

# MOSAICO DE SOBERANIAS

**Contribuições para um  
Direito Internacional**

**ORGANIZADORES:**  
José Carlos F. da Luz  
Marcel Silva Luz  
Patrícia Cristina F. Moura

**ISBN: 978-65-5825-094-4**

**MOSAICO DE SOBERANIAS:  
CONTRIBUIÇÕES PARA UM DIREITO  
INTERNACIONAL**

**José Carlos Ferreira da Luz  
Marcel Silva Luz  
Patrícia Cristina Ferreira Moura  
(Organizadores)**

Centro Universitário – UNIESP

Cabedelo - PB  
2021



## **CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIESP**

### **Reitora**

Érika Marques de Almeida Lima Cavalcanti

### **Pró-Reitora Acadêmica**

Iany Cavalcanti da Silva Barros

### **Editor-chefe**

Cícero de Sousa Lacerda

### **Editores assistentes**

Márcia de Albuquerque Alves  
Josemary Marcionila F. R. de C. Rocha

### **Editora-técnica**

Elaine Cristina de Brito Moreira

### **Corpo Editorial**

Ana Margareth Sarmiento – Estética  
Anneliese Heyden Cabral de Lira – Arquitetura  
Daniel Vitor da Silveira da Costa – Publicidade e Propaganda  
Érika Lira de Oliveira – Odontologia  
Ivanildo Félix da Silva Júnior – Pedagogia  
Jancelice dos Santos Santana – Enfermagem  
José Carlos Ferreira da Luz – Direito  
Juliana da Nóbrega Carreiro – Farmácia  
Larissa Nascimento dos Santos – Design de Interiores  
Luciano de Santana Medeiros – Administração  
Marcelo Fernandes de Sousa – Computação  
Paulo Roberto Nóbrega Cavalcante – Ciências Contábeis  
Maria da Penha de Lima Coutinho – Psicologia  
Paula Fernanda Barbosa de Araújo – Medicina Veterinária  
Rita de Cássia Alves Leal Cruz – Engenharia  
Rodrigo Wanderley de Sousa cruz – Educação Física  
Sandra Suely de Lima Costa Martins - Fisioterapia  
Zianne Farias Barros Barbosa – Nutrição

Copyright © 2021 – Editora UNIESP

É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos autorais (Lei nº 9.610/1998) é crime estabelecido no artigo 184 do Código Penal.

O conteúdo desta publicação é de inteira responsabilidade do(os) autor(es).

**Designer Gráfico:**

Mariana Moraes de Oliveira Araújo

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)  
Biblioteca Padre Joaquim Colaço Dourado (UNIESP)**

L979d Mosaico de soberania: contribuição para um direito internacional [recurso eletrônico] / Organizadores, José Carlos Ferreira da Luz, Marcel Silva Luz, Patrícia Cristina Ferreira Moura. - Cabedelo, PB : Editora UNIESP, 2021.  
341 p.

Tipo de Suporte: E-book  
ISBN: 978-65-5825-094-4

1. Direito internacional. 2. Responsabilidade civil. 3. Contratos internacionais - negociação. I. Título. II. Luz, José Carlos Ferreira da. III. Luz, Marcel Silva. IV. Moura, Patrícia Cristina Ferreira.

CDU: 341

Bibliotecária: Elaine Cristina de Brito Moreira – CRB-15/053

**Editora UNIESP**

Rodovia BR 230, Km 14, s/n,  
Bloco Central – 2 andar – COOPERE  
Morada Nova – Cabedelo – Paraíba  
CEP: 58109-303

## SUMÁRIO

<b>A RESPONSABILIDADE CIVIL POR UMBRELLA EFFECTS NO BRASIL ....</b>	<b>07</b>
Patrícia Cristina Ferreira Moura	
<b>NEGOCIAÇÃO DE CONTRATOS INTERNACIONAIS .....</b>	<b>21</b>
Marcel Silva Luz	
<b>RESPONSABILIDADE NA UNIÃO EUROPEIA POR VIOLAÇÃO DE DIREITO PELO ESTADO MEMBRO .....</b>	<b>32</b>
Patrícia Cristina Ferreira Moura	
<b>COMPETÊNCIA INTERNACIONAL EM PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO REGIONAIS.....</b>	<b>48</b>
Patrícia Cristina Ferreira Moura	
Marcel Silva Luz	
<b>BLOCKCHAIN E CONTRATOS INTELIGENTES: Fórum e Legislação Aplicável no âmbito da União Europeia .....</b>	<b>68</b>
Patrícia Cristina Ferreira Moura	
Marcel Silva Luz	
<b>A IGUALDADE DE DIREITOS NA ATUALIDADE: Desafios e Perspectivas.....</b>	<b>86</b>
Marcel Silva Luz	
<b>DINHEIRO DIGITAL UMA NOVA ERA NO SISTEMA FINANCEIRO GLOBAL .....</b>	<b>110</b>
José Carlos Ferreira da Luz	
<b>PRINCÍPIOS E REGRAS APLICÁVEIS A CONTRATOS INTERNACIONAIS.....</b>	<b>133</b>
Marcel Silva Luz	
<b>THE NEW EU LEGISLATION ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE: A BRIEF ANALYSIS.....</b>	<b>151</b>
Patrícia Cristina Ferreira Moura	

## PREFÁCIO

Este livro oferece uma compreensão abrangente do direito internacional, bem como uma abordagem acessível, explicando a teoria e o desenvolvimento de temas de direito internacional. São infundidas, na discussão de cada tópico, as perspectivas críticas sobre os princípios ganham destaque, construindo uma compreensão de como e por que o sistema jurídico internacional opera da maneira como o faz e para onde está indo.

