

O CONTRATO NO MERCOSUL

Wanderlei de Paula Barreto

1. Introdução.

O surgimento dos blocos econômicos confronta o Direito contratual com a necessidade de buscar soluções para novas formas de relações no comércio internacional.

O Tratado de Assunção, celebrado em 26/03/91, por Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, materializou a vontade dos governos dos signatários de constituir um mercado comum do Cone Sul.

Seu art. 1º incorpora o *compromisso dos Estados-Partes de harmonizar suas legislações nas áreas pertinentes, para lograr o fortalecimento do processo de integração.*

A despeito da declaração de intenções manifestada, praticamente nada foi feito, até o momento, em matéria de uniformização ou sequer harmonização das legislações sobre normas de direito privado, particularmente do direito contratual. Não há, nem mesmo, um subgrupo técnico encarregado de tal mister.

Entre os instrumentos normativos emanados dos órgãos do Mercosul que não foram, ainda, internalizados no Brasil, consta a Resolução nº 130/94, do Grupo Mercado Comum - GMC, que solicita ao grupo *Ad Hoc* sobre aspectos institucionais o acompanhamento dos procedimentos de solução de controvérsias e de interpretação uniforme das fontes jurídicas do Mercosul, assim como sua aplicação e cumprimento¹.

De qualquer forma, são antigos os anseios de integração da América Latina e, bem assim, é inegável a miríade de pontos em comum que unem os destinos dos mundos lusitano e hispânico nesta parte do Novo Mundo, como se verá, no próximo tópico, sobre os antecedentes históricos.

2. Antecedentes Históricos.

O esboço de integração latino-americana é identificado pelos historiadores do direito na raiz comum da cultura latino-godo-mouro-cristã², no dizer do saudoso Prof. RUBENS LIMONGI FRANÇA.

Não é sem importância, p. ex. o fato de que as Ordenações Filipinas, promulgadas em 1603, sem embargo de se tratar de uma lei espanhola, vigoraram no Brasil até 1/1/1917. Mesmo após a separação de Portugal e Espanha, alguns diplomas legais continuaram a vigorar franca e soberamente em ambos os países, como por exemplo o *Fuero Juzgo*, o *Fuero Real* e as *Siete Partidas*.

Entre os países membros do Mercosul é notória a influência do Direito Civil brasileiro através do célebre Esboço, de AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, inspirador de mais de mil artigos do Projeto de Código Civil Argentino, de DALMACIO VÉLEZ SÁRSFIELD, e do Projeto de Código Civil Uruguaio, de TRISTAN NARVAJA, de 1867³, tendo, inclusive, os códigos civis dos quatro países membros do Mercosul abolido o instituto da *restitutio in integrum*, o que comprova a proximidade das culturas jurídicas dos mesmos.

¹ GARCIA JR., Armando Alvares. *Conflitos entre Normas do Mercosul e Direito Interno. Como Resolver o Problema? O Caso Brasileiro*. S.P., LTr, 1997, p. 231.

² FRANÇA, Rubens Limongi. *La unificación del Derecho Obligacional y contractual latinoamericano*, S.P., RT, 1976, p. 65.

³ BARRETO, Ana Maria Zanutto de Paula. *Überblick über das brasilianische Zivilrecht vom 16. Jahrhundert bis Teixeira de Freitas (1872). Referat für die Sitzung am 7. juni 1997 - seminar zur Privatrechtsgeschichte seit 1800*, Universität Tübingen, p. 22.

A proximidade dos idiomas português e espanhol, a origem histórica comum, a predominância da religião católica, as fontes jurídicas compartilhadas e os ideais de integração econômica coordenados são vistos como elementos favoráveis aos ideais senão de um direito privado latino-americano, pelo menos de um direito obrigacional e contratual comum, ainda que isso se dê seguindo a tendência moderna da harmonização paulatina por meio de corpos de leis que criem microssistemas normativos.

3. Alguns Aspectos do Contrato no Direito Civil dos Países do Mercosul.

A despeito dos pontos em comum apresentados pelo direito dos países do Mercosul, algumas assimetrias entre eles merecem ser sublinhadas, no caso, aquelas concernentes ao direito contratual.

