian ponderou que “o aumento contínuo do escopo das atividades das organizações internacionais provavelmente dará novas dimensões ao problema d[e sua] responsabilidade”⁶¹. A matéria foi considerada, pois, como uma continuidade necessária do trabalho da Comissão sobre a responsabilidade internacional⁶².

3 O PROJETO DE ARTIGOS SOBRE A RESPONSABILIDADE DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

Diante do numeroso crescimento de organizações atuantes nas mais diversas funções⁶³, as controvérsias que permeiam a responsabilidade internacional das organizações internacionais ganharam maior importância. Há poucas décadas, parte da doutrina internacionalista se demonstrava um tanto cética acerca da possibilidade de organizações internacionais cometerem condutas internacionalmente ilícitas⁶⁴. Prevalencia o pensamento de que, como a organização não possuía capacidade de cometer condutas ilícitas, os seus Estados-membros deveriam responder por elas. Tal entendimento, porém, se modificou consideravelmente ao longo dos anos. Afinal, desde a opinião consultiva proferida pela Corte Internacional de Justiça no parecer *Reparation*, restou claro que as organizações internacionais têm capacidade de pleitear seus direitos mediante reclamações às cortes – e, conseqüentemente, de enfrentar a responsabilidade acarretada pelas ilicitudes que eventualmente possam causar a terceiros.

⁶¹ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **International Law Commission Yearbook**, 1963, v. II, 312 pp. p. 184. No mesmo sentido, ver: GAJA, Giorgio. First Report on the Responsibility of International Organizations. **International Law Commission Yearbook**, 2003, pp. 105-116. p. 108.

⁶² COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **International Law Commission Yearbook**, 2000, v. II (2), 214 pp. p. 135.

⁶³ As normas que versam sobre a responsabilidade internacional das organizações internacionais surgiram apenas recentemente, no ano de 2011. Isso se deve ao fato de que as organizações são um fenômeno relativamente recente para o direito internacional. Um dos primeiros estudos integralmente direcionados na questão da responsabilidade das organizações internacionais é de 1950. Ver: EAGLETON, 1950, pp. 319 et seq.

⁶⁴ Roberto Ago, Relator Especial da Comissão de Direito Internacional, ao tratar da responsabilidade internacional dos Estados, em uma declaração feita em 1963, observou que “era questionável se organizações [internacionais] possuíam a capacidade de cometer condutas internacionalmente ilícitas”. COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 1963, p. 229. No mesmo sentido, Clyde Egleton, ao tratar da Organização das Nações Unidas, afirmou que, em virtude da menor extensão de seu controle – se comparado ao dos Estados –, sua responsabilidade teria menor alcance. Isto porque, em seu entendimento, as Nações Unidas teriam menor possibilidade de causar danos a terceiros e, com isso, eventuais ações contra a organização seriam improváveis. EAGLETON, 1950. p. 68.

Assim, a Comissão de Direito Internacional decidiu, no ano de 2002, iniciar seu trabalho para a codificação e o desenvolvimento progressivo⁶⁵ da matéria a partir das duas questões que foram retiradas do escopo dos artigos sobre a responsabilidade dos Estados⁶⁶, sob o comando do italiano Giorgio Gaja como Relator Especial⁶⁷. Essencial destacar que a CDI deixa claro no Projeto de Artigos que, enquanto os artigos sobre a responsabilidade dos Estados representam, de certo modo, a codificação de princípios existentes no direito internacional consuetudinário, os artigos sobre as organizações internacionais servem mais como um instrumento do *desenvolvimento progressivo* do direito internacional – o que parece paradoxal ao pensar na hipótese de que dois dispositivos correspondentes nos Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Condutas Internacionalmente Ilícitas e no Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade das Organizações Internacionais, praticamente iguais em suas redações, podem não possuir a mesma autoridade.

O primeiro relatório foi submetido em 2003, totalizando a quantia de oito relatórios até 2011. E, no dia 9 de dezembro do mesmo ano, foi adotado, pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, através da Resolução 66/10, o Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade das Organizações Internacionais. É de se observar que o período de tempo gasto pela Comissão no trabalho foi relativamente curto, principalmente quando comparado com os estudos voltados à responsabilidade dos Estados⁶⁸.

3.1 OS PRINCIPAIS ASPECTOS DA RESPONSABILIDADE DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS

A fim de compreender a relação entre os Estados e as organizações internacionais, é necessário atentar-se aos princípios gerais do sistema da responsabilidade internacional. Esclarece-se, primeiramente, que as organizações internacionais – assim como os Estados – atuam na sociedade internacional como sujeitos de direito e possuem personalidade jurídica apartada da personalidade de seus membros⁶⁹. Tais premissas são encontradas no Projeto de

⁶⁵ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2011, pp. 67-68.

⁶⁶ *Ibid.* p. 2.

⁶⁷ GAJA, 2003.

⁶⁸ Apenas a título de comparação, os artigos sobre a responsabilidade dos Estados demandaram 45 anos de trabalhos da Comissão (1956-2001), mais de trinta relatórios e cinco Relatores Especiais até sua conclusão. Ademais, alguns autores explicam a rapidez da Comissão no tópico pelo fato de que, ao tratar da responsabilidade das organizações internacionais, a Comissão de Direito Internacional transpôs em grande parte o pensamento presente nos Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados por Condutas Internacionalmente Ilícitas.

⁶⁹ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2011. p. 141.

Artigos sobre a Responsabilidade das Organizações Internacionais, o qual definiu, em seu artigo 2º, que

organização internacional significa uma organização constituída por um tratado ou outro instrumento regido pelo direito internacional e que possui personalidade jurídica própria. As organizações internacionais podem incluir em seus membros, além dos Estados, outras entidades⁷⁰.

Em virtude de sua personalidade jurídica separada da personalidade de seus membros, é amplamente reconhecido que não há um princípio geral que determine que os Estados, tão somente por conta de seu *status* de membros de organizações internacionais, são responsáveis pelas condutas ilícitas das organizações das quais são membros⁷¹. O dispositivo supracitado ainda fornece uma definição de organização mais abrangente daquela utilizada em outros instrumentos jurídicos, os quais as consideravam “organizações intergovernamentais”, compostas, apenas, por Estados, sem previsão da possibilidade de haver outras organizações internacionais entre seus membros⁷².

Mas, assim como os Estados, as organizações internacionais são entidades que atuam através de pessoas naturais⁷³. Ou seja, assim como eles, corriqueiramente as organizações serão responsabilizadas por ações ou omissões de seus órgãos e agentes⁷⁴. As organizações internacionais, entretanto, não são capazes de compor um contingente permanente, em um território específico, necessitando, assim, atuar por meio de órgãos e agentes emprestados de seus Estados-membros⁷⁵. Com isso, verifica-se uma espécie de tensão entre os dois entes uma vez que, se por um lado, as organizações são independentes de seus membros – por possuírem

⁷⁰ Do original: “International organization’ means an organization established by treaty or other instrument governed by international law and possessing its own international legal personality. International organizations may include as members, in addition to States, other entities”. *Ibid.* p. 06.

⁷¹ Em observância aos comentários ao Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade das Organizações Internacionais, verifica-se que “a qualidade de membro em si não enseja, para os Estados-membros, responsabilidade internacional quando a organização comete uma conduta internacionalmente ilícita”. *Ibid.* p. 164.

⁷² Por exemplo, a Convenção de Viena sobre os Tratados entre Estados e Organizações Internacionais e entre Organizações Internacionais que, em seu artigo 2º, alínea “j”, dispõe o seguinte: “por ‘organização internacional’ entende-se uma organização intergovernamental”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations**, 1986.

⁷³ CRAWFORD, 2013, p.189.

⁷⁴ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. *op. cit.*, artigos 6º-9º.

⁷⁵ GAJA, Giorgio. Second Report on the Responsibility of International Organizations. **International Law Commission Yearbook**, 2004, v. II (1). p. 10.

personalidade jurídica autônoma —, por outro, dependem fundamentalmente destes, vez que necessitam de seus órgãos e instituições para seu adequado funcionamento⁷⁶.

Este é o caso das missões de paz⁷⁷ e outras operações militares⁷⁸ ordenadas e executadas sob a autoridade das Nações Unidas ou outras organizações. Enquanto a operação é supervisionada por uma organização internacional, as tropas ainda são órgãos pertencentes aos Estados-membros, o que enseja debates acerca da atribuição da conduta ilícita e da configuração da responsabilidade a cada ente.

3.2 AS CRÍTICAS AO PROJETO DE ARTIGOS

Uma das críticas ao Projeto de Artigos reside no fato de que este segue, de maneira estrita, a estrutura e o teor dos artigos que versam sobre a responsabilidade dos Estados⁷⁹.

Com relação a este ponto, a Comissão fez questão de demonstrar que, embora

o presente Projeto de Artigos seja, em diversos aspectos, semelhante aos artigos sobre a responsabilidade dos Estados, ele representa um texto autônomo. Cada questão foi considerada pela perspectiva específica da responsabilidade das organizações internacionais⁸⁰.

Outra crítica a ser apontada é que alguns dos artigos do Projeto em questão se baseiam em uma limitada parcela da prática internacional⁸¹, em contraposição aos Artigos sobre a Responsabilidade dos Estados que, conforme exposto, possuem uma ampla aplicação jurisprudencial. Giorgio Gaja, no oitavo relatório sobre a responsabilidade das organizações internacionais, identificou este fenômeno como consequência do desenvolvimento recente da prática internacional envolvendo a responsabilidade das organizações internacionais⁸². Conduto, o que se verifica, atualmente, é que há uma prática crescente envolvendo, principalmente, as operações de paz da Organização das Nações Unidas, embora se admita certa inconsistência da jurisprudência na análise dos casos, em virtude de o sistema ainda estar em fase de “maturação”.

⁷⁶ KLABBERS, Jan. **An Introduction to International Institutional Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. pp. 35-36.

⁷⁷ Ou operações de paz (*peacekeeping operations*).

⁷⁸ Como, por exemplo, as ações da União Europeia, OTAN e de forças multilaterais sob o comando dos Estados Unidos com a aprovação da ONU em relação à pirataria somali no Golfo de Áden. CRAWFORD, 2013, p. 189.

⁷⁹ Para uma maior compreensão da crítica à abordagem “copia-cola” do Projeto de artigos, consultar: AHLBORN, Christiane, **The Use of Analogies in Drafting the Articles on the Responsibility of International Organizations: An Appraisal of the ‘Copy-Paste’ Approach**, *International Organizations Law Review*, vol. 9, 2012.

⁸⁰ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2011. p. 69.

⁸¹ *Ibid.* pp. 5-6.

⁸² As organizações internacionais não existiam em grande número no período pré-Primeira Guerra Mundial.

Ademais, destaca-se que a Comissão não considerou a diversidade de organizações existentes na comunidade internacional, bem como não se atentou ao princípio da especialidade para fins de determinar as regras de responsabilidade aplicáveis às organizações internacionais⁸³. Isto porque, diferentemente dos Estados, as organizações internacionais possuem diferenças entre si em termos funcionais, estruturais e de composição, sendo que tais fatores geram implicações acerca da identificação das normas referentes à responsabilidade das organizações⁸⁴.

Por tal motivo, Estados e organizações internacionais, no decorrer do trabalho da Comissão, submeteram propostas as quais objetivavam incluir no Projeto de Artigos uma previsão que fosse capaz de oferecer relevância à diversidade existente entre organizações internacionais. A União Europeia, por exemplo, requereu repetidamente a inclusão de um dispositivo que reconhecesse a posição especial das “organizações de integração regional e econômica”. Nas palavras da organização, “parece particularmente importante para o Projeto [de Artigos] a explícita permissão da hipótese de que nem todos os dispositivos podem ser aplicados a organizações de integração regional (econômica)⁸⁵. Todavia, apesar das críticas emanadas pelos Estados e pelas organizações internacionais, a Comissão permaneceu com o entendimento de que as normas de responsabilidade codificadas no Projeto de Artigos aplicam-se a *todas* as organizações, *independentemente* de suas competências, estrutura ou composição⁸⁶.

Finalmente, observa-se que, em tempos de crescimento do escopo de atividades conduzidas pelas organizações internacionais, junto com o risco de que tais atividades possam

⁸³ PALCHETTI, Paolo. The Law of Responsibility of International Organizations: General Rules, Special Regimes or Alternative Mechanisms of Accountability? **X Anuário Brasileiro de Direito Internacional**. Disponível em: <http://www.academia.edu/29340308/THE_LAW_OF_RESPONSIBILITY_OF_INTERNATIONAL_ORGANIZATIONS_GENERAL_RULES_SPECIAL_REGIMES_OR_ALTERNATIVE_MECHANISMS_OF_ACCOUNTABILITY>. p. 75.

⁸⁴ Há uma descrença de que seria possível a criação de normas que abranjam a responsabilidade de *todas* as organizações internacionais, considerando-se que elas possuem importantes particularidades entre si. Ver COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Review of the Commission's Long-Term Programme of Work, Survey of International Law. *In: Yearbook of the International Law Commission*, 1971, v. II (2), 228 pp. p. 80. Ainda, para um estudo dos obstáculos enfrentados pela Comissão de Direito Internacional na codificação das normas aplicáveis às organizações internacionais, consultar KEITH, K. The Process of Law-Making: The Law Relating to International Organizations. *In: RAGAZZI, Maurizio. (Ed.). Responsibility of international organizations*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2013. p. 15 et seq.

⁸⁵ COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2011, p. 38.

⁸⁶ PALCHETTI, Paolo, *op. cit.*, p. 77.

afetar os direitos de terceiros⁸⁷, considera-se pouco aceito que os únicos mecanismos existentes para tornar as organizações responsáveis sejam aqueles baseados nos tratados constitutivos que deliberam a livre iniciativa da organização ou de seus membros⁸⁸, posto que a responsabilidade das organizações internacionais é uma matéria de extrema importância para que haja garantias de que possíveis vítimas de ilícitos cometidos por essas possam ser compensadas pelos danos sofridos. A ONU já reconheceu sua responsabilidade por condutas de soldados de forças nacionais comandadas pela organização⁸⁹. Apesar desses casos, revela-se certa dificuldade, na prática, de se aferir responsabilidade às organizações; tal problema se evidencia no âmbito de operações de paz com complexas estruturas de comando e controle, as quais envolvem múltiplos sujeitos de direito internacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O sistema da responsabilidade internacional, como se verificou ao longo da presente pesquisa, enfrentou diversas mudanças ao longo dos anos, em conjunto com as transformações vivenciadas pela comunidade internacional. Por isso, não somente o conceito de responsabilidade – o qual, anteriormente, mantinha estreita relação com a definição prescrita nos ordenamentos jurídicos domésticos – se desenvolveu, como também ocorreu a ampliação do rol dos entes capazes de pleitear reparações por eventuais violações aos seus direitos, e de incorrer em responsabilidade caso venha a praticar, eventualmente, condutas internacionalmente ilícitas contra terceiros, em virtude da personalidade jurídica internacional.

⁸⁷ Por exemplo, pode-se citar os casos tratando da atribuição de conduta tomada por contingentes nacionais no curso de operações de paz multinacionais sob a égide da Organização das Nações Unidas. Ver: COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL, 2011. pp. 90-93.

⁸⁸ PALCHETTI, Paolo, X Anuário Brasileiro de Direito Internacional, p. 87.

⁸⁹ A primeira vez que a Organização das Nações Unidas reconheceu sua responsabilidade por condutas ilícitas praticadas no âmbito de suas operações de paz foi na República Democrática do Congo (*UN Operations in the Congo – ONUC*), quando o Secretário-Geral transacionou com a Bélgica e outros Estados de modo a fornecer compensação aos nacionais que sofreram danos nas operações. Ver: ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **United Nations Juridical Yearbook**, 1965. p. 219. Ademais, a ONU reconheceu sua responsabilidade pelo acidente de um helicóptero britânico no Chipre que estava à disposição das Operações de Paz no Chipre (UNFICYP), constatando-se que “reclamações de terceiros deveriam ser normalmente esperadas nas Nações Unidas”. Ver também: *Id.* **United Nations Juridical Yearbook**, 1980. pp. 184-185. A prática recente, a seu turno, demonstra que, infelizmente, a Organização das Nações Unidas tem se escusado de reparar as vítimas de condutas ilícitas praticadas em suas missões. Tal situação se torna flagrante na leitura dos casos de cólera no Haiti e *Mothers of Srebrenica*. Maior atenção será dada aos casos supramencionados no decorrer da presente pesquisa.

O trabalho da Comissão de Direito Internacional no Projeto de Artigos sobre a Responsabilidade das Organizações Internacionais, embora recente, tem sido utilizado na jurisprudência de cortes domésticas e internacionais, principalmente com relação a condutas praticadas no âmbito das operações de paz da Organização das Nações Unidas, dado o papel crescente da organização em atividades de relevância, como a manutenção da paz e da segurança internacional.

Todavia, o uso do método de interpretação análoga entre os dois projetos de codificação da Comissão, sob a justificativa de manutenção da coerência da disciplina, também resultou em críticas de organizações internacionais, Estados e acadêmicos. Isso porque não foram consideradas as diferenças relativas à natureza e à prática dos Estados e das organizações internacionais – estas pautadas no princípio da especialidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGO, Roberto. Third Report on State Responsibility. **International Law Commission Yearbook**, 1971, v. II (1), pp. 199-274. p. 205.

AGO, Roberto. **Le délit international**. Paris: Sirey, 1947. pp. 430-440.

AHLBORN, Christiane, The Use of Analogies in Drafting the Articles on the Responsibility of International Organizations: An Appraisal of the ‘Copy-Paste’ Approach, **International Organizations Law Review**, vol. 9, 2012.

ARANGIO-RUIZ, Gaetano. Fifth Report on State Responsibility. **International Law Commission Yearbook**, 1993, v. II (1), pp. 02-110. p. 56. No mesmo sentido: KELSEN, Hans. *Théorie du Droit International Public*. **Recueil des cours de l’Académie de droit international**, 1953, v. 84, 634 pp. p. 87.

BODIN, Jean. **Les Six Livres de la République**. Livro I, capítulo VIII. Paris: Jacques Du Puys, 1576. p. 35.

BROWNLIE, Ian. **State Responsibility: Part I**. New York: Oxford University Press, 2001. pp. 38-48.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Summary Records and Documents of the First Session including the report of the Commission to the General Assembly. **International Law Commission Yearbook**, 1949, v. I, pp. 09-290. p. 131.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **International Law Commission Yearbook**, 1970, v. II (2), 317 pp. p. 306.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **International Law Commission Yearbook**, 1998, v. II (1), 339 pp. p. 120.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **International Law Commission Yearbook**, 2000, v. II (2), 214 pp. p. 135.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries. **Yearbook of the International Law Commission**, 2001, v. II (2), pp. 31-143. p. 34.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. Draft Articles on the Responsibility of International Organizations, with Commentaries. **Yearbook of the International Law Commission**, 2011, v. II (2), 104 pp. p. 35.

COMISSÃO DE DIREITO INTERNACIONAL. **Statute of the International Law Commission**, 1947.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. **I.C.J Reports**, 2007. pp. 208-209.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited. **I.C.J. Reports**, 1964.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations. **ICJ Reports**, 1949. p. 179.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran. **I.C.J. Reports**, 1980. p. 29

CRAWFORD, James. Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. **United Nations Audiovisual Library of International Law**. Disponível em: <<http://legal.un.org/avl/ha/rsiwa/rsiwa.html>>.

CRAWFORD, James. **State Responsibility: The General Part**. New York: Cambridge University Press, 2013. p. 03.

EAGLETON, Clyde. International Organization and the Law of Responsibility. **Recueil des cours de l'Academie de droit international**, 1950, v. 76, pp. 319-425. p. 323.

GAJA, Giorgio. First Report on the Responsibility of International Organizations. **International Law Commission Yearbook**, 2003, pp. 105-116. p. 108.

GAJA, Giorgio. Second Report on the Responsibility of International Organizations. **International Law Commission Yearbook**, 2004, v. II (1). p. 10.

GARCÍA-AMADOR, F. V. Second Report on State Responsibility. **International Law Commission Yearbook**, 1957, pp. 104-130.

GROTIUS, Hugo. **The Rights of War and Peace**. v. II. Indianapolis: Liberty Fund, 2005. p. 389.

JOUANNET, Emmanuelle. **Emer de Vattel et l'émergence du droit international classique**. Paris: Pedone, 1998. p. 407.

KELSEN, Hans. **Principles of International Law**. 2. ed., New York: Holt, Rinehart and Winston, 1966. p. 22.

KLABBERS, Jan. **An Introduction to International Institutional Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. pp. 35-36.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations**, 1986.

PALCHETTI, Paolo. The Law of Responsibility of International Organizations: General Rules, Special Regimes or Alternative Mechanisms of Accountability? **X Anuário Brasileiro de Direito Internacional**. Disponível em: <http://www.academia.edu/29340308/THE_LAW_OF_RESPONSIBILITY_OF_INTERNATIONAL_ORGANIZATIONS_GENERAL_RULES_SPECIAL_REGIMES_OR_ALTERNATIVE_MECHANISMS_OF_ACCOUNTABILITY>. p. 75.

PARLETT, Kate. **The Individual in the International Legal System**. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

PELLET, Alain. The Definition of Responsibility in International Law. In: PELLET, Alain; CRAWFORD, James; OLLESON; Simon (Ed.). **The Law of International Responsibility**. Oxford: Oxford University Press, 2010. p. 03.

PELLET, Alain; DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick. **Direito Internacional Público**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 413.

O ADVENTO DA CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS (CISG)

Gustavo Becker Monteiro¹

Bettina Gomes Omizzolo²

RESUMO: Em meio à intensa circulação de bens sendo comprados e vendidos por partes provenientes de diferentes países, os contratos internacionais se popularizaram de forma que hoje não são apenas as transações de alta monta que seguem os ditames de cláusulas contratuais típicas de negócios internacionais. Nesse sentido, a Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG) teve e continua tendo papel extremamente relevante na facilitação dessas transações internacionais ao harmonizar as normas contratuais. Dessa forma, tendo a CISG como objeto de estudo, o presente artigo tem por objetivo analisar como se deu o advento dessa Convenção, tanto em âmbito histórico quanto procedimental ao se verificar os ditames da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL) durante a criação desse diploma jurídico. Analisou-se quais características históricas e geopolíticas estimularam que a Convenção fosse desenvolvida, além de verificar quais juristas tiveram papel de liderança quanto ao projeto da Convenção e quais outras instituições foram envolvidas além da UNCITRAL. Além disso, traça-se um breve panorama sobre o comércio internacional, *lex mercatoria* e contratos internacionais. Para a produção deste artigo, aplicou-se o método dedutivo e concluiu-se principalmente que, para além do que genericamente se conhece, a CISG não foi a primeira tentativa de harmonização de regras dos contratos do comércio internacional, e sim, o resultado de tentativas falhas de se implementar um corpo normativo único que colocasse partes de diferentes países sob as mesmas regras contratuais.

PALAVRAS-CHAVE: CISG; Contratos Internacionais; Comércio Internacional.

¹ Mestrando em Direito Internacional no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) com período de pesquisa na Universidade de Milão e Universidade de Cambridge. Graduado em Direito pela UFSC com período de mobilidade acadêmica junto à Swinburne University of Technology (Melbourne, Austrália). Pesquisador no Grupo de Pesquisas em Direito Internacional Ius Gentium - UFSC/CNPq. Pesquisador no Módulo Jean Monnet implementado no CCJ/UFSC. Integrante do corpo de avaliadores e pareceristas da Revista Avant - Revista Acadêmica do Curso de Graduação em Direito da UFSC.

² Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Aprovada no processo seletivo para ingresso no programa de mestrado em direito internacional da UFSC. Pesquisadora no Grupos de Pesquisas em Direito Internacional da UFSC (Ius Gentium - UFSC/CNPq) e monitora do Grupo de Estudos em Arbitragem da UFSC (GEArb UFSC).

ABSTRACT: Usually stock exchange rates being bought and sold by parties from different countries, international contracts have become popular so that it is not only the high quality transactions that apply to the names of contractual clauses. In this sense, a United Nations Convention on Contracts for the Purchase and Sale of International Goods (CISG) had its acquisitions of international actions. Thus, with the CISG as its scope, this article aims to present the advent of this Convention, both in relation to the progress of the notification procedures of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL). It is intended to analyze what are the historical and geopolitical options that the Convention has developed, in addition to that legal entities have a role to carry out the concept of convention and the decisions have been involved. In addition, the trajectory is an overview of international internationalization, *lex mercatoria* and international contracts. For a production of this article, the application of a deductive and completed method beyond the general one is known, a CISG was not a first attempt of harmonization of the rules of the internationalization contracts, but, the result of new failures to implement a body which placed parts of different countries under contractual rules.

KEYWORDS: CISG; International Contracts; International Trade.

1. O COMÉRCIO INTERNACIONAL, A NOVA *LEX MERCATORIA* E OS CONTRATOS INTERNACIONAIS

O comércio é parte integrante da evolução humana porque permite a produção e distribuição de riquezas mesmo que de forma primitiva como o fizeram os fenícios, primeiros comerciantes internacionais de que se tem conhecimento³. A atividade comercial, principalmente em âmbito internacional, reflete dinamicidade das relações econômicas e interpessoais, mantendo-se a frente da atuação do Estado em matéria de mutação, atualização e adaptação à realidade econômica, vindo a ser um dos maiores responsáveis pelo desenvolvimento civilizatório experimentado pelo ser humano⁴. Nesse sentido, destaca Erick Vidigal:

Não por menos que se afirma ter o comércio sempre influenciado na própria organização do Estado que, em muitas situações, se viu forçado a inserir em seu ordenamento jurídico práticas já consagradas no plano fático das relações econômicas, a exemplo das relações envolvendo cambiais, bancos,

³ BARRAL, Welber Oliveira. *Comércio Internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 25.

⁴ VIDIGAL, Erick. *A Lex Mercatoria e sua aplicação no mundo contemporâneo*. Brasília: Universitas, 2011, v. 9, n. 1, pp. 473-485, p. 474.

bolsas de valores, mercado de capitais, sociedades anônimas, pessoas jurídicas autônomas etc⁵.

Uma análise superficial da atual conjuntura global é suficiente para que se conclua que as relações privadas não mais se limitam às fronteiras de um único Estado. Com o avanço das tecnologias de comunicação e transporte, as conexões entre indivíduos de diferentes países se tornaram cada vez mais próximas.

Diante do aumento de tais relações jurídicas transfronteiriças, é possível inferir que a distância física, os diferentes idiomas e os limites territoriais não são impedimentos para que os indivíduos viabilizem o encontro de suas vontades por meio da celebração de contratos. Percebe-se, portanto, que a popularidade dos contratos internacionais vem crescendo potencialmente. Esse instrumento, que há algumas décadas era vinculado apenas a grandes transações comerciais, empresas multinacionais e famílias abastadas, hoje, faz parte do cotidiano dos indivíduos.

A regulamentação do comércio internacional de mercadorias remonta à *lex mercatoria*, conjunto autônomo de normas criadas pelos próprios comerciantes a partir de seus usos e costumes para resolução de disputas durante a era medieval⁶, período marcado por uma estruturação normativa e jurisdicional plural e descentralizada, o que teria possibilitado aos comerciantes desenvolver um Direito uniformizado para o próprio comércio e sua intensificação⁷.

Trata-se de meio regulatório de direito privado para garantir aos comerciantes segurança jurídica nas relações negociais internacionais que firmam entre si⁸. A *lex mercatoria* consolidou-se no âmbito do comércio por possibilitar um modo célere e informal para resolução de controvérsias, totalmente apartado de interferência estatal e independente do Direito codificado à época⁹, adaptando-se à realidade do comércio muito mais coerentemente do que a legislação em vigor. Nas palavras de Frederico Eduardo Zenedin Glitz:

[A *lex mercatoria*] nasceria corporativo, objetivo, universal, baseado na reciprocidade de direitos, com jurisdição participativa e exclusivo aos comerciantes, mas com o tempo se estende para fora dos seus estreitos limites iniciais (em primeiro lugar para abarcar aqueles que negociavam com

⁵ Ibidem.

⁶ DIMATTEO, Larry A. *International Sales Law: A Global Challenge*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 09.

⁷ GLITZ, Frederico E. Z. *Contrato, Globalização e Lex Mercatoria: Convenção de Viena 1980 (CISG), Princípios Contratuais UNIDROIT (2010) e Incoterms (2010)*. São Paulo: Clássica, 2014, p. 190.

⁸ CAMINHOTO, Rita Diniz. *Contratos Mercantis de Compra e Venda Internacionais de Mercadorias e a Convenção de Viena de 1980*. In: MACEI, Demetrius Nichele; BENACCHIO, Marcelo; RIBEIRO, Maria De Fatima (Org.). *Direito Empresarial*. 1 ed. Florianópolis: CONPEDI, 2015, pp. 284 - 313, p. 299.

⁹ Ibidem, p. 300.

comerciantes). Por outro lado criaria inovações como a integração jurídica do Direito comercial (independentemente de espaços territoriais), utilização de instrumentos de circulação de crédito e a difusão de novos tipos sociais (por exemplo, a comenda)¹⁰.

Vera Jacob de Fradera destaca que a *lex mercatoria* representou importante desenvolvimento do comércio em escala internacional ao passo que possibilitava uma aplicabilidade uniforme dentre todas as diversas regiões nas quais o comércio era praticado, afastando assim divergências entre os estatutos locais, os quais eram motivo recorrente de conflitos e insegurança aos comerciantes, dada sua diversidade¹¹.

A *lex mercatoria* trespassa o contexto histórico no qual surgiu e, na atual idade contemporânea, persiste o conceito de “nova *lex mercatoria*”, o qual, segundo Ruy Rosado Aguiar, consiste no renascimento do direito dos comerciantes medievais criado pelo empresariado na forma de regras para disciplinar as relações comerciais sem a intervenção legislativa estatal¹². Segundo Frederico Eduardo Zenedin Glitz, define-se assim um conjunto de regras profissionais, costumes e sentenças arbitrais que podem, num primeiro momento, parecer apartadas de influência estatal¹³.