A Jurisdição e a competência em Direito Internacional são tratadas ao longo dos dois capítulos, temas esses que se tornaram mais premente nos últimos anos, à medida que a estrutura tradicional da lei de jurisdição, baseada nos princípios da soberania e da territorialidade, foi prejudicada por desenvolvimentos graduais. A jurisdição antitruste está tomando novas direções, influenciada por abordagens jurídicas e econômicas; e novas regras na legislação internacional estão remodelando a jurisdição no campo da lei de governança corporativa.

Ainda na perspectiva jurisdicional é examinada a questão, no âmbito da União Europeia, da possibilidade de responsabilização do Estado Membro, com jurisdição principal, deixar de assumir sua responsabilidade ao não exercer a jurisdição sobre situações relevantes no interesse da comunidade ou do indivíduo jurisdicionado.

Discussões sobre o ciberespaço acontecem quando se verifica o papel dos bancos no setor de pagamentos e discute a reconceituação do dinheiro na era digital. Em vários capítulos exploram-se as características e as possibilidades do dinheiro digital, que é algo muito diverso da moeda tradicional de circulação - sem atrito, anônimo, transparente, não denominado. Bem como as tecnologias disruptivas surgidas - blockchain, criptomoedas e fintechs da nova era das finanças globalizadas.

O livro explora o direito contratual, debate questões típicas e emergentes como as oriundas dos contratos inteligentes que podem se beneficiar de mais atenção por parte de acadêmicos e legislativos contribuindo para uma perspectiva regulatória mais ampla para as transações comerciais.

Este livro foi projetado para ser facilmente acessível para estudantes de direito com ou sem formação em direito internacional. Se usado como um material

de ensino, deve oferecer uma série de oportunidades para os alunos se envolverem em debates. Além disso, espera-se que esta primeira tentativa de apresentação abrangente do direito internacional também pode ser útil para juristas ou qualquer outra pessoa interessada em como o direito internacional aborda problemas definidores de nosso tempo.

José Carlos Ferreira da Luz



## **A RESPONSABILIDADE CIVIL POR UMBRELLA EFFECTS NO BRASIL**

Patrícia Cristina Ferreira Moura<sup>1</sup>

### **1 INTRODUÇÃO**

No Brasil, o public enforcement encontra-se consolidado como instrumento exercido pelas autoridades antitruste, e nesse aspecto também as políticas de private enforcement têm se mostrado em pleno crescimento, sendo notório o avanço no combate das práticas anticoncorrenciais, especificamente em relação aos cartéis no país.

O cartel constitui um acordo celebrado entre empresas concorrentes de determinado produto ou serviço objetivando o aumento dos lucros mediante a adoção de condutas uniformes. Por sua ação lesiva sobre o bem-estar econômico, em vista do aumento de preços e da restrição da produção, entre outros, é considerado infração da ordem econômica em todos os países que aplicam leis de defesa da concorrência.

Os denominados umbrella effects acontecem quando uma ou mais empresas não integrantes do cartel, em face do conluio, aumentam, de modo consciente ou não, os preços de seus produtos, de uma maneira que não seria possível caso não existisse a atuação do cartel. Dessa forma, os agentes atingidos pelo sobrepreço resultante de umbrella effects não são os consumidores do cartel, mas sim os consumidores de concorrentes não cartelizados.

No Brasil, a questão ainda é incipiente, trata-se de um assunto pouco pesquisado e discutido no âmbito da jurisprudência, de modo que ainda não se tem parâmetros bem definidos na delimitação do tema no âmbito da jurisdição brasileira.

Nesse contexto, o presente trabalho tem como objetivo trazer ao debate se o direito brasileiro concorrencial, especial ou civil geral, admite ou refuta a possibilidade de se buscar, em juízo, a indenização contra os membros de um cartel pelos danos causados em razão de umbrella effects.

---

<sup>1</sup> Universidade de Lisboa – UL. Faculdade de Direito. – FADUL. Alameda da Universidade 1649-014 Lisboa – Portugal Università degli Studi Roma Tre - Dipartimento di Giurisprudenza -Via Ostiense 159, 00154 Roma-It





Para tanto, primeiramente, serão delineadas as características gerais dos chamados *umbrella effects*, para a compreensão de sua causalidade econômica. Em seguida, será tratado no âmbito da responsabilidade civil do Direito brasileiro em seu aspecto especial (Lei n. 12.529/11) e geral (Código Civil) acerca da possibilidade de responsabilizar civilmente ou não os integrantes do cartel pela ocorrência de *umbrella effects*. Por fim, verificar se tais danos são considerados danos diretos ou indiretos e se são passíveis de acolhimento.

## **2 UMBRELLA EFFECTS: OS EFEITOS DA AÇÃO DE CARTÉIS**

Os Cartéis são considerados a forma mais agressiva de Lesão a concorrência dentre as condutas anticompetitivas., vez que ocasiona uma série de danos a sociedade, conseqüentemente o aumento dos preços dos produtos afetando sua disponibilidade no mercado e prejudicando diretamente os consumidores.

Partindo de uma concepção inicial, entende-se que os cartéis são acordos entre empresas com a finalidade de obter vantagens econômicas, buscando o controle do mercado pelo monopólio de determinado produto, que tem o objetivo de eliminar a concorrência, e que pode ser realizado através da fixação de preços, cotas de produção, divisão de mercados entre outros.

Assevera-se que formação de cárteis, é uma prática ilícita tendo em vista os consideráveis danos a ordem econômica, bem como os danos diretos ao consumidor, que são aviltados por esta prática recorrente entre os grandes conglomerados empresariais.