A *autonomia contratual* está consagrada no Código Civil argentino, em seu art. 1.137, e parece merecer conotação mais ampla que no direito brasileiro, quanto ao seu campo de incidência. Aparentemente, há uma predisposição da doutrina para admiti-la, se bem que com as reservas clássicas, em domínios tidos como de incidência do princípio dos *numerus clausus* (Direitos Reais) ou de quase monopólio de normas cogentes (Direito de Família)⁴.

Avanço revela o Código Civil argentino em relação ao brasileiro igualmente com pertinência ao *Princípio da Boa Fé*. Se é bem verdade que, inicialmente, nenhum dos dois diplomas civis albergava o princípio com foros de generalidade, como ocorre com o princípio *Treu und Glauben* no § 242, na Parte Geral do BGB, a reforma introduzida pela Lei Argentina nº 17.711, de 1.968, deu ao princípio *carta de cidadania* em todo o Código,

⁴ RINESSI, Antonio Juan. "La Contratación en el Mercosur". In PIMENTEL, Luiz Otávio. *Mercosul no Cenário Internacional. Direito e Sociedade*. Curitiba, Juruá, 1998, vol. III, p. 151.

permitindo, inclusive, a sua interpretação já no sentido moderno da boa fé objetiva⁵.

No Código Civil Brasileiro subsiste o solitário art. 1.443, que impõe aos contratantes do contrato de seguro estrita observância ao princípio da boa fé, como único dispositivo expresso sobre o princípio, em matéria contratual.

Esforços também partem da legislação e da doutrina constitucionalistas argentinas, no sentido de interpretar o inciso 23 do art. 75 da Constituição reformada, numa conotação de enunciado do princípio da *igualdade real* como pilar de sustentação do princípio da autonomia da vontade contratual.⁶

De modo similar, devido ao surgimento da contratação em massa e devido à introdução de normas e princípios solidaristas no ordenamento argentino, o conceito de ordem privada mereceu uma releitura. Esta revisão conceitual tem sua contrapartida na reclassificação das normas de ordem pública em normas de *coordenação*, normas de *proteção* e normas de *direção*. Exemplos das primeiras (coordenação) são as normas sobre a lesão (art. 954 do Código Civil), sobre a teoria da imprevisão (art. 1.198 do Código Civil) e sobre o abuso de direito (art. 1.071 do Código Civil). Exemplos das segundas podem ser vistos na Lei nº 23.266, de 1985, sobre a compra e venda de imóveis loteados em prestações. Por fim, são exemplos de normas de *direção* as Leis nºs. 23.928 e 24.283, de 1º.04.91, que impuseram, respectivamente, o princípio nominativo da moeda e a desindexação do valor dos bens ou prestações em transações, normas e sentenças.

Conquanto já previsse o Código Civil argentino as bases para a regulação do contrato de adesão, o advento da *Lei de Proteção ao Consumidor*, Lei nº. 24.240, conferiu maior clareza e

⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Contratos*. Edit. Rubinzal Culzoni, p. 306, apud RINESSI, Antonio Juan, in op. cit., p. 152.

⁶ BIDART CAMPOS, German J. *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, t. VI, Ed. Ediar, p. 378, apud RINESSI, Antonio Juan, in op. cit., p. 153.

eficácia aos direitos consumeristas. Entre as importantes conquistas brindadas pela lei do consumidor destacam-se a inserção do princípio da boa fé (art. 37, alínea "c", último número) e o dever de informação do fornecedor (art. 4º). Cite-se, ainda, nesse campo, a recente Lei nº 23.999, que regula a responsabilidade civil do fabricante.

Sem desdouro das importantes conquistas da lei consumerista argentina, é reconhecida a superioridade da lei brasileira na matéria, a Lei nº 8.078, de 11.09.90, tida como progressista, modelar e campeã na América do Sul⁷, por ter incorporado princípios como o da boa fé objetiva, da equidade, da revisão negocial, da liberdade de arrependimento do consumidor, da responsabilidade solidária pelos produtos elaborados e serviços prestados, do *in dubio pro consumidor*, do dever de informação, da proibição de cláusulas abusivas, da vinculação à publicidade e da proteção contra a publicidade enganosa, da tutela dos interesses difusos e coletivos, do reconhecimento do direito à indenização do dano moral nas relações de consumo, entre outros.