Para Alfonso Luis Calvo Caravaca e Javier Carrascosa González, não consiste a nova *lex mercatoria* em uma ordem jurídica independente, não se trata de um direito objetivo criado pelo comércio, mas sim um conglomerado de regras e normas fragmentárias de costumes comerciais que regem determinados aspectos particulares do comércio internacional¹⁴. Maristela Basso atenta ainda para a controvérsia quanto à natureza da nova *lex mercatoria* como direito transnacional. Trata-se de sistema normativo que visa regular não apenas os negócios jurídicos relativos ao comércio internacional, mas também a sanção de comportamentos através de mecanismos de adjudicação de litígios. Assim, tem-se um conjunto de usos e práticas do comércio internacional, contratos-tipo, regulamentos

¹⁰ GLITZ, 2010, p. 192.

¹¹ FRADERA, Vera Jacob de. A interpretação dos negócios jurídicos empreendidos no Brasil: o alargamento das hipóteses previstas no artigo 113 do Código Civil brasileiro mediante inspiração do artigo 9.º da CISG. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TRIPODI, Leandro (coord.). *A CISG e o Brasil: Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias*. São Paulo: Marial Pons; Curitiba: Federação das Indústrias do Estado do Paraná, 2015, pp. 569-574, p. 570.

¹² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Aspectos da Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG) – 1980*. Lisboa: Revista Jurídica Luso Brasileira, 2016, v. 2, n. 2, pp.1407-1437, p. 1408.

¹³ GLITZ, 2010, p. 196.

¹⁴ CARAVACA, Alfonso Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. *Los Contratos Internacionales y el Mito de la “Nueva Lex Mercatoria”*. Curitiba: Cadernos da Escola de Direito Centro Universitário Autônomo do Brasil, 2010, v. 1, n. 12, pp. 1-20, pp. 07 - 09.

autônomos de associações de comerciantes e câmaras de comércio, decisões arbitrais, dentre outros instrumentos aplicáveis às relações comerciais e jurídicas adjacentes¹⁵.

Nesse sentido despontam as normas de harmonização do direito internacional privado para a compra e venda internacional, vez que a existência de diferentes regulamentos, tanto em âmbito doméstico quanto em internacional, aos quais se submetem tais contratos, acentua a existência de controvérsias e conflitos entre as partes componentes da relação comercial¹⁶.

Diante do intenso desenvolvimento do comércio internacional, seus agentes passaram a necessitar de instrumentos aptos e eficazes de regulação das relações jurídicas e conflitos que delas possam surgir¹⁷.

Nesse contexto, cabe destacar que os contratos internacionais modernos, da forma como o são hoje conhecidos, começaram a ser firmados principalmente a partir da evolução do transporte marítimo a vapor, que modernizou a forma de realizar comércio entre diferentes povos. Antes dessa evolução, o transportador ocupava também a figura de comerciante, de modo que grupos de mercadores se encontravam nos portos para realizar trocas comerciais e se responsabilizavam, também, pelo seu transporte. Com a melhora dos meios de condução e a conseqüente separação das atividades de deslocamento e venda, os vendedores passaram a contratar diretamente com os compradores, fato que desenvolveu uma nova maneira de firmar negócios: por correspondência entre ausentes. A partir dessas mudanças, as questões de direito internacional privado passaram a reger fatos ocorridos tanto no ato de venda quanto na entrega da mercadoria¹⁸.

O contrato, por sua vez, pode ser definido como a materialização de um acordo de vontades que objetiva criar, modificar ou extinguir uma relação de direito. Portanto, pode-se dizer que são dois os elementos essenciais do contrato: a vontade das partes de firmar um pacto contratual e a subordinação do instrumento contratual à lei. Percebe-se, assim, que a lei a qual o contrato está subordinado - ou lei aplicável ao contrato - garante os efeitos de direito a esse instrumento¹⁹.

¹⁵ BASSO, 2014, p. 106.

¹⁶ DOLGANOVA, Iulia; LORENZEN, Marcelo Boff. *O Brasil e a adesão à Convenção de Viena de 1980 sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias*. Belo Horizonte: Revista Fórum CESA, 2009, ano 4, n. 10, pp. 46-61, p. 47.

¹⁷ FRADERA, Véra Maria Jacob de. A noção de contrato na Convenção de Viena de 1980 sobre Venda Internacional de Mercadorias In: JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix; TELLINE, Deise Estrela (Coord.). *Tempestividade e Efetividade Processual: Novos rumos do processo civil brasileiro*. Caxias do Sul: Plenum. 2010, pp. 657-671, p. 657.

¹⁸ JO. Hee Moon. *Moderno direito internacional privado*. São Paulo: LTr, 2001. p. 34.

¹⁹ BASSO, Maristela. *Contratos internacionais do comércio: negociação conclusão e prática*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 17.

Conforme assevera Luiz Olavo Baptista:

(...) os contratos estão no mundo para dele não mais sair. Sendo a forma pela qual se concretizam os negócios e se cria a maioria das obrigações, pela obrigatoriedade e amplitude de sua presença, os contratos têm um lugar importante no universo humano (...) Sua presença é tão ampla quanto a dos negócios entre os humanos, a ponto de não se poder dizer que há negócios sem contratos. E, com efeito, o contrato é resultante de uma necessidade no relacionamento social²⁰.

Em regra, os contratos internacionais se assemelham aos contratos regulados pelo Código Civil brasileiro. Todavia, a diferença substancial entre eles se encontra no fato de que as cláusulas concernentes à capacidade das partes, ao objeto do contrato ou à sua extinção se sujeitam à aplicação de diferentes ordenamentos jurídicos.²¹ Dessa forma, havendo mais de uma esfera de soberania vinculada à relação contratual, convencionou-se dizer que contrato possui a característica da internacionalidade²².

Dessa forma, analisando os contatos internacionais de uma maneira simplista, o atributo principal para que exista a característica da internacionalidade é a existência de um elemento que conecte dois ou mais ordenamentos jurídicos. Ou seja, para que se assinale a internacionalidade do contrato, seria suficiente que uma das partes pactuantes fosse domiciliada em um país estrangeiro ou, ainda, que o instrumento contratual seja celebrado em um Estado e venha a ser cumprido em outro²³.

No entanto, ainda que se possa caracterizar o contrato internacional apenas a partir do elemento estrangeiro, não há na lei ou na jurisprudência, definição exclusiva e uniforme de contrato internacional. Isso porque, conforme leciona Pierre Lalive²⁴, a internacionalidade do contrato deve ser analisada caso a caso, uma vez que o elemento estrangeiro necessita de uma análise minuciosa a ser realizada pelo juiz, de forma que caberá a ele decidir, com base em seus próprios critérios, se tal elemento de fato possui relevância no contrato para que este seja caracterizado como internacional.

No entanto, um dos maiores desafios encontrados nos contratos internacionais, e aqui, restritivamente, aos contratos de compra e venda internacional de mercadorias, é a determinação da lei a ser aplicada para reger o instrumento contratual. Os diferentes

²⁰ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Contratos Internacionais*. São Paulo: Lex Editora, 2010. p. 15.

²¹ ENGELBERG, Esther. *Contratos Internacionais do Comércio*. São Paulo. Editora Atlas, 1922. p. 17

²² CARBONNE, S. M., LUZZATO, R. I Contratti del Commercio Internazionale. In: *Trattato di Diritto Privato*. Torino: P. Rescigno, 1984.

²³ ARAÚJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. São Paulo. Editora Renovar, 2011. p. 383.

²⁴ LALIVE, Pierre. *Tendances et méthodes em droit international privé*. Leyden: Recueil des Cours de l'Academie de Droit International, 1977. p. 20.

elementos de conexão e a variedade de critérios priorizados nas regras de conflitos de leis torna a prática contratual do comércio internacional extremamente delicada. Por isso, muitas vezes, recorre-se a usos e costumes e princípios gerais do comércio internacional, com o fim de se alcançar a maior segurança jurídica possível nas transações.

Nesse contexto, não são recentes as tentativas de elaboração de um conjunto normativo que uniformize em caráter internacional as diferentes culturas jurídicas. Tais tentativas buscam a igualdade das partes quando da celebração e execução de um contrato internacional e, conseqüentemente, evitam os possíveis problemas advindos da escolha equivocada de uma lei nacional, que podem aumentar os custos das transações e gerar insegurança jurídica quando da celebração do negócio.

Dentre essas tentativas, com certeza uma das mais exitosas é a CISG. A Convenção insere-se num cenário globalizado e marcado pela pluralidade de fontes jurídicas reguladoras dos contratos de compra e venda internacional. Sobre tal aspecto da CISG, atestam Edgardo Muñoz e Luiz Gustavo Meira Moser:

Trata-se de um bom exemplo de uniformidade global de ideias e conceitos capazes de conciliar, não deixando de preservar, diferentes percepções de justiça entre as legislações nacionais. Sob uma perspectiva mais ampla, a CISG é parte²⁵ de um importante elemento da globalização: o comércio internacional²⁵.

Cumprido destacar que a CISG não objetiva relativizar a soberania Estatal em detrimento da uniformização do direito internacional da compra e venda. Não há que se falar em "Direito supranacional", pois como será abordado adiante, a Convenção é pautada pela autonomia da vontade relacionada ao Direito Comparado que a origina, como forma de aperfeiçoar as relações internacionais no que tange à compra e venda²⁶.

2. O ADVENTO DA CISG

Conforme exposto, o ímpeto uniformizador do Direito Internacional Privado permite a codificação de normas internacionais específicas à determinada área do Direito, de modo que

²⁵ MUÑOZ, Edgardo; MEIRA MOSER, Luiz Gustavo. *A adesão do Brasil à CISG: consequências para o comércio na China e América Latina*. Porto Alegre: Revista Brasileira de Arbitragem, 2012, v. 9, n. 34, pp. 52-71, p.58.

²⁶ DOLGANOVA; LORENZEN, 2009, p. 02.

a CISG foi elaborada como uma lei uniforme para o comércio internacional. Por esta razão tais normas melhor respondem às necessidades daqueles inseridos no mercado globalizado²⁷.

Dentre essas necessidades destacam-se esforços para o desenvolvimento comercial pautado por mais igualdade e, ao mesmo tempo, considerando as diferenças econômicas, sociais e jurídicas existentes entre diferentes Estados²⁸. Por tal razão, durante os trabalhos de elaboração da Convenção, bem como de sua redação final, buscou-se a participação de uma pluralidade de países em diferentes estágios de desenvolvimento econômico²⁹.

Porém, nem sempre a iniciativa de uniformização das normas reguladoras do comércio internacional congregou tamanha participação. Muito antes de vir a existir a Conferência de Viena, a ideia de uniformização do direito do comércio internacional é atribuída ao Prof. Dr. Ernst Rabel por ter proposto em 1928 ao recém criado Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) que adotasse como um de seus primeiros trabalhos a unificação do direito de compra e venda internacionais³⁰. Destaca João André Lima o contexto de atuação em que o UNIDROIT se inseriu relacionado ao panorama do comércio internacional a época de sua criação:

[...] as condições para o desenvolvimento de um direito uniforme revelaram-se mais favoráveis naquelas atividades que não se encontravam regidas de maneira satisfatória pela legislação existente - por resultarem de novos processos científicos e técnicos. O rápido progresso do intercâmbio comercial, durante o século XIX, impôs aos Estados a necessidade de sacrificar certos princípios de suas legislações nacionais, com vistas a facilitar, mediante regulamentação internacional uniforme, as transações onde o interesse internacional era mais marcado³¹.

O UNIDROIT, sediado em Roma, Itália, foi criado em 1926 por iniciativa da Liga das Nações como organização intergovernamental independente destinada à unificação do Direito Internacional Privado, objetivando a produção normativa com ênfase a previsibilidade e segurança nas relações internacionais através de uma norma substantiva supranacional³².

²⁷ AGUIAR JÚNIOR, 2016, p. 1407.

²⁸ DOLGANOVA; LORENZEN, 2009, p. 03.

²⁹ GREBLER, Eduardo. *A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Venda Internacional de Mercadorias e o Comércio Internacional Brasileiro*. Belo Horizonte: Anuário Brasileiro de Direito Internacional, 2006, v. 1, n. 1, pp. 94-109, p. 94.

³⁰ HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. *The CISG: a new textbook for students and practitioners*. Munique: Sellier, 2007, p. 02.

³¹ LIMA, João André. *A harmonização do direito privado*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, p.28.

³² FONSECA, Patrícia Galindo da. *O Brasil perante uma Nova Perspectiva de Direito Mercantil Internacional*. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1998, v. 341, pp.193-211, p.197.

Assim, a criação do UNIDROIT representa o marco inicial do fenômeno de harmonização intergovernamental do direito privado em nível mundial³³.

Apesar de o apelo do Prof. Rabel ter suscitado engajamento do Instituto, somente após a 2ª Guerra Mundial foi possível concentrar esforços na produção de um primeiro esboço de direito internacional comercial uniforme. A partir de então, o Instituto passou a aprimorar tal esboço e submetê-lo a revisões, de modo que em 1963 chegou-se à versão a ser proposta, e posteriormente ratificada, na Conferência da Haia de 1964³⁴.

Por ocasião da Conferência da Haia de 1964 restaram ratificadas duas convenções diplomáticas para uniformização da compra e venda internacionais: a ULIS e a ULF³⁵, sendo a primeira voltada às disposições substantivas que envolvem a compra e venda e a segunda à formação do contrato de compra e venda internacionais.

Mesmo ratificadas, as chamadas Convenções da Haia³⁶ não contaram com a adesão necessária para serem consideradas efetivas à uniformização em grande escala. Dos 28 Estados participantes da Conferência de 1964, somente 9 ratificaram as Convenções, dentre os quais não se encontravam França e Estados Unidos da América, potências econômicas estratégicas no cenário do comércio internacional³⁷. A baixa adesão internacional é apontada como uma das falhas à efetividade das Convenções da Haia. Dentre os Estados que as ratificaram a maioria pertence à Europa Ocidental e eram considerados países de relevante desenvolvimento econômico, enquanto os demais não representavam parcela significativa dos envolvidos no comércio internacional³⁸. Foram eles: Alemanha, Bélgica, Gambia, Holanda, Israel, Itália, Luxemburgo, San Marino e Reino Unido³⁹.

Muna Ndulo elenca quatro razões pelas quais as Convenções da Haia não alcançaram seus objetivos: (i) afora o baixo de número de Estados presentes na Conferência, dentre estes não estavam suficientemente representados os países socialistas e de economias em

³³ LIMA, 2007, p. 29.

³⁴ WEBERBAUER, Paul Hugo; BARZA, Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro. *Introdução às regras de aplicação da Convenção da ONU sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias e o direito internacional privado brasileiro*. Brasília: Revista de Direito Internacional, 2015, v. 12, n. 1, pp. 379-394, p. 383.

³⁵ As siglas referem-se aos títulos em inglês: Uniform Law on the International Sale of Goods (ULIS) e Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sale of Goods (ULF).

³⁶ WEBERBAUER e BARZA diferenciam as Convenções da Haia (ULIS e ULF) da Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado. Esta última é organização composta por 74 Estados membros, que promove a uniformização das regras de Direito Internacional Privado através de convenções internacionais em diferentes ramos do Direito Privado. Op. cit., p.382.

³⁷ SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. *UN Law on International Sales The UN Convention on the International Sale of Goods*. Berlin: Springer, 2009, p. 01.

³⁸ HUBER; MULLIS, 2007, p.03.

³⁹ Disponível em: <<https://www.unidroit.org/instruments/international-sales/international-sales-ulis-1964>>. Acesso em: 16 abr. 2018.

desenvolvimento; (ii) o uso de conceitos abstratos e complexos que permitiam interpretações ambíguas das Convenções; (iii) as normas voltavam-se ao comércio transfronteiriço enquanto relações comerciais envolvendo transporte marítimo de longa distância não foram suficientemente abordadas; (iv) por fim, o escopo de aplicação das Convenções foi considerado demasiadamente amplo para fins de aplicação à luz das regras de Direito Internacional Privado⁴⁰.

O fato de a Conferência ter ocorrido com o baixo quórum de 28 países, de maioria capitalista, resultou não somente em representação falha de países socialistas e em desenvolvimento, como também em rejeição do texto por parte desses, para os quais as Convenções representavam um tratamento jurídico favorável somente aos países industrializados⁴¹. Ademais, a forma pela qual as Convenções foram ratificadas também é alvo de críticas no sentido de terem se dado em curto espaço de tempo e sob forte pressão por força dos países de *civil law*, dos quais advinham a maioria dos membros que compunham o comitê responsável pela redação dos textos das Convenções⁴².

Apesar dos obstáculos que resultaram no insucesso das Convenções da Haia, Stefan Kroll, Loukas Mistelis e Maria del Pilar Perales Viscasillas atentam ao fato de que a ULIS e ULF representam importante passo da comunidade internacional no desenvolvimento da unificação normativa da compra e venda internacional de mercadorias, bem como um primeiro marco do qual pode partir o projeto da CISG⁴³.

Outro legado das Convenções da Haia é a percepção de que para se obter a uniformização normativa em escala global seria necessário engajamento também em escala global, razão que motivou a Assembleia Geral da ONU a decidir pela criação de uma comissão específica para a promoção da unificação e harmonização normativa do comércio internacional⁴⁴. Diferentemente do aspecto impresso pelas Convenções da Haia, o trabalho dessa comissão seria respaldado pela expressão “Nações Unidas”, conferindo-o engajamento global⁴⁵. Tal comissão foi criada em 17 de dezembro de 1966 pela Resolução 2205 (XXI) da Assembleia Geral da ONU, sendo denominada Comissão das Nações Unidas para o Direito

⁴⁰ NDULO, Muna. *The Vienna Sales Convention 1980 and the Hague Uniform Laws on International Sale of Goods 1964: A Comparative Analysis*. International And Comparative Law Quarterly, v. 38, n. 1, pp.1-25, 1989, pp. 3-4.

⁴¹ WEBERBAUER; BARZA, 2015, p.383.

⁴² KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. Munique: Verlag C.h. Beck Ohg, 2011, pp. 03-04.

⁴³ KRÖLL; MISTELIS; VISCASILLAS, 2011, p.04.

⁴⁴ HONNOLD, John O. *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. 3. ed. The Hague: Kluwer Law International, 1999. p. 06.

⁴⁵ WEBERBAUER; BARZA, 2015, p. 384.

do Comércio Internacional (UNCITRAL) e tendo como principal objetivo promover a modernização das regras aplicáveis ao comércio internacional, visando o consenso dos agentes nele envolvidos⁴⁶. A primeira sessão da UNCITRAL ocorreu em 1968, antes mesmo da entrada em vigor das Convenções da Haia.

Considerando-se o contexto no qual as Convenções da Haia foram ratificadas, a Comissão entendeu ser relevante averiguar o posicionamento dos Estados membros da ONU, requerendo ao então Secretário Geral da ONU que enviasse um questionário aos membros da Organização⁴⁷. Assim, percebendo as razões pelas quais as Convenções da Haia não obtiverem o sucesso almejado, a UNCITRAL estabeleceu como orientações ao seu trabalho a incorporação de normas procedimentais e materiais em um mesmo instrumento, abandonando a concepção dicotômica estabelecida pela ULIS e ULF, e a organização de um *Working Group*⁴⁸, composto por nacionais de diferentes países, a fim de promover maior representação no âmbito da recém criada Comissão⁴⁹. Destaca-se como grande desafio da UNCITRAL, desde a sua criação, a manutenção de seu caráter representativo e internacional, superando a bipolaridade entre socialismo e capitalismo, discrepâncias culturais e econômicas, e ainda, divergências advindas dos diferentes sistemas jurídicos de *comomm law* e *civil law*⁵⁰.

Diante dessas circunstâncias um *Working Group* foi composto para a elaboração de um texto normativo de fácil aceitação entre Estados com diferentes *status* legal, cultural e econômico⁵¹. Esse grupo contemplava representantes de 14 Estados distintos, de modo a permitir representação global.

A Comissão foi estruturada para se reunir uma vez ao ano, ocasião na qual são analisadas e votadas questões relativas aos trabalhos desenvolvidos pelos Working Groups. Em sua 11ª sessão, em de junho de 1978, foi finalizada a redação, com aprovação unânime, de um esboço de uma nova convenção sobre contratos para venda internacional de mercadorias,

⁴⁶ DE ARAUJO, Nadia. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016, Capítulo V, para. 19.

⁴⁷ NDULO, 1989, p. 03.

⁴⁸ A ONU adota em sua estrutura a formação de “Working Groups” que consistem em grupos compostos por representantes de seus Estados membros reunidos para discutir relevantes questões e propiciar o trabalho da Organização. NATIONS, United. *Repertoire of the practice of the Security Council*. Por sua vez os autores Clayton P. Gillete e Steven D. Walt esclarecem que os Working Groups consistem em representantes advindos de diferentes culturas político-econômicas que se reúnem de uma a duas vezes ao ano para elaborar e debater propostas conforme a demanda do Secretariado da UNCITRAL. GILLETE, Clayton P.; WALT, Steven D.. *The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. 2. ed. Nova York: Cambridge University Press, 2016, p.05.

⁴⁹ SCHLECHTRIEM; BUTLER, 2009, p. 02.

⁵⁰ FONSECA, 1998, p.198.

⁵¹ HONNOLD, 1999, p. 09.

contendo ainda os direitos das partes envolvidas no contrato⁵². Esse esboço foi denominado “*New York Draft*”, sendo então enviado aos governos de cada um dos Estados membros da ONU para apreciação e comentários, vindo a formar-se assim o texto base para a Conferência de Viena de 1980⁵³.

Sob a chancela da Assembleia Geral da ONU, durante os meses de março e abril de 1980, representantes de 62 Estados e 8 organizações internacionais reuniram-se em Viena, na Áustria para a conferência diplomática que viria a aprovar o texto final denominado Convenção das Nações Unidas sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG)⁵⁴. Ao final da Conferência de Viena, dos 62 Estados participantes 42 votaram a favor do texto final que entrou em vigor em 1º de janeiro de 1988, após a ratificação por parte de 10 Estados membros, conforme previsto pelo artigo 99 da CISG⁵⁵.

Caracterizando-se desde a sua formação por um aspecto internacional e representativo de diferentes sistemas jurídicos, a UNCITRAL superou o desafio proposto para uniformização das regras aplicáveis ao comércio internacional⁵⁶. Assim, a CISG reflete o esforço de seus redatores por meio século de trabalho para a elaboração de uma lei uniforme para contratos de compra e venda internacional, capaz de superar o estigma das primeiras Convenções da Haia⁵⁷.

2.1 Principais características

A Convenção estrutura-se em quatro partes: a Primeira estabelece a esfera de aplicação do texto e suas disposições gerais; a Segunda aborda a formação do contrato; a Terceira aborda as regras substanciais do contrato de compra e venda (comportamento e obrigações das partes); e a Quarta contém disposições finais de Direito Internacional Público.

No que tange ao conteúdo da Convenção, afora suas características já mencionadas, o texto contém obrigações distintivas e benéficas a ambos compradores e vendedores, com ênfase à preservação do contrato, previsibilidade e transparência nas relações entre as partes, a fim de incentivá-las a buscar soluções cooperativas para controvérsias e minimizar a busca

⁵² Ibidem, p.10.

⁵³ SCHWENZER, Ingeborg; GREBLER, Eduardo; FRADERA, Véra; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (coords.). Comentários à da Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 09-21 (Apresentação), p. 10.

⁵⁴ HONNOLD, 1999, p. 10.

⁵⁵ SCHWENZER; GREBLER; FRADERA; PEREIRA, 2014, pp. 09-21 (Apresentação), p. 12.

⁵⁶ FONSECA, 1998, p.198.

⁵⁷ WEBERBAUER; BARZA, 2015, p. 384.

por vias litigiosas⁵⁸. Aspecto marcante da Convenção é ainda seu caráter de horizontalidade⁵⁹, pois estabelece em um primeiro momento obrigações do vendedor, seguidas de um sistema de remédios possibilitados ao comprador em caso de inadimplemento contratual. E, linearmente, as obrigações do comprador são seguidas pelas ações possíveis ao vendedor⁶⁰.

Antes de finalizada a redação da CISG como hoje é conhecida, inúmeras divergências ideológicas, jurídicas e econômicas foram impostas aos seus redatores, de modo que para superá-las e preservar o caráter internacional da Convenção, o texto teve que incorporar alguns conceitos jurídicos indeterminados⁶¹. Pascal Hachem e Ingeborg Schwenzer apontam que a presença de tais conceitos justifica-se pela necessidade de se evitar interesses conflitantes entre as diferentes culturas jurídicas de seus signatários⁶². Desse modo, a CISG opera disposições complementares entre si, ligadas à própria construção normativa, principiológica e jurisprudencial do texto, o que permite - e prescinde - a sua interpretação e aplicação apartadas do direito interno de cada Estado⁶³.

A Convenção congloba, dentro do possível, os diversos interesses contrastantes dentre os agentes do comércio internacional, buscando soluções para controvérsias advindas de contratos internacionais de compra e venda a partir das premissas de direito interno então existentes⁶⁴. Destaca-se que a Convenção traçou novos contornos ao contrato de compra e venda internacional de mercadorias, aliando experiência internacional à criatividade legislativa, o que resultou em um conceito inovador⁶⁵.

3. ESCOPO DE APLICAÇÃO

⁵⁸ LEVIN, Erika Sondahl. A CISG e a Arbitragem Comercial no Brasil. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TRIPODI, Leandro (coord.). *A CISG e o Brasil: Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias*. São Paulo: Marial Pons; Curitiba: Federação das Indústrias do Estado do Paraná, 2015, pp.575-596, p. 584.

⁵⁹ GAZZANEO, Nathalie. Distinção entre a noção de *place of business* e a de estabelecimento empresarial no direito brasileiro. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TRIPODI, Leandro (coord.). *A CISG e o Brasil: Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias*. São Paulo: Marial Pons; Curitiba: Federação das Indústrias do Estado do Paraná, 2015, p. 138.

⁶⁰ SCHLECHTRIEM; BUTLER, 2009, p. 02.

⁶¹ KUYVEN, Fernando; PIGNATTA, Francisco Augusto. *Comentários à Convenção de Viena: compra e venda internacional de mercadorias*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 35.

⁶² SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. Campo de Aplicação: Artigos 1-6. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Ed.). *Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 138.

⁶³ MEIRA MOSER, Luiz Gustavo; PIGNATTA, Francisco Augusto (Coord.). *Comentários à Convenção de Viena sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias CISG: visão geral e aspectos pontuais*. São Paulo: Atlas, 2015, pp. xv-vix (Apresentação), p. xvi.

⁶⁴ DOLGANOVA; LORENZEN, 2009, p. 04.

⁶⁵ FRADERA, 2010, p. 658.

Maria del Pilar Perales Viscassillas explica que a CISG, como lei uniforme, afastará a lei doméstica supostamente aplicável⁶⁶, sendo necessário averiguar-se em que condições a Convenção poderá ser aplicada a um contrato internacional. A aplicabilidade da CISG é abordada em seu primeiro artigo nos seguintes termos:

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

O artigo 1(1)(a) prevê a aplicação “autônoma” ou “direta” da Convenção, qual seja, independentemente das demais regras de direito internacional privado potencialmente aplicáveis⁶⁷. A respeito de tal provisão, Michael G. Bridge afirma que a CISG opera como a própria lei interna do Estado, distinguindo-se da lei estrangeira⁶⁸. Isso porque tal artigo afasta o direito interno que seria aplicado⁶⁹. Assim, o requisito para aplicação da CISG conforme o artigo 1(1)(a) é o de que as partes envolvidas mantenham estabelecimentos em diferentes Estados signatários da Convenção. Destaca-se assim o critério de internacionalidade adotado pelos redatores⁷⁰.

O conceito de “estabelecimento” restou indeterminado pela CISG, de modo que o artigo 1(1)(a) é suplementado pelas disposições do artigo 10. Ingeborg Schwenzer e Pascal Hachem definem as características do estabelecimento como espaço utilizado para fins de comércio diante de certo grau de duração, estabilidade e interdependência⁷¹. Luiz Gustavo Meira Moser e Francisco Pignatta explicam ainda que diante de uma pluralidade de estabelecimentos, para fins de aplicação da CISG há que se considerar o estabelecimento que tenha a relação mais próxima o possível com o contrato⁷².

⁶⁶ VISCASILLAS, Pilar Perales. *Applicable Law, the CISG, and the Future Convention on International Commercial Contracts*. Villanova Law Review, v. 58, p.733-760, 2013., p. 710.

⁶⁷ SCHWENZER, Ingeborg; FOUNTOLAKIS, Christiana; DIMSEY, Mariel. *International Sales Law: A Guide to the CISG*. Oxford: Hart Publishing, 2012, Article 01 CISG, para.I.

⁶⁸ BRIDGE, Michael G. *The international sale of goods*. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013, para.10.01.

⁶⁹ GILLETE; WALT, 2016, p. 25.

⁷⁰ KUYVEN; PIGNATTA, 2015, p. 48.

⁷¹ SCHWENZER; HACHEM, 2014, p. 169.

⁷² MOSER, Luiz Gustavo Meira; PIGNATTA, Francisco Augusto. Campo de Aplicação e disposições gerais (arts. 1 a 13). In: MOSER, Luiz Gustavo Meira, PIGNATTA, Francisco Augusto (coord.). *Comentários à*

Além disso, o artigo 1(1)(b) prevê a aplicação da CISG à luz das regras de conflitos de direito internacional privado que determinarem como lei aplicável àquela relação jurídica a lei de um país signatário da Convenção⁷³. Fernando Kuyven e Francisco Pignatta afirmam que as regras de direito uniforme, como o é a CISG, serão aplicadas vez que compõem o conjunto de normas do Estado que a ratificou⁷⁴. Conforme referido dispositivo, mesmo que o Estado foro de uma relação contratual não seja signatário da CISG, a Convenção poderá ser aplicada por força deste artigo se as regras de direito internacional privado conduzirem a aplicação da lei de um Estado que a tenha ratificado⁷⁵.