Os cartéis podem ser definidos como sendo os acordos celebrados entre empresas concorrentes, em mercado relevante geográfico e material, que visam regular ou neutralizar a concorrência existente entre elas. Para Gico Júnior, cartel é o resultado de um acordo entre concorrentes, com alta participação agregada de mercado, sobre variáveis concorrenciais relevantes no intuito de elevar preços e lucros próximos ao nível monopolístico<sup>2</sup>.

Os efeitos danosos gerados por um cartel são principalmente aqueles sentidos por meio do consumo direto de produtos e serviços oferecidos pelos

---

<sup>2</sup> JUNIOR, Ivo Teixeira Gico. Cartel. Teoria Unificada da Colusão. São Paulo: Lex, 2007, p 170.



agentes econômicos que fazem parte da colusão. Entretanto, os preços praticados por determinado grupo de agentes de um mercado podem afetar o comportamento de concorrentes e gerar prejuízos também para quem utiliza os produtos e serviços desses concorrentes.

Nesse contexto, ocorre o que a doutrina tem convencionado chamar de *umbrella effects*. Estes surgem quando os aumentos de preço de certos produtos levam a um deslocamento da demanda para produtos substitutos. Considerando que os cartéis geralmente não envolvem todas as empresas do mercado, alguns consumidores podem, como resposta ao aumento de preços por parte das empresas do cartel, procurar substitutos para os produtos cartelizados.

Diversos cenários em que ocorrem *umbrella effects* podem ser delineados, segundo variáveis como:

a) se os produtos do mercado são homogêneos ou diferenciados: Produtos homogêneos, do ponto de vista dos consumidores, são aqueles considerados como iguais entre si, isto é, como substitutos perfeitos. Já no que diz respeito aos produtos diferenciados, o grau de substitutibilidade varia e, a depender do caso;

b) se o cartel envolve todas as empresas do mercado relevante, ou não. Nessa hipótese é aplicável quando as participantes do cartel são todas as empresas de um determinado mercado relevante. Nesse caso, é importante notar a diferença na relação de substitutibilidade entre os produtos cartelizados e os produtos não cartelizados, em duas situações distintas: numa situação de livre concorrência e num mercado cartelizado.<sup>3</sup>

*Umbrella effects* poderão ser produzidos em situações tanto de cartelização parcial quanto total. No primeiro caso, a substituição dos produtos cartelizados é mais fácil, e o aumento da demanda pelos produtos substitutos fará com que um aumento também se perceba nos preços destes. No segundo caso, as empresas que não estão no mercado relevante podem gerar *umbrella effects* na medida em que, a depender dos preços do cartel, seus produtos tornam-se substitutos relevantes. Observa-se então, que há maior probabilidade de *umbrella*

---

<sup>3</sup> INDERST, Roman; MAIER-RIGAUD, Frank and SCHWALBE, Ulrich. *Umbrella Effects*. Journal of Competition Law and Economics, 2014. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2297399](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2297399)>. Acesso em: nov. 2020.



effects ocorrerem no caso de cartéis parciais do que totais, devido à maior facilidade de substituição.<sup>4</sup>

### **3 A RESPONSABILIDADE CIVIL EM RAZÃO DE UMBRELLA EFFECTS PRODUZIDOS POR CARTEL**

A responsabilidade civil decorrente de umbrella effects não é um tema pacificado no âmbito de jurisdições internacionais. Mesmo nos Estados Unidos, onde o Direito antitruste tem grande tradição, exatamente por ser origem de uma das legislações mais influentes do mundo (o Sherman Act, de 1890), a questão ainda é controversa no país em relação à responsabilidade de um cartel quando houver alegação de umbrella effects.

Na Suprema Corte não há decisão sobre a matéria, porém nas jurisdições locais existem precedentes que admitiram a possibilidade da reparação, considerando natural a ocorrência de umbrella effects no mercado, enquanto outras entenderam que tais pretensões eram meramente especulativas.

As dificuldades para a aceitação, nos Estados Unidos, têm origem na jurisprudência da Suprema Corte que criou dois obstáculos. O primeiro é o dever de comprovação da existência denexo causal entre as perdas que alegadas e o caráter protetivo da legislação. Nesse diapasão, apenas os danos que sejam consequência dos efeitos concorrenciais de uma violação à legislação antitruste é que serão considerados prejuízos antitruste.

Além da comprovação de que os danos alegados estão previstos na legislação, o demandante deve provar que sofreu diretamente os prejuízos decorrentes da infração. Ou seja, a vítima deve comprovar a existência de relação contratual direta com um participante da conduta contrária à legislação antitruste.

Tais limitações da responsabilidade civil antitruste, definidas pela jurisprudência da Suprema Corte, demonstram que nos Estados Unidos o

---

<sup>4</sup> LANDE, Robert H. Are Antitrust "Treble" Damages Really Single Damages?. University of Baltimore School of Law, 54 Ohio St. L.J. 115, 1993, pp. 115-174. Disponível em: <[http://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1365&context=all\\_fac](http://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1365&context=all_fac)>. Acesso em: nov. 2020.



enforcement privado exige a análise específica do caso concreto, evitando a ocorrência de punições excessivas em detrimento da competição nos mercados<sup>5</sup>.

O private enforcement no Brasil ainda está em sua fase embrionária, não se vislumbrando ainda uma efetiva repressão ao abuso do poder econômico e a condutas anticompetitivas. Tal qual, em outras jurisdições, a legislação brasileira não dispõe de modo específico sobre o direito de reparação contra os integrantes de um acordo anticoncorrencial que gerou preços de proteção por outras empresas concorrentes no mercado.