No âmbito do direito comum, a saber do Código Civil Brasileiro, não se registraram as reformas parciais no direito como aconteceu na Argentina. Aparentemente, o legislador ordinário preferiu esperar pela reforma geral do Código Civil, o qual trará uma importante conquista, no contexto do tema deste congresso internacional, qual seja, a unificação do Direito Civil e do Direito Mercantil, por alguns chamado direito da empresa.

Como conclusão, portanto, verifica-se à luz do exemplo argentino e brasileiro que ocorreu um distanciamento entre as suas legislações civis comuns, isto é, seus códigos civis.

O tratamento díspar de um mesmo instituto contratual pelas várias ordens jurídicas envolvidas, longe de facilitar e incrementar as relações negociais, só vem dificultar e enfraquecer o comércio intrabloco.

⁷ RINESSI, Antonio Juan, in op. cit., p. 162 ss.

Dito isto, cabe analisar, em seguida, os instrumentos disponíveis no Direito Internacional Privado do Mercosul para regular a solução dos conflitos ocorrentes e recorrentes.

4. O Direito Internacional Privado dos países do Mercosul. Regras de conexão.

Os quatro países signatários originários do Mercosul dispõem de regras de Direito Internacional Privado em seus códigos civis. Como decorrência do próprio processo de codificação vivido pelos países da América Latina, fortemente influenciado pelas doutrinas do século passado, também com as normas de Direito Internacional Privado não poderia ser diferente. Exceção constitui o Código Civil paraguaio, de 1986, mas que não inovou quanto ao princípio territorialista, que continua vigendo através do Tratado de Montevidéu, de 1940.

As doutrinas de JOSEPH STORY e SAVIGNY foram a fonte mundial de inspiração dos códigos civis latino-americanos, em matéria de vigência da norma no espaço. STORY defendia a aplicação da lei local (*lex celebrationis*) ao contrato; Todavia, admitia a aplicação das leis de outro país, caso lá o contrato devesse ser cumprido. Para SAVIGNY, contrariamente, devia-se aferir qual era a *sede* da relação contratual e esta se identificava com o local da execução da obrigação (*lex executionis*).

ANDRÉS BELLO, o projetista do Código Civil chileno, de 1855, perfilhou-se à corrente do local da celebração do contrato. No Brasil, pouco mais tarde, AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS aderiu ao pensamento de Savigny, para defender como mais adequada a lei do lugar do cumprimento.

Atualmente, no Brasil, a regra vigente de conexão é a da *lex celebrationis*, recepcionada no art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil, cujo parágrafo primeiro abre espaço para a utilização da *lex executionis*, quando o contrato internacional for executado no Brasil. Se celebrado em país estrangeiro, e exequível no Brasil, a lei competente para regular os aspectos de sua subs-

tância é a estrangeira, sem prejuízo da incidência das normas cogentes da legislação brasileira no pertinente à execução, e sem embargo da aplicabilidade da lei estrangeira acerca dos requisitos extrínsecos, isto é, formais do ato.

Sintomático quanto ao caráter quase que esotérico, de *semi tabu*, desta matéria é o registro da falta de manifestação jurisprudencial a respeito.

Dois casos apenas merecem destaque, o primeiro envolvendo as partes Bayley & Cia *versus* Estado do Ceará em que o contrato continha cláusula de escolha da Lei do Estado de Lousiana, mas devia ser cumprido no Brasil, tendo sido decidido em favor da lei brasileira, com fulcro no art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil; o segundo, Banco do Brasil *versus* Champalimaud, que tinha por objeto um contrato ajustado em Portugal, mas como a ré era brasileira deveria ser executado no Brasil, foi julgado com base em voto do relator Min. Moreira Alves, que entendeu aplicável a lei portuguesa, por força do art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil.

No Direito Argentino, a matéria está disciplinada pelos arts. 1205 e 1206 do Código Civil, de 1871.⁸

Preceituam estes dispositivos:

"Art. 1205. Os contratos feitos fora do território da República, serão julgados quanto à sua validade ou nulidade, sua natureza e obrigações que produzam, pelas leis do lugar em que houverem sido celebrados".

Art. 1206. Excetua-se do artigo anterior aqueles contratos que forem imorais e cujo reconhecimento na República resultar ofensivos aos direitos, interesses ou conveniências do Estado ou de seus habitantes".