Tratam-se dos casos em que apenas uma das partes contratantes sedia seu estabelecimento em Estado signatário e as leis de tal Estado são eleitas pelas partes como aplicáveis ao contrato ou no caso de ambas partes serem estabelecidas em diferentes Estados não signatários mas cujo contrato é regido num terceiro país que tenha aderido à Convenção⁷⁶. Nesse sentido, Jacob Ziegel afirma que tal artigo permite fundamental expansão do escopo de aplicação da CISG mesmo diante de partes contratantes cujos ambos estabelecimentos não se localizam em Estados signatários⁷⁷.

Ademais, explica Ruy Rosado de Aguiar Junior que a CISG não será aplicada por força do artigo 1(1)(b), conforme as regras de direito internacional privado, em dois casos: se ambas partes contratantes optarem por excluir a aplicação da CISG por via do artigo 6º; ou se o Estado signatário cuja lei se aplica excluiu, por reserva, a previsão do artigo 1(1)(b), a exemplo de Estados Unidos e China para os quais a Convenção somente é aplicada diante de dois Estados contratantes⁷⁸.

Prosseguindo à análise do artigo 1(2), Ingeborg Schwenzer e Pascal Hachem destacam-no como uma limitação ao escopo de aplicação previsto pelas alíneas anteriores:

[...] seu propósito é evitar que a CISG seja aplicada em circunstâncias nas quais, de nenhum modo, poderia ter sido prevista por uma das partes do contrato. Portanto é suficiente que existissem indicativos de que o estabelecimento da parte era em um Estado diferente, mas não necessariamente em um Estado específico⁷⁹.

Convenção de Viena sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias (CISG): visão geral e aspectos pontuais. São Paulo: Atlas. 2015, pp. 03-34, p. 05.

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ KUYVEN; PIGNATTA, 2015, p.52.

⁷⁵ SCHWENZER; HACHEM, 2014, p. 173.

⁷⁶ BASSO, 2014, p.71.

⁷⁷ ZIEGEL, Jacob. *The Scope of the Convention: Reaching Out to Article One and Beyond.* Journal Of Law And Commerce, 2005, v. 06, p.59-73, p.64.

⁷⁸ AGUIAR JÚNIOR, 2016, p. 1411.

⁷⁹ SCHWENZER; HACHEM, 2014, p. 177.

Assim, para que o contrato de compra e venda seja submetido à CISG requer-se não apenas que as partes mantenham estabelecimentos em diferentes Estados signatários, mas também que à época da celebração do contrato, ambas estivessem cientes desse fato⁸⁰.

Por fim o artigo 1(3) reafirma o critério de internacionalidade da Convenção elencado nas alíneas anteriores. Isso porque estabelece ser irrelevante a nacionalidade das partes, bem como a natureza civil ou comercial do contrato, pois a Convenção considera a priori o fato de as partes terem seus estabelecimentos em Estados diferentes⁸¹. Ademais, a redação da alínea 3 permite evitar controvérsias em casos como dupla cidadania ou dificuldades em se determinar a nacionalidade de pessoas jurídicas quando partes da relação jurídica, a exemplo das sociedades anônimas⁸².

No mesmo sentido, Ingeborg Schwenzer, Christiana Fountoulakis e Mariel Dimsey concluem que a referência ao local do estabelecimento das partes no corpo do artigo infere a aplicação da Convenção independentemente do elemento de nacionalidade, pois mesmo que as partes envolvidas sejam de diferentes nacionalidades, a CISG não será aplicada se os estabelecimentos comerciais se localizarem num mesmo Estado⁸³.

Afora a aplicação direta da Convenção, cumpre destacar seu campo de aplicação material, qual seja o instrumento contratual para compra e venda internacional de mercadorias. Embora o conceito de “contrato” tenha restado indeterminado por seu texto, Fernando Kuyven e Francisco Pignatta afirmam ser possível deduzir tal conceito conforme a Convenção através da leitura de outros de seus dispositivos. Referidos autores caracterizam o contato como aquele “(...) que faz nascer uma obrigação de entrega de mercadorias e de transferência de sua propriedade (art.30) por meio do pagamento de um preço (art. 53)”⁸⁴. Assim, a CISG somente se aplica a contratos de compra e venda de mercadorias mediante troca de valores⁸⁵. Diante desse e outros conceitos dispostos ao longo da Convenção, atenta-se ao artigo 7º que preceitua a leitura e interpretação de tais conceitos conforme a própria terminologia uniforme e autônoma da Convenção, embora remetam a outros conceitos jurídicos comumente encontrados no direito interno⁸⁶.

O artigo 2º da CISG visa também restringir o escopo de aplicação da Convenção em detrimento do objetivo principal de fomento das relações comerciais internacionais,

⁸⁰ BRIDGE, 2013, para. 10.10.

⁸¹ GREBLER, 2006. p. 99.

⁸² SCHWENZER; HACHEM, 2014, p. 178.

⁸³ SCHWENZER; FOUNTOULAKIS; DIMSEY, 2012, n.p.

⁸⁴ KUYVEN; PIGNATTA, 2015, p. 55.

⁸⁵ SCHLECHTRIEM; BUTLER, 2009, p. 22.

⁸⁶ GAZZANEO, 2015, p.140.

restringindo o objeto do contrato a determinados tipos de mercadorias. Por tal razão foram expressamente excluídas do domínio de aplicação da CISG a compra e venda de: navios, eletricidade, títulos de crédito, moedas, valores imobiliários, mercadorias objeto de leilões, mercadorias envolvidas em execução judicial, e mercadorias destinadas a uso pessoal do consumidor⁸⁷. Desse modo, os redatores da Convenção buscaram produzir normas que não mitigassem a soberania dos Estados contratantes. Por tal razão não são abordados aspectos relativos à validade do contrato, suas cláusulas ou efeitos nem quanto à responsabilidade civil das partes envolvidas. Evitou-se assim abordar matérias passíveis de divergências jurídicas e culturais entre as legislações internas dos Estados signatários⁸⁸.

Outro importante aspecto relacionado à aplicação prática da CISG é disposto no artigo 6º de seu texto e relaciona-se ao princípio da autonomia da vontade nos contratos internacionais. Tal artigo permite às partes contratantes sob a CISG excluir a aplicação de todas ou de parte de suas disposições e ainda, indicar ou não lei a ser aplicada ao contrato⁸⁹. Do mesmo modo como se permite a exclusão da aplicação da CISG conforme a autonomia das partes, Peter Schlechtriem e Petra Butler esclarecem ser também possível a sua aplicação mesmo em se tratando de um contrato que não seria naturalmente regido pela Convenção. Nesse caso, a validade de tal previsão contratual não é enfrentada sob a óptica da CISG, mas da lei doméstica envolvida, das próprias regras de direito internacional privado e dos limites ao princípio da autonomia da vontade⁹⁰.

4. A RELEVÂNCIA DA CISG

Como se viu, a CISG é um conjunto normativo advindo das duas primeiras Convenções firmadas na Conferência de Haia de 1964 e lapidada de forma a ser hoje o mais bem aceito instrumento internacional de regulamentação das vendas internacionais de mercadorias⁹¹. Dentre as razões desse sucesso está principalmente o fato do seu modelo representar uma nova forma de contrato internacional de compra e venda, extremamente

⁸⁷ SCHWENZER; HACHEM, 2014, p. 179.

⁸⁸ FORNASIER, Mateus de Oliveira; SILVA, Thiago dos Santos da. *A Adesão do Brasil à Convenção Das Nações Unidas Sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG, Viena, 1980): Uma Análise Sistemática Dos Reflexos Da Ratificação Brasileira*. Marília: Revista Argumentum, 2016, v. 17, p.223-249, p.243.

⁸⁹ MEIRA MOSER; PIGNATTA, 2015, p. 14.

⁹⁰ SCHLECHTRIEM; BUTLER, 2009, p. 21.

⁹¹ MARTINS-COSTA, Judith. As obrigações do vendedor no contrato de compra e venda internacional de mercadorias regido pela CISG. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TRIPODI, Leandro (Coord.). *A CISG e o Brasil – Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias*. 1. ed. São Paulo: Marcil Pons; Curitiba: Federação das Indústrias do Estado do Paraná. p. 295.

técnica e pragmática, afastando características das regras jurídicas de lei interna, como a tradição jurídica e as peculiaridades interpretativas⁹².

A CISG é hoje um marco no direito uniforme e no direito dos contratos internacionais. Com exceção do Reino Unido, os principais atores do comércio internacional adotam a CISG como, por exemplo, China, França, Alemanha, Japão e Estados Unidos⁹³. Estima-se que mais de dois terços da população global e 70% a 80% do comércio internacional advém de países signatários da CISG⁹⁴.

Nas palavras de Ingeborg Schwenzer, Cesar A. Guimarães Pereira e Leandro Tripodi, coordenadores da obra “A CISG e O Brasil – Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias”:

(...) ao lado de regra que regem os contratos internacionais de compra e venda de mercadorias, um país que deseje afirmar-se como *player* no mercado global também deve avançar em aspectos institucionais e legislativos relacionados à derrubada de barreiras ao comércio exterior, bem como à adoção de políticas que favoreçam as trocas internacionais dentro de uma perspectiva de valorização dos produtos locais face ao mercado global e do desenvolvimento sustentável do comércio internacional.⁹⁵

Entende-se que, quando um país se torna signatário da CISG demonstra estar em sincronia com a linguagem comum dos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias, o que tem efeito direto nas suas relações geopolíticas, no sentido de demonstrar maior credibilidade perante o plano internacional e sua posição em ser um “participante do jogo” do comércio global. Por exemplo, o fato da China, com todo seu potencial comercial, ter sido um dos primeiros países a ratificar o tratado, indica sua vontade de se manter altamente atuante no cenário global, além de ter sido extremamente importante para que a CISG fosse difundida⁹⁶.

A CISG conta hoje com 89 Estados signatários⁹⁷, o que garante ao seu texto aplicação global e ampla uniformização das normas de comércio internacional.

⁹² FRADERA, Véra Maria Jacob de. A noção de contrato na Convenção de Viena de 1980 sobre Venda Internacional de Mercadorias In: JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix; TELLINE, Deise Estrela (Coord.). *Tempestividade e Efetividade Processual: Novos rumos do processo civil brasileiro*. Caxias do Sul: Plenum. 2010. p. 659.

⁹³ SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TRIPODI, Leandro (Coord.). *A CISG e o Brasil – Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias*. 1. ed. São Paulo: Marcil Pons; Curitiba: Federação das Indústrias do Estado do Paraná. p. 10.

⁹⁴ KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*. Munique: Verlag C.h. Beck Ohg, 2011.

⁹⁵ SCHWENZER; PEREIRA; TRIPODI, Op. cit., p.10.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ UNCITRAL. Status of United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods. 2018.

Para além de seu ímpeto uniformizador, a Convenção de Viena de 1980 representa também resultado de esforço coletivo por parte de renomados juristas e estudiosos do comércio internacional do século XX, almejando-se a implementação de sistema jurídico harmônico⁹⁸. Isso porque a CISG obteve adesão de países de diferentes contextos culturais e políticos, em diferentes estágios de desenvolvimento⁹⁹, e advindos de diversas culturas jurídicas, incluindo-se tanto as nações mais atuantes no comércio internacional, quanto aquelas ainda em desenvolvimento¹⁰⁰.

Afora a relevância como tratado internacional, a CISG também desempenha importante papel no direito interno dos Estados signatários. Já em 1989, ao aderir à Convenção, países como Finlândia, Noruega e Suécia também tornaram algumas das regras da CISG suas próprias regras de direito interno. Ao final da Guerra Fria, com o desmembramento da União Soviética, os novos países que se formavam também construíram muitas de suas normas inspiradas na Convenção¹⁰¹.

Patrícia Galindo da Fonseca atenta ainda quanto à influência da CISG nos sistemas jurídicos como tendência a promover os Estados no mercado globalizado, pois permite a formação de novas relações comerciais e parceiros econômicos diante de maior segurança jurídica¹⁰². A Convenção inaugurou também um modelo de contrato internacional para compra e venda que considerava os principais aspectos do comércio internacional, caracterizando-se assim como um modelo técnico, pragmático e visando a eficiência das relações comerciais¹⁰³. Em vista disso a CISG é considerada “(...) como uma moderna uniformização de Direito Privado que cria um Direito unitário para a compra e venda internacional”¹⁰⁴.

A aceitação da CISG por parte dos agentes do comércio internacional nem sempre se deu de forma tão abrangente como o é atualmente. Stefan Kroll et. al. relatam que à época da Conferência de Viena havia ainda muito ceticismo quanto à sua redação, e insegurança quanto a suas normas, eis que nunca antes haviam sido postas em prática. O então novo texto

⁹⁸ WEBERBAUER; BARZA, 2015, p. 381.

⁹⁹ GREBLER, 2006. p. 94.

¹⁰⁰ KROLL; MISTELIS; VISCASILLAS, 2011, p. 08.

¹⁰¹ SCHWENZER, Ingeborg. Uniform sales law - Brazil joining the CISG family. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TRIPODI, Leandro (coord.). *A CISG e o Brasil: Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias*. São Paulo: Marial Pons; Curitiba: Federação das Indústrias do Estado do Paraná, 2015, pp. 21-37, p.23.

¹⁰² FONSECA, 1998, p.193.

¹⁰³ FRADERA, 2010, p. 659.

¹⁰⁴ DOLGANOVA; LORENZEN, 2009, p. 03.

requeria compreensão dos operadores do direito e de reformulação de modelos de contratos até então utilizados em transações internacionais para que se adaptassem à nova realidade¹⁰⁵.

Tal contexto somado ao emprego de conceitos vagos e à possibilidade de exclusão da aplicação da CISG, permitida pelo artigo 6º, barravam a adoção do texto como lei aplicável. Com o passar dos anos e o incentivo ao estudo da Convenção, pode-se comprovar o seu sucesso. Uma das formas de promoção se dá através do *CISG Advisory Council*, instituição criada para reunir especialistas em comércio internacional e no próprio estudo da Convenção para discutir a interpretação de seu texto e promover ainda mais sua aplicação de maneira uniforme através de pareceres não vinculantes¹⁰⁶.

Ademais, dentre esses incentivos destaca-se ainda a criação do *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*, competição de Arbitragem Comercial Internacional composta por simulações de painéis arbitrais nos quais se discute um caso fictício de compra e venda internacional sujeito à CISG. Inicialmente organizada pelo Prof. Eric Bergsten, ex-secretário da UNCITRAL, a competição conta com a participação de estudantes de diversas nacionalidades. Compõe-se por uma etapa oral e uma escrita na qual se explora intensamente a literatura produzida sobre CISG, bem como a busca por precedentes internacionais¹⁰⁷.

Apesar da grande adesão à CISG, seu texto ainda contém limitações, pois traduz os anseios do comércio internacional referente às décadas de 1970 e 1980, razão pela qual não prevê regras quanto a transações comerciais eletrônicas, eis que a globalização não era, à época, o imenso fenômeno que veio a se tornar¹⁰⁸. Considerando-se tal aspecto, a uniformização do comércio internacional conta também com a elaboração dos Princípios de Contratos Internacionais de Comércio pelo UNIDROIT em 1994, mundialmente referidos como “UNIDROIT Principles”. Trata-se de uma série de regras inspiradas na sistemática da CISG para nortear o comércio internacional de forma não vinculante¹⁰⁹. Os Princípios não foram criados para um tipo de contrato específico, como o é a CISG, e por não serem

¹⁰⁵ KROLL; MISTELIS; VISCASILLAS, 2011, p.12.

¹⁰⁶ SCHWENZER; FOUNTOLAKIS; DIMSEY, 2012, p. n.p.

¹⁰⁷ LOEWE, Roland. L'Empreinte du Droit Continental dans les Relations Commerciales Internationales La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises de 1980. In: *Seminar On The Imprint Of Continental Law On International Commercial Relations. Part I. The International Codification Movement*, 2001, Roma. Presentation, pp. 01-08.

¹⁰⁸ GREBLER, 2006, p.95.

¹⁰⁹ SCHWENZER, Ingeborg, 2015, p.22.

vinculantes, abordam questões omitidas ou insuficientemente tratadas pela CISG¹¹⁰, de modo a serem comumente adotados como instrumento suplementar na escolha da lei aplicável às relações jurídicas.

Dentre as vantagens da aplicação da CISG, Stefan Krol et. al. elencam as seguintes: é um texto uniforme elaborado especialmente para o comércio internacional e suas particularidades; evita-se conflitos de normas na busca pela lei aplicável; reduz os custos de transação e negociação; presume-se o conhecimento prévio do seu conteúdo por parte dos juízes, pois incorpora-se à lei doméstica dos Estados; o texto não prioriza vendedores ou compradores, mas sim o equilíbrio entre as obrigações de ambas as partes¹¹¹. Peter Schlechtriem e Petra Butler referem também como vantagem a facilidade de acesso ao seu texto, traduzido em seis idiomas oficiais e treze não oficiais; a produção acadêmica e a existência de inúmeros precedentes em escala global; e ainda, mesmo que a aplicação da CISG não corresponda à expectativa das partes, a Convenção representa paradigma legal adaptado a compra e venda transfronteiriça de mercadorias, muitas vezes mais moderno do que a lei doméstica aplicável¹¹².

Mesmo diante das conquistas positivas registradas pelo advento da CISG, Maria del Pilar Peralles Viscasillas atenta para o fato de que a Convenção carrega entraves quanto à modificação ou emenda, pois consiste em um tratado internacional, de modo que até hoje deixa de abordar modalidades de contratos importantes ao comércio, como os contratos eletrônicos internacionais, e de se adaptar à dinamicidade das relações comerciais e suas transformações ao longo destes 38 anos desde a sua ratificação¹¹³.

De todo modo, a CISG é em sua essência um instrumento internacional e representa o compromisso político de seus signatários para com a uniformização do direito internacional da compra e venda de mercadorias. É hoje reconhecida pela sua enorme adesão e aplicação, bem como por seu texto que traduz as práticas e costumes comerciais internacionais consolidados formando o que Bruno Zeller denomina como "uma lei para todas as estações".

114

¹¹⁰ BONELL, Michael Joachim. *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes?* Uniform Law Review, 1996, v. 26, pp.229-246, p.342.

¹¹¹ KROL; MISTELIS; VISCASILLAS, 2011, p.16.

¹¹² SCHLECHTRIEM; BUTLER, 2009, p. 16.

¹¹³ VISCASILLAS, 2013, p. 733.

¹¹⁴ ZELLER, Bruno. *Damages Under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods*. 2. ed. Nova York: Oxford University Press, 2009, p. 237.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Aspectos da Convenção de Viena sobre a Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG) – 1980. Lisboa: Revista Jurídica Luso Brasileira, 2016, v. 2, n. 2, pp.1407-1437.

AMARAL, Ana Paula Martins. Lex Mercatoria e Autonomia da Vontade. Teresina. Revista Jus Navigandi, ano 10, n. 592. 2005. p. 239.

ARAÚJO, Nádia de. Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira. São Paulo. Editora Renovar, 2011. p. 383.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Contratos Internacionais. São Paulo: Lex Editora, 2010. p. 15.

BARRAL, Welber Oliveira. Comércio Internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

BASSO, Maristela. Contratos internacionais do comércio: negociação conclusão e prática. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BASSO, Maristela. Curso de Direito Internacional Privado. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

BATIFFOL, Henri. Le conflits de lois em matière de contrats: étude de droit international privé. Paris: Sirey. 1938.

BONELL, Michael Joachim. The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: Similar Rules for the Same Purposes? Uniform Law Review, 1996, v. 26, pp.229-246, p.342.

BRIDGE, Michael G. The international sale of goods. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2013

CAMINHOTO, Rita Diniz. Contratos Mercantis de Compra e Venda Internacionais de Mercadorias e a Convenção de Viena de 1980. In: MACEI, Demetrius Nichele; BENACCHIO, Marcelo; RIBEIRO, Maria De Fatima (Org.). Direito Empresarial. 1 ed. Florianópolis: CONPEDI, 2015, pp. 284 - 313.

CARAVACA, Alfonso Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. Los Contratos Internacionales y el Mito de la “Nueva Lex Mercatoria”. Curitiba: Cadernos da Escola de Direito Centro Universitário Autônomo do Brasil, 2010, v. 1, n. 12, pp. 1-20.

DE ARAUJO, Nadia. Direito internacional privado: teoria e prática brasileira. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016.

DIMATTEO, Larry A. International Sales Law: A Global Challenge. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

DOLGANOVA, Iulia; LORENZEN, Marcelo Boff. O Brasil e a adesão à Convenção de Viena de 1980 sobre Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Belo Horizonte: Revista Fórum CESA, 2009, ano 4, n. 10, pp. 46-61.

ENGELBERG, Esther. Contratos Internacionais do Comércio. São Paulo. Editora Atlas, 1922. p. 17

FONSECA, Patrícia Galindo da. O Brasil perante uma Nova Perspectiva de Direito Mercantil Internacional. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1998, v. 341, pp.193-211, p.197.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; SILVA, Thiago dos Santos da. A Adesão do Brasil à Convenção Das Nações Unidas Sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG, Viena, 1980): Uma Análise Sistêmica Dos Reflexos Da Ratificação Brasileira. Marília: Revista Argumentum, 2016, v. 17, p.223-249.

FRADERA, Véra Jacob de. A interpretação dos negócios jurídicos empreendidos no Brasil: o alargamento das hipóteses previstas no artigo 113 do Código Civil brasileiro mediante inspiração do artigo 9.º da CISG. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TRIPODI, Leandro (coord.). A CISG e o Brasil: Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. São Paulo: Marial Pons; Curitiba: Federação das Indústrias do Estado do Paraná, 2015, pp. 569-574.

FRADERA, Véra Maria Jacob de. A noção de contrato na Convenção de Viena de 1980 sobre Venda Internacional de Mercadorias In: JOBIM, Geraldo Cordeiro; JOBIM, Marco Félix; TELLINE, Deise Estrela (Coord.). Tempestividade e Efetividade Processual: Novos rumos do processo civil brasileiro. Caxias do Sul: Plenum. 2010, pp. 657-671.

GAZZANEO, Nathalie. Distinção entre a noção de place of business e a de estabelecimento empresarial no direito brasileiro. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TRIPODI, Leandro (coord.). A CISG e o Brasil: Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. São Paulo: Marial Pons; Curitiba: Federação das Indústrias do Estado do Paraná, 2015, p. 138.

GLITZ, Frederico E. Z. Contrato, Globalização e Lex Mercatoria: Convenção de Viena 1980 (CISG), Princípios Contratuais UNIDROIT (2010) e Incoterms (2010). São Paulo: Clássica, 2014.

GREBLER, Eduardo. A Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Venda Internacional de Mercadorias e o Comércio Internacional Brasileiro. Belo Horizonte: Anuário Brasileiro de Direito Internacional, 2006, v. 1, n. 1, pp. 94- 109.

HONNOLD, John O. Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention. 3. ed. The Hague: Kluwer Law International, 1999. p. 06.

HUBER, Peter; MULLIS, Alastair. The CISG: a new textbook for students and practitioners. Munique: Sellier, 2007.

JO, Hee Moon. Moderno direito internacional privado. São Paulo: LTr, 2001. p. 34.

KRÖLL, Stefan; MISTELIS, Loukas; VISCASILLAS, Maria del Pilar Perales. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG). Munique: Verlag C.h. Beck Ohg, 2011, pp. 03-04.

KUYVEN, Fernando; PIGNATTA, Francisco Augusto. Comentários à Convenção de Viena: compra e venda internacional de mercadorias. São Paulo: Saraiva, 2015.

LALIVE, Pierre. Tendances et méthodes em droit international privé. Leyden: Recueil des Cours de l'Academie de Droit Internacional, 1977. p. 20.

LEVIN, Erika Sondahl. A CISG e a Arbitragem Comercial no Brasil. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TRIPODI, Leandro (coord.). A CISG e o Brasil: Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. São Paulo: Marial Pons; Curitiba: Federação das Indústrias do Estado do Paraná, 2015, pp.575-596, p. 584.

LIMA, João André. A harmonização do direito privado. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

LOEWE, Roland. L'Empreinte du Droit Continental dans les Relations Commerciales Internationales La Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises de 1980. In: Seminar On The Imprint Of Continental Law On International Commercial Relations. Part I. The International Codification Movement, 2001, Roma. Presentation, pp. 01-08.

MARINHO, Mônica Romero; NASSIF, André; CAMBOIM, Anna. Regulação do comércio internacional: série comércio exterior e negócios internacionais. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

MARTINS-COSTA, Judith. As obrigações do vendedor no contrato de compra e venda internacional de mercadorias regido pela CISG. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TRIPODI, Leandro (Coord.). A CISG e o Brasil – Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. 1. ed. São Paulo: Marciel Pons; Curitiba: Federação das Indústrias do Estado do Paraná. p. 295.

MEIRA MOSER, Luiz Gustavo. 2015. Parties preferences in international sales contracts: an empirical analysis of the choice of law. Uniform Law Review. Vol. 20. No 1. pp. 19-55.

MEIRA MOSER, Luiz Gustavo; PIGNATTA, Francisco Augusto (Coord.). Comentários à Convenção de Viena sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias CISG: visão geral e aspectos pontuais. São Paulo: Atlas, 2015, pp. xv-vix (Apresentação), p. xvi.

MOSER, Luiz Gustavo Meira; PIGNATTA, Francisco Augusto. Campo de Aplicação e disposições gerais (arts. 1 a 13). In: MOSER, Luiz Gustavo Meira, PIGNATTA, Francisco Augusto (coord.). Comentários à Convenção de Viena sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias (CISG): visão geral e aspectos pontuais. São Paulo: Atlas. 2015, pp. 03-34,

MUÑOZ, Edgardo; MEIRA MOSER, Luiz Gustavo. A adesão do Brasil à CISG: consequências para o comércio na China e América Latina. Porto Alegre: Revista Brasileira de Arbitragem, 2012, v. 9, n. 34, pp. 52-71.

NDULO, Muna. The Vienna Sales Convention 1980 and the Hague Uniform Laws on International Sale of Goods 1964: A Comparative Analysis. International And Comparative Law Quarterly, v. 38, n. 1, pp.1-25, 1989.

SCHELCHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. Commentary on the UN convention on the international sale of goods (CISG). 2. ed. Londres: Oxford University Press, 2010. p.1-11.

SCHLECHTRIEM, Peter; BUTLER, Petra. UN Law on International Sales The UN Convention on the International Sale of Goods. Berlin: Springer, 2009.

SCHWENZER, Ingeborg. Uniform sales law - Brazil joining the CISG family. In: SCHWENZER, Ingeborg; PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TRIPODI, Leandro (coord.). A CISG e o Brasil: Convenção das Nações Unidas para os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. São Paulo: Marial Pons; Curitiba: Federação das Indústrias do Estado do Paraná, 2015, pp. 21-37.

SCHWENZER, Ingeborg; FOUNTOULAKIS, Christiana; DIMSEY, Mariel. International Sales Law: A Guide to the CISG. Oxford: Hart Publishing, 2012, Article 01 CISG, para.I.

SCHWENZER, Ingeborg; GREBLER, Eduardo; FRADERA, Véra; PEREIRA, Cesar A. Guimarães (coords.). Comentários à da Convenção de Viena das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, pp. 09-21 (Apresentação).

SCHWENZER, Ingeborg; HACHEM, Pascal. Campo de Aplicação: Artigos 1-6. In: SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg (Ed.). Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 138.

STRENGER, Irineu. Contratos Internacionais do Comércio. São Paulo: RT, 1986. p.65.

VAN HECKE, Gerald. Problèmes Juridiques des Emprunts Internationaux. 2. ed. Leyden: Brill, 1964, pp. 41-43.

VIDIGAL, Erick. A Lex Mercatoria e sua aplicação no mundo contemporâneo. Brasília: Universitas, 2011, v. 9, n. 1, pp. 473-485.

VISCASILLAS, Pilar Perales. Applicable Law, the CISG, and the Future Convention on International Commercial Contracts. Villanova Law Review, v. 58, p.733-760, 2013.

WEBERBAUER, Paul Hugo; BARZA, Eugênia Cristina Nilsen Ribeiro. Introdução às regras de aplicação da Convenção da ONU sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de

Mercadorias e o direito internacional privado brasileiro. Brasília: Revista de Direito Internacional, 2015, v. 12, n. 1, pp. 379-394.

ZELLER, Bruno. Damages Under the Convention on Contracts for the International Sale of Goods. 2. ed. Nova York: Oxford University Press, 2009.

ZIEGEL, Jacob. The Scope of the Convention: Reaching Out to Article One and Beyond. Journal Of Law And Commerce, 2005, v. 06, p.59-73.

A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ACERCA DO CÓDIGO BUSTAMANTE: O RECURSO ESPECIAL N. 1.705.222

Rafael Cruz Bemerguy¹

RESUMO: A Convenção de Direito Internacional Privado de Havana (Código Bustamante), foi incorporada ao direito brasileiro por meio do Decreto n. 18.871/1929, cujo escopo era unificar certas regras jusprivatistas nas américas. Ocorre que mesmo após quase noventa anos de sua entrada em vigor, os tribunais domésticos, nomeadamente o Superior Tribunal de Justiça (STJ), pouco a utilizaram, embora situações que envolvam demandas de direito internacional privado sejam recorrentes naquela Corte. Empregando a pesquisa jurisprudencial na página do STJ na internet, utilizando-se como parâmetros de busca os termos “convenção de direito internacional privado de Havana”, “convenção Havana” e “código Bustamante”, buscou-se identificar todas as decisões colegiadas (tanto dos órgãos fracionários, quanto do Tribunal Pleno), sem limitação do lapso temporal, o que abarcou todos os acórdãos digitalizados pelo Tribunal. Ademais, procurou-se analisar as decisões encontradas que atendessem a esses parâmetros, a fim de verificar se há uma modificação no entendimento do Tribunal ao longo dos anos, a partir do julgamento do Recurso Especial n. 1.705.222, julgado em fevereiro de 2018, no qual se aplicou efeitos extraterritoriais à hipoteca naval, com fulcro no Código Bustamante, a despeito dela ter sido constituída em país não signatário desta Convenção. Nesse sentido, a partir do estudo desses julgados, quer-se dar visibilidade à decisão supramencionada, eis que ela representa, pelo menos, uma oportunidade na qual o STJ empregou um dos primeiros tratados em direito internacional privado, o que pode sinalizar tanto uma mudança na orientação da Corte, quanto um ponto fora da curva.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional Privado. Código de Bustamante. Hipoteca Naval.