Ao se discutir o instituto umbrella effects no Brasil, a primeira questão é saber se o ordenamento jurídico seja no âmbito do direito concorrencial ou da responsabilidade civil de forma geral, admite ou refuta a possibilidade de se buscar, em juízo, a indenização contra os membros de um cartel pelos danos causados por uma empresa estranha ao conluio.

### 3.1 OS ELEMENTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A Lei de Defesa da Concorrência 12.529/2011, no artigo 47, estabelece a possibilidade das vítimas de danos concorrenciais ou seus legitimados processuais ajuizarem demandas no Poder Judiciário buscando a recomposição de suas perdas:

O Código Civil, Lei 10.406/2002, em seu artigo 927, prevê, de forma geral, o direito à reparação civil decorrente da prática de ato ilícito. O artigo 884, do mesmo código, repudia o enriquecimento sem justa causa. E o artigo 944 do mesmo diploma, estabelece que “A indenização mede-se pela extensão do dano”.

Embora os umbrella effects possam ser economicamente demonstrados, no aspecto jurídico, faz-se necessário verificar se a imputação da responsabilidade civil ao cartel em decorrência dos preços de proteção pode ser reconhecida no Brasil.

O Art. 927 do CC estabelece os elementos necessários para a configuração da responsabilidade civil: ato ilícito, dano e nexo de causalidade.

---

<sup>5</sup> GÜRKAYNAK, Gönenç; YARDIM, Görkem; KORKMAZ, Gülce. The Concept of Causal Link Within the Scope of Compensation for Cartel Damages and the 'Umbrella Effect': A Discussion in Light of the CJEU's Kone Decision. In: GÜRKAYNAK, Gönenç. *The Academic Gift Book of ELIG, Attorneys-at-law in Honor of the 20th Anniversary of Competition Law Practice in Turkey*. March 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3174410>. Acesso em: nov. 2020.



Na configuração desses elementos no caso em estudo, verifica-se com facilidade o elemento da ilicitude, pois a ocorrência de cartel é considerada ilícita pelo artigo 36, parágrafo 3º, inciso I, da Lei n. 12.529/11. Na caracterização do segundo elemento, o dano, verifica-se uma maior dificuldade porque no caso de dano proveniente de preços de proteção, o comprador de empresa não participante do cartel deve comprovar que pagou preço superior ao que teria pago se ausente o conluio. E por fim, o terceiro elemento que é a comprovação do nexos causalidade entre o ilícito concorrencial e o dano decorrente do preço pago ao concorrente estranho ao cartel que aumentou o preço de seus produtos.

Dos três elementos necessários à responsabilização, a verificação da existência do nexos de causalidade jurídico entre os prejuízos decorrentes de *umbrella effects*, traz maior controvérsia, em razão das teorias acerca do tema e sua recepção no ordenamento jurídico brasileiro.

A teoria da equivalência dos antecedentes causais, de aplicação muito contestada no Brasil, estabelece que todos os fatores que contribuírem para a ocorrência de um dano são reconhecidos como causas para sua configuração e caso um desses elementos seja eliminado, não se configura o dano.

Na teoria da causalidade adequada, o nexos de causalidade é estabelecido a partir da verificação de qual foi o ato preponderante para o acontecimento do dano, isto é, ela considera a capacidade do evento de causar o dano. Já a teoria da causalidade necessária considera que determinada ação deve ser a única justificativa racional para esclarecer a ocorrência do dano, não podendo o dano decorrer de outro comportamento. Nela, mesmo que o dano advenha de uma causa necessária remota, haverá o direito à indenização<sup>6</sup>.

A teoria do dano direto e imediato, que permite a responsabilidade apenas quando os prejuízos originarem de uma conduta direta e imediata de alguém, foi a teoria escolhida pelo Código Civil estabelecida no Art. 403: “Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual”. Essa teoria embora positivada no código, pode tornar inviável ao adquirente provar que o dano por ele sofrido ao comprar produtos de

---

<sup>6</sup> ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Apresentação. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo de Oliveira (org.). Responsabilidade civil: novas tendências. 2. ed. São Paulo: Foco, 2018.



uma empresa estranha ao cartel, que aumentou o preço sob o guarda-chuva do conluio, decorreu de modo direto e imediato da ilicitude do cartel.

Todas as teorias apresentadas revelam convenientes e inconvenientes a depender da perspectiva se da vítima ou do infrator. Entretanto, para efeito da execução privada do Direito da Concorrência, a definição da relação causal pela teoria da causalidade adequada configura a escolha mais eficiente para responsabilizar os integrantes do cartel pelos danos decorrentes de umbrella effects. Essa teoria possibilita que a formação do cartel pode configurar um evento adequado e suficiente para a ocorrência dos efeitos guarda-chuva no mercado, que não poderiam ser desconsiderados quando da realização do conluio.

Assim, presentes o ilícito e o dano, o nexo de causalidade jurídica no Direito da Concorrência configura a relação de causa e efeito entre a existência do cartel e as consequências da conduta no mercado, incluindo, obviamente, os danos por umbrella effects. Desse modo, essas perdas podem ser buscadas pela vítima contra os participantes do conluio. Por tudo isso, verifica-se a possibilidade de se buscar, em juízo, a indenização contra os membros de um cartel no Direito da Concorrência no Brasil.

### 3.2O NEXO DE CAUSALIDADE NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A divergência doutrinária sobre as teorias de causalidade causa uma insegurança jurídica que só pode ser corrigida através da consolidação jurisprudencial dos tribunais. No caso em estudo, a jurisprudência do STJ embora ainda não demonstre um consenso na prevalência de uma das teorias, apresenta direcionamentos e perspectivas conforme será demonstrado a seguir.