⁸ Dois projetos de Código Civil são referidos pela doutrina, um de 1987, do Executivo, e outro, de 1993, do Legislativo. ITURRASPE, Jorge Mosset, "El Derecho Privado en el Mercosur", in *Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Del Litoral, Santa Fé, Argentina, 1995, nº 123, p. 23, nota de rodapé 19.

Note-se que a disposição do art. 1205 assemelha-se à do caput do art. 9º da LICC brasileira, mas exclusivamente em relação aos contratos que não apresentarem conexão com a Argentina, pois determina aquela norma que os contratos celebrados fora do território da República serão julgados sob a égide das leis do país onde tiverem sido celebrados.

Por outro lado, aos contratos a serem executados na Argentina, quer tenham sido celebrados dentro ou fora dela, aplica-se a lei local, segundo decorre do artigo 1209 do Código Civil:

"Art. 1209. Os contratos celebrados na República ou fora dela, que devam ser executados no território do Estado serão julgados quanto à sua validade, natureza e obrigações pelas leis da República, sejam os contratantes nacionais ou estrangeiros".

Esta norma é consonante com o Tratado de Montevideu, que adota a *lex executionis*.

Quanto à autonomia das partes, mais especificamente à autonomia conflitual⁹, adverte GOLDSCHMIDT que, mesmo que não seja prevista na lei, de forma expressa, poderá ser, ainda assim, desfrutada pelas partes, às avessas, quando estas escolherem o local da celebração ou da execução do contrato, ou quando elegem (faticamente, isto é, antes da contratação) como foro um país que reconhece tal autonomia. É o caso dos países do Mercosul.

O que se disse até agora sobre a Argentina vale também para o Paraguai, porquanto, o Código Civil Argentino elaborado por DALMACIO VÉLEZ SÁRSFIELD, foi adotado pelo Paraguai, em 1.876, e vigeu de 1.877 até 1.986.¹⁰

No Uruguai, rege a matéria o art. 2.399 do Código Civil:

"Art. 2.399. Os atos jurídicos se regem quanto à sua existência, natureza, validade e efeitos, pela lei do lugar do seu cum-

⁹ ARAÚJO, Nádia. *O Direito do Comércio Internacional e o Mercosul*. In RODAS, João Grandino (coordenador). *Contratos Internacionais*, 2ª ed. rev. e ampl., SP., RT, 1995.

¹⁰ ALONSO, Ramón Silva. *La Unificación de Las Obligaciones en el Código Civil Paraguayo*. In PIMENTEL, Luiz Otávio. Op. cit., vol. II, p. 25.

primeto, de conformidade, por outra parte, com as regras de interpretação contidas nos artigos 34 a 38 inclusive no Tratado de Direito Civil de 1.889."

Tampouco no Uruguai o princípio da autonomia da vontade encontrou guarida, mormente devido à interpretação restrigente ordenada pelo art. 2.403:

"Art. 2.403. As regras de competência legislativa e judicial determinadas neste título não podem ser modificadas pela vontade das partes. Esta só pode atuar dentro da margem que lhe confira a lei competente."¹¹

Identificadas as regras de conexão adotadas pelos direitos nacionais dos respectivos países, cumpre identificar, a seguir, as normas convencionais que coexistem no espaço pan-americano e do Cone Sul.

5. Sistemas de Direito Internacional Privado no Mercosul.

O Mercosul não conta, como já apontado, com um direito internacional privado obrigatório uniforme ou harmonizado. Coexistem, isto sim, três codificações, nesta área: 1) os Tratados de Direito Civil de Montevideu, de 1889 e de 1940 (principalmente este último), firmados por Argentina, Paraguai e Uruguai, mas não pelo Brasil, 2) o Código Bustamante, subscrito, em 1928, pelo Brasil, pela Bolívia e pelo Chile, embora estes últimos tenham ressalvado a cláusula da soberania da legislação interna, em caso de conflito, e 3) a Convenção Interamericana Sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, CIDIP V, firmada no México, em 1994, sob os auspícios da OEA.¹²

Apesar de o Brasil ter participado de todas as cinco CIDIPs e aprovado vinte e uma das vinte e três convenções inter-ameri-

¹¹ Tradução livre do autor dos dispositivos dos códigos civis argentino, paraguaio e uruguaio, a partir do texto espanhol reproduzido por VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*, 7ª ed., Rio, Freitas Bastos, 1973.