ABSTRACT: The Convention on Private International Law of La Havana (Bustamante Code) was incorporated into Brazilian law by Decree n. 18.871/1929, whose scope was to unify certain international rules on private law in the americas. Even after almost ninety years

¹ Mestrando em Direito e Relações Internacionais no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional Ius Gentium UFSC/CNPq. E-mail: bemerguy.rafael@gmail.com. Currículo disponível em: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4957096Z6>

of its entry into force, domestic courts, including the Superior Tribunal de Justiça (STJ), have rarely used it, although situations that involve demands of private international law are recurring in that Court. Using the jurisprudential research on the web page of the STJ, and applying as search parameters the terms “convenção de direito internacional privado de Havana”, “convenção Havana” and “código de Bustamante”, this paper aimed to identify all the collegiate decisions (both of the fractional organs, and of the Tribunal Pleno), without limitation of the lapse of time, which covered all the digital rules by the Court. In addition, it was sought to analyze the decisions found that met these parameters, in order to verify if there is a modification in the understanding of the Court over the years, particularly after the decision on the Recurso Especial n. 1.705.222, judged in February 2018, in which extraterritorial effects were applied to the naval mortgage, based in the Bustamante Code, despite the fact that the mortgage was registered in a country that is not a signatory to this Convention. In this sense, based on the study of these rulings, this paper wants to give visibility to the aforementioned decision, since it represents, at least, an opportunity in which the STJ used one of the first treaties in private international law, which may signal either a switch-over on the case-law of the Court, or just an unusual decision.

KEYWORDS: Private International Law. Bustamante Code. Naval Mortgage.

INTRODUÇÃO

Em recente informativo do Superior Tribunal de Justiça, foi noticiado o julgamento do Recurso Especial n. 1.705.222, no qual utilizou-se o Código Bustamante como *ratio decidendi* para dotar de efeitos extraterritoriais a hipoteca constituída no estrangeiro, em conformidade com a bandeira da embarcação a que pertence o navio.

Essa decisão representou uma ruptura com aquilo tradicionalmente anunciado pela doutrina, acerca do fracasso da aplicação do Código Bustamante, inobstante o seu caráter vanguardista no movimento de uniformização e harmonização do direito internacional privada na América e no mundo.

Neste sentido, surgiu a necessidade de analisar a decisão anunciada e pôr em questão o seu significado dentro da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: se representa um mero ponto fora da curva ou se, indo além, é capaz de traduzir uma vertiginosa alteração na jurisprudência da Corte.

Para tanto, foi necessário fazer um périplo na história da elaboração do Código Bustamante e o contexto jurídico-cultural em que se inseria, bem como acentuar suas virtudes

e também vicissitudes para ter um claro panorama das dificuldades que a sua aplicação veio a enfrentar no direito pátrio.

Na sequência, realizou-se pesquisa jurisprudencial na página do Superior Tribunal de Justiça na *internet*, sem recorte temporal, a fim de identificar se há alguma trajetória - ascendente ou descendente - no uso do diploma internacional pela Corte.

A partir desse traçado histórico da elaboração da normativa internacional e da sua aplicação pelo STJ, debruçou-se sobre o Recurso Especial n. 1.705.222, explicitando suas particularidades e importância para, ao final, tecer alguns comentários à título conclusivo acerca dele, sem, contudo, a ambição de esgotar a matéria no âmbito deste artigo.

1. O CÓDIGO BUSTAMANTE E O PROCESSO DE CODIFICAÇÃO DO SÉCULO XIX

O movimento de codificação das normas na história do direito, embora remonte à segunda metade do século XVIII, com o Código da Prússia (1793) e o Código Bávaro Maximiliano (1756), tem seu principal marco no Código Civil Francês de 1804 - ou Código Napoleônico, onde pela primeira vez surgiram normas de direito internacional privado em sua parte preambular².

Este documento ganhou repercussão global em razão do destaque francês com a Revolução Francesa de 1789 e, notadamente, com a política expansionista de Napoleão Bonaparte, que resultou no jugo quase total das nações europeias, de sorte que esse documento inspirou as tentativas de codificação que o seguiram, inclusive em nível internacional.

Segundo Irineu Strenger³, ao longo do final do século XIX e início do século XX, houve dois lugares de grande destaque para o movimento codificador internacional: Haia e a América.

As conferências de Haia, cujo escopo era a uniformização ou harmonização do direito internacional privado, iniciaram-se sob convocação do governo holandês que, em 1883, sediou a 1ª Conferência de Haia, onde foram delineadas as primeiras questões controvertidas em direito internacional privada, e que passaram a ser debatidas nas conferências que a sucederam.

² STRENGER, Irineu. *Direito Internacional Privado*. 2ª ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 128.

³ STRENGER, *Op. Cit.*, p. 133.

No continente Americano, a primeira conferência de maior relevância para o direito internacional privado foi a de Lima, no Peru, sob forte influência e iniciativa dos Estados Unidos da América, da qual resultou, após intenso trabalho realizado entre dezembro de 1877 e novembro de 1878, extenso documento em busca da harmonização das regras de direito conflitual.

Na sequência, o Brasil, no Congresso de Montevideú ocorrido em 1889, sugeriu, por meio de seu representante, o Conselheiro Andrade Figueira, fosse examinada a possibilidade de elaboração de um Código de Direito Internacional Privado para o continente.

Em 1902, a ideia foi reforçada pela delegação brasileira, sob o comando de José Higino Duarte Pereira, na Conferência Pan-Americana realizada no México, cujos protestos foram atendidos na Terceira Conferência, ocorrida quatro anos depois no Rio de Janeiro, onde se organizou a Comissão Internacional dos Jurisconsultos do Rio de Janeiro para elaborar o projeto de codificação⁴.

Finalmente, após a Primeira Guerra Mundial, foi apresentado o esboço do projeto por Antonio Sanchez de Bustamante y Sirvén, delegado cubano, o qual foi aprovado, após emendas, pela Comissão Internacional dos Jurisconsultos do Rio de Janeiro e submetida à assembleia na Sexta Conferência Interamericana sediada em Havana em 1928.

O projeto foi aprovado ao final da Conferência, porém sem a ratificação de importantes membros, como os Estados Unidos, o Canadá e o México⁵. No Brasil, foi introjetado no direito interno por meio do Decreto-legislativo n. 5.467, de 7 de janeiro de 1929.

No Brasil, cuida-se do tratado mais antigo ratificado no âmbito do direito internacional privado, tendo sido considerado pelo Supremo Tribunal Federal, em acórdão sob relatoria do Min. Sidney Sanches, ao citar decisão proferida pelo Tribunal Superior do Trabalho, como “verdadeiro código de direito internacional privado”⁶, nada obstante reiteradas vezes sua aplicabilidade tenha sido sumariamente rechaçada, haja vista a contrariedade com certas normas da revogada Lei Brasileira de Introdução ao Código Civil (LICC)⁷.

Segundo Jacob Dolinger e Carmen Tirbucio:

Esse aspecto é, efetivamente, objeto de divergência na doutrina brasileira: como decidir em caso de conflito entre o Código Bustamante e a Lei de Introdução? Pontes de Miranda recebeu o Código Bustamante com desprezo, escrevendo que se

⁴ ANDRADE, Agenor Pereira de. *Manual de Direito Internacional Privado*. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1987, pp. 59-61.

⁵ Ratificaram o tratado apenas Brasil, Bolívia, Haiti, Honduras, Nicarágua, Panamá, Peru, Salvador e Venezuela.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento n. 123.314. Primeira Turma. Rel. Min. Sidney Sanches. J. 04-03-1988.

⁷ BASSO, Maristela. *Curso de Direito Internacional Privado*. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 63.

constitui em anomalia manter, como no Brasil, “dois sistemas, a Introdução ao Código Civil e o Código de Havana, que aliás é mero tratado de quase nenhuma aplicação⁸.

Segundo Nádía de Araújo, “sempre foi uma legislação pouco conhecida e pouco usada pelos tribunais. No Brasil, foi utilizada também como fonte para os países não signatários servindo para suprir lacunas da legislação interna”⁹.

2. A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A partir da promulgação da Emenda Constitucional n. 45/2004, conhecida como emenda da mini-reforma do judiciário, compreender a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça alcançou importância *sine qua non* no direito internacional privado brasileiro, notadamente pela inclusão da alínea *i* ao inciso I do art. 105 da Constituição, no qual se encontram previstas as competências daquela Corte.

Destarte, procedeu-se à pesquisa jurisprudencial na página do Superior Tribunal de Justiça na *internet*, utilizando-se as seguintes palavras-chave: “Código Bustamante”, “Convenção de Direito Internacional Privado de Havana” e “Convenção de Havana”.

Da busca, resultaram seis entradas, das quais apenas quatro faziam referência, efetivamente, ao referido tratado¹⁰, sendo elas, em ordem cronológica: Recurso em *Habeas Corpus* n. 853 (j. 12.11.1990), Recurso Ordinário n. 49 (j. 17.10.2006), Recurso Ordinário n. 57 (j. 21.08.2008) e o Recurso Especial n. 1.705.222 (j. 16.11.2017).

Em razão, da baixa incidência, optou-se por não se realizar qualquer recorte temporal na pesquisa, nada obstante a ênfase que se dará ao último desses casos, ante sua elevada repercussão no meio jurídico e o fato de ter sido o Código Bustamante aquele instrumento que serviu precipuamente *a ratio decidendi* do caso.

2.1 O PAPEL COADJUVANTE DO CÓDIGO BUSTAMANTE NO DIREITO BRASILEIRO

⁸ DOLINGER, Jacob. TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado*. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

⁹ ARAÚJO, Nádía de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016, p. 145.

¹⁰ As demais ou possuíam erro de indexação, ou faziam referência a ações que tramitavam com alguma das partes chamando-se Bustamante.

Consoante anotado alhures, a Convenção de Direito Internacional Privado de Havana, nada obstante seu caráter vanguardista e o grande interesse que ainda hoje desperta em estudiosos europeus, notadamente em razão do desejo de se produzir uma codificação da união europeia em matéria de direito internacional privado, teve praticamente influência nula no direito interno brasileiro, seja pelo puro desconhecimento dos julgadores acerca da sua existência, seja porque, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 80.004, o Supremo Tribunal Federal conferiu o *status* de lei ordinária federal para os tratados internacionais firmados pelo Brasil.

Considerando-se essa decisão no controle difuso de constitucionalidade e uma vez que, mesmo com o julgamento do Recurso Extraordinário n. 466.343 em dezembro de 2008, o Pretório Excelso apenas elevou as convenções concernentes aos direitos humanos ao *status* de norma supralegal, houve uma verdadeira obliteração da possível influência que o Código Bustamante poderia exercer.

É que muitas das matérias abarcadas pelo Tratado já se encontravam disciplinadas na Lei de Introdução Brasileira ao Código Civil (LICC), hoje convertida na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), inclusive de forma contrária ao previsto nele e, seguindo a regra de solução de antinomias prevista na norma nacional:

Art. 1º Salvo disposição contrária, a lei começa a vigorar em todo o país quarenta e cinco dias depois de oficialmente publicada.

§ 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.

Destarte, ficou bem assentado nos precedentes exarados pelos tribunais pátrios a prevalência da LICC - e posteriormente da LINDB - sempre e quando contrárias ao contido no Código Bustamante, a despeito do disposto no art. 27 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, segundo a qual:

Artigo 27. Uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o inadimplemento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46.

Feito este intróito, passa-se à análise jurisprudencial, que revelará, de forma prática, como o Superior Tribunal de Justiça passou a utilizar o Código Bustamante em suas decisões.

2.2 O USO DO CÓDIGO BUSTAMANTE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A primeira aparição do Código Bustamante na jurisprudência da Corte da Cidadania, deu-se com o julgamento do Recurso em *Habeas Corpus* n. 853, em 1990, no qual ele foi invocado para afastar a incidência das regras materiais de direito penal brasileiras

relativamente a um crime ocorrido em embarcação de bandeira liberiana, praticado por tripulante filipino em face de vítima de mesma nacionalidade, em águas territoriais brasileiras.

Assim, a Sexta Turma do STJ empregou o art. 301 do Código Bustamante, segundo o qual:

Art. 301 O mesmo sucede com os delitos cometidos em águas territoriais ou espaço aéreo nacional, em navios ou aeronaves mercantes estrangeiros, se não têm relação alguma com o país e seus habitantes, nem perturbam a sua tranquilidade.

É que o art. 296 da Convenção de Havana estabelece, no mesmo sentido do Código de Processo Penal brasileiro, o princípio da territorialidade para a determinação dos crimes sob jurisdição de um Estado.

Sem embargo, o art. 297 prevê algumas exceções, dentre as quais a do art. 301, cuja interpretação fica a cargo das cortes nacionais para indicar o que entendem por “perturbação da tranquilidade” ou “ter relação alguma”.

Nesta senda, em sua primeira aplicação pelo STJ, o referido tratado foi utilizado para mitigar a interpretação dada à norma interna brasileira - Código de Processo Penal -, sem embargo de que o Min. Dias Trindade, relator acompanhada à unanimidade por seus pares, não tenha dedicado mais do que duas páginas ao julgamento do caso.

Na sequência, o Código Bustamante viria a aparecer apenas muitos anos depois, com o julgamento do Recurso Ordinário n. 49, em 2006, no qual o município do Rio de Janeiro recorre contra decisão do Tribunal Estadual que rejeitou o seu pedido de cobrança de Imposto Predial Territorial Urbano, taxa de iluminação pública e de coleta de lixo do Consulado da Bolívia.

Em suas razões recursais, o município aduz, conforme transcrito no voto pelo relator, Min. José Delgado, que:

Aderiu o Brasil à teoria da imunidade relativa quando adotou o CÓDIGO DE BUSTAMANTE que declara a imunidade dos atos em que o Estado atua como Poder Público e a submissão do Estado à jurisdição estrangeira quando este atua como simples particular¹¹

Em que pese o fundamento do recurso ter sido o Código Bustamante, o Tribunal julgou a contenda entendendo aplicáveis as Convenções de Viena de 1961 e 1963 sobre Relações Diplomáticas, que torna os Estados imunes à incidência de impostos.

Assim, a Corte não fez qualquer menção à regra contida no Código Bustamante que mitiga tal imunidade, quando este atue como simples particular, deixando de aplicá-la sem sequer indicar eventual derrogação sua pelas Convenções de Viena, seja pela questão

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário n. 49. Primeira Turma. Rel. Min. José Delgados. J. 17-10-2006, p. 4.

cronológica - estas adotadas posteriormente ao Código -, seja pelo critério da especialidade - regra especial derroga regra geral.

Poucos anos depois, em 2009, o STJ teve nova oportunidade de se debruçar sobre o tema, quando foi colocado para analisar o Recurso Ordinário n. 57, sob relatoria da Min. Nancy Andrighi, no qual discutia-se a possibilidade de condenação dos Estados Unidos da América, por tribunal brasileiro, por atos cometidos para dar azo à deposição do então Presidente da República, João Goulart.

Na ocasião, o Código Bustamante foi empregado apenas como um *obiter dictum*, a fim de o Min. Sidnei Beneti tratasse das diversas nomenclaturas que os tratados internacionais dão aos atos de gestão e aos atos de império para fins de assegurar, ou não, a imunidade de jurisdição dos Estados estrangeiros.

Forte nesses casos da jurisprudência, resta bem visualizado o baixo impacto que a Convenção de Havana sobre Direito Internacional Privado teve no espaço interno brasileiro, o que se alterou enormemente com a última decisão em que a Corte da Cidadania empregou o tratado internacional sob análise.

3. O RECURSO ESPECIAL N. 1.705.222

A insurgência alcançou o Superior Tribunal de Justiça, eis que a recorrente teve seu direito de preferência no pagamento dos seus créditos preterido em favor de instituição financeira brasileira, também credora de empresa naval do ramo petrolífero.

A devedora foi demandada pela casa bancária brasileira em ação de cobrança e, nos autos da execução, determinada a penhora e alienação em hasta pública de navio de sua propriedade, ancorado em porto nacional, cuja bandeira é liberiana.

O conglomerado holandês cujo direito de crédito teria sido preterido, sustentou que constituiu, segundo a lei da bandeira do pavilhão do navio penhorado, hipoteca naval para assegurar o adimplemento de empréstimo contraído pela executada, o qual lhe assegura direito de preferência e posição privilegiada quando de atos constitutivos do patrimônio da executada, notadamente se o bem levado à hasta pública seja aquele objeto da hipoteca.

Tanto o juízo singular, quando o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo rejeitaram o seu direito de preferência, posto que denegaram aplicação ao art. 8º, §1º da LINDB, segundo o qual:

Art. 8º Para qualificar os bens e regular as relações a eles concernentes, aplicar-se-á a lei do país em que estiverem situados.

§ 1º Aplicar-se-á a lei do país em que for domiciliado o proprietário, quanto aos bens móveis que ele trouxer ou se destinarem a transporte para outros lugares.

De acordo com o Tribunal de Justiça, por se tratar de navio a ser ancorado por 20 (vinte) anos em território brasileiro, ele passa a ser considerado como bem imóvel, deixando-se, em consequência, de aplicar o supramencionado parágrafo primeiro, legando a regência sobre a matéria ao direito pátrio, visto a opção, pelo Brasil, do princípio do *lex rei sitae*.

Assim, não tendo sido constituída a hipoteca naval de acordo com as regras de direito doméstico, ela não pode surtir efeitos jurídicos no Brasil em conformidade com os termos em que foi celebrada em outro Estado.

Com efeito, o relator, Min. Luis Felipe Salomão, estabeleceu como premissa que, de fato, as grandes embarcações e aeronaves, embora factualmente seja móveis, pelo elevado valor e importância econômica, são tradicionalmente consideradas juridicamente como bens imóveis, motivo por que o Código Civil, em seus incisos VI e VII do art. 1.473, prevê a possibilidade de que eles sejam objeto de hipoteca, a qual apenas recai sobre bens imóveis, ainda que regida por lei especial (§1º do art. 1.473), ante seu caráter peculiar.

E quanto às regras que devem reger essa hipoteca:

“Dessarte, é ‘da tradição do direito brasileiro e de legislações estrangeiras a admissão da hipoteca a envolver embarcação de grande porte, em razão do vulto dos financiamentos à sua construção e manutenção. A instabilidade do constante deslocamento se compensa com a estabilidade dos registros em aeroportos e portos de origem. A hipoteca de navios se encontra disciplinada pelo art. 278 do Decreto n. 18.871/29, que promulga a Convenção de Direito Internacional Privado de Havana (Código Bustamante), e pelos arts. 12 a 14 da Lei n. 7.652/88, que dispõem sobre o registro de propriedade marítima’ (PELUSO, Cezar (coord.). Código civil comentado. 6 ed. Barueri: Manole, 2012, p. 1.578)”¹².

Na sequência fundamentou sua posição nos seguintes artigos desse diploma internacional:

Art. 277. Regulam-se pela lei do pavilhão os direitos dos credores, depois da venda do navio, e a extinção dos mesmos.

Art. 278. A hipoteca marítima e os privilégios e garantias de caráter real, constituídos de acordo com a lei do pavilhão, têm efeitos extraterritoriais, até nos países cuja legislação não conheça ou não regule essa hipoteca ou esses privilégios.

Ora, com esteio no Código Bustamante, os créditos oriundos da venda da embarcação, ainda que em hasta pública, consoante determinado pelo magistrado do primeiro grau, devem atender à ordem de preferência dos credores de acordo com a lei do pavilhão, cujas hipotecas

¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.705.222. Quarta Turma. Rel. Min. Luis Felipe Salomão. J. 16-11-2017, p. 18.

constituídas em conformidade com ela gozarão de efeitos extraterritoriais, ainda que o Brasil não regulasse a hipoteca de navios em seu direito interno.

Ademais, nada obstante nem a Libéria e nem os Países Baixos sejam signatários do Código Bustamante, isso não detêm a sua aplicação inclusive em relação a eles, para que gozem do direito de preferência resultante da hipoteca naval constituída, tendo o Ministro assentado que:

Assim, não bastasse a clareza do art. 278 do Código Bustamante ao estabelecer que a hipoteca marítima e os privilégios e garantias de caráter real, constituídos de acordo com a lei do pavilhão, têm efeitos extraterritoriais, até nos países cuja legislação não conheça ou não regule essa hipoteca ou esses privilégios, o art. 1º da Convenção de Bruxelas para a Unificação de Certas Regras Relativas aos Princípios e Hipotecas Marítimas, na mesma linha, também estabelece que as hipotecas sobre navios regularmente estabelecidas segundo as leis do Estado contratante a cuja jurisdição o navio pertencer, e inscritas em um registro público, tanto pertencente à jurisdição do porto de registro, como de um ofício central, serão consideradas válidas e acatadas em todos os outros países contratantes¹³.

Assim, o acórdão foi no sentido de assegurar plena aplicabilidade ao Código de Bustamante - fazendo-se, contudo, a ressalva de que a sua envergadura é de lei ordinária e que ele pode ter suas normas derogadas pelos critérios cronológico e de especialidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Convenção de Direito Internacional Privado de Havana veio seguiu a tendência codificadora de fins de século XIX, iniciada, notadamente, com o Código Napoleônico de Direito Civil, o qual pretendia encerrar em um único documento todas as normas necessárias ao deslinde de questões civilistas.

Essa influência, que resultou no documento internacional estudado, foi responsável pela produção de um tratado com 437 artigos, os quais cuidam desde questões de fixação da jurisdição competente para conhecer da matéria, quanto normas materiais de direito civil, comercial e penal.

Ocorre que o vanguardismo da iniciativa internacional e o interesse que hoje o diploma desperta em estudiosos europeus, interessados na criação de produção jurídica similar no âmbito da União Europeia¹⁴, não se traduziu no amplo e generalizado emprego no Brasil, cuja tradição conservadora na aplicação de normas de cunho internacional restou

¹³ BRASIL, 2017, p. 20.

¹⁴ Nesse sentido, conferir “Derecho Internacional Privado en América Latina: Teoría y Práctica del Código de Bustamante”, de Jürgen Samtleben, publicado em 1983 pela editora Depalma.

acentuada pela envergadura de norma ordinária federal dada a elas, que autoriza a sua derrogação por critério cronológico ou de especialidade.

Nada obstante isso, em 2018 o Código Bustamante foi utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça para decidir questão relativa à prevalência ou não de efeitos extraterritoriais à hipoteca naval constituída em país não signatário dele e cujo registro não se tenha operado no Brasil.

Assim, ao julgar o Recurso Especial n. 1.705.222, o Superior Tribunal de Justiça não fez jus ao plano secundário, senão inexistente, que os tribunais brasileiros relegaram ao Código Bustamante desde a sua aprovação, pois o utilizou como peça fundamental de sua *ratio decidendi*.

Em razão da escassez de decisões a respeito do tema, seria precipitado afirmar a existência de uma guinada jurisprudencial produzida em razão deste precedente, nada obstante seja inegável a sua relevância, visto o caráter de protagonismo conferido ao diploma internacional.

Por um lado, é possível especular que o uso do código Bustamante, nesse caso específico, deu-se, em verdade, em razão da encruzilhada na qual se encontrava a Corte, visto que as regras do direito brasileiro não eram capazes de dar uma saída clara para a *quaestio*. Com efeito, embora as embarcações e aviões sejam consideradas como bens imóveis em razão do seu elevado valor, as hipotecas sobre elas devem ser reguladas por legislação especial, consoante disciplinado pelo Código Civil.

Segundo o art. 12 da Lei n. 7.652/1988, “o registro de direitos reais e de outros ônus que gravem embarcações brasileiras deverá ser feito no Tribunal Marítimo, sob pena de não valer contra terceiros”, porém a regência nada dispõe acerca das embarcações de bandeira estrangeira, não sendo possível, portanto, impor-se às pessoas que hajam constituído ônus de garantia naval ou hipoteca naval sobre elas, a obrigação de registrarem-as no Tribunal Marítimo.

Ademais, restou assentado no julgamento que o princípio da *lex rei sitae*, aplicável aos bens imóveis não pode ser indiscriminadamente aplicado aos casos envolvendo aeronaves e navios de grande porte, o que importaria grave insegurança jurídica às negociações envolvendo esses bens.

Dessarte, somada a essa lacuna legislativa a respeito da matéria, tem-se a grande envergadura do negócio jurídico discutido - hipoteca naval cujo valor alcança a soma, não atualizada, de US\$ 500.000.000,00 (quinhentos milhões de dólares americanos) -, a qual

ensejou a atuação de grandes bancas de advocacia, o que pode ter surtido um impacto maior a pressionar a Corte para uma resposta bem elaborada à demanda jurisdicional.

Portanto, sem olvidar da importância da decisão assinalada, é preciso estudá-la com cautela e observar de que forma ela repercutirá - e se o fará - sobre as futuras decisões do Superior Tribunal de Justiça, para que seja possível identificar a existência de uma tendência ou se o uso do Código Bustamante foi apenas um ponto fora da curva, exigido pelas especiais circunstâncias do caso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Agenor Pereira de. Manual de Direito Internacional Privado. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

ARAÚJO, Nádia de. Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira. Porto Alegre: Revolução eBook, 2016.

BASSO, Maristela. Curso de Direito Internacional Privado. 5ª Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DOLINGER, Jacob. TIBURCIO, Carmen. Direito Internacional Privado. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Curso de Direito Internacional Privado. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SAMTLEBEN, Jürgen. Derecho Internacional Privado em América Latina: Teoría y Práctica del Código Bustamante. Buenos Aires: Depalma, 1983.

STRENGER, Irineu. Direito Internacional Privado. 2ª ed. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

**ELEIÇÃO DE FORO ESTRANGEIRO EM CONTRATOS INTERNACIONAIS:
A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E AS
TENDÊNCIAS COM O ADVENTO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE
2015**

Rafaela Girardi Hörmann¹

RESUMO: A eleição de foro estrangeiro como competente para dirimir futuras disputas decorrentes de um contrato internacional é questão controvertida no direito processual internacional. No Brasil, embora há décadas a doutrina reconheça a possibilidade, foi com o advento do Código de Processo Civil de 2015 que a eleição de foro finalmente se tornou expressa no ordenamento jurídico, determinando que não compete à autoridade judiciária brasileira o julgamento de ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro. Todavia, o estudo das decisões mais recentes do Superior Tribunal de Justiça demonstra que se conserva forte jurisprudência no sentido de não conhecer o foro alienígena eleito pelas partes em contratos internacionais. O objetivo do presente trabalho é analisar a jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema, verificando até que ponto o Tribunal admite a autonomia das partes na escolha de foro estrangeiro. Em particular, pretende-se demonstrar que, embora a possibilidade esteja expressa no ordenamento jurídico, a prática recorrente do Tribunal ainda é a de não afastar a jurisdição da autoridade brasileira nos casos que versem sobre competência concorrente, situação que não parece alterar-se num futuro próximo, causando grande insegurança jurídica no que tange a preponderância da autonomia da vontade nos contratos internacionais.

PALAVRAS-CHAVE: Cláusula de Eleição de Foro Estrangeiro; Novo Código de Processo Civil Brasileiro; Superior Tribunal de Justiça; Jurisprudência.

¹ Mestranda em Direito e Relações Internacionais no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Participante do Grupo de Pesquisa Ius Gentium UFSC/CNPq. E-mail: rafalahormann@gmail.com. Currículo completo disponível em: <http://lattes.cnpq.br/1656118980369847>.

ABSTRACT: The election of a foreign forum to settle future disputes arising out of an international contract has been a controversial issue in international law. In Brazil, although for decades' authors have recognized the legality of foreign forum selection, it was only with the 2015 Code of Civil Procedure that the possibility was finally recognized in the legal order, determining that the Brazilian judicial authority should not appreciate causes when there is a foreign forum election clause. However, a study of the most recent decisions of the Superior Court of Justice shows that there is strong jurisprudence in the sense of not recognizing the foreign forum as elected by the parties in international contracts. The purpose of this paper is to analyze the recent jurisprudence of the Superior Court of Justice on the subject, verifying to what extent the Court admits the autonomy of the parties to choose a foreign forum. In particular, it is intended to demonstrate that, although the possibility is recognized by the legal system, the Court's recurrent practice is still not to exclude the jurisdiction of the Brazilian authority in cases involving concurrent jurisdiction, a scenario that does not appear to change in the near future, causing great legal uncertainty as regards the preponderance of the freedom of will in international contracts.

KEYWORDS: Foreign Forum Selection Clause; New Brazilian Code of Civil Procedure; Superior Court of Justice; Jurisprudence.

INTRODUÇÃO

A possibilidade de as partes elegerem um foro estrangeiro para dirimir problemas futuros advindos de contrato internacional é historicamente uma questão controvertida no direito processual internacional. A complexidade do tema decorre, sobretudo, por ele estar situado na seara do direito público - na medida em que se discute o exercício da atividade jurisdicional e a soberania do Estado - e, por outro lado, lidar com relações no âmbito privado, tratando da autonomia da vontade das partes.

Sendo o respeito à autonomia da vontade um requisito indissociável aos contratos internacionais, hoje, nacional e internacionalmente, vislumbra-se uma tendência em reconhecer que as partes possuem certo poder de disposição do próprio processo. Isso está evidenciado, por exemplo, na possibilidade de negócios jurídicos processuais reforçada pelo Código de Processo Civil (CPC) de 2015. E desse poder de

disposição do próprio processo denota-se a importância dos contratantes, como destinatários da prestação jurisdicional, em decidir o local onde será julgado um conflito no momento de em que firmam contrato, provendo maior previsibilidade e segurança jurídica àquela relação negocial. Logo, a tendência internacional é de gradualmente se admitir a autonomia da vontade das partes como critério de determinação da jurisdição competente.