A natureza casuística da responsabilidade civil leva ao reconhecimento de que nenhuma teoria apresenta respostas prontas e acabadas para a solução de todos os problemas que envolvem o nexo de causalidade. Por isso, torna-se fundamental a análise específica do caso concreto.

No âmbito do direito concorrencial, os atos contrários a ordem econômica, previstos na Lei 12.529/2011, a análise econômica dos fatos se faz deveras relevante, tal a conclusão extraída no acórdão Resp 1696214 de 16/10/2018 pelo STJ, do qual se extrai o seguinte excerto:

## MOSAICO DE SOBERANIAS: CONTRIBUIÇÕES PARA UM DIREITO INTERNACIONAL

José Carlos Ferreira da Luz | Marcel Silva Luz | Patrícia Cristina Ferreira Moura  
(Organizadores)



[...] a análise de infrações à ordem econômica, exige ampla e profunda investigação fática, além de demandar análise econômica acurada de todos os dados produzidos na investigação, para somente então extrair as consequências jurídicas de determinada situação fática.

Embora se deva ressaltar que o caso acima trate de um contrato de prestação de serviços bancários não envolvendo o enforcement privado do direito concorrencial, a questão antitruste foi abordada no recurso especial, sendo por isso que o STJ se pronunciou acerca da matéria.

Como já foi afirmado anteriormente, o enforcement privado da legislação concorrencial no Brasil ainda se apresenta incipiente, sendo este o motivo principal pelo qual inexistem, decisões específicas sobre a aplicação das teorias do nexo de causalidade nos ilícitos concorrenciais no Superior Tribunal de Justiça.

Entretanto, ao julgar casos de responsabilidade civil concernentes a danos causados a consumidores e que guardam proximidade com o Direito Concorrencial, porém, no aspecto microjurídico e microeconômico das relações de mercado, o Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido a preponderância da teoria da causalidade adequada.

Nesse sentido, o STJ no julgamento do Recurso Especial nº 754.859 - GO (2015/0189097-6), cuja Relatora foi a Ministra Assusete Magalhães, entendeu que:

[...] Consoante a jurisprudência desta Corte, "na aferição do nexo de causalidade, a doutrina majoritária de Direito Civil adota a teoria da causalidade adequada ou do dano direto e imediato, de maneira que somente se considera existente o nexo causal quando o dano é efeito necessário e adequado de uma causa (ação ou omissão).

No julgamento do Recurso Especial nº 1.637.611 - RJ (2016/0261016-5) em 25/08/2017 a Relatora Ministra Nancy Andrighi destacou que:

[...] Dessa forma, quando qualquer entidade se apresente como fornecedor de determinado bem ou serviço ou mesmo que ela, por sua ação ou omissão, causar danos causados ao consumidor, será por eles responsável. Aplicação da teoria da aparência e da teoria da causalidade adequada.

No REsp 1468567 / ES, também faz referência ao tema quando destaca que:



[...] 4. A jurisprudência do STJ é há muito tempo pacífica no sentido da aplicação do CDC às relações entre consumidores e as instituições financeiras.

5. No âmbito das relações de consumo, aplicando-se a teoria da causalidade adequada e do dano direto imediato, somente há responsabilidade civil por fato do produto ou serviço quando houver defeito e se isso for a causa dos danos sofridos pelo consumidor.

As decisões colacionadas, apontam claramente a tendência do STJ em aplicar a teoria da causalidade necessária nos casos concretos em matéria consumerista de grande proximidade à responsabilidade por danos decorrentes de infrações no direito concorrencial.

Nesse contexto, pode-se concluir que o STJ quando for provocado para julgar processos que tratem da reparação de danos ocasionados pela formação de cartéis, inclusive decorrentes de umbrella effects, a perspectiva é de que ele adote a teoria da causalidade adequada para a análise do nexos causal.

### 3.3 UMBRELLA EFFECTS: OS PREJUÍZOS COMO DANOS INDIRETOS

Justificada a adoção da teoria da causalidade adequada para a caracterização do nexos causal, tornando possível interpretar o artigo 47 da Lei n. 12.529/11 no sentido de possibilitar a reparação civil aos adquirentes de produtos de empresas não cartelistas, importa agora verificar qual a espécie do dano proveniente de umbrella effects, e se essa modalidade de dano indireto pode ser denominada “dano em ricochete”.

A problemática que se observa nas discussões da jurisprudência internacional sobre os danos resultantes de umbrella effects, se refere à possibilidade de que tais danos sejam meramente indiretos, remotos, de modo a não ensejar uma responsabilização civil. Os Estados Unidos, por exemplo, têm seguido a tendência de não permitir a reparação de danos indiretos.

A priori deve-se clarificar a distinção entre as modalidades de danos. O dano direto é aquele que decorre da conduta de seu causador. O dano indireto tem na ação ou omissão sua causa direta e imediata, porém esse dano não se apresenta como a primeira manifestação do prejuízo ocasionado pelo ato ilícito. O dano





remoto, por sua vez, não aceito no Brasil, é aquele em que não se pode identificar o nexo causal entre o ato e o dano<sup>7</sup>.

Na doutrina e jurisprudência brasileira é pacífico o entendimento de que qualquer pessoa pode ser reparada civilmente desde que demonstre o nexo de causalidade entre o ato ilícito praticado e o dano.

Nesse sentido posicionou-se o Ministro Lázaro Guimarães do STJ no AgInt no AREsp 1290597 / RJ - 2018/0105579-0, em 20/09/2018, do qual extraímos o seguinte trecho:

[...] 1. "Conquanto a legitimidade para pleitear a reparação por danos morais seja, em princípio, do próprio ofendido, titular do bem jurídico tutelado diretamente atingido (CC/2002, art. 12), tanto a doutrina como a jurisprudência têm admitido, em certas situações, como colegitimadas também aquelas pessoas que, sendo muito próximas afetivamente ao ofendido, se sintam atingidas pelo evento danoso, reconhecendo-se, em tais casos, o chamado dano moral reflexo ou em ricochete."