¹² Não figura neste rol o Protocolo de Buenos Aires, de 1994, porquanto não versa sobre o direito aplicável, mas tão somente sobre a escolha de jurisdição, isto é, do foro da discussão da causa.

canas, somente foram ratificadas duas convenções da CIDIP I: aquela sobre o Regime Legal das Procuções para Serem Exercidas no Exterior e A Convenção Sobre Cartas Rogatórias.

Não obstante, há quem ainda mantenha-se otimista quanto à ratificação destas convenções, notadamente da CIDIP V.¹³

5.1. Tratado de Direito Civil de Montevideu, de 1940.

A lei escolhida por este tratado para reger os contratos em geral é a do lugar da execução da obrigação (*lex loci executionis*).

Dispõe o seu art. 37:

"A lei do lugar onde os contratos se devam cumprir rege: a) sua existência; b) sua natureza; c) sua validade; d) seus efeitos; e) suas conseqüências; f) sua execução; g) em suma, tudo quanto concerna aos contratos, sob qualquer aspecto que seja".

A par desta norma geral, o Tratado contempla regras específicas para os diversos tipos de contratos, tais como os que versam sobre coisas certas, sobre coisas genéricas, a respeito de coisas fungíveis e acerca da prestação de serviços.

Um *déficit* importante nesta norma internacional foi introduzido pelo art. 5º do Protocolo Adicional ao Tratado de Montevideu de 1940, o qual renega a autonomia da vontade e veda às

¹³ "Considerando que a partir de 1992 quase todas as Convenções Interamericanas firmadas pelo Brasil foram enviadas para o Congresso Nacional (apesar de algumas estarem assinadas desde 1975), e ainda a pressão exercida pelos demais países do Mercosul para que o Brasil as ratifique, somos de opinião de que esta convenção virá a ser ratificada. Há várias razões para isso: o Brasil precisa compatibilizar sua legislação do comércio internacional com a dos demais países das Américas, especialmente aqueles que participam do Mercosul. Se tudo correr como previsto, também os Estados Unidos, Canadá e México ratificarão a Convenção sobre o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, eis que suas respectivas delegações tiveram papel muito ativo na CIDIP V. Confirmando-se tal perspectiva, a referida Convenção será aplicável não somente aos países do Mercosul, como também àqueles integrantes do NAFTA e do Pacto Andino". ARAÚJO, Nádia de, apud MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. *ACIPID e o Direito Aplicável aos Contratos Internacionais*. In CASELLA, Paulo Borba. *Contratos Internacionais e Direito Canônico no Mercosul*, São Paulo, LTr, 1.996, p. 409.

partes a possibilidade de elegerem o regime jurídico do contrato, porquanto estatui o citado art. 5º, *in verbis*:

"A jurisdição e a lei aplicável segundo os respectivos tratados, não podem ser modificadas por vontade das partes, salvo na medida em que o autorize dita lei".¹⁴

5.2. O Código de Bustamante

Na 6ª Conferência Pan-americana, em Havana, em 1928, foi aprovado o Código projetado por Antonio Sanches Bustamante.

Em seus arts. 194 a 219, este diploma legal estabelece algumas normas específicas com respeito a certos contratos (por exemplo, compra e venda, permuta, arrendamento, sociedade, empréstimo, depósito, fiança, contratos aleatórios), à cessão de crédito, à hipoteca, à transação e ao compromisso, como exceções à norma geral sobre contratos.

Digno de menção é o enunciado do art. 184, sobre a interpretação dos contratos:

"Art. 184. A interpretação dos contratos deve efetuar-se, como regra geral, de acordo com a lei que os rege.

Contudo, quando essa lei for discutida, e deva resultar de vontade tácita das partes, aplicar-se-á por presunção, a legislação que para esse caso se determina nos arts. 185 e 186, ainda que isso leve a aplicar ao contrato uma lei distinta, como resultado da interpretação da vontade".

O art. 185, por sua vez, preceitua:

"Fora das regras já estabelecidas e das que no futuro se consignem para os casos especiais, nos contratos de adesão presume-se aceita, na falta de vontade expressa ou tácita, a lei de quem os oferece ou prepara".