Enquanto diversos países já reconhecem que a eliminação da insegurança jurídica pelo acordo prévio do foro competente é elemento indispensável aos contratos, respeitando a opção das partes ao elegerem exclusivamente um foro alienígena, uma análise da jurisprudência brasileira indica que ainda não há entendimento nacional consolidado sobre o tema. Através do método dedutivo, por meio de pesquisa legislativa, doutrinária e análise jurisprudencial, o presente artigo tem por objetivo examinar as principais previsões legislativas nacionais, internacionais e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da admissão da eleição de foro estrangeiro em contratos, no intuito de demonstrar a posição predominante do Tribunal e as perspectivas com o advento do Código de Processo Civil de 2015.

1 O RESPEITO À AUTONOMIA DA VONTADE DAS PARTES E A ELEIÇÃO DE FORO ESTRANGEIRO NO CENÁRIO INTERNACIONAL

O atual Estado Democrático Constitucional, na sua tarefa de garantir as liberdades e direitos sociais fundamentais, impõe "[...] uma necessária revisão e transformação no conceito de jurisdição, tradicionalmente atrelado ao Estado e a vontade concreta da lei como atributo da soberania."² A visão atual tem seu cerne no respeito à autonomia privada, princípio este difundido no cenário internacional e que se baseia na vontade humana, protegendo o animus da pessoa de agir de determinada forma desde que permitido por lei, estando sobretudo presente na esfera contratual³.

Nessa linha, vislumbra-se uma tendência internacional em reconhecer que as partes possuem certo poder de disposição do próprio processo, e a jurisdição não deve mais ser enxergada apenas como atividade substitutiva do Estado objetivando operar a

² MOSCHEN; ZANETTI JUNIOR, 2015, p. 357.

³ VIEIRA; FERNANDES, 2017, p. 227.

vontade concreta da lei⁴. Logo, denota-se a importância das partes, como destinatárias da prestação jurisdicional, em decidir o local onde será julgado um conflito no momento em que firmam contrato, dando maior previsibilidade e segurança jurídica àquela relação negocial.

A cláusula eleição de foro estrangeiro é negócio jurídico processual firmado entre as partes de uma relação contratual internacional e se materializa quando estas elegem competente a jurisdição exclusiva de determinado Estado para solucionar disputas futuras entre os contratantes. Logo, "[...] trata-se de ato de disposição extraprocessual, expresso no contrato firmado entre partes e destinado a produzir efeitos exclusivamente no processo judicial."⁵. Essa convenção firmada entre partes é oriunda de um contrato internacional onde, por meio da autonomia da vontade, exclui-se inúmeras outras jurisdições em detrimento daquela livremente eleita.

A escolha do foro competente exerce o importante papel de dar previsibilidade às relações globais, o que se torna fundamental quando as partes possuem sede em Estados diversos. Ademais, o reconhecimento da possibilidade de escolha das partes prestigia a autonomia da vontade, princípio indissociável aos contratos e de suma importância ao Estado democrático de Direito. Em se tratando de comércio, por exemplo, a cláusula de escolha de jurisdição é parte inevitável da negociação do contrato, e as partes optam por qual será a jurisdição a que estarão submetidas, sendo o foro escolhido responsável por tutelar a relação jurídica estabelecida entres os sujeitos internacionais envolvidos no negócio empresarial⁶.

Dada a inexistência de regras universalmente aceitas sobre jurisdição internacional, o reconhecimento da cláusula pelos Estados é uma prática necessária para fornecer segurança jurídica às relações comerciais⁷. A inserção de tal previsão em contrato evita que, quando surja um litígio, haja uma corrida entre as partes em busca do tribunal do país em que possam ser mais beneficiadas conforme o caso concreto – fenômeno denominado *forum shopping*. Inclusive, a incerteza gerada pelo fórum

⁴ DOLINGER; TIBURCIO, 2017, p. 357.

⁵ MOSCHEN; ZANETTI JUNIOR, 2015, p. 370.

⁶ GLASENAPP, 2007, p. 220.

⁷ ARAÚJO, 2017.

shopping pode afetar diretamente o custo de contratações, seus termos e até mesmo sua existência, desencorajando certos negócios somente em razão da análise das condições dos tribunais possivelmente competentes para julgar a questão⁸.

Assim, o respeito das jurisdições estatais à escolha do foro competente adquiriu grande importância para as negociações internacionais, e em diversos países a aceitação da eleição de foro estrangeiro está consolidada há anos. Grandes protagonistas do cenário global, tais como Estados Unidos, Inglaterra e França possuem jurisprudência consolidada no sentido de que a eliminação da insegurança jurídica pelo acordo prévio do foro competente é elemento indispensável aos contratos no comércio internacional. Já países como a Itália e a Venezuela possuem legislação que prevê expressamente a possibilidade de eleição de foro.

Em nível regional, algumas Convenções foram assinadas no intuito de garantir o respeito à escolha da jurisdição competente pelas partes de contratos internacionais firmados entre agentes situados nos Estados integrantes de blocos econômicos. Na União Europeia, por exemplo, a Convenção Relativa à Competência Judiciária e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial (Convenção de Bruxelas), de 1968, já previa a liberdade das partes em eleger o foro de qualquer dos Estados Contratantes, devendo tal decisão prevalecer e ser respeitada pelos demais, considerando-se como exclusiva a competência da jurisdição escolhida⁹. Tal previsão se encontra atualmente no artigo 25 do Regulamento 1215/2012, que enuncia:

Se as partes, independentemente do seu domicílio, tiverem convencionado que um tribunal ou os tribunais de um Estado-Membro têm competência para decidir quaisquer litígios que tenham surgido ou que possam surgir de uma determinada relação jurídica, esse tribunal ou esses tribunais terão competência, a menos que o pacto seja, nos termos da lei desse Estado-Membro, substantivamente nulo. Essa competência é exclusiva, salvo acordo das partes em contrário.¹⁰

No Mercosul, por sua vez, o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, o qual o Brasil é signatário, constituiu marco

⁸ ARAÚJO; GAMA JR.; VARGAS, 2012, p. 02.

⁹ UNIÃO EUROPEIA, 1968.

¹⁰ UNIÃO EUROPEIA, 2012.

normativo que autoriza as partes, em contrato civil e/ou comercial, a elegerem o foro competente para julgar uma possível futura demanda¹¹.

A nível mundial, e com o igual intuito de desenvolver o comércio internacional mediante a promoção de maior segurança jurídica aos negócios que extrapolam as fronteiras dos Estados, a Conferência da Haia de Direito Internacional Privado elaborou a Convenção de Haia sobre Acordos de Eleição de Foro¹². Entre as obrigações impostas aos Estados signatários está o declínio de competência dos Tribunais não eleitos contratualmente em favor do foro estrangeiro escolhido para julgar a causa, sendo esta "[...] uma das principais obrigações determinadas pela Convenção e objetiva a diminuição das possibilidades de litígios paralelos e concorrentes, fenômeno conhecido como *lis pendens* (litispendência)." ¹³.

Portanto, evidente que a eleição de foro em contratos internacionais é uma possibilidade que se consolida cada vez mais, tanto nas legislações internas dos Estados quanto em instrumentos internacionais. Isso pois, diante de causas pluriconectadas que surgem com o processo de integração do mercado, se faz necessária certa previsibilidade na definição da jurisdição competente para dirimir controvérsias.

Teoricamente, as partes podem atuar tanto escolhendo um foro que, conforme norma interna, não seria originariamente competente para o exercício da função jurisdicional (os chamados efeitos positivos) quanto afastando a jurisdição, em casos onde a competência seria prevista na legislação local, com escolha de foro estrangeiro para conhecer do litígio (efeitos negativos da cláusula)¹⁴. Ou seja, pensando numa situação concreta, as partes podem eleger o foro brasileiro, mesmo que a competência da jurisdição nacional não esteja expressa em lei, ou optar por foro estrangeiro, desde que não seja caso de competência exclusiva deste país.

Na primeira situação, admitir a jurisdição doméstica em casos não previstos na lei não acarreta, em princípio, uma grande dificuldade teórica, e os Tribunais tem normalmente acatado a escolha da jurisdição brasileira, isso pois "[...] a jurisdição

¹¹ BRASIL, 1996.

¹² CONFERÊNCIA DE HAIA, 2005.

¹³ MOSCHEN; ZANETTI JR, 2017, p. 364.

¹⁴ DOLINGER; TIBURCIO, 2017, p. 578.

preexiste, já que decorre da soberania estatal, não sendo, pois, criada pelas normas sobre competência internacional."¹⁵. Observe-se, por exemplo, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Recurso Especial n. 1.633.275, que tratou de ação de indenização ajuizada pela empresa argentina Minimex S.A., contra a brasileira Hering Têxtil S.A. em razão de suposto descumprimento de acordo pelo qual a segunda teria delegado à primeira a comercialização e distribuição exclusiva dos produtos da marca "HERING" em todo o território argentino. A controvérsia se restringiu à definição da jurisdição aplicável à luz das regras de competência internacional.

No caso em tela, a existência de cláusula de eleição de foro no contrato celebrado entre as partes escolhendo o Foro da Comarca de Blumenau/SC, em conjunto com as disposições do Protocolo de Buenos Aires, levaram o Tribunal a reconhecer a competência da jurisdição brasileira. Conforme explicado pelo Ministro Relator, o Protocolo de Buenos Aires trouxe a necessidade de proporcionar ao setor privado dos Estados-Partes um quadro de segurança jurídica que garanta justas soluções e a harmonia internacional das decisões judiciais e arbitrais vinculadas à contratação no âmbito do MERCOSUL. Havendo, pois, previsão contratual escrita - e livremente pactuada entre as partes - elegendo a jurisdição brasileira como competente para a solução de eventuais conflitos, o Tribunal entendeu que deveria ela ser plenamente observada, reconhecendo a competência do foro de Blumenau/SC.¹⁶

Na prática, porém, o que causa polêmica no meio jurídico nacional é a questão de determinar em que medida a parte domiciliada no Brasil pode submeter-se, voluntariamente, à jurisdição estrangeira, excluindo a jurisdição brasileira por completo. Nesses casos, embora a legislação promulgada recentemente tenha deixado clara a possibilidade de eleição de foro estrangeiro, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem por diversas vezes se mostrado contrária a aceitar a vontade das partes de impedir o exercício da jurisdição nacional, conforme será demonstrado a seguir.

2 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973 E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

¹⁵ DOLINGER; TIBURCIO, 2017, p. 579.

¹⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016a.

No Brasil, até 2015, não havia nenhuma lei nacional com previsão expressa sobre a admissão da eleição de foro exclusivo estrangeiro em contratos internacionais. O Código de Processo Civil de 1973, ao lidar com a competência internacional, trouxe apenas uma diferenciação entre matérias de competência concorrente da justiça brasileira, previstas no artigo 88, e matérias de competência exclusiva e inderrogável, previstas no artigo 89. Enquanto não havia dúvida sobre a impossibilidade de eleição de foro estrangeiro nas matérias de competência exclusiva, a grande discussão se deu em torno daquelas matérias de competência concorrente.

A respeito do tema, o artigo 88 do CPC de 1973 determinava três hipóteses nas quais o juiz brasileiro era competente, porém não de forma exclusiva:

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.¹⁷

Diante deste dispositivo, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a escolha de foro estrangeiro para dirimir conflito decorrente de contrato internacional não impediria o ajuizamento da ação no Brasil nos casos de competência concorrente. Logo, embora a jurisprudência daquele Tribunal não vedasse expressamente a eleição do foro estrangeiro, acabava por reconhecer a jurisdição brasileira concorrente para julgar o litígio, desprezando o livre acordo das partes em contrato.

Em pesquisa publicada pela Revista da Secretaria do Tribunal Permanente do MERCOSUL, apurou-se que entre os anos de 2010 e 2016, dos 13 casos onde o STJ teve que se manifestar sobre a eleição de foro exclusivo estrangeiro, em 12 a exclusividade da cláusula foi superada, sendo reconhecida a competência concorrente da justiça brasileira para julgar o litígio¹⁸. É o caso, por exemplo, do comumente citado

¹⁷ BRASIL, 1973.

¹⁸ VIEIRA; FERNANDES, 2017, p. 230.

Recurso Ordinário n. 114, julgado em 2015, que analisou ação ajuizada por MTD Engenharia Ltda. contra o Ministério de Relações Exteriores e Comércio Internacional da República Argentina. Em 2007, a empresa foi vencedora de licitação internacional, tendo firmado contrato com o Ministério para execução de obras na sede da Embaixada argentina em Brasília. Havendo a possibilidade de rescisão unilateral do contrato por parte do Ministério, a empresa ajuizou ação cautelar no Brasil para evitar que incorresse em ilegítima situação de mora. No caso, discutiu-se acerca da possibilidade de a Justiça Brasileira julgar a causa, tendo em vista que as partes firmaram contrato elegendo o foro de Buenos Aires para dirimir eventuais controvérsias.

A discussão jurídica versou sobre a possibilidade de afastamento da jurisdição brasileira por cláusula contratual de eleição de foro estrangeiro em hipóteses de competência concorrente. Em primeiro grau, foi declarada a incompetência da Justiça Brasileira, pois a celebração do contrato "[...] possibilitou à parte contratada expressa ciência das respectivas cláusulas, assim como plena liberdade para o seu aceite ou recusa."¹⁹. Inconformada, a empresa interpôs Recurso Ordinário sustentando que "[...] não obstante o Edital de Licitação Internacional e o contrato firmado entre os Recorridos e o Recorrente apontarem como foro competente para a solução das questões atinentes ao Edital e contrato os Tribunais de Contencioso Administrativo Federal da Cidade de Buenos Aires [...] tal cláusula não é suficiente para afastar a jurisdição brasileira."²⁰.

Em seu voto, o Ministro reconheceu que o caso se insere em hipótese de competência concorrente, pois trata de cumprimento de obrigação no Brasil e ação originada de fato ocorrido no Brasil, admitindo-se, na hipótese dos autos, a cláusula de eleição de foro. Porém, indagou se "[...] a existência dessa cláusula contratual, de eleição de foro estrangeiro, admitida, exclui a possibilidade de ajuizamento de ação perante a Justiça brasileira, obrigando-se a que a demanda acerca de serviços contratados e executados no Brasil, com base no contrato, seja ajuizada no foro

¹⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015a.

²⁰ Ibid.

alienígena de eleição."²¹. O voto do Ministro reconheceu a inafastabilidade da jurisdição brasileira em casos de competência concorrente:

A jurisdição, como exercício da soberania do Estado, é inderrogável e inafastável e, ainda que válidas, como na presente hipótese de competência internacional concorrente, **as cláusulas que elegem foro alienígena em contratos internacionais não têm o poder de afastar a jurisdição brasileira**. Entender de forma diversa, apenas porque as partes assim o pactuaram, significaria, em última análise, afronta ao postulado da soberania nacional.

Apesar de válida a cláusula de eleição de foro territorial para a causa originada de contrato entabulado entre sociedade empresária brasileira e Estado estrangeiro, isso, por si só, não exclui a jurisdição brasileira concorrente para o conhecimento e julgamento de causa aqui aforada para discussão do contrato. **A escolha contratual de um foro estrangeiro para dirimir o conflito decorrente do contrato não impede que seja também ajuizada a ação no Brasil, nos casos de competência concorrente.**²² (grifo nosso)

Assim, foi dado provimento ao Recurso Ordinário, admitindo-se a jurisdição brasileira e determinando o retorno dos autos ao juízo de origem para o seu regular processamento.

Seguindo a mesma linha argumentativa, têm-se o Recurso Especial N° 1.498.923, que tratou da competência para julgar ação de cobrança pleiteando a remuneração de lucros obtidos com a comercialização de empreendimentos imobiliários na Praia do Cumbuco, no Ceará, entre empresa brasileira e espanhola. A recorrente alegou que o contrato de prestação de serviços que amparou a ação de cobrança continha cláusula de eleição de foro dispondo que os conflitos dela decorrentes deveriam ser dirimidos em Málaga, na Espanha. As instâncias ordinárias decidiram que as normas processuais de competência internacional são de ordem pública e, portanto, não podem ser derogadas por previsão diversa em negócio jurídico firmado pelas partes.

²¹ Ibid.

²² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2015a.

O Superior Tribunal de Justiça confirmou o entendimento de que não cabia razão à recorrente. Utilizando-se dos fundamentos do magistrado de primeiro grau, afastou a exclusividade do foro estrangeiro previsto em contrato, expondo:

O contrato que instrui e fundamenta a cobrança, a meu ver, não é referente a uma relação jurídica concretamente determinada. Pelo contrário, é dirigido para negócios futuros, como estatui “no âmbito do território espanhol”, mas em proibir que se realizasse em outros lugares. [...] **não se pode considerar que o foro de eleição, de Malaga, na Espanha, exclui a jurisdição do Brasil sobre um negócio levado a cabo no território nacional.** Também levo em conta que a ação foi proposta por uma pessoa física residente no Brasil, contra uma empresa que tem sede no Brasil.²³ (grifo nosso)

Logo, foi mantida a decisão de primeiro grau e ressaltou-se que a previsão contratual de eleição de foro não prevalece sobre as normas legais brasileiras, especificamente a Lei de Introdução de Normas ao Direito Brasileiro e o Código de Processo Civil, por se tratar de questão de ordem pública, com hierarquia superior. Como fundamentação, o Ministro Moura Ribeiro utilizou-se de diversas decisões do Superior Tribunal de Justiça que seguiram a mesma linha como, por exemplo, o REsp 1.159.796.

O Recurso Especial n. 1.159.796, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi, foi interposto por SÜDLEASING GMBH alegando violação dos arts. 88, II e 111 do CPC/1973. Segundo a recorrente, não existiria disposição legal cogente a impedir eleição de foro estrangeiro em contrato internacional privado, de modo que a justiça brasileira deveria se declarar incompetente para apreciar o caso. Em sua decisão, a Ministra entendeu que o Tribunal de Justiça de Pernambuco estava correto ao decidir que a cláusula de eleição de foro não tem o condão de modificar a competência internacional concorrente, prevista no art. 88 do CPC/73, alinhando-se ao entendimento do STJ quanto à matéria²⁴.

Diante do panorama apresentado observa-se que, na vigência do Código de Processo Civil de 1973 - que era silente quanto a possibilidade de eleição de foro

²³ Idem, 2015b.

²⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2009.

estrangeiro -, os magistrados brasileiros firmaram forte jurisprudência no sentido de declarar competente a justiça brasileira para analisar controvérsia em casos de competência concorrente nacional, ignorando a eleição de foro exclusivo estrangeiro pelas partes. Tal entendimento "[...] terminava por enfraquecer a vontade das partes, pela mitigação da autonomia da vontade, pois o acordo então realizado não era respeitado, ferindo o pacta sunt servanda e - por que não - a boa-fé contratual."²⁵.

Portanto, a legislação processual brasileira pertinente ao tema e vigente até pouquíssimo tempo atrás não acompanhava a tendência internacional e, na medida em que a lei deixava lacunas, os juízes nacionais valoravam mais o princípio da inafastabilidade da jurisdição do que o respeito à autonomia da vontade das partes²⁶. Entretanto, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, buscou-se provocar uma mudança neste cenário, trazendo previsão expressa sobre a obrigatoriedade da autoridade judiciária brasileira se declarar incompetente nos casos em que haja cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro, o que será visto a seguir.

3 MUDANÇAS E PERSPECTIVAS COM O ADVENTO DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015

Conscientes da problemática demonstrada acima, diversos autores acreditam que o novo Código de Processo Civil é elemento fundamental para que a cláusula de eleição de foro estrangeiro seja de fato reconhecida e respeitada pelo Poder Judiciário brasileiro. No artigo 25, o CPC de 2015 prescreve de forma clara que não caberá à autoridade judiciária brasileira o processamento e julgamento de ações quando existir cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro, derogando-se a competência nacional:

Art. 25. Não compete à autoridade judiciária brasileira o processamento e o julgamento da ação quando houver cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro em contrato internacional, arguida pelo réu na contestação.

§ 1º Não se aplica o disposto no caput às hipóteses de competência internacional exclusiva previstas neste Capítulo.

²⁵ VIEIRA; FERNANDES, 2017, p. 229.

²⁶ Ibid.

§ 2o Aplica-se à hipótese do caput o art. 63, §§ 1o a 4o.²⁷

O comando normativo do novo Código impõe à jurisprudência nacional a obrigatoriedade de declarar-se incompetente para o julgamento de ações em que as partes elegeram foro estrangeiro. Logo, as decisões judiciais não podem continuar desprestigiando a autonomia da vontade das partes, entendendo que competência concorrente é equivalente à competência exclusiva.

O dispositivo legal, ao mesmo tempo em que autoriza a exclusão da jurisdição brasileira baseada no acordo das partes, estabelece limites para tanto, como por exemplo a exclusividade do foro estrangeiro escolhido, sem dar a qualquer das partes o condão de escolher unilateralmente. Além disso, reforça-se o necessário caráter contratual, excluindo-se a possibilidade de estender os efeitos a quaisquer situações que não sejam objeto da contratação.²⁸

Essa disposição traz fôlego novo ao permitir a aproximação do ordenamento jurídico brasileiro às realidades e necessidades das relações jurídicas contemporâneas e do desenvolvimento do comércio internacional, sendo um passo relevante para o país, que passa a caminhar de acordo com a orientação adotada por outros Estados e em acordos internacionais, principalmente, pela Convenção de Haia de Eleição de Foro de 2005²⁹.

Rompendo com o velho sistema, Luciane Vieira e Matheus Fernandes³⁰ afirmam que o Código de Processo Civil de 2015 é um marco na história do Direito Internacional Privado brasileiro por trazer uma série de modificações substantivas visando a efetividade do processo. Logo, em suas palavras, ressalvados os casos de competência internacional exclusiva, o juiz nacional “[...] passa a ser incompetente quando existir cláusula de eleição de foro estrangeiro no contrato internacional. Assim, detectado o foro eleito no instrumento, automaticamente, os tribunais brasileiros devem

²⁷ BRASIL, 2015.

²⁸ COSTA; SANTOS, 2016, p. 02.

²⁹ MOSCHEN; ZANETTI JUNIOR, 2015, p. 371.

³⁰ VIEIRA; FERNANDES, 2017, p. 233.

se declarar incompetentes para julgar a lide [...]", valorizando-se a autonomia da vontade nas relações internacionais³¹.

A doutrina, em geral, acredita que a nova previsão legislativa dará segurança jurídica às relações internacionais e encerrará a divergência jurisprudencial acerca da validade da eleição de foro estrangeiro. Entretanto, analisando as decisões recentes do tribunal, o caminho não parece tão preciso. Em recente caso acerca do tema, julgado em 2016, um ano após a aprovação do novo Código de Processo Civil e apenas 1 dia antes do início de sua vigência, o Superior Tribunal de Justiça manteve seu entendimento anterior, não aceitando a eleição do foro italiano em contrato de prestação de serviços com empresa brasileira. Desta vez, tratou-se de ação de cobrança cumulada com pedido indenizatório ajuizada por Cimatel Brazil LTDA (brasileira) em face de Remazel Engineering (italiana), alegando que as empresas celebraram contrato de representação empresarial, porém a empresa italiana não efetuou o pagamento das comissões pactuadas. No contrato, havia indicação da justiça italiana como competente para dirimir qualquer controvérsia inerente ao negócio jurídico e coube ao Superior Tribunal de Justiça, mais uma vez, analisar a jurisdição brasileira para julgar o caso.

Em seu voto, o Ministro Marco Buzzi reiterou o entendimento de que, muito embora permita-se a eleição de foro estrangeiro pela vontade das partes, isso não impede o exercício da jurisdição brasileira nos casos de competência concorrente, "[...] podendo a ação ser instaurada tanto perante juízo brasileiro quanto diante de juízo estrangeiro."³². Logo, "[...] apesar de válida a cláusula de eleição de foro estrangeiro para a causa originada do contrato, isso, por si só, não exclui a jurisdição brasileira concorrente para o conhecimento e julgamento de ação aqui aforada."³³.

As mudanças legislativas referidas apontam uma tendência brasileira, a começar pelo juízo de primeiro grau e Tribunais estaduais, no sentido de afirmarem a liberdade de escolha das contratantes no que concerne à eleição do foro em país estrangeiro³⁴. Entretanto, ainda não se pode afirmar com segurança que o Brasil respeita

³¹ Ibid., p. 235.

³² SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2016b.

³³ Ibid.

³⁴ ARAÚJO, JACQUES, 2008, p. 9.

o foro estrangeiro eleito em contrato. Isso porque, o mesmo Superior Tribunal de Justiça já decidiu de formas diversas, o que traz grande insegurança jurídica ao país.

Para modificar este cenário de insegurança jurídica e dar segurança ao comércio internacional brasileiro de forma mais rápida e eficaz, Nádia de Araújo e Daniela Jacques³⁵ apontam que uma possível solução seria a adoção da Convenção de Haia sobre escolha de foro, de 2005, que tem por finalidade dar segurança jurídica aos contratantes que preferem a justiça estatal à opção da arbitragem. Conforme explicam, a Convenção promove um retorno das partes à opção judicial para cuidar de seus litígios comerciais, ao estabelecer as mesmas condições de segurança para a cláusula de foro já existente para a cláusula arbitral, em razão das regras da Convenção de Nova York sobre Arbitragem Internacional, esta última já em vigor no Brasil.

Na mesma linha, Luciane Vieira e Matheus Fernandes³⁶ entendem que a Convenção “[...] é um tratado moderno e extremamente necessário para brindar certeza, previsibilidade e segurança jurídica às partes de um contrato internacional [...]” e concluem que esta se converte em “[...] instrumento imprescindível aos Estados que desejam manter ou, porque não, ampliar o fluxo comercial internacional, por meio da expansão dos negócios internacionais entre as pessoas físicas ou jurídicas que tenham domicílio nos seus territórios.”. Assim, somente com a inclusão deste documento no ordenamento jurídico brasileiro a situação se modificaria e o Brasil finalmente teria regras jurídicas alinhadas com as existentes nos países que participam ativamente do comércio internacional³⁷.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A escolha do foro competente em contratos internacionais exerce o importante papel de dar previsibilidade às relações globais, prestigiando a autonomia da vontade - conceito indissociável aos contratos internacionais. O respeito dos Estados à escolha das partes se tornou imprescindível ao bom andamento do comércio internacional, pois a manutenção da previsibilidade é fundamental quando as partes celebraram um acordo

³⁵ Ibid., p. 11.

³⁶ VIEIRA; FERNANDES, 2017, p. 241.

³⁷ ARAÚJO, JACQUES, 2008, p. 11.

de eleição do foro competente, havendo uma expectativa específica que deve ser protegida.

Durante a vigência do Código de Processo Civil de 1973, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que a escolha de foro estrangeiro para dirimir conflito decorrente de contrato internacional não impediria o ajuizamento da ação no Brasil nos casos de competência concorrente. Logo, embora a jurisprudência daquele Tribunal não vedasse expressamente a eleição do foro estrangeiro, acabava por reconhecer a jurisdição brasileira concorrente para julgar o litígio, desprezando o acordo prévio formulado pelas partes. No intuito de modificar este cenário, o Código de Processo Civil de 2015 passou a prever de forma clara que não caberá à autoridade judiciária brasileira o processamento e julgamento de ações quando existir cláusula de eleição de foro exclusivo estrangeiro, derogando-se a competência nacional em favor do Estado escolhido. Contudo, uma análise da jurisprudência recente do Superior Tribunal de Justiça demonstra que ainda não há jurisprudência consolidada nesse sentido, gerando dúvidas se a escolha de foro estrangeiro pelas partes será plenamente observada pelo poder judiciário nacional nos próximos anos.

Embora tenha-se observado certo recrudescimento das decisões judiciais no sentido de se restringir a autonomia da vontade na escolha do foro competente quando há competência concorrente da Justiça brasileira, surgiram novos ares a partir da vigência, em março de 2016, do novo Código de Processo Civil, aumentando as chances de uma mudança de entendimento do Tribunal nos próximos anos e finalmente garantindo a segurança jurídica necessária aos contratos internacionais em termos de escolha da jurisdição competente. O CPC de 2015 traz nova esperança ao permitir a aproximação do ordenamento jurídico brasileiro às realidades e necessidades das relações jurídicas contemporâneas e do desenvolvimento do comércio internacional, sendo um passo relevante para o país, que passa a caminhar de acordo com a orientação adotada pela comunidade internacional, especialmente pela Convenção de Haia de Eleição de Foro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO, Nádia de; JACQUES, Daniela Corrêa. Contratos Internacionais no Brasil: posição atual da jurisprudência no Brasil. *Revista Trimestral de Direito Civil*, v. 34, pp. 267-280, 2008.

ARAUJO, Nádia de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2017.

ARAUJO, Nádia de; GAMA JR, Lauro; VARGAS; Daniela. Temas de Direito Internacional Privado no Projeto de novo Código de Processo Civil. *In Doutrinas Essenciais de Direito Internacional*, vol. 4, p. 1365, fev. 2012.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869impressao.htm >. Acesso em: 29 maio 2018.

_____. Decreto nº 2.095, de 17 de dezembro de 1996. Promulga o Protocolo de Buenos Aires sobre Jurisdição Internacional em Matéria Contratual, concluído em Buenos Aires, em 5 de agosto de 1994. Brasília, 1996.

_____. Código de Processo Civil. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm#art1046 >. Acesso em: 29 maio 2018.

CONFERÊNCIA DE HAIA. Convenção de 2005. Convenção de Haia Sobre Acordos de Eleição de Foro. Haia, 2005.

COSTA, José Augusto; SANTOS, Ramon Alberto. Contratos internacionais e a eleição de foro estrangeiro no Novo Código de Processo Civil. *In Revista do Processo*, vol. 253, mar. 2016.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. *Direito Internacional Privado*. 13. ed. São Paulo: Forense, 2017. Cap. 21. p. 567-586.

GLASENAPP, Maikon Cristiano. Os negócios empresariais e os contratos internacionais de comércio. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí, v.2, n.2, 2º quadrimestre de 2007.