Na mesma direção é o julgado da Ministra Regina Helena Costa no Recurso Especial Nº 1868372 - MA (2018/0193282-6) em 25/05/2020.

[...] Em regra, reconhece-se apenas o direito à indenização dos danos causados direta e imediatamente aos prejudicados. Excepcionalmente, a jurisprudência e doutrina têm entendido ser possível a existência de danos morais indiretos, ou seja, sofridos por terceiros em razão daqueles infligidos a quem diretamente os sofreu. De acordo com a jurisprudência do C. STJ é possível reconhecer danos morais reflexos aos pais e irmãos daquele que se tornou tetraplégico.

Verificam-se então, nos acórdãos mencionados hipóteses claras de danos indiretos, ou seja, têm causa no ilícito, mas não é a sua primeira consequência. A partir dessa conclusão, é possível extrapolar numa interpretação extensiva para abranger a situação analisada neste trabalho: o dano experimentado pelos consumidores de concorrentes não cartelizados do cartel. Assim por consequência, tem-se que tais danos podem ser vistos como indiretos, reflexos do aumento de preços efetuado pelos agentes não cartelizados, sendo este, de fato, o resultado

---

<sup>7</sup> FRANCISCO, André Marques. Responsabilidade civil por infração da ordem econômica. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-08122014-091926/pt-br.php>>. Acesso em: nov. 2020..



direto da ação do cartel. Logo, o dano causado por umbrella effects não constitui a primeira manifestação do dano que o causou, mas um dano reflexo.

Por outro lado, deve-se chamar a atenção para o fato de que a configuração do dano reflexo, anteriormente citado, será necessário demonstrar que as empresas praticantes de umbrella effects foram as vítimas diretas do conluio e os clientes delas as vítimas indiretas. Porém, na verdade, as empresas estranhas ao cartel se beneficiaram da conspiração para também aumentarem seus lucros, sendo, portanto, os responsáveis diretos pelo ato ilícito.

Logo, tem-se como óbvia a conclusão de que são diretos os danos sofridos pelos clientes de empresas não integrantes de um cartel, mas que praticaram preços de proteção sob o guarda-chuva do cartel. Considerando que o ordenamento jurídico brasileiro, aceita ambos os tipos de dano: direto e indireto, pode-se concluir que, em tese, seria possível a indenização de dano causado por umbrella effects.

### 3.4 CONSEQUÊNCIAS DO RECONHECIMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO CARTEL POR UMBRELLA EFFECTS

A lei de defesa da concorrência brasileira, Lei 12.529/2011, prevê a possibilidade de celebrarem-se acordos de leniência (Art. 86)<sup>8</sup> e termos de compromisso de cessação de prática (TCC – Art. 85). O Programa de Leniência foi introduzido pela Lei no 10.149/2000, permitindo que um participante de cartel ou de outra prática anticoncorrencial coletiva denuncie a prática às autoridades antitruste, coopere com as investigações e receba, por isso, imunidade antitruste administrativa e criminal, ou redução das penalidades aplicáveis.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> “Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e

II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.” (BRASIL. Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; [...]. *Diário Oficial da União*, Brasília, 1º dez. 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm). Acesso em: nov. 2020.

<sup>9</sup> BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico. Programa de Leniência. Disponível em:



O acordo de leniência se destina tanto a pessoas físicas quanto a pessoas jurídicas e se generalização ocorreu pela recepção da tradição europeia no ordenamento brasileiro, uma vez que esta abrange qualquer associação de pessoas, constituídas de fato ou de direito, permanente ou temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, ainda que sem fins lucrativos. Percebe-se assim, que o private enforcement antitruste brasileiro adota como objetivo tanto as funções de compensação quanto de dissuasão<sup>10</sup>.

A problemática surge a partir da preocupação de que o reconhecimento do direito indenizatório contra os membros do cartel em virtude de umbrella effects venha a enfraquecer a política de leniência, dissuadindo as empresas de contribuírem com as autoridades nas investigações.

Reconhece-se a importância e eficácia do acordo de leniência e TCC no combate aos cartéis tanto no Brasil quanto no exterior, pois os participantes desse ilícito são motivados a cooperar com as autoridades competentes em troca de punições atenuadas ou extintas. Porém, tal fato não pode ser obstáculo para a responsabilização civil contra os infratores.

Dessa forma, para manter a efetividade da leniência e TCC, evitando o desestímulo da cooperação, deve o alterar o normativo estendendo ao beneficiário do acordo a isenção de reparar os danos decorrentes de umbrella effects.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Nesse estudo, verificou-se que a ação de membros de cartel afetam outros agentes de mercado e os consumidores destes advindo daí os prejuízos decorrentes de umbrella effects.

Como foi ressaltada, a propositura de demandas de reparação por danos concorrenciais ainda é incipiente no Brasil e o debate acerca dos danos provenientes de umbrella effects traz uma nova espécie de responsabilidade ao enforcement privado brasileiro.

As discussões no Brasil sobre o tema ainda são incipientes, seja na doutrina ou na jurisprudência.

---

<http://portal.mj.gov.br/sde/data/Pages/MJ9F537202ITEMIDA0C5C3163D834AB588C7651A10B74C32PTBRNN.htm>. Acesso em: nov. 2020.

<sup>10</sup> FORGIONI, Paula Andréa. Os fundamentos do antitruste. 3ª ed. São Paulo: RT, 2008.