Finalmente, o art. 186 determina:

¹⁴ PEDROUZO, Carmem González. *Algunas cosas sobre la lei aplicable al contrato individual de trabajo desde el punto de vista del Derecho Internacional Privado en el ámbito del Mercosur*. In PIMENTEL, Luiz Otávio, op. cit., vol. II, p. 25.

"Nos demais contratos e para o caso previsto no artigo anterior, aplicar-se-á em primeiro lugar a lei pessoal comum aos contratantes e, na sua falta, a do lugar da celebração".

5.3. A CIDIP V

A Convenção Interamericana regula somente a matéria do direito aplicável aos contratos internacionais, sem abranger outros assuntos correlatos, tais como o da jurisdição. Tampouco faz a Convenção distinção entre contratos civis ou mercantis ou regula contratos em espécie.

Todavia, seu art. 1º, § 4º, reza que "qualquer Estado-Parte poderá, no momento de firmar, ratificar ou aderir à presente Convenção, declarar a que classe de contratos não se aplicará a mesma".

Seu art. 5º exclui, expressamente, do seu âmbito de aplicação as questões relacionadas ao estado civil, à capacidade das pessoas físicas; às obrigações que tenham como objeto questões sucessórias, testamentárias, regimes matrimoniais, relações de família; obrigações provenientes de títulos de crédito, de venda, transferência ou comercialização de títulos em mercados de valores; acordos sobre arbitragem ou eleição de foro e questões de direito societário.

Complementando, o art. 6º exclui do campo de incidência da Convenção os contratos que tenham regulamentação autônoma no direito convencional internacional vigente entre os Estados-Partes na Convenção, com p. ex., o contrato de transporte aéreo internacional, regulado pela Convenção de Varsóvia, e o acordo sobre o transporte multimodal, disciplinado por acordo específico entre os países membros do Mercosul aprovado pela decisão nº 15/94 do Conselho do Mercado Comum (Internalizada, no Brasil, pelo Dec. 1563, de 19.7.95, D.O.U. 29.12.95).

Seguindo exemplo da convenção (européia) Sobre a Lei Aplicável às obrigações contratuais, celebrada em Roma, em 1980¹⁵, que consagrou, em seu art. 3º, o princípio da autonomia

da vontade das partes, também a Convenção Interamericana recepcionou tal primado, em seu art. 7º, vazado nos termos seguintes:

"Art. 7º. O contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, em caso de inexistência de acordo expresso, depreender-se de forma evidente da conduta das partes e das cláusulas contratuais, consideradas em seu conjunto. Essa escolha pode referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo".

Por ser reconhecidamente o mais importante elemento de conexão entre o direito aplicável e o contrato internacional e critério de escolha do regime jurídico aplicável aos contratos internacionais, será a autonomia da vontade objeto de tópico específico, a seguir.

5.4. A autonomia da vontade conflitual na CIDIP V

Como se viu, acima, o art. 7º da Convenção Interamericana estabelece que o acordo das partes sobre a escolha do direito aplicável deve ser *expresso* ou, em caso de inexistência de acordo expresso, deve poder depreender-se de forma *evidente* da conduta das partes e das cláusulas contratuais, analisadas em seu contexto global.

Sobre a interpretação do *termus technicus evidente*, o professor FRIEDRICH K. JUNGER, da Universidade da Califórnia¹⁶, comentando posições análogas da Convenção de Roma (art. 3º, § 1º) e do *restatement Second* (seção 187), afirma que os juízes e árbitros podem extrair inferências a partir dos termos do acordo, identificando uma intenção de escolher uma determinada lei, por

¹⁵ Esta Convenção entrou em vigor somente a partir de 1991 e vincula 11 países europeus. ARAÚJO, Nádia de, in RODAS, João Grandino, op. cit., p. 301.

¹⁶ "The European Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: Some Critical Observations". In *Virginia Journal of International Law*, v. 22: 1, p. 125, apud Madruga Filho, Antenor Pereira, op. cit., p. 426.

exemplo, a partir do uso da língua e de conceitos peculiares de um dado sistema legal.

O autor esclarece que evidente não é sinônimo de tácito, ou seja, o intérprete não está autorizado a especular sobre a intenção das partes além do limite da evidência.