MOSCHEN, Valesca Raizer Borges; ZANETTI JUNIOR, Hermes. Temas Controversos do Direito Processual Civil Internacional: A Cláusula de Eleição de Foro e os Limites do Exercício Jurisdicional na Convenção de Haia de 2005 e no Código de Processo Civil de 2015. *In: RAMOS, André de Carvalho. Direito Internacional Privado: Questões Controvertidas*. Belo Horizonte: Arraes Editora, 2015. p. 357-372.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n. 1.159.796. Diário de Justiça. Brasília, 2009.

_____. Recurso Ordinário n. 114. Diário de Justiça. Brasília, 2015a.

_____. Recurso Especial n. 1.498.923. Diário de Justiça. Brasília, 2015b.

_____. Recurso Especial n. 1.633.275. Diário de Justiça. Brasília, 2016a.

_____. AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 679.421. Diário de Justiça. Brasília, 2016b.

UNIÃO EUROPEIA. Convenção nº 90/C 189/02, de 27 de setembro de 1968. Convenção Relativa à Competência Judiciária e à Execução de Decisões em Matéria Civil e Comercial. Bruxelas: Jornal Oficial das Comunidades Europeia, 1968.

_____. Regulamento nº 1215/2012, de 12 de dezembro de 2012.

VIEIRA, Luciane Klein; FERNANDES, Matheus Lúcio Pires. Os acordos de eleição de foro nos contratos internacionais: perspectivas a partir da entrada em vigor do novo código de processo civil brasileiro. Rev. secr. Trib. perm. revis. Año 5, Nº 9; Marzo 2017; pp. 224 - 243.

PRINCIPAIS FATORES QUE CONTRIBUÍRAM PARA A DESQUALIFICAÇÃO DOS ACORDOS BILATERAIS DE INVESTIMENTOS COMO MÉTODO DE REGULAMENTAÇÃO DO INVESTIMENTO ESTRANGEIRO DIRETO

Paula Laurenne Jacobsen Valkinir¹

RESUMO: O artigo se propõe a analisar os principais fatores jurídicos, econômicos e sociais que levaram a uma descrença no método preferencial para a regulamentação do investimento estrangeiro direto no mundo, quais sejam os Acordos Bilaterais de Investimento. O artigo aponta que a recessão econômica global da primeira década do século XXI demandou alta incidência de casos nas cortes arbitrais internacionais, os quais demonstraram o viés sistêmico das proteções substantivas dispostas nos acordos a favor dos países exportadores de capital. Como resultado, o artigo demonstra a realização de questionamentos acerca da consistência e legitimidade destes tribunais em face da soberania, por meio de manifestações dos Estados, de determinados setores da população e de organizações não governamentais. O artigo também demonstra que a modificação dos atores investidores desmistificou distinção entre países importadores e exportadores de capital como em desenvolvimento e desenvolvidos, respectivamente, o que criou desconforto nestes últimos. Como consequência destes eventos, o artigo conclui que os tradicionais Acordos Bilaterais de Investimento começaram a serem questionados como método de regulamentação do Investimento Estrangeiro Direto. A escolha dos fatores que levaram a desqualificação foi realizada por meio da revisão bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Internacional de Investimento; Acordos Bilaterais de investimento; contexto histórico.

ABSTRACT: The article proposes to analyze the main legal, economical and social aspects that led to a disbelief in the preferential method for the regulation of a foreign direct investment in the world, namely Bilateral Investment Agreement. The article points as a starter, the global economic recession of the first decade of the twenty-first century, when a high incidence of cases at the international arbitration courts have demonstrated the systemic bias of the substantive protections, set out in the agreements in favor of the capital exporting

¹ Paula Laurenne Jacobsen Valkinir é graduanda na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Foca a pesquisa do seu trabalho de conclusão de curso na proposta de reforma dos Acordos Bilaterais de Investimento por meio da inserção de cláusulas de facilitação de investimentos. Email: <laurennevalkinir@gmail.com>.

countries. As a result of arbitration awards, the article demonstrates questions about the consistency and legitimacy of its courts in the face of national sovereignty, through manifestations of States, certain sectors of the population and non-international organizations. The article also demonstrates that the change of actors in the investment dynamics demystified the clear distinction between capital importing and exporting countries as developing and developed, respectively, created a discomfort in the latter. As a result of these findings, the article concludes that questions have been raised about the suitability of traditional bilateral investment agreements to regulate investment flows on the globe. The choice of the factors that led to disqualification was made through the literature review.

KEYWORDS: International Investment Law; Bilateral Investment Agreements; historical context.

INTRODUÇÃO

O Investimento Estrangeiro Direto (IED) é regulado por um arcabouço de normas composto tanto por acordos internacionais quanto por leis nacionais. No cenário internacional, eles podem ser formulados no âmbito multilateral ou bilateral, e podem tratar exclusivamente da matéria ou não.

Dados da Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), demonstram que dos 3.343 acordos relacionados a investimento existentes, 2.963 são Acordos Bilaterais de Promoção e Proteção de Investimentos (APPIs) ou *Bilateral Investment Treaties* (BITs)². A predominância nos acordos bilaterais pode ser verificada pelo fato de que estes, por se desenvolverem apenas entre dois países, refletem com maior facilidade poder de barganha de um sobre outro. Tais acordos desmotivaram os Estados a se engajarem em um movimento multilateral. Até porque, já que estes acordos surgiram principalmente para proteger o investidor estrangeiro que necessitava de proteção em países em desenvolvimento, este tipo de acordo se demonstrou adequado aos anseios dos países desenvolvidos e ao seu exercício de influência³.

Ocorre que, atualmente, há uma decadência no número de BITs firmados pelos países. Em 2017 apenas 8 acordos foram firmados em contrapartida de mais de 200 que foram

² Informação disponível em: UNCTAD. United <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>>. Pesquisa realizada em 1 de julho de 2018.

³ HORN, Henrik, TANGERAS, Thomas. *Economics and Politics of International Investment Agreements*. IFN Working Paper nº 1140, Research Institute of Industrial Economics, Suíça, 2016, p. 15-20.

negociados há pouco mais de 20 anos atrás, em 1996⁴. Afora essa diminuição no surgimento de novos acordos, a preocupação aumenta no que diz respeito aos ainda existentes. Estes, quando terminados dado a expiração de seu prazo de vigência não vêm sendo recolocados em pauta para renovação e, outros tantos estão sendo reformados e até mesmo denunciados⁵.

O Equador, por exemplo, denunciou todos seus BITs⁶. Itália e Rússia estão revisitando seus termos. África do Sul também encerrou BITs. Índia não renegociou 58 acordos que expiraram dos 83 estavam sendo terminados⁷.

A dominância dos Acordos Bilaterais de Investimento era reflexo da crença na sua capacidade de forma suficiente para regulamentar os fluxos de capitais entre um país e outro estrangeiro. Contudo, a demonstração da diminuição na sua negociação e a denuncia e reforma dos já existentes, revelam que os Estados talvez não estejam tão satisfeitos com esse método de regulamentação. Quais foram então, os principais fatores que contribuíram para sua desqualificação?

O presente artigo não pretende analisar com exaustão os fatores econômicos, políticos e sociais que levaram a percepção de tal desqualificação, mas sim apontar e conectar os principais eventos que influenciaram essa diminuição e reforma nos BITs com base na revisão bibliográfica realizada.

Para averiguar quais são os eventos que levaram à insatisfação BITs como método suficiente de regulamentação do IED deve-se levar em conta qual seu escopo. O objetivo precípua dos BITs é a criação de proteções a serem dadas aos investidores estrangeiros em locais em que seus direitos não são protegidos⁸. Segundo Nicola Ranieri e Leon Trakman, os BITs encorajam políticas domésticas orientadas para um mercado liberal e de tratamento não discriminatório à entrada de capital estrangeiro e, ainda, apoiam o desenvolvimento de normas de direito internacional consistente com este objetivo⁹, dando, portanto, segurança jurídica aos investidores.

⁴ UNCTAD. United Nations Conference on Trade and Development. *World Investment Report 2018: Investment and New Industrial Policies*. New York; Geneva: United Nation Publications, 2018, p. 88.

⁵ Cf. Id. *World Investment Report 2017: Investment and Digital Economy*, 2017, p. 111-119.

⁶ Cf. IISD. *Ecuador denounces its remaining 16 BITs and publishes CAITISA audit report*, 2017. TRAKMAN, Leon. *Bilateral Trade and Investment Agreements*, 2013, p. 69

⁷ Cf. UNCTAD, 2017, p. 111-119.

⁸ UNCTAD, 2005, p.8. TRAKMAN, Op. cit., p. 68. TRAKMAN, Leon E, RANIERI, Nicola W. Foreign Direct Investment: A Historical Perspective, 2013, p. 19. ALVAREZ, Jose E. SAUVANT, Karl P Introduction: International Investment Law in Transition. In: _____, *The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options*, p. xxxiii.

⁹ TRAKMAN, Leon E, RANIERI, Nicola W. *Ibid.*, p. 20.

Em que pese o argumento dos BITs serem uma via de mão-dupla, já que são acordos bilaterais, a realidade é que eles não são percebidos como recíprocos porque, em prática, as obrigações caem majoritariamente sobre alguns Estados em detrimento de outros¹⁰. Mas quais Estados são estes?

Para responder tal pergunta, deve-se averiguar que, quando da sua criação (o primeiro BIT assinado foi entre Alemanha e Paquistão em 1969¹¹) e até recentemente, os fluxos de IED são assimétricos, originam-se majoritariamente dos países desenvolvidos e seguem para os países em desenvolvimento¹². Com isso, países desenvolvidos, aproveitando de sua primazia econômica, a qual lhes dava vantagem competitiva, exploraram vulnerabilidades dos países em desenvolvimento ao extrair excessivas concessões de proteção para seus investidores nacionais com as quais tais Estados em desvantagem não conseguiram cumprir¹³. Tal fator, fez com que os Estados receptores de capital, ou seja, os países em desenvolvimento, assumissem maiores obrigações. Enquanto estes precisavam desenvolver suas economias e acreditavam que isso seria feito por meio da entrada de IED promovida pelos BITs, os países desenvolvidos se aproveitaram de tal necessidade, e principalmente da competição existente entre eles, para colocar em seus acordos cláusulas expansivas de proteção para os investimentos¹⁴.

Por conta disso, afirma-se que as obrigações dispostas nos acordos de investimento, tais como tratamento justo e equitativo, nação mais favorecida, tratamento nacional, expropriação justa, adequada e efetiva, entre tantas outras¹⁵ foram ajustadas em um ambiente não nivelado¹⁶ e, por conseguinte, são demasiadamente expansivas¹⁷, refletindo a

¹⁰ SORNARAJAH, 2015, p. 48.

¹¹ GERMANY. *Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments*. Boon, Belgic, November 1959.

¹² ALVAREZ, Jose E. SAUVANT, Karl P. Ibid., p. xxxiii.

¹³ RANIERI, Nicola W. NAFTA: An Overview. In: TRAKMAN, Leon E. RANIERI, Nicola W. *Regionalism in International Investment Law*, 2013, p. 75-77.

¹⁴ Cf. GUZMAN, A. *Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties*. Berkeley Law Scholarship Repository, 1998.

¹⁵ ALVAREZ, Jose E. SAUVANT, Karl P. Op. cit., p. xxxiii. SAUVANT, Karl P. *Driving and Countervailing Forces: A Rebalancing of National FDI Policies*. In. ed. by. _____. *Yearbook on International Investment Law & Policy 2008-2009*. Oxford University Press, New York, 2009, p. 219.

¹⁶ MILES, Kate. *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*, 2013, p. 89.

¹⁷ TRAKMAN, Leon E, RANIERI, Nicola W. Op. cit., p.20, Sornarajah, Op. cit., p. 46.

grande assimetria econômica e política existente entre Estados exportadores e importadores de capital¹⁸.

Efeitos destas assimetrias já eram sentidas nas disputas arbitrais na década de 80 e 90¹⁹, contudo, conforme Sornarajah afirma “a universalidade de normas, criada em um período de dominância de uma ideia filosófica ou econômica, irá desmoronar quando eventos começaram a demonstrar suas falhas”²⁰. Portanto, é a partir das crises econômicas que demonstraram as falhas do neoliberalismo que as normas existentes nos BITs começaram a ser desqualificadas como suficientes para regulamentar o IED²¹. Assim, temos o primeiro evento de desqualificação dos Acordos Bilaterais de Investimento.

1. CRISES ECONÔMICAS

A liberalização, promoção e proteção²² dos investimentos encontraram questionamentos com as sucessivas crises econômicas que refletiram no globo como um todo provenientes da Ásia e Rússia no final da década de 90²³ e Estados Unidos no início do século XXI.

No presente artigo, evidencia-se sobretudo seus efeitos na Argentina, país sul-americano o qual, devido a uma profunda crise pela qual passou nos primeiros anos século XXI²⁴, tomou medidas visando a diminuição do déficit público e o interesse nacional as quais impingiram altos custos às empresas privadas e privatizadas²⁵.

¹⁸ NEWCOMBE, Andrew; PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2009, p. 42.

¹⁹ Brigitte Stern analisa os famosos casos Pyramids (SPP v. Egypt) que ocorreu em 1988, *Tradex Hellas v. Albania*, em 1994 e *AMT v. Congo*, em 1993. Em síntese, a autora comenta que estes casos são fortemente questionáveis por acadêmicos pelo fato dos tribunais arbitrais interpretarem as cláusulas dos acordos de investimento discutido de modo diverso que os Estados e o direito consuetudinário internacional entendiam ser devido, beneficiando, por conta disso, os países desenvolvidos. Para maior conhecimento sobre as interpretações expansivas do ICSID nesses casos conferir STERN, Brigitte. *The Future of International Investment Law: A balance Between the protection of investors and the States Capacity to Regulate*. In: ALVAREZ, Jose E. SAUVANT, Karl P. *The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options*. Oxford University Press. New York, 2011.

²⁰ SORNARAJAH, Op. cit., p. 46.

²¹ Id. Ibid.

²² UNCTAD, 2005, p. 12.

²³ WAIBEL, Michael. *Opening Pandora's Box: Sovereign Bonds in International Arbitration*; American Journal of International Law, Vol. 101, pp. 711-759, 2007, p. 712.

²⁴ SORNARAJAH, Op. cit., p. 47.

²⁵ Cf. MEINERO, Fernando Pedro. Tratamento justo e equitativo a investimentos estrangeiros na Argentina. Análise das expectativas legítimas na jurisprudência do ICSID. RSTPR, Asunción, v. 3, n. 5, p. 115-136, Mar. 2015.

Como resultado de sua política econômica, entre 2000 e 2005 o país foi demandado em 45 casos dos 60 registrados até abril de 2018²⁶. Essa pluralidade de ações que surgiram devido ao mesmo evento econômico no país levou a decisões consideradas por vários autores como inconsistentes e contraditórias²⁷. Por conta disso, um bom exemplo para evidenciar as desqualificações do sistema advém dessa crise em que se encontrou a Argentina no início do século XXI aonde, por meio de um mesmo evento econômico, cortes arbitrais chegaram a resultados distintos.

Alvarez e Kahmsi verificaram que no caso *CMS v. Argentina*, por exemplo, foi considerado que a situação econômica era grave, mas não caracterizaria estado de necessidade, condenando o Estado. No caso *LG&E v. Argentina*, por outro lado, os árbitros reconheceram que a crise financeira poderia ser considerada uma situação de necessidade e absolveram o país durante o período considerado como estado de necessidade. Ambos os casos foram julgados a partir do BIT EUA-Argentina e ambas as empresas eram concessionárias de serviços de transmissão e distribuição de gás²⁸.

Neste sentido, analisando essas e outras decisões arbitrais Sornarajah verifica que a interpretação de padrão justo e equitativo foi expandida por árbitros, os quais interpretaram que o tratamento justo era aquele que os investidores esperavam quando assinaram os BITs²⁹. Claro, a criação de normas abertas dava aos árbitros a capacidade de reinterpretarem determinadas expressões nos acordos bilaterais de proteção, contudo, tais normas passaram a ser interpretadas bem além da intenção dos Estados³⁰.

Pelo exposto brevemente, é possível notar que o caso argentino é emblemático principalmente devido a dois fatores. Em um primeiro plano, as interpretações que foram dadas em decorrência das ações soberanas estatais Argentinas tomadas em defesa do interesse

²⁶ Pesquisa realizada por meio do site da UNCTAD. United Nations Conference on Trade and Development. Policy Hub. <http://investmentpolicyhub.unctad.org/ISDS/AdvancedSearch#>. Acesso em: em 28 de março de 2018.

²⁷ ORTINO, Federico. *Substantive Provisions in IIAs and Future Treaty-Making: Addressing Three Challenges*. E15Initiative. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum, 2015, p. 6.

²⁸ Cf. ALVAREZ, Jose E. KHAMSI, Kathryn. *The Argentine Crises and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of the Investment Regime*. In: SAUVANT, Karl P. *Yearbook on International Investment Law & Policy 2008-2009*. Oxford University Press, 2009, p. 379. e STANIMIR, Alexandrov. *On the Perceived Inconsistency in Investor-State Jurisprudence*. In: ALVAREZ, Jose E. SAUVANT, Karl P. *The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options*. Oxford University Press. New York, 2011, p. 65. Cf. ALVAREZ, Jose E. KHAMSI, Kathryn. *Op. cit.*, p. 379.

²⁹ SORNARAJAH, *Op. cit.*, p. 46-47.

³⁰ *Id.* Ibid. FRANCK, Susan D. *Op. cit.*, p. 73.

público – em caso de profunda crise econômica e caracterizado o estado de necessidade, segundo sua própria constituição – não foi assim reconhecido pelos tribunais arbitrais. Tal fato fez com que se iniciassem questionamentos dos demais países em desenvolvimento acerca da sua capacidade de regular em prol do interesse público, percebendo que, na realidade, algumas decisões restringiam a própria soberania nacional.

Em um segundo plano, a importância do evento argentino advém do fato de que, com isso, evidenciou-se ainda mais a assimetria das proteções substantivas dos acordos bilaterais de investimento por meio da inconsistência das decisões arbitrais³¹. Elas vinham sendo percebidas desde a década de 80³², mas tomaram ainda mais forma após crises econômicas, já que estas tornaram mais evidentes a situação de risco em que submetidas as economias em desenvolvimento³³.

A partir deste momento, aumentaram o número de críticas em busca de desestruturar o sistema como a de que as decisões arbitrais favoreciam os interesses de corporações multinacionais em detrimento do interesse público³⁴. Posições mais radicais passaram até mesmo a questionar a idoneidade dos árbitros, ponderando que suas decisões eram calcadas em interesses pessoais, acadêmicos e sua reputação para futuros apontamentos³⁵. Entretanto, uma breve reflexão faz-nos visualizar que – com algumas exceções, é verdade – talvez tais laudos fossem apenas o mero reflexo dos acordos que, conforme visto, eram desequilibrados.

A crise de 2008 também levou a uma mudança expressiva no modo de interpretação da aptidão dos BITs para a regulamentação do IED. Conforme narra Susan Franck, durante a campanha presidencial americana daquele ano, comentava-se acerca da necessidade de se afastar deste tipo de regulamentação e reconsiderar a participação dos EUA no NAFTA, bem como sua retirada do Centro Internacional de Arbitragem e Disputas sobre Investimento (ICSID)³⁶. Tudo isso, com vistas a proteger a soberania estatal estadunidense em crise e aumentar ainda mais sua capacidade de regular em prol da defesa nacional³⁷.

³¹ NEWCOMBE; PARADELL, Op. cit., p. 42.

³² Verificar nota de rodapé nº 19 e o texto que a acompanha.

³³ SORNARAJAH, Op. cit., p. 45. UNCTAD. United Nations Conference On Trade And Development. *World Investment Report 2013: global value chains: investment and trade for development*. New York: 2013, p. 110-111.

³⁴ SORNARAJAH, Op. cit., p. 46.

³⁵ JOOST, Pauwelyn. *At the Edge of Chaos? Foreign Investment Law as A Complex Adaptive System, How It Emerged And How It Can Be Reformed*. January 24, 2014, p. 22.

³⁶ FRANCK, Susan D. Op. cit., p. 76

³⁷ Id. p. 75.

Neste período, outros países como França, Alemanha, Islândia e Inglaterra se engajaram em uma maior regulamentação econômica que impactou nas disposições dos BITs e nas negociações de empresas multinacionais e investidores estrangeiros³⁸.

Não somente devido a crise econômica que também atingiu os países desenvolvidos estes buscavam reequilibrar as disposições nos acordos. A desmistificação dos atores receptores e exportadores de IED também foi motivo importante para essa mudança e para a desqualificação dos BITs como vinham se desenvolvendo até então.

2. DESMISTIFICAÇÃO DA ORIGEM DOS FLUXOS DE INVESTIMENTO

Como muito se falou, até então os acordos haviam sido esboçados por países exportadores de capital e ofertados para os países em desenvolvimento³⁹. Entretanto, especialmente após a década de 90, com a ascensão de novas economias⁴⁰, os fluxos de investimento passaram a ocorrer em todos os sentidos, fazendo com que a velha distinção entre países exportadores e importadores de capital se desmistificasse. Os fluxos não tinham como origem apenas os países desenvolvidos e nem como destino apenas os em desenvolvimento⁴¹.

Alvarez e Sauvart consideram que o crescimento de investimentos provenientes dos países em desenvolvimento mudou o cenário do Investimento Estrangeiro Direto e é por isso que este acontecimento é importante para a desqualificação dos BITs. Os autores afirmam que os países em desenvolvimento começaram a se incomodar com o aumento de multinacionais dos países em desenvolvimento⁴². Sauvart, em outra obra, pondera que não demorou muito para que os países desenvolvidos se sentissem ameaçados e passassem a tomar medidas para impor restrições para sua entrada em seus mercados, sobretudo em casos em que fossem realizadas fusões ou aquisições em setores privilegiados e sensíveis da economia. Evidentemente, os países desenvolvidos não queriam estar submetidos às mesmas cláusulas de proteção expansivas estabelecidas nos BITs.

Como resultado, países como Austrália, Canadá, Alemanha e Estados Unidos começaram a se tornar mais cautelosos com a regulamentação do IED e começaram a criar

³⁸ Id. Ibid.

³⁹ ALVAREZ, Jose E. SAUVANT, Karl P. Op. cit., p. xxxiii.

⁴⁰ UNCTAD. *World Investment Report 2006: FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development*. New York, Geneva, 2006, p. 103.

⁴¹ Cf. UNCTAD, 2006, p. 105-115.

⁴² ALVAREZ, Jose E. SAUVANT, Karl P. Op. cit., p. xxxiv.

clarificações em regulamentações nacionais e inclusive a reformar e criar novos modelos de BITs que não os prejudicassem⁴³.

Os Estados Unidos, por exemplo, apesar de não terem sido condenados em uma arbitragem investidor-Estado, em 2004 mudaram seu antigo modelo desenvolvido em 1994 para um novo capaz de acomodar interesses nacionais de modo a criar defesas para casos em que ele fosse responsabilizado por violação dos padrões de tratamento dos tratados⁴⁴.

A movimentação dos países desenvolvidos para a reformulação dos BITs já é evidência que por si só evidencia que tais acordos eram desequilibrados. Quando os próprios países desenvolvidos os provaram, buscaram alterar suas cláusulas devido ao desconforto do limite de sua capacidade de regular⁴⁵.

A mudança do modelo de BIT estadunidense advém da sua experiência em no seu acordo de livre comércio junto ao NAFTA. O capítulo XI do NAFTA que trata da regulamentação de investimento tem disposições muito similares àquelas existentes nos BITs, dando substancial proteção aos investidores⁴⁶. Ocorre que o Canadá também faz parte do acordo e diversos de seus investidores fizeram aportes significativos em seu vizinho estadunidense. Com isso, os Estados Unidos foram demandados em diversos litígios tanto pelo Canadá, quanto pelo México. A prova das disposições protetivas expansivas fez com que o país repensasse sua política quanto à regulamentação de IED⁴⁷.

Sendo assim, os países desenvolvidos também começaram a se tornar mais conscientes de seu status como países receptores de investimento. Na posição de serem sujeitos passivos em casos arbitrais, começaram a ansiar pelo reequilíbrio dos acordos⁴⁸, vez que a falta de flexibilidade dos antigos tratados decorrentes de previsões excessivamente abertas começaram a prejudica-los.

⁴³ SAUVANT, Karl P. 2011, p. 9, 15.

⁴⁴ SORNARAJAH, Op. cit., p. 39. SAUVANT, Karl P. 2011, p. 11.

⁴⁵ GAGNÉ, MORIN. The Evolving American policy on investment protection: evidence from recent FTAs and the 2004 model BIT. *Journal of International Economic Law*. v. 9 (2), 2006, p. 357-358.

⁴⁶Cf. VANDEVELDE, Kenneth J. *A comparison of the 2004 and 1994 U.S. Model BITs: Rebalancing investor and host country interests*. In: SAUVANT, Karl P. *Yearbook on International Investment Law & Policy 2008-2009*. Oxford University Press, 2009, p. 285.

⁴⁷ BLACKWOOD, Elizabeth, MCBRIDE, Stephen. Investment as the Achilles Heel of Globalisation?: The Ongoing Conflict between the Rights of Capital and the Rights of States. *Policy And Society*, [s.l.], v. 25, n. 3, p.43-67, jan. 2006. Informa UK Limited, p. 358.

⁴⁸ HASE, Andrés Moncayo von. La protección de las inversiones extranjeras: consecuencias de su internacionalización. *Ciudadanos: Revista de Crítica Política y Propuesta*. Buenos Aires, año 2, nº 6, 2003, p. 80.

3. PARTICIPAÇÃO DA SOCIEDADE CIVIL

No cenário de aumento das disputas relativas ao investimento, a sociedade civil e organismos internacionais começaram a surgir para auxiliar a reorientação dos BITs por meio do questionamento das suas inconsistências. Em particular, o advento de atores não estatais, tais como Organizações não Governamentais (ONGs) no cenário internacional e o aumento do foco na política pública e justiça global levaram a uma ênfase na busca por uma ordem internacional legal e justa que visasse o respeito aos direitos humanos, ambientais e trabalhistas⁴⁹.

Tais atores aliaram forças ao Estado na tentativa de reagir à diminuição da capacidade regulatória do estado e a interpretação expansiva também dada em determinadas decisões arbitrais⁵⁰. Sua importância começou a ser revelada sobretudo por meio da sua participação como *amicus curiae* em órgãos de apelação no mundo, tais como a Organização Mundial do Comércio (OMC), que iniciou em 1998⁵¹.

Após sua primeira participação, começou-se a discutir a mesma possibilidade em arbitragens investidor-Estado relacionada a investimento, já que principalmente nestas, as implicações dos laudos arbitrais vão muito além do âmbito comercial, podendo impactar objetivos tais relacionados à política pública, saúde e segurança⁵², portanto, diretamente ligado aos interesses dos cidadãos. Após sua aceitação no NAFTA, finalmente a participação de terceiros passou a ser aceita no ICSID⁵³.

O aumento de ONGs e a participação de membros da sociedade civil na desqualificação dos BITs foram essenciais para a percepção de falta de transparência no sistema arbitral estabelecido⁵⁴, sobretudo pelo fato de que tais participações tornam mais claros os padrões e relações de poder com as quais foram estabelecidas tais acordos⁵⁵. Neste viés, Miles argumenta, acerca da importância dos movimentos sociais, já que por causa de sua participação, vários protestos e lobbies começaram a serem realizados. Devido a eles, também a sociedade civil passou a perceber os desequilíbrios estabelecidos nos BITs e a pressionar

⁴⁹ MILES, Op. cit., p. 291.

⁵⁰ SORNARAJAH, Op. cit., p. 45. Cf. MILES, Op. cit. p. 21-40.

⁵¹ Cf. STERN, Brigitte. Ingresso da Sociedade Civil na Arbitragem entre Estado e Investidor. Revista de Arbitragem e Mediação v. 1, n. 1, p. 101-113, jan./abr.,2004.

⁵² COSBEY, et al., *Investment Treaties and Why They Matter to Sustainable Development*, 2011, p. 3.

⁵³ STERN, Brigitte. Op. cit., p. 188.

⁵⁴ COSBEY, Op. cit., p. 3.

⁵⁵ MILES, Op. cit., p. 103.

investidores para que tomassem decisões que coadunassem com o desenvolvimento econômico sustentável e responsabilidade corporativa⁵⁶.

CONCLUSÃO

Os acordos foram assinados em êxtase no final do século XX. Sua aceitação como forma de regulamentação do IED deu-se pela crença de que estes promoveriam a entrada de capital estrangeiro e, também, pelo fato de serem bilaterais. Ou seja, se o investidor de um país tinha proteções que o beneficiavam, o investidor do outro país também as tinha. Essa percepção positiva esmoreceu após alguns anos quando os acordos foram postos em prática por determinados eventos econômicos, sociais e jurídicos, evidenciou-se seu desequilíbrio.

Uma percepção de sua desigualdade aflorou com as crises econômicas despertadas pela política neoliberalista. Pelo fato de os fluxos de investimento serem direcionados em sua grande maioria dos países desenvolvidos para os em desenvolvimento, as proteções dispostas nos BITs atingiam apenas os investidores estrangeiros dos países desenvolvidos, beneficiando multinacionais e a remessa de divisas para o exterior. Por outro lado, os países em desenvolvimento tinham a restrição da sua capacidade de regular e de atuar em prol do seu interesse nacional, já que o país receptor de aportes deveria se conter de tomar medidas que prejudicassem o investidor.

Neste cenário o desequilíbrio se evidenciou, principalmente quando os BITs foram utilizados como fonte normativa para as decisões arbitrais. Em que pese a ideia de um tribunal neutro ser utilizada como justificativa para a sobreposição de uma jurisdição internacional como forma concessão de segurança aos investidores, vários laudos prejudicaram os Estados receptores de investimento. Reflexão das disposições dos próprios tratados ou, conforme posições mais radicais, influência dos países desenvolvidos na imparcialidade e independência dos árbitros, fato é que a existência de sentenças contraditórias – ainda que sendo a exceção – e a interpretação irrazoável de disposições contratuais levaram a instabilidade do sistema.