Entretanto, o presente estudo demonstrou que, com base na teoria da causalidade adequada, verificou-se que o direito de concorrência brasileiro não exclui a possibilidade de se pleitear a indenização contra os membros de um cartel pelos danos causados por uma empresa estranha à colusão. Empresa esta que, aproveitando a conspiração, aumentou o valor de seus produtos (umbrella effects) para montante superior ao que seria praticado se o cartel inexistisse.

Quanto à classificação dos danos oriundos de umbrella effects, estes podem ser indiretos por se caracterizarem como prejuízos reflexos. Mas, também podem ser considerados como danos diretos e imediatos, pois como se demonstrou os preços de proteção podem ser um dos efeitos da existência do conluio no mercado.

No que tange às consequências do reconhecimento da responsabilidade civil do cartel proveniente de umbrella effects, um obstáculo que se impõe é o risco de se desestimular a celebração de acordos de leniência e TCC.

Para limitar o efeito negativo dessa responsabilização, deverá a legislação estabelecer ao beneficiário da leniência a limitação da sua responsabilidade civil aos danos individuais causados a seus próprios clientes. Ou seja, excluir a responsabilidade do beneficiário da leniência em casos de umbrella effects.

Em resumo, conclui-se pelo reconhecimento da responsabilização civil em razão de umbrella effects e que, portanto, tais demandas devem ser analisadas na jurisdição brasileira.

## **REFERÊNCIAS**

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Direito Econômico. Programa de Leniência. Disponível em:  
<http://portal.mj.gov.br/sde/data/Pages/MJ9F537202ITEMIDA0C5C3163D834AB588C7651A10B74C32PTBRNN.htm>. Acesso em 23/05/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 1290597 / RJ - 2018/0105579-0, em 20/09/2018 [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201801055790&dt\\_publicacao=26/09/2018](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201801055790&dt_publicacao=26/09/2018). Acesso em: 26/05/2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial Nº 1868372 - MA (2018/0193282-6) em 25/05/2020.

## MOSAICO DE SOBERANIAS: CONTRIBUIÇÕES PARA UM DIREITO INTERNACIONAL

José Carlos Ferreira da Luz | Marcel Silva Luz | Patrícia Cristina Ferreira Moura  
(Organizadores)



[https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisooes/?num\\_registro=201801932826&dt\\_publicacao=25/05/2020](https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisooes/?num_registro=201801932826&dt_publicacao=25/05/2020). Acesso em: 26/05/2020.

FRANCISCO, André Marques. Responsabilidade civil por infração da ordem econômica. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2014. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-08122014-091926/pt-br.php>>. Acesso em 25 mai. 2020.

FORGIONI, Paula Andréa. Os fundamentos do antitruste. 3ª ed. São Paulo: RT, 2008.

GÜRKAYNAK, Gönenç; YARDIM, Görkem; KORKMAZ, Gülce. The Concept of Causal Link Within the Scope of Compensation for Cartel Damages and the 'Umbrella Effect': A Discussion in Light of the CJEU's Kone Decision. In: GÜRKAYNAK, Gönenç. The Academic Gift Book of ELIG, Attorneys-at-law in Honor of the 20th Anniversary of Competition Law Practice in Turkey. March 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3174410>. Acesso em: 21 mai. 2020.

INDERST, Roman; MAIER-RIGAUD, Frank and SCHWALBE, Ulrich. Umbrella Effects.

Journal of Competition Law and Economics, 2014. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2297399](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2297399)>. Acesso em 20 mai 2020.

JUNIOR, Ivo Teixeira Gico. Cartel. Teoria Unificada da Colusão. São Paulo: Lex, 2017.

LANDE, Robert H. Are Antitrust "Treble" Damages Really Single Damages?. University of Baltimore School of Law, 54 Ohio St. L.J. 115, 1993, pp. 115-174. Disponível em: <[http://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1365&context=all\\_fac](http://scholarworks.law.ubalt.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1365&context=all_fac)>. Acesso em 20 mai. 2020.

ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo de Oliveira. Apresentação. In: ROSENVALD, Nelson; MILAGRES, Marcelo de Oliveira (org.). Responsabilidade civil: novas tendências. 2. ed. São Paulo: Foco, 2018.



## **NEGOCIAÇÃO DE CONTRATOS INTERNACIONAIS**

Marcel Silva Luz<sup>1</sup>

### **1 FORMAÇÃO DOS CONTRATOS**

Os contratos são legalmente vinculantes e exequíveis, criando obrigações mútuas entre duas ou mais partes. Eles são usados em uma ampla gama de transações, desde compras diárias até as operações comerciais mais complexas. Uma grande variedade de tipos de contratos foi desenvolvida na prática de negócios e, mesmo dentro de cada tipo de contrato, pode haver níveis de complexidade muito diferentes.

O conceito de complexidade graduada de um tipo contratual pode ser ilustrado como uma “escada” que vai desde os acordos mais básicos até aqueles que regulam transações comerciais altamente sofisticadas (Mazzuoli, 2018).

O primeiro passo dessa escada pode ser representado por um contrato comum de venda: uma troca simples em que a propriedade de um item é transferida imediatamente de uma parte para a outra como resultado do pagamento de um preço. Na vida cotidiana, os termos de tal contrato (por exemplo, preço, quantidade, qualidade dos bens) são geralmente pré-determinados e as partes podem imediata e simultaneamente prosseguir com seus respectivos desempenhos.

O nível de complexidade de um contrato de venda aumentará se alguns de seus elementos se desviarem do padrão, por exemplo, se o pagamento do preço for diferido; também aumentará quando o contrato regula uma transação entre partes que não estão fisicamente presentes em sua celebração e, particularmente, quando as partes (ou bens) envolvidos estão situados em países diferentes (Morelli, 1953).