Estas são as bases, portanto, para determinação *voluntária* do direito aplicável. Caso frustrar o acordo de escolha, ou seja, se não for expresso ou se não se depreender de forma evidente da conduta das partes e das cláusulas contratuais, incide o critério compulsório de determinação, vale dizer, o juiz ou árbitro designará, impositivamente, o direito que regulará o contrato, em consonância com o disposto no art. 9º da Convenção.

Insta salientar que, quando entrar em vigência a Convenção, suplantadas estarão, no âmbito dos direitos nacionais do Mercosul, as restrições à liberdade dos contratantes de escolherem o direito aplicável, como p. ex. o art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro.

A Convenção procurou flexibilizar o exercício da faculdade de escolha do direito aplicável. Nesse sentido, o seu art. 8º garante a mutabilidade do direito à escolha, cuja prerrogativa pode ser exercitada pelas partes, a qualquer momento, substituindo o direito aplicável, total ou parcialmente, ainda que este não tenha sido fruto da aplicação do critério compulsório. A única premissa para a modificação do direito aplicável é a de que não afete a validade formal do contrato original, tampouco os direitos de terceiros.

Merece atenção, para o escopo da presente exposição, o conteúdo das normas dos arts. 2º e 17 da Convenção:

"Art. 2º. O direito designado por esta Convenção será aplicável mesmo que se trate do direito de um Estado não-Parte".

"Art. 17. Para o fim desta Convenção, entender-se-á por 'direito' o vigente num Estado".

A consequência destas normas é que não podem as partes escolher os princípios da *lex mercatoria*, nem as regras de um

organismo privado (de arbitragem, por exemplo) ou de uma religião (Corão, por exemplo), tampouco de um organismo intergovernamental, como o Mercosul ou o NAFTA, ou supranacional, como a União Européia, uma vez que estes não são estados¹⁷. A regra do art. 20 da convenção, que preserva a aplicação de normas oriundas de processos de integração, sobre o mesmo objeto da Convenção¹⁸ estaria em aparente antinomia com a norma do art. 17 deste texto de Direito Internacional.

Eis o teor deste preceito:

"Art. 20. Esta convenção não afetará a aplicação de outros convênios internacionais, dos quais constem normas sobre o mesmo objeto, relacionados com processos de integração, em que um Estado-Parte nesta Convenção seja ou venha a ser parte".

A superação desta antinomia pode ser alcançada, por exemplo aceitando-se a idéia de que os *outros convênios internacionais* terão a sua aplicação subsidiária e limitada à definição do direito aplicável. Ou, com outras palavras, outros convênios indicam apenas a forma de escolha do direito aplicável. O direito aplicável, que incide e soluciona, concretamente a *quaestio iuris*, somente pode ser o de um Estado.

Outra consequência importante da flexibilidade do Art. 7º da Convenção é a possibilidade da utilização do método da *dépeçage*, isto é, do fracionamento ou desmembramento do contrato para submeter as várias partes ou frações do contrato a distintos ordenamentos jurídicos. Devem, contudo, as partes acautelarem-se no ato de escolha e verificar a existência de compatibilidade entre os diferentes direitos escolhidos, sob pena de, em havendo incompatibilidade, resultar inaplicável o direito escolhido e ter o juiz ou árbitro que lançar mão da determinação compulsória do direito aplicável.

¹⁷ Nesse sentido, MUDRUGA FILHO, Antenor Pereira, in op. cit., p. 427.

¹⁸ Nesse sentido, ARAÚJO, Nadia., op. cit. In RODAS, João Grandino, op. cit., p.302.

5.5. Critérios para a determinação compulsória do direito aplicável

Para a implementação do sistema de determinação compulsória do direito aplicável colocou a Convenção à disposição do juiz ou árbitro o critério de conexão dos *vínculos mais estreitos*, o que significa que o contrato será regido pela lei do Estado com o qual mantenha ele, o contrato, os seus vínculos mais estreitos.

Paradigma deste critério de conexão foi a Convenção de Roma, de 1980, com a diferença de que a Convenção Interamericana não recepcionou, como diretriz subsidiária, a *Teoria da Prestação Característica*, que fixa a presunção geral de que o contrato apresenta vínculos mais estreitos com o Estado em que a parte que executa a prestação típica do contrato tenha, no momento da celebração do negócio, a sua residência habitual ou a sua administração central.