Outro ponto que demonstrou a desqualificação dos BITs foi o florescimento das economias em desenvolvimento. Este fator econômico fez com que os fluxos passassem a ser realizados em direção aos países desenvolvidos, tendo como origem os países em desenvolvimento. A relação entre essas partes era logicamente regida pelos BITs que por

⁵⁶ Ibid. p. 121.

serem acordos bilaterais, também valiam para os investidores dos países em desenvolvimento buscando realizar fusões e aquisições em empresas dos países desenvolvidos. Por conta disso, nasceu um desconforto nos países desenvolvidos no recebimento destes aportes.

Tal fato fez com que estes países buscassem reequilibrar os acordos de investimento. Até porque, esses países passaram a ocupar a posição antes ocupada pelos países em desenvolvimento, tanto no que toca a sua política nacional, (na necessidade de expropriar o investimento em face do interesse e segurança da população) quanto também nos tribunais arbitrais (frente à proteção concedida aos investidores). A busca de reformar e alterar dos BITs, tornou ainda mais claro que estes, conforme postos, não era um meio justo e eficaz para regulamentação de IED, tornando ainda mais claro sua desqualificação.

O último fator que a bibliografia revisada revelou como relevante para a desqualificação dos BITs, foi a percepção pela sociedade civil dos seus desequilíbrios. Várias organizações passaram a reivindicar seu papel dentro das arbitragens internacionais de modo a garantir que interesses dos nacionais também fizessem parte das ponderações dos árbitros enquanto estes decidiam questões relativas ao interesse nacional. As imposições dos movimentos sociais foram importantes pois aliaram forças junto ao Estado na busca por desqualificar o sistema e pressionar investidores a agirem de modo justo e sustentável e fez com que se percebesse que tais assuntos não deveriam ser preocupações apenas dos países em desenvolvimento.

Esse desequilíbrio, notado pelos países desenvolvidos e em desenvolvimento por meio de crises econômicas e também pela sociedade civil, reflete na situação atual de diminuição de acordos celebrados recentemente e nas reformas, denúncias e término dos já existentes. Deste modo, nota-se que a desqualificação dos BITs deu-se devido as suas próprias disposições que, em um primeiro momento podem levar a ideia de equilíbrio, mas quando postas em evidência com eventos que levam sua aplicação, demonstram que, na realidade, eles são desequilibrados. Tal cenário evidencia a necessidade de readequação do sistema de regulamentação de investimento estrangeiro direito no globo e a busca de método mais eficaz e sustentável.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVAREZ, Jose E. SAUVANT, Karl P Introduction: International Investment Law in Transition. In: _____, *The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options*. Oxford University Press. New York, 2011.

_____, Jose E. KHAMSI, Kathryn. The Argentine Crises and Foreign Investors: A Glimpse into the Heart of the Investment Regime. In: ed. By. SAUVANT, Karl P. *Yearbook on International Investment Law & Policy 2008-2009*. Oxford University Press, New York, 2009.

BLACKWOOD, Elizabeth, MCBRIDE, Stephen. Investment as the Achilles Heel of Globalisation?: The Ongoing Conflict between the Rights of Capital and the Rights of States. *Policy And Society*, [s.l.], v. 25, n. 3, p.43-67, jan. 2006.

COSBEY, et al., *Investment Treaties and Why They Matter to Sustainable Development*. 2011. Disponível em: <https://www.iisd.org/sites/default/files/publications/investment_treaties_why_they_matter_sd.pdf>. Acesso em 5 de julho de 2018.

FRANCK, Susan D. Considering Recalibration of International Investment Agreements: Empirical Insights. In: ALVAREZ, Jose E. SAUVANT, Karl P. *The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options*. Oxford University Press. New York, 2011, p. 72-94.

GAGNÉ, MORIN. The Evolving American policy on investment protection: evidence from recent FTAs and the 2004 model BIT. *Journal of International Economic Law*. v. 9 (2), 2006.

GERMANY. *Treaty between the Federal Republic of Germany and Pakistan for the Promotion and Protection of Investments*. Boon, Belgic, November 1959. Disponível em: <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/1387>>. Acesso em 4 de abril de 2018.

GUZMAN, A. *Why LDCs Sign Treaties that Hurt Them: Explaining the Popularity of Bilateral Investment Treaties*. Berkeley Law Scholarship Repository, 1998.

HASE, Andrés Moncayo von. La protección de las inversiones extranjeras: consecuencias de su internacionalización. *Ciudadanos: Revista de Crítica Política y Propuesta*. Buenos Aires, año 2, nº 6, 2003

HORN, Henrik, TANGERAS, Thomas. *Economics and Politics of International Investment Agreements*. IFN Working Paper nº 1140, Research Institute of Industrial Economics, Suíça, 2016

IISD. *Ecuador denounces its remaining 16 bBITs and publishes CAITISA audit report*. 2017. Disponível em: <<https://www.iisd.org/itn/2017/06/12/ecuador-denounces-its-remaining-16-bits-and-publishes-caitisa-audit-report/>>. Acesso em 29 de junho de 2018.

MEINERO, Fernando Pedro. Tratamento justo e equitativo a investimentos estrangeiros na Argentina. Análise das expectativas legítimas na jurisprudência do ICSID. *RSTPR*, Asunción, v. 3, n. 5, p. 115-136, Mar. 2015. Disponível em: <http://scielo.iics.una.py/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2304-78872015000500115&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 26 de abril de 2018.

MILES, Kate. *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital*. New York: Cambridge University Press, 2013

ORTINO, Federico. *Substantive Provisions in IIAs and Future Treaty-Making: Addressing Three Challenges*. E15Initiative. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum, 2015.

RANIERI, Nicola W. NAFTA: An Overview. In: TRAKMAN, Leon E. RANIERI, Nicola W. *Regionalism in International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2013, p. 88-119.

SAUVANT, Karl P. Driving and Countervailing Forces: A Rebalancing of National FDI Policies. In. ed. by. _____. *Yearbook on International Investment Law & Policy 2008-2009*. Oxford University Press, New York, 2009.

_____, Karl P. *The regulatory framework for investment: where are we headed?* Research in Global Strategic Management, Volume 15, 407–433. Emerald Group Publishing, 2011. Disponível em: < http://ccsi.columbia.edu/files/2013/12/sauvant_framework.pdf>. Acesso em 2 de julho de 2018.

SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *Resistance and Change in the International Law on Foreign Investment*. New York: Cambridge University Press, 2015.

STERN, Brigitte. The Future of International Investment Law: A balance Between the protection of investors and the States Capacity to Regulate. In: ALVAREZ, Jose E. SAUVANT, Karl P. *The Evolving International Investment Regime: Expectations, Realities, Options*. Oxford University Press. New York, 2011.

_____. Ingresso da Sociedade Civil na Arbitragem entre Estado e Investidor. *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 1, n. 1, p. 101–113, jan./abr., 2004.

TRAKMAN, Leon E. Bilateral Trade and Investment Agreements. In: _____. RANIERI, Nicola W. *Regionalism in International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2013.

_____, RANIERI, Nicola W. Foreign Direct Investment: A Historical Perspective. In: _____. *Regionalism in International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2013, p. 14-26.

UNCTAD. United Nations Conference on Trade and Development. *World Investment Report 2018: Investment and New Industrial Policies*. New York; Geneva: United Nation Publications, 2018.

_____. United Nations Conference on Trade And Development. *World Investment Report 2017: Investment and Digital Economy*, 2017, New York: 2017.

_____. United Nations Conference on Trade And Development. *World Investment Report 2013: global value chains*. New York: 2013.

_____. United Nations Conference on Trade And Development. *World Investment Report 2006: FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development*. New York, Geneva. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/wir2006_en.pdf>. Acesso em 6 de julho de 2018.

_____. United Nations Conference on Trade and Development. *Key Issues*. New York; Geneva: United Nation Publications, 2005a. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/iteiit200410_en.pdf>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2018.

_____. United Nations Conference on Trade and Development. *Investment Policy Hub. International Investment Agreements Navigator*. <<http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/27#iiaInnerMenu>>. Acesso em 22 de maio de 2018.

VANDEVELDE, Kenneth J. *A comparison of the 2004 and 1994 U.S. Model BITs: Rebalancing investor and host country interests*. In: SAUVANT, Karl P. *Yearbook on International Investment Law & Policy 2008-2009*. Oxford University Press, 2009

WAIBEL, Michael. *Opening Pandora's Box: Sovereign Bonds in International Arbitration*; *American Journal of International Law*, Vol. 101, pp. 711-759, 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1566482>>. Acesso em 20 de junho de 2018.

**MOTIVOS DE IMPEDIMENTO DO ÁRBITRO: UMA COMPARAÇÃO ENTRE O
CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E AS *IBA GUIDELINES ON
CONFLICTS OF INTEREST IN INTERNATIONAL ARBITRATION***

*Juliana Blanco de Oliveira*¹

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo verificar a aproximação entre dois diplomas jurídicos distintos. Tal análise é realizada por meio da comparação entre os institutos de impedimento e suspeição de juízes, disciplinados no Código de Processo Civil Brasileiro e as hipóteses de conflito de interesse previstas nas IBA Guidelines. Esta análise foi elaborada a partir de pesquisas realizadas durante preparação para o *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*, a fim de verificar se os critérios apresentados nas IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, para o afastamento dos árbitros, convergem com aqueles disciplinados no Código de Processo Civil. Realizada tal comparação, percebe-se que há diversos pontos de convergência entre os diplomas estudados, mesmo se tratando de métodos heterocompositivos distintos. Destacam-se os casos em que há interesse pecuniário do juiz ou árbitro em relação ao ganho ou perda de uma das partes, o que pode ser observado, tanto nos incisos VI, do Art. 144, III e IV do Art. 145 do Código de Processo Civil, quanto no item 1.3, o qual está inserido na Non-Waivable Red List das IBA Guidelines.

ABSTRACT: This study aims to verify the approximation between two different legal acts. This observation is made through the comparison between the institutes of impediment and suspicion of judges disciplined in the Brazilian Code of Civil Procedure and the hypotheses of conflict of interest foreseen in the IBA Guidelines. This analysis is based on research carried out during preparation for the *Willem C. Vis International*

¹ Graduanda em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Pesquisadora PIBIC/CNPq na área de Direito Internacional Privado. E-mail: jullianablanco@gmail.com. Telefone: (48) 991183110. Currículo Lattes: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K2796987E0>

Commercial Arbitration Moot in order to verify if the criteria presented in the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration converge with those disciplined in the Code of Civil Procedure. After making such comparison, it is noticed that there are several points of convergence between the two studied diplomas, even if they are different heterocompositive methods. Particularly noteworthy are the cases in which there is a pecuniary interest of the judge or arbitrator in relation to the gain or loss of one of the parties, which can be notice in items VI of Article 144, III and IV of Article 145 of the Brazilian Code of Civil Procedure and in item 1.3, which is included in the Non-Waivable Red List of the IBA Guidelines.

KEYWORDS: IBA Guidelines; arbitral removal; international commercial arbitration.

INTRODUÇÃO

No cenário internacional, a arbitragem vem adquirindo cada vez maior protagonismo e se mostrando como o método mais adequado para a resolução de conflitos entre sujeitos envolvidos no comércio internacional. Junto com sua exponencial difusão, cresce e passa a demandar especial atenção a preocupação em relação à imparcialidade e independência dos árbitros, uma vez que esses consistem em aspectos basilares para o correto funcionamento deste instituto.

Desta forma, no ano de 2014, a International Bar Association publicou uma nova e revisada versão das IBA Guidelines on Conflicts of Interest, a qual consiste em um diploma jurídico com status de *soft law*. Este diploma tem como objetivo guiar e orientar as partes, advogados e árbitros em relação a sua imparcialidade e independência, visando um procedimento arbitral livre de vícios e conflitos de interesse.

A partir do estudo do referido diploma, no que se refere à arbitragem, analisa-se em quais aspectos ele se assemelha ao Código de Processo Civil Brasileiro, em relação aos critérios utilizados para avaliação da independência e imparcialidade dos juízes, de acordo com os incisos dos Arts. 144 e 145 do referido Código.

Assim, tendo como norte a aproximação entre o Código de Processo Civil Brasileiro e as IBA Guidelines on Conflicts of Interest, o presente trabalho é dividido em duas partes. Na

primeira, serão analisadas as IBA Guidelines on Conflicts of Interest, apresentando seu cenário de publicação e revisão, sua natureza e estrutura, a qual divide-se em princípios gerais e listas. Já a segunda parte traz uma breve recapitulação quanto às hipóteses de impedimento e suspeição dos juízes, de acordo com o Código de Processo Civil Brasileiro, juntamente com uma comparação entre os institutos em análise, tendo como foco suas principais convergências.

Para atingir o objetivo deste trabalho, foi utilizado o método dedutivo, através da análise de fontes bibliográficas, principalmente obras e artigos sobre arbitragem internacional e *guidelines*, bem como as próprias IBA Guidelines on Conflicts of Interest. Além disso, foram analisadas, também, doutrinas brasileiras sobre o Código de Processo Civil de 2015, com fulcro no que diz respeito ao impedimento e suspeição dos juízes. Ainda, ressalta-se que esta pesquisa segue as normas atualizadas da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

2. AS “INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (IBA) GUIDELINES ON CONFLICTS OF INTEREST” E SUA APLICABILIDADE NA ARBITRAGEM INTERNACIONAL

A preocupação com a imparcialidade dos árbitros data de mais de três décadas, quando em 1987, com o objetivo de fomentar a isonomia nos procedimentos arbitrais, bem como a padronização internacional das regras aplicáveis ao procedimento arbitral, a International Bar Association – IBA², editou um código de conduta para árbitros, o qual viria a se converter nas IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration.³

Tal código de conduta visava resolver alguns problemas em relação à imparcialidade e independência dos árbitros, sendo que a parcialidade existe quando um árbitro favorece uma das partes, ou quando já realizou um pré-julgamento em relação à

² A International Bar Association, fundada em 1947, é uma associação de juristas internacionais, associações de advogados e sociedades jurídicas. Atualmente, a IBA possui mais de 80.000 advogados individuais e 200 associações de advogados e sociedades jurídicas.

³ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Imparcialidade na Arbitragem e Impugnação aos Árbitros. *Revista de Arbitragem e Mediação* São Paulo: Thomson Reuters, v. 39, out-dez, 2013.

matéria objeto da disputa. Já a dependência surge quando há uma relação entre o árbitro e uma das partes, ou com alguém próximo a uma das partes.⁴

Entretanto, antes de se adentrar propriamente no conteúdo dessas *guidelines*, é necessário compreender a sua natureza de *soft law*. Nesse sentido, Carlos Alberto Carmona é cirúrgico ao defini-las como:

Soft laws não são leis, não são regras, não são comandos: são diretrizes, orientações, esclarecimentos, aconselhamentos que objetivam harmonizar (não uniformizar!) comportamentos e perspectivas, especialmente no âmbito internacional.⁵

Ou seja, deve-se ter claro que estas regras não se revestem de força obrigatória para os árbitros ou para as partes, a não ser em caso de acordo expresso⁶, elas apenas buscam fornecer nortes importantes e razoáveis para o provável árbitro e partes avaliarem no momento da indicação, como também durante todo o processo arbitral.⁷

Tendo clara a noção de *soft law*, pode-se partir para o contexto de criação das IBA Guidelines on Conflicts of Interest. Confeccionadas no ano de 2004, essas regras foram criadas por um grupo de dezenove *experts*, os quais almejavam a sua aplicação tanto na arbitragem comercial, quanto de investimentos. Assim, após uma década de aplicação deste diploma, às vésperas do seu décimo aniversário, foi considerado apropriado revisar a experiência que se acumulou ao decorrer de sua vigência, a fim de clarear certas áreas e sanar eventuais lacunas.⁸

Desta forma, em 2012, o Subcomitê de Conflitos de Interesse (*Conflicts of Interest Subcommittee*) deu início à revisão deste diploma jurídico. A partir desta revisão, concluiu-se

⁴ Ibidem.

⁵ CARMONA, Carlos Alberto. *Breves Considerações Críticas Acerca das Diretrizes da International Bar Association sobre a representação de parte na Arbitragem Internacional*. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 40, p.1-19, jan. 2014, p. 1.

⁶ LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez. *Arbitragem: Temas Contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

⁷ LEMES, Selma Ferreira. *A Independência e a Imparcialidade do Árbitro e o Dever de Revelação*. In: III CONGRESSO DO CENTRO DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO E INDÚSTRIA PORTUGUESA (CENTRO DE ARBITRAGEM COMERCIAL)”, Coimbra: Almedina, 2010.

⁸ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*. Londres, 2014. Tradução Livre.

que, embora não houvesse necessidade de se alterar a abordagem básica das diretrizes de 2004, a divulgação de informações deveria ser requerida em certas circunstâncias não contempladas na primeira versão das diretrizes. Por fim, em 2014 foi publicada a versão revisada das IBA Guidelines on Conflicts of Interest.⁹

Nessa versão, as IBA Guidelines se encontram divididas em duas partes básicas. A primeira traz sete “Princípios Gerais” de imparcialidade, juntamente com notas explicativas. Já a segunda parte apresenta modalidades específicas de conflitos, nos quais a imparcialidade frequentemente aparece, tais circunstâncias podem ser caracterizadas como “proibidas”, as quais estão na “Lista Vermelha”; “permitidas”, presentes na “Lista Verde” e “outras”, que constam na “Lista Laranja”, a qual trata de diversas situações em que se poderia arguir possível conflito de interesse.¹⁰

Os Princípios Gerais articulam regras relativas à imparcialidade, divulgação de informações e renúncia de árbitros, concentrando-se em dois conjuntos relacionados de obrigações: a) a obrigação de os árbitros e futuros árbitros revelarem certas circunstâncias que possam dar origem a dúvidas sobre sua imparcialidade (Princípio Geral 3) e b) a obrigação de que os árbitros sejam imparciais e independentes (Princípio Geral 2).¹¹

O Princípio Geral fundamental das IBA Guidelines consiste no fato de que “todo árbitro deve ser imparcial e independente das partes desde o momento da aceitação da nomeação para servir e deve assim permanecer durante todo o procedimento arbitral, até que a sentença final seja proferida”. Este princípio se aplica para qualquer árbitro, adotando-se o mesmo padrão para co-árbitros e presidentes do tribunal arbitral.¹²

Entretanto, cabe ressaltar que a parte fulcral das IBA Guidelines consiste em suas Listas Verde, Laranja e Vermelha. Essas categorias elaboram os requisitos gerais de imparcialidade e independência.¹³ Destaca-se, especialmente, a Lista Vermelha, a qual se

⁹ Ibidem.

¹⁰ BORN, Gary B. *International Arbitration: Law and Practice*. 2. ed. Netherlands: Wolters Kluwer, 2016. 505 p.140. Tradução Livre.

¹¹ Ibidem.

¹² INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration. Londres, 2014. Tradução Livre.

¹³ BORN, Gary B. 2016. Tradução Livre.

divide em duas sublistas, de eventos renunciáveis e irrenunciáveis, sendo que nesta última o árbitro não poderá atuar nem mesmo se a partes quiserem.¹⁴

A importância desta unificação e padronização em relação às regras do procedimento arbitral deriva do fato de que é necessário que as partes e os árbitros compreendam a natureza e o efeito de um conflito de interesses. É necessário, ainda que os árbitros entendam quando e o que divulgar, bem como de que forma administrar um conflito, uma vez que o identifique ou seja levantado por uma das partes. As partes da arbitragem, por sua vez, precisam entender a natureza e o efeito de um conflito de interesses para identificar quando um árbitro está em conflito e como corrigi-lo de forma eficaz.¹⁵

Por fim, faz-se necessário ressaltar a ampla aceitação do diploma aqui discutido no âmbito do arbitragem internacional. Em pesquisa realizada pela Universidade de Queen Mary, juntamente com o escritório *White and Case*, foi observado que a maioria dos usuários vê tal instrumento como efetivo, sendo inclusive a segunda modalidade de *soft law* mais bem avaliada, contando com aprovação de 60% (sessenta por cento) dos entrevistados.¹⁶

3. O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO E SUA COMPARAÇÃO COM AS “INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (IBA) GUIDELINES ON CONFLICTS OF INTEREST”

A partir do conceito e aplicabilidade das IBA Guidelines dentro da arbitragem no âmbito do Direito Internacional Privado, faz-se necessária uma recapitulação quanto ao Código de Processo Civil Brasileiro e suas possibilidades de impedimento e suspeição de juízes, a fim de que seja possível a comparação entre ambos os diplomas.

Como bem se sabe, a imparcialidade do juiz é fundamental à validade do processo. Se o juiz for considerado parcial, os atos por ele praticados serão nulos e eventual sentença

¹⁴ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. 2013.

¹⁵ TRAKMAN, Leon. The Impartiality and Independence of Arbitrators Reconsidered. UNSW Law Research Paper No. 2007-25; *International Arbitration Law Review*, Sweet & Maxwell, Vol. 10, Int.ALR, p. 999, 2007. Tradução Livre.

¹⁶ MOSES, Margaret. *The Role of the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in Arbitrator Challenges*. Wolters Kluwer, Chicago, n. 1, p.1-1, 23 nov. 2017. Tradução Livre.

de mérito proferida será passível de recurso e, após a coisa julgada, de ação rescisória. Como se vê, a parcialidade do juiz pode causar graves consequências ao processo.¹⁷

Para evitar tais consequências, dentro do Código de Processo Civil Brasileiro, há as hipóteses de suspeição e impedimento dos juízes. Estas últimas são presunções legais de parcialidade, são situações que apontam, clara e objetivamente, a parcialidade do julgador, estando previstas no Art. 144 do CPC.¹⁸

Por outro lado, as hipóteses de suspeição são meros indícios de parcialidade, são hipóteses construídas, muitas vezes, com base em conceitos jurídicos indeterminados (“amigo íntimo”, “inimigo”).¹⁹ Todavia, a razão de uso de uma enumeração construída com termos mais vagos é clara: não há como imaginar todas as situações possíveis de suspeição, mas não se pode tolerar, que um juiz suspeito julgue a causa. Em razão disso, é autorizado que haja certa elasticidade nessas hipóteses, que devem abranger todos os casos em que o juiz não tenha condições de imparcialidade (distanciamento, equilíbrio, equidistância) para julgar a causa. As hipóteses de suspeição estão disciplinadas no Art. 145 do CPC.²⁰

Assim, observa-se que, mesmo se tratando de diplomas jurídicos com naturezas extremamente díspares, há grande aproximação no que diz respeito à abrangência daquilo que buscam disciplinar, sendo inimagináveis todas as causas capazes de interferir na imparcialidade de quem julga.²¹ Com base nesta breve recapitulação quanto as hipóteses de impedimento e suspeição de juízes, segundo o CPC/15, é possível traçar algumas similaridades entre este e as *guidelines* em análise.

Inicialmente, cumpre comparar o inciso III do Art. 144, o qual vê como impedido o juiz da causa em que seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau postule como advogado e o inciso IV do mesmo artigo, que impede a atuação do magistrado quando ele próprio, seu cônjuge ou

¹⁷ ASSIS, Araken de et al. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

¹⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil*, Parte Geral e Processo de Conhecimento. 20. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018. p. 774 a 778.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ ASSIS, Araken de. 2016.

²¹ *Ibidem*.

companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, figurar como parte no processo para com o item 2.3.8 da Lista Vermelha, que fala trata o árbitro que tem uma relação familiar íntima com uma das partes ou com qualquer outra pessoa que tenha uma posição decisória em uma das partes, em uma de suas afiliadas ou no escritório de advocacia que representa uma parte.²²

A segunda convergência se dá em relação ao Art. 144, VIII, que prevê a impossibilidade do magistrado atuar como juiz em casos em que seu cônjuge ou colateral de até terceiro grau atue no escritório de uma das partes²³ e o item 2.3.3, da Lista Vermelha, que fala sobre a hipótese de o árbitro trabalhar no mesmo escritório de advocacia que o advogado de uma das partes.

Outra semelhança, digna de ressalva, contempla o inciso VI do Art. 144, bem como os incisos III e IV do Art. 145, os quais versam sobre o interesse, principalmente financeiro, do juiz em relação a uma das partes²⁴ e o item 1.3 da Lista Vermelha, o qual reúne de forma mais ampla e abrangente a previsão dos três incisos mencionados, falando sobre interesse financeiro ou pessoal significativo do árbitro em uma das partes ou no resultado do caso.

Ainda em relação à Lista Vermelha, há uma aproximação entre o inciso II do Art. 145, o qual vê como suspeita a atuação do magistrado que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa e o item 2.1.1 desta lista, o qual versa sobre o árbitro que prestou assessoria jurídica ou forneceu uma opinião expert para uma parte ou sua filiada, na disputa em pauta.

Destaca-se, também a convergência entre os incisos I e VII do Art. 144 do CPC ao item 1.1 da Lista Vermelha das *guidelines*. Ao passo que os primeiros preveem uma semelhança entre o magistrado e a parte, por ter atuado como mandatário ou por figurar

²² CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; SCHENK, Leonardo Faria. O Justo Processo Arbitral e o Dever de Revelação (disclosure) dos Peritos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 7, p.581-597, 2013.

²³ ARAKEN, Assis de. 2016.

²⁴ *Ibidem*.

como parte de instituição com a qual tenha relação de emprego²⁵, o item da referida lista fala sobre uma identidade entre o árbitro e uma parte ou quando este figura como empregado de uma entidade parte na arbitragem²⁶, restando clara a aproximação entre os itens apresentados.

O último destaque em relação à Lista Vermelha ocorre entre o inciso V do Art. 144, que traz a hipótese de o juiz figurar como sócio ou membro da administração de uma parte²⁷ e o item 1.2 dessa Lista, que versa sobre a presença do árbitro como administrador ou membro do conselho de uma das partes.²⁸

Partindo para a análise da Lista Laranja, há duas convergências dignas de ressalva. A primeira ocorre entre o inciso IX do Art. 144, o qual vê como impedido o juiz que promover ação contra a parte ou seu advogado, com o item 3.4.1 da referida lista, o qual trata sobre o árbitro que tem seu escritório de advocacia em uma disputa com uma das partes ou sua afiliada.

Por fim, apresenta-se a aproximação entre o inciso I do Art. 145, que indica a suspeição de juiz amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados com o item 3.4.4 da Lista Laranja, o qual trata sobre a existência de inimizade entre um árbitro e um gerente, diretor ou membro do conselho fiscal de uma parte ou de uma entidade que tenha interesse econômico direto na sentença; qualquer pessoa que tenha influência controladora em uma das partes ou em afiliada de uma das partes; uma testemunha; ou um especialista.

CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar as convergências entre IBA Guidelines on Conflicts of Interest e o Código de Processo Civil Brasileiro. Para tanto, analisou-se especificamente os incisos I, III, IV, V, VI, VII, VIII e IX do Art. 144 e IV e I, II, III e IV

²⁵ Ibidem.

²⁶ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration. Londres, 2014. Tradução Livre.

²⁷ Ibidem.

²⁸ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. 2013.

do Art. 145 do CPC, comparando-os com os os itens 1.1; 1.2; 1.3; 2.1.1; 2.3.3; 2.3.8; 3.3.6; 3.4.1 e 3.4.4 das referidas *guidelines*.

Com a finalidade de possibilitar tal comparação, primeiramente, fez-se necessário tratar os aspectos gerais das IBA Guidelines on Conflicts of Interest, bem como recapitular alguns aspectos relevantes dos institutos de impedimento e suspeição de juízes, do CPC.

Dessa maneira, no que diz respeito às linhas gerais traçadas para fundamentar a comparação proposta, os principais aspectos abordados foram: a necessidade de fomentar a isonomia nos procedimentos arbitrais, a natureza de *soft law* das *guidelines*, bem como a sua estrutura, contexto de criação e ampla aceitação. Ademais, buscou-se, também, diferenciar o impedimento da suspeição, mostrando que a diferenciação entre estes institutos não é meramente topológica.

Neste sentido, constatou-se que, ainda que as IBA Guidelines sejam caracterizadas pelo seu aspecto de orientação e indicação em matéria de arbitrage comercial internacional, ao passo que o Código de Processo Civil se trata de legislação doméstica ordinária capaz de declarar nulos atos de juízes, há nítida convergência entre ambos os diplomas.

A partir da análise proposta, percebeu-se não apenas que há aproximação, mas também que a redação dos itens e incisos estão buscando, muitas vezes, regular uma mesma situação de conflito de interesse. Ou seja, tanto o legislador brasileiro de 2015, quanto a equipe de *experts* do Comitê de Arbitragem da IBA de 2014, trouxeram as mesmas situações como fatores capazes de tornar questionável a independência e imparcialidade dos julgadores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, Araken de et al. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. *Código de Processo Civil*. Brasília, DF.

BORN, Gary B. *International Arbitration: Law and Practice*. 2. ed. Netherlands: Wolters Kluwer, 2016. 505.

CARMONA, Carlos Alberto. *Breves Considerações Críticas Acerca das Diretrizes da International Bar Association sobre a representação de parte na Arbitragem Internacional*. Revista de Arbitragem e Mediação, v. 40, p.1-19, jan. 2014, p. 1.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro; SCHENK, Leonardo Faria. O Justo Processo Arbitral e o Dever de Revelação (disclosure) dos Peritos. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 7, p.581-597, 2013.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 20. ed. Salvador: Jus Podivm, 2018. 896 p.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration*. Londres, 2014. Tradução Livre. Disponível em: http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx. Último acesso em 03/08/2018.

LEMES, Selma Ferreira; BALBINO, Inez. *Arbitragem: Temas Contemporâneos*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/O%20dever%20de%20revela%C3%A7%C3%A3o%20C3%A1rbitro%20e%20a%20anula%C3%A7%C3%A3o%20de%20anula%C3%A7%C3%A3o-SelmaLemes.pdf>. Acesso em: 01 ago. 2018

LEMES, Selma Ferreira. *A Independência e a Imparcialidade do Árbitro e o Dever de Revelação*. In: III CONGRESSO DO CENTRO DE ARBITRAGEM DA CÂMARA DE COMÉRCIO E INDÚSTRIA PORTUGUESA (CENTRO DE ARBITRAGEM COMERCIAL)”, Coimbra: Almedina, 2010.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Imparcialidade na Arbitragem e Impugnação aos Árbitros*. Revista de Arbitragem e Mediação São Paulo: Thomson Reuters, v. 39, out-dez, 2013.