Subindo as escadas, podemos encontrar um contrato de fornecimento, ou seja, um acordo entre um vendedor (fornecedor) e um comprador (comprador) para o fornecimento de determinada mercadoria durante um determinado período de tempo. Isso é mais complicado do que uma venda básica, pois a relação contratual entre as partes não cessa com uma única troca de bens por dinheiro.

---

<sup>1</sup> UNIESP Centro Universitário. Coordenação do Curso de Graduação em Direito. Rodovia BR-230, km 14, S/Nº. Morada Nova. Cabedelo-PB, Brasil (CEP 58109-303).



Com efeito, um contrato de fornecimento é caracterizado pela repetição de desempenhos ao longo de um determinado período de tempo: os bens são fornecidos numa base regular, de acordo com um esquema acordado entre as partes. Ao contrário do caso de um simples contrato de venda, espera-se que as partes concordem em vários outros aspectos de suas negociações, por exemplo, sobre as consequências de um atraso injustificado no fornecimento ou no pagamento.

Como uma terceira etapa, podemos encontrar, por exemplo, um contrato de fabricação e fornecimento. Da mesma forma que em um contrato de fornecimento, os bens são fornecidos em prestações dentro de um prazo determinado. A particularidade deste tipo de contrato reside no facto de o comprador ter um papel ativo na determinação da natureza e qualidade dos bens que pretende receber periodicamente contra o pagamento do preço. Mais precisamente, o comprador que deseja um produto sob medida precisa fornecer ao fabricante informações precisas sobre a produção desse produto: isso significa que o contrato conterá não apenas cláusulas típicas de contratos de fornecimento, mas também novas cláusulas regulando, por exemplo, a extensão e os limites da transferência de direitos de propriedade intelectual (know-how industrial, mas também marcas, etc.) conforme necessário em uma determinada transação (Miranda, 1999).

A subida desta escada contratual poderia continuar até as estruturas mais complicadas para grandes negócios corporativos internacionais, mas aqui nosso único interesse é apontar que quanto mais complexa for a operação comercial prevista, mais tempo e recursos as partes precisarão para gastar para chegar a um acordo viável e executar seu contrato.

Dada a grande variedade de tipos contratuais, não existe uma fórmula que se aplique a todas as situações: a determinação do conteúdo de um contrato é totalmente dependente do tipo de transação que as partes contemplam.

Obviamente, o grau de complexidade da operação comercial realizada pelas partes terá um impacto na duração e complexidade do processo conducente à celebração do contrato que regula essa operação. Embora transações simples realizadas na vida cotidiana geralmente não sejam negociadas, a celebração de contratos complexos requer uma fase preliminar de negociação (fase pré-contratual) para chegar ao estágio de acordo real e a assinatura de um documento definitivo. O



documento é apenas a etapa final realizada após um acordo sobre todos os aspectos do negócio.

Dependendo das particularidades do caso específico, cada contrato tem sua história e características próprias. No entanto, é possível classificar os contratos em diferentes tipos e de acordo com vários critérios. Os três seguintes merecem menção (Strenger, 2018):

1) No que diz respeito à sua formação, os contratos podem ser celebrados imediatamente ou após um processo de negociação progressiva. No primeiro caso, quando o conteúdo do contrato está totalmente pré-determinado, e em particular quando as partes estão fisicamente presentes, a declaração contendo a oferta e a declaração de aceitação são formuladas simultaneamente, ou em qualquer caso no interior de um curto período de tempo. A conclusão do acordo é, portanto, simultânea com a sua constituição, não havendo qualquer fase preliminar de negociação entre as partes, e o contrato é imediatamente vinculativo.

Por outro lado, um contrato progressivo requer várias etapas de negociação e, muitas vezes, também a redação de documentos pré-contratuais, contratos preliminares ou outras formas de entendimento. Conforme observado acima, um processo tão longo de formação é típico de contratos complexos de qualquer tipo e, como tal, é muito comum em transações internacionais.

Muitos tipos de contrato podem ser formados de forma imediata ou progressiva, dependendo das especificidades envolvidas. Por exemplo, no que diz respeito a um contrato de venda, se eu comprar um livro em uma livraria, as condições de tal transação (preço, qualidade, entrega etc.) são pré-determinadas e o contrato é formado imediatamente após o meu pagamento do preço no caixa, mas se eu comprar equipamento industrial, antes de assinar um contrato, provavelmente terei de negociar um número significativo de aspectos e condições do negócio com o vendedor.

2) Os contratos podem ser classificados também em função das modalidades da sua celebração. Na celebração de um contrato, as partes conferem força jurídica aos acordos celebrados entre elas e assumem certas obrigações. Uma vez concluído, o contrato torna-se exequível e as partes podem ser legalmente obrigadas a cumpri-lo.





Mas como as partes realmente se obrigam perante a lei? Geralmente, as obrigações contratuais são assumidas expressamente, por meio de um acordo oral ou escrito: em muitas jurisdições, em alguns casos limitados, os acordos também podem ser concluídos sem forma alguma, mas apenas como resultado de certa conduta das partes que tem um significado específico (os chamados contratos implícitos) (Fazio, 1998).

Nos contratos expressos, as partes declaram os termos do seu acordo, oralmente ou por escrito. Por um lado, a celebração oral de um contrato é um procedimento descomplicado e que poupa tempo. Por outro lado, sem um texto escrito, as partes podem ser incapazes de regulamentar detalhadamente a substância de seu contrato e, eventualmente, também acharem difícil provar seus respectivos entendimentos perante um juiz.

Esta é a razão pela qual, na prática de negócios internacionais, mas