Considerando a obrigação do vendedor de entregar a *res vendita* como a prestação típica do contrato de compra e venda (art. 42), a Convenção de Roma manda aplicar a lei do lugar da residência habitual ou da administração central do vendedor. Tal critério foi rechaçado pelos signatários da Convenção Interamericana por considerá-lo de difícil aplicação pelo juiz ou árbitro, além de privilegiar a aplicação das legislações dos países industrializados em detrimento dos países em desenvolvimento.

Os arts. 9º e 10º da Convenção Interamericana deixam ao juiz ou árbitro a análise e o preenchimento do *standard* dos *vínculos mais estreitos*, estabelecendo, no entanto, algumas diretrizes para tal integração, que compreendem todos os elementos objetivos e subjetivos emergentes da relação jurídica sob análise. Para este mister autoriza o art. 10 da Convenção a aplicação dos princípios gerais do Direito Comercial Internacional aceitos por organismos internacionais, como por exemplo a *lex mercatoria*¹⁹. O que se diz aqui não infirma a opinião expendida retro de que as normas dos arts. 2º e 17 da Convenção

desautorizam o recurso a tais princípios gerais, porquanto estes últimos dispositivos da Convenção se referem ao princípio da autonomia da vontade das partes, ou seja, ao sistema voluntário de determinação do direito aplicável, ao passo que o art. 10 diz respeito ao sistema compulsório.

Uma derradeira restrição se impõe, ainda, tanto ao sistema voluntário quanto ao obrigatório de escolha do direito aplicável. Trata-se da imposição da *lex fori*, quando o direito do foro constituir-se de normas de caráter imperativo.

Deveras, tais são as proposições dos arts. 11, § 1º, e 18, da Convenção:

"Art. 11, § 1º. Não obstante o disposto nos artigos anteriores, aplicar-se-ão necessariamente as disposições do direito do foro quando revestirem caráter imperativo".

"Art. 18. O direito designado por esta Convenção só poderá ser excluído quando for manifestadamente contrário à ordem pública do foro".

6. Conclusão

Em conclusão, o balanço que se pode extrair do que foi examinado é o de que é ingente a tarefa que temos, os povos latino-americanos, diante de nós, na construção de um direito privado se não unificado ou uniformizado, pelo menos harmonizado.

Inescondíveis são os percalços e as vicissitudes que se nos antepõem. E disso estamos cabalmente cômicos.

Todavia, se nos inspirarmos, uma vez mais, em nossos antepassados, que em tantas outras feitas já nos indicaram o caminho – refiro-me aos povos europeus – encontraremos as fórmulas e o alento para superarmos os obstáculos que a imaturidade, a míngua de espírito público e o fetiche à bravata e à ópera bufa de certos governantes infligem aos seus governados.

¹⁹ Nesse sentido ARAÚJO, Nadia . op.

Não serão alguns reflexos, algumas contramarchas naturais de qualquer processo de integração que sepultarão os sonhos e os ideais dos povos latino-americanos.

A União Européia trilhou caminhos espinhosos até atingir a via aplainada que hoje a está conduzindo à fase final de consolidação plena como união monetária e política.

Ouvimos, aqui, nesse congresso, testemunhos de tolerância e de predisposição à convergência, mediante a superação de dogmas, *verbi gratia* do dogma da causa, do dogma da culpa e outros, de sorte a viabilizar a gestação de um projeto de Código Europeu de Compromisso, de Consenso.

Portanto, não há motivo para esmorecimento e derrotismo. Se, por um lado, o Mercosul ainda está em estágio incipiente, comparado à União Européia, seu paradigma maior, cotejado, porém, a iniciativas regionais de integração pretéritas e presentes, como ALALC/ALADI e Pacto Andino, ele, o Mercosul, se agiganta e merece nosso voto de confiança e o nosso esforço pessoal, na construção de um direito que possa representar a equação para o dilema que fustiga os nossos países, que é a busca da medida ou da relação custo-benefício, para o controle do chamado poder empresarial, sem comprometer a função de um direito a serviço da economia, mas sem ser dela um servo, da construção de um direito capaz de substituir a vetusta escala axiológica do individualismo e reconhecer um novo valor cobrado, o da humanidade, a que se refere o Prof. GHESTIN, da Universidade de Paris, dotando-o de um novo fundamento ético consubstanciado no *Personalismo Ético*, na proposta do saudoso Prof. KARL LARENZ, da Universidade de Munique.