MOSES, Margaret. *The Role of the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in Arbitrator Challenges*. Wolters Kluwer, Chicago, n. 1, p.1-1, 23 nov. 2017. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2017/11/23/role-iba-guidelines-conflicts-inter-est-arbitrator-challenges/>. Acesso em: 02 ago. 2018.

TRAKMAN, Leon. The Impartiality and Independence of Arbitrators Reconsidered. UNSW Law Research Paper No. 2007-25; *International Arbitration Law Review*, Sweet & Maxwell, Vol. 10, Int.ALR, p. 999, 2007. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=981085>. Acesso em: 27 jul. 2018.

ANEXO I

IBA Guidelines on Conflicts of Interest²⁹	Impedimento e Suspeição Código de Processo Civil
<p>Non-Waivable Red List 1.1 Existe uma identidade entre uma parte e o árbitro, ou o árbitro é uma pessoa jurídica representante ou empregado de uma entidade que seja parte na arbitragem.</p>	<p>Art. 144, I e VII I - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como membro do Ministério Público ou prestou depoimento como testemunha; VII - em que figure como parte instituição de ensino com a qual tenha relação de emprego ou decorrente de contrato de prestação de serviços;</p>
<p>Non-Waivable Red List 1.2 O árbitro é administrador, diretor ou membro do conselho fiscal, ou exerce influência controladora sobre uma das partes ou sobre uma entidade que tenha interesse econômico direto na sentença a ser proferida na arbitragem.</p>	<p>Art. 144, V Quando for sócio ou membro de direção ou de administração de pessoa jurídica parte no processo;</p>
<p>Non-Waivable Red List 1.3 O árbitro tem um interesse financeiro ou pessoal significativo em uma das partes ou no resultado do caso.</p>	<p>Art. 144, VI e Art. 145, III e IV VI - quando for herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de qualquer das partes; III - quando qualquer das partes for sua credora ou devedora, de seu cônjuge ou companheiro ou de parentes destes, em linha reta até o terceiro grau, inclusive; IV - interessado no julgamento do processo em favor de qualquer das partes.</p>
<p>Waivable Red List 2.1.1</p>	<p>Art. 145, II</p>

²⁹ A tabela apresentada consiste em uma compilação dos itens 1.1;1.2;1.3;2.1.1;2.1.2;2.3.3;2.3.8;3.3.6;3.4.1 e 3.4.4 das listas Laranja e Vermelha das IBA Guidelines on Conflicts of Interest e dos incisos dos Arts. 144 e 145 do Código de Processo Civil Brasileiro, que busca mostrar sua convergência.

<p>O árbitro prestou assessoria jurídica ou forneceu uma opinião <i>expert</i> para uma parte ou para uma filiada da parte, na presente disputa.</p>	<p>II - que receber presentes de pessoas que tiverem interesse na causa antes ou depois de iniciado o processo, que aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa ou que subministrar meios para atender às despesas do litígio;</p>
<p>Waivable Red List 2.3.3 O árbitro é um advogado no mesmo escritório de advocacia que o advogado de uma das partes.</p>	<p>Art. 144, VIII Em que figure como parte cliente do escritório de advocacia de seu cônjuge, companheiro ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive, mesmo que patrocinado por advogado de outro escritório;</p>
<p>Waivable Red List 2.3.8 O árbitro tem uma relação familiar íntima com uma das partes ou com um gerente, diretor ou membro do conselho superior ou com qualquer outra pessoa que tenha uma posição decisória similar em uma das partes, em uma de suas afiliadas ou no escritório de advocacia que representa uma parte.</p>	<p>Art. 144, III e IV III - Quando nele estiver postulando, como defensor público, advogado ou membro do Ministério Público, seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; IV - quando for parte no processo ele próprio, seu cônjuge ou companheiro, ou parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive;</p>
<p>Orange List 3.4.1 O escritório de advocacia do árbitro está atualmente em uma disputa com uma das partes, ou com um afiliado de uma das partes.</p>	<p>Art. 144, IX Quando promover ação contra a parte ou seu advogado.</p>
<p>Orange List 3.4.4 Existe inimizade entre um árbitro e um gerente, diretor ou membro do conselho fiscal de uma parte ou de uma entidade que tenha interesse econômico direto na sentença; qualquer pessoa que tenha influência controladora em uma das partes ou em afiliada de uma das partes; uma testemunha; ou um especialista.</p>	<p>Art. 145, I Amigo íntimo ou inimigo de qualquer das partes ou de seus advogados</p>

A FIGURA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA PERANTE A CONVENÇÃO DA HAIA SOBRE OS ASPECTOS CIVIS DO SEQUESTRO INTERNACIONAL DE CRIANÇAS

*Clara Lucia Claudino dos Santos Fantini*¹

*Gabriela Pinheiro*²

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar a figura do melhor interesse da criança conforme a Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças, de 1980, e a relacionando a dois casos que serão apresentados. Dessa forma, o melhor interesse manifesta-se como uma proteção especial à criança e ao seu direito próprio, e encontra-se afirmado nas exceções expostas nos artigos 12 e 13 da Convenção, no intuito de preservar o “bem-estar” do menor de idade, de acordo com o seu nível de integração ao país o qual se encontra. Nesse contexto, a jurisprudência brasileira nem sempre acata a prevalência da figura em relação a outros aspectos legais da Convenção, constatando-se divergências de entendimento acerca da relevância da figura.

PALAVRAS-CHAVE: sequestro internacional; melhor interesse da criança; Convenção da Haia sobre os Aspectos Civis do Sequestro Internacional de Crianças.

ABSTRACT: The following article intends to analyze the figure of the best interest of the child according to the international Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, from 1980, and relating it to two cases which will be presented. Therefore, the best interest manifests itself as a special protection for the child and its own right, and finds itself asserted on the exceptions exposed in the articles 12 and 13 of the Convention, aiming to preserve the “well-being” of the minor, according to his level of settlement in the country in which he finds himself. In this context, the brazilian jurisprudence doesn't always abide by the supremacy of the figure compared with the other legal aspects of the Convention, being verified comprehension divergences regarding to the relevance of the figure.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional *Ius Gentium* UFSC/CNPq. E-mail: clarafantini@gmail.com. Telefone (48) 99653-4475.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Integrante do Grupo de Pesquisa em Direito Internacional *Ius Gentium* UFSC/CNPq. E-mail: gabriela.pinheiro19@hotmail.com. Telefone (55) 99947-9946.

KEYWORDS: international abduction; child's best interest; Hague Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction

INTRODUÇÃO

Por meio de uma retrospectiva histórica e de inserção da figura do melhor interesse da criança na jurisdição brasileira, perceber-se-á que é perante a Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional que ela toma forma de proteção para o que é considerado o melhor para a integridade física e moral da criança.

Este artigo, ao relatar e relacionar dois casos de sequestro internacional que serão apresentados, buscará mostrar a relevância das exceções que trazem a figura em contraponto com outros tópicos da Convenção e sua aplicação na singularidade dos casos.

Através da análise da figura do melhor interesse da criança perante a Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional e seu impacto na jurisprudência brasileira, compreender-se-á, então, a importância de tais mecanismos em um cenário globalizado.

1. A FIGURA DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA DIANTE A CONVENÇÃO DA HAIA DE 1980

Sabe-se que a figura do melhor interesse da criança pode ser considerado uma noção vaga e sujeita a múltiplas interpretações, que resultaria em uma espécie de desculpa para que decisões fora do alcance jurídico fossem tomadas.³ Contudo, ao ser analisado o contexto mundial atual – a partir do princípio da dignidade humana – e as demais normas internacionais propostas para servirem de base para a tomada de decisões, há a percepção de que o reconhecimento da criança como sujeito de direito não implica em uma imposição de privilégios, mas em uma realização da condição natural de fragilidade condicionada pelo desenvolvimento do ser humano.⁴ Há necessidade de reconhecer o menor em sua qualidade como pessoa, não apenas como mero objeto dependente de seus pais ou da arbitrariedade de alguma autoridade.⁵

³ BRUÑOL, Miguel Cillero. El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño. **Justicia y Derechos del Niño**, Santiago de Chile, v. 1, n. 1, p.45-62, nov. 1999

⁴ ANDRADE, Anderson Pereira de. A convenção sobre os direitos da criança em seu décimo aniversário: avanços, efetividade e desafios. **Revista Igualdade XXVIII**, Curitiba, v. 8, n. 28, jul. 2000. Disponível em <<http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-810.html>>. Acesso em: 04/07/2018.

⁵ BRUÑOL, Miguel Cillero. El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño. **Justicia y Derechos del Niño**, Santiago de Chile, v. 1, n. 1, p.45-62, nov. 1999

1.1 HISTÓRICO E EVOLUÇÃO DA FIGURA

A figura do melhor interesse da criança data da doutrina do *parens patriae*, esta que possui sua origem na Inglaterra e traduz-se na proteção de quem não pode fazê-lo por conta própria. Inicialmente, a função era delegada ao Rei e à Coroa, contudo passa a ser assumida pelas Cortes de Chancelaria a partir do século XIV.⁶ Nos Estados Unidos, no início do século XIX, o Estado passa a ser o guardião supremo de todas as crianças e as Cortes Estatais possuem o poder de intervir para proteger o *best interest* dos menores quando seu bem-estar é atormentado por controvérsias entre seus pais.⁷

A declaração de Genebra de 1924, apesar da ausência de coercitividade, é um marco inicial de proteção dos direitos da criança e do adolescente e revela a figura do interesse superior da criança, que será também posteriormente desenvolvido pela Convenção Internacional dos Direitos da Criança em 1989.⁸ No Brasil, após a promulgação da Constituição de 1988, proclama-se a Doutrina da Proteção Integral, traduzida na declaração dos Direitos Fundamentais da Infância-Adolescência e que se consagrará na legislação ordinária com o advento da Lei nº 8.069/1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Assim, a Proteção Integral traduz-se no amparo absoluto desses sujeitos, reconhecida a sua condição peculiar de desenvolvimento.⁹

De acordo com o artigo terceiro do referido Estatuto:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.¹⁰

A figura é incorporada no sistema jurídico do país em caráter definitivo após a aprovação da Convenção de 1989 e ratificada através do Decreto nº 99.710/90, no qual

⁶ PEREIRA, Tânia da Silva. O Princípio do Melhor Interesse da Criança: da Teoria à Prática. In: R. C. Pereira. **A família na travessia do Milênio: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família**. IBDFAM e OAB-MG, Belo Horizonte, 2000

⁷ LEHMAN, Jeffrey; PHELPS, Shirelle. *parens patriae*. In: LEHMAN, Jeffrey; PHELPS, Shirelle. **West's Encyclopedia of American Law**. Detroit: Thomson/gale, 2005.

⁸ ANDRADE, Anderson Pereira de. A convenção sobre os direitos da criança em seu décimo aniversário: avanços, efetividade e desafios. **Revista Igualdade XXVIII**, Curitiba, v. 8, n. 28, jul. 2000. Disponível em <<http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-810.html>>. Acesso em: 04/07/2018.

⁹ VERONESE, Josiane Rose Petry. **Direito Penal Juvenil e Responsabilização Estatuária: elementos aproximativos e/ou distanciadores? – o que diz a Lei do Sinase – a inimputabilidade penal em debate**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 43-44.

¹⁰ BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF, 13 jul. 1990.

consta em sua versão original e disposto no art. 3.1: "todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente, o interesse maior da criança".¹¹

1.2 A FIGURA PERANTE A CONVENÇÃO

A Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças entra em vigor no Brasil no dia primeiro de outubro de 2000, praticamente vinte anos depois de ter sido aprovada no âmbito da Conferência da Haia de Direito Internacional Privado.¹² Com o tratado multilateral estabelece-se um sistema de cooperação internacional que prevê a localização da criança e possível restituição ao país habitual de origem.¹³ Sendo assim, ela fundamenta-se na proteção da criança quanto aos efeitos prejudiciais corolários à mudança de domicílio e à retenção ilícita, de forma a possibilitar o retorno da criança à sua residência habitual e assegurar a proteção ao seu direito de visita.¹⁴

Apesar disso, o que impera na prática é assegurar que a situação modificada pela ação do sequestrador seja restabelecida, principalmente em vista do número crescente de casos em que pais separados levam as crianças para outros países, em ação de fuga da legislação do país de origem, situações nas quais o que realmente atenderia ao melhor interesse da criança seria restituí-la ao seu país de origem. Isso baseado no fato de que "busca-se, a todas as luzes, apenas e tão-somente atender ao bem-estar e ao interesse do menor".¹⁵

Nos termos do artigo 12, firma-se o período de "menos de 1 ano" entre a data da transferência ou retenção indevida e a data do início do processo perante o Estado Contratante onde a criança se encontrar para que a autoridade respectiva ordene o retorno imediato. O que

¹¹ PEREIRA, Tânia da Silva. O Princípio do Melhor Interesse da Criança: da Teoria à Prática. In: R. C. Pereira. **A família na travessia do Milênio: Anais do II Congresso Brasileiro de Direito de Família**. IBDFAM e OAB-MG, Belo Horizonte, 2000

¹² ANDRADE, Anderson Pereira de. A convenção sobre os direitos da criança em seu décimo aniversário: avanços, efetividade e desafios. **Revista Igualdade XXVIII**, Curitiba, v. 8, n. 28, jul. 2000. Disponível em <<http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-810.html>>. Acesso em: 04/07/2018.

¹³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção de Haia de 1989, 2018. **Convenção de Haia sobre os aspectos cíveis do sequestro internacional de crianças**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>>. Acesso em: 04/07/2018.

¹⁴ Nesse sentido, o artigo primeiro da Convenção: Art. 1º A presente Convenção tem por objetivo: a) assegurar o retorno imediato de crianças ilicitamente transferidas para qualquer Estado Contratante ou nele retidas indevidamente; b) fazer respeitar de maneira efetiva nos outros Estados Contratantes os direitos de guarda e de visita existentes num Estado Contratante. *Idem*.

¹⁵ *Idem*.

não poderia permitir nesse caso é que o sequestrador seja beneficiado com um processo de tramitação demorada depois de haver removido a criança do seu círculo afetivo. Ademais, é possível perceber a figura do melhor interesse da criança sendo representado quando admite-se que, mesmo antes de transcorrido o referido período, a autoridade não ordene o retorno da criança, com a ressalva de comprovação da sua integração no novo ambiente.¹⁶

Assim, a obrigatoriedade do retorno da criança prevê exceções para que justamente não se violem os seus próprios direitos e interesses. Elenca-se, também, no artigo 13, que a autoridade não se encontra obrigada a ordenar o retorno da criança quando provado “que existe um risco grave de a criança, no seu retorno, ficar sujeita a perigos de ordem física ou psíquica, ou, de qualquer outro modo, ficar numa situação intolerável”, o que mais uma vez evidencia o zelo ao que seria considerado melhor para a criança, em vista da sujeição à sua integridade física ou moral.¹⁷

2. ANÁLISE DE DOIS CASOS COM A PRESENÇA DA FIGURA

Selecionou-se dois casos julgados pelo Supremo Tribunal de Justiça em que há a presença da figura do melhor interesse da criança aplicada perante a Convenção da Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças de 1980. Essa seleção foi realizada levando-se em conta a clareza nas justificativas de aceitação ou não do recurso, tendo em vista a relevância da figura do melhor interesse da criança e o peso dela ao ser relacionada com outros tópicos da Convenção.

Os casos que seguem, portanto, tratam do sequestro de crianças, por parte da mãe, que foram retidas ilegalmente no Brasil e do julgamento de retorno ou não delas a sua residência habitual, tendo como característica decisória os artigos 12 e 13 da Convenção. Através da análise dos casos pode ser realizada uma relação entre eles e a figura do melhor interesse.

2.1 SÍNTESE DO CASO EM QUE SE DISCUTE O RETORNO DE DUAS MENORES À ESPANHA

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção de Haia de 1989, 2018. **Convenção de Haia sobre os aspectos cíveis do sequestro internacional de crianças**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>>. Acesso em: 04/07/2018.

O processo de Recurso Especial n. 1.387.905 da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo Ministro OG Fernandes, possui fundamentação legal artigos 12 e 13 da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças e teve seu provimento ao recurso negado por unanimidade diante do disposto no art. 13 da Convenção de Haia.¹⁸

Neste caso se discute o retorno de duas menores à Espanha. A genitora brasileira reteve indevidamente as duas filhas menores no Brasil, deixando de retornar para a residência habitual na Espanha, onde reside o pai das crianças. Contudo, considera-se que as crianças mais viveram no Brasil do que na Espanha, sendo uma delas inclusive nascida no Brasil. E isso aconteceu com o consentimento, no mínimo tácito, do genitor espanhol, o qual jamais reclamou dos longos períodos de convivência das filhas no Brasil, exclusivamente em companhia da mãe.¹⁹

O TRF da 4ª Região entendeu pela conformidade da Convenção com a Constituição Federal ao dar prioridade para o bem-estar das crianças, determinando a permanência das menores no país. Em suas razões recursais, a União evidenciou que o acórdão do TRF negou vigência ao art. 12, § 1º da Convenção de Haia já que a ação judicial para restituição das crianças teve início antes de completado "um ano da data em que perpetrada a retenção ilícita", o que obrigatoriamente implicaria no retorno das menores à Espanha.²⁰

Contudo, através da perícia realizada é comprovado que as menores viviam em boas condições de higiene e organização no Brasil, frequentavam escola de educação infantil, e possuíam laços afetivos intensos com os parentes e amigos, além de que uma nova mudança de País e de referências poderia representar uma reedição da vivência traumática da separação inicial, que deveria ser evitada, neste momento, em atenção à prioridade ao bem-estar das crianças. Dessa forma, é enfatizado o uso da figura do melhor interesse da criança quando o voto dos Ministros segue a mesma linha do entendimento do TRF de origem.²¹

A autoridade judicial deverá ordenar o retorno da criança, salvo quando for provado que a criança já se encontra integrada no seu novo meio, sendo configurado às situações excepcionálíssimas do art. 13 da Convenção de Haia, em que é possível manter a criança no

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1387905. Relator: Ministro OG FERNANDES. Brasília, 24 maio 2017.

¹⁹ *Idem.*

²⁰ *Idem.*

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1387905. Relator: Ministro OG FERNANDES. Brasília, 24 maio 2017.

local onde se encontra, “[...] e tal ocorre, mesmo nos casos em que o pedido de busca e apreensão tenha sido tentado antes de transcorrido o lapso de 1 (um) ano da subtração do infante de quem detinha a guarda.”.²²

2.2 SÍNTESE DO CASO EM QUE SE DISCUTE A PERMANÊNCIA DE UM MENOR NO BRASIL

O processo de Recurso Especial Nº 1.351.325 da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo Ministro Humberto Martins, foi fundamentado pelos Arts. 1º, 3º, 12, 13 e 20 do Decreto n. 3.413/2000 (Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças). A síntese do dispositivo é que os Ministros da 2ª turma do STJ acordaram, por unanimidade, a negar provimento ao recurso.²³

O caso trata-se de uma criança nascida no Brasil e com residência habitual na Itália, portadora de dupla cidadania (brasileira e italiana). Durante viagem da família ao Brasil, a mãe da criança, brasileira, comunicou ao pai, italiano, que não mais retornaria à Itália, juntamente com seu filho, retendo-o ilícitamente em solo brasileiro.²⁴

Após retornar à Itália, o pai da criança foi célere tomando providências cabíveis para viabilizar o retorno de seu filho. Em oposição a isso, a mãe ingressou com pedido de guarda da criança na Vara de Família da Comarca de Nova Friburgo/RJ, que não havia competência para julgar a solicitação. No mesmo ano, o procedimento administrativo em favor do pai foi iniciado ante a Autoridade Central Federal Brasileira. Logo, no contexto de cooperação jurídica internacional, a União propôs ação ordinária de busca, apreensão e restituição do menor na 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Nova Friburgo/RJ. Foi entendido que o caso se caracterizava como Sequestro Internacional de Crianças, de acordo com o disposto no art. 3º, do Decreto 3.413/2000, tendo em vista a violação do direito de guarda que também era exercida pelo pai através da retenção ilícita do menor no Brasil.²⁵

Mesmo a mãe alegando exceção à regra de restabelecer a criança ao seu antigo país devido à suposta integração do infante ao novo meio ao invocar o art. 12 da Convenção de Haia sobre os Aspectos Cíveis do Sequestro Internacional de Crianças, a decisão foi unânime.

²² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1387905. Relator: Ministro OG FERNANDES. Brasília, 24 maio 2017.

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1351325. Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS. Brasília, 16 dez. 2013.

²⁴ *Idem*.

²⁵ *Idem*.

Proferida pela 2º Turma, tal decisão apresenta que, como não restou comprovada a integração do menor ao novo meio e não transcorreu o tempo-limite de 1 ano entre rapto ilegal e a demanda devido à celeridade do pai do menor em acionar a justiça italiana e a embaixada, o juiz deveria ordenar o imediato retorno da criança.²⁶

3. RELAÇÃO ENTRE OS CASOS E A FIGURA DO MELHOR INTERESSE

Analisa-se que em ambos os casos, os pais das crianças foram céleres em tomar as providências administrativas e diplomáticas, respeitando o período de 1 ano previsto no artigo 12, porém apenas no primeiro apresentado foi realizada a perícia para avaliar a integração da criança ao ambiente no qual foi mantida ilicitamente.²⁷ Percebe-se que no segundo caso o magistrado *a quo*, ao levar em conta a celeridade do pai, não entendeu necessidade de haver um parecer técnico; indeferiu, assim, o pleito da genitora para a realização de perícia.²⁸

Dessa forma, até um ano do requerimento há a presunção a favor do requeritante tendo em vista a noção de que não haveria tempo suficiente para integração do menor. Nesse contexto, a criança, retornando ou não a sua residência habitual, já foi retirada do seu ambiente de convívio familiar e social, sendo sempre aconselhável a oitiva da mesma, já que é estabelecido até mesmo nos termos do Estatuto da Criança e do Adolescente que o seu interesse deve ser levado em conta. Mas não deixando de levar em consideração que a criança, por ter sido deslocada ilicitamente e estando em contato com a sequestradora, pode sofrer influência em seu julgamento.²⁹

Além disso, deve-se estar alertado da tendência em manter a criança em solo brasileiro, com a presunção de que no país haveria melhor ambiente para seu crescimento e educação, ou seja, evitar qualquer manifestação de um nacionalismo exacerbado, que deixa de visar o maior interesse da criança, que é justamente a finalidade da Convenção.³⁰

É sabido que a perspectiva em relação à figura do melhor interesse da criança pode sofrer variações sociais, axiológicas e culturais, e justamente por isso a definição deve ser

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1351325. Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS. Brasília, 16 dez. 2013.

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1387905. Relator: Ministro OG FERNANDES. Brasília, 24 maio 2017

²⁸ *Idem*.

²⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção de Haia de 1989, 2018. **Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças**. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>>. Acesso em: 04/07/2018.

³⁰ *Idem*.

estabelecida na situação real para ser pensado o que é o melhor para o menor. Somente, então, há a aplicação da figura de forma que seja respeitada a saúde mental e a estrutura emocional do menor.³¹

4. CONSIDERAÇÕES SOBRE A RELEVÂNCIA DA FIGURA

Garantir a relevância da figura do melhor interesse da criança e a implantação dos direitos reconhecidos pelas Convenções Internacionais seria garantir condições objetivas às futuras gerações para que possam ter igualdade de desenvolver seus projetos de vida em total autonomia.³² Segundo Anderson Pereira de Andrade, Promotor de Justiça do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios:

Ninguém deve iludir-se, especialmente no Brasil, considerando que a simples adesão a um tratado internacional vá garantir tais condições. Nem mesmo a aprovação de uma lei extremamente avançada (Estatuto da Criança e do Adolescente), calcada na Convenção, representou, quase dez anos após sua aprovação, a emancipação ética, social e econômica da infância e juventude brasileira. Muito mais há para fazer, além de elaborar e tentar aplicar as leis, se quisermos viabilizar saídas para a situação ultrajante a que a estão submetidos milhões de meninos e meninas do Brasil.³³

Por meio deste artigo pretende-se lançar luz sobre o sujeito de direito que tem muitas vezes invisibilidade nas relações judiciais, inclusive nas a ele concernentes, mas que vem ganhando cada vez mais instrumentos de proteção nacional e internacional: a criança. O seu melhor interesse é uma figura que ganha relevância na medida em que é levado em conta para a realização de medidas judiciais.³⁴

Pode-se analisar a Convenção da Haia de 1980 à luz do entendimento de Anderson Pereira de Andrade sobre a Convenção Sobre os Direitos da Criança: para serem visibilizadas soluções para as situações em que meninos e meninas passam no Brasil devido ao sequestro internacional de crianças, é essencial que a eficiência da figura do melhor interesse da criança

³¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família** 2004. 157 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

³² ANDRADE, Anderson Pereira de. A convenção sobre os direitos da criança em seu décimo aniversário: avanços, efetividade e desafios. **Revista Igualdade XXVIII**, Curitiba, v. 8, n. 28, jul. 2000. Disponível em <<http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-810.html>>. Acesso em: 04/07/2018.

³³ ANDRADE, Anderson Pereira de. A convenção sobre os direitos da criança em seu décimo aniversário: avanços, efetividade e desafios. **Revista Igualdade XXVIII**, Curitiba, v. 8, n. 28, jul. 2000. Disponível em <<http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-810.html>>. Acesso em: 04/07/2018.

³⁴ SANTOS, Marcia Regina Ribeiro dos; COSTA, Liana Fortunato. Da Invisibilidade à Participação: A Expressão da Criança em Disputas de Guarda. **Revista de Psicología**, Santiago de Chile, v. 24, n. 2, p.7, dez. 2015. Disponível em: <<https://auroradechile.uchile.cl/index.php/RDP/article/view/38136/39787>>. Acesso em: 05 jul. 2018.

seja tomada além de uma simples garantia da Convenção, mas para uma necessidade real. Somente ao garantir também a implantação das situações excepcionais que englobam a figura pode-se ser realizada uma resolução justa para com menor, este que não pode ser relativizado em qualquer ocasião que faça jus a seu futuro e ao seu melhor interesse.³⁵

CONCLUSÃO

Por meio deste artigo buscou-se, através de uma análise histórica e jurisprudencial, estabelecer como o melhor interesse da criança fora introduzido no âmbito do direito, e qual relação a figura possui com a Convenção da Haia de 1980. Dessa forma, tivemos marcos históricos da valorização da criança como sujeito de direito, cuja condição peculiar de desenvolvimento exige proteção, tais quais a Declaração de Genebra, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ademais, demonstrou-se a relação da figura com os dispositivos normativos da Convenção, mais especificamente, os artigos 12 e 13, que versam sobre as exceções previstas ao retorno imediato da criança ao país de origem na circunstância de sequestro internacional e respeitando-se o período limite de um ano.

Ao fazer o estudo sobre os casos, constatou-se que há ainda uma divergência na aplicação da Convenção, visto que apenas em um deles fora acatada a perícia realizada pela mãe, que constatou a integração das crianças ao novo ambiente, apesar de ambos respeitarem o tempo limite de ingresso da ação. De uma forma geral, ao garantir a implantação das situações excepcionais que englobam a figura haverá uma resolução justa para com menor, este que não pode ser relativizado em qualquer ocasião que faça jus a seu futuro e ao seu melhor interesse.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Anderson Pereira de. A convenção sobre os direitos da criança em seu décimo aniversário: avanços, efetividade e desafios. *Revista Igualdade XXVIII*, Curitiba, v. 8, n. 28, jul. 2000. Disponível em <<http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-810.html>>. Acesso em: 04/07/2018.

³⁵ ANDRADE, Anderson Pereira de. A convenção sobre os direitos da criança em seu décimo aniversário: avanços, efetividade e desafios. *Revista Igualdade XXVIII*, Curitiba, v. 8, n. 28, jul. 2000. Disponível em <<http://www.crianca.mppr.mp.br/pagina-810.html>>. Acesso em: 04/07/2018.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF, 13 jul. 1990.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1351325. Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS. Brasília, 16 dez. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1387905. Relator: Ministro OG FERNANDES. Brasília, 24 maio 2017.

BRUÑOL, Miguel Cillero. El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los derechos del niño. *Justicia y Derechos del Niño*, Santiago de Chile, v. 1, n. 1, p.45-62, nov. 1999.

LEHMAN, Jeffrey; PHELPS, Shirelle. *parens patriae*. In: LEHMAN, Jeffrey; PHELPS, Shirelle. *West's Encyclopedia of American Law*. Detroit: Thomson/gale, 2005.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Princípios Fundamentais e Norteadores para a Organização Jurídica da Família* 2004. 157 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

PEREIRA, Tânia da Silva. O princípio do “melhor interesse da criança”: da teoria à prática. Disponível em: <http://www.gontijo-familia.adv.br/2008/artigos_pdf/Tania_da_Silva_Pereira/MelhorInteresse.pdf> Acesso em: 02/07/2018.

SANTOS, Marcia Regina Ribeiro dos; COSTA, Liana Fortunato. Da Invisibilidade à Participação: A Expressão da Criança em Disputas de Guarda. *Revista de Psicologia*, Santiago de Chile, v. 24, n. 2, p.7, dez. 2015. Disponível em: <<https://auroradechile.uchile.cl/index.php/RDP/article/view/38136/39787>>. Acesso em: 05 jul. 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Grupo Permanente de Estudos sobre a Convenção de Haia de 1989, 2018. Convenção de Haia sobre os aspectos civis do sequestro internacional de crianças. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/convencaoHaiaConteudoTextual/anexo/textoConvencao.pdf>>. Acesso em: 04/07/2018.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Direito Penal Juvenil e Responsabilização Estatutária: elementos aproximativos e/ou distanciadores? – o que diz a Lei do Sinase – a inimputabilidade penal em debate*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 43-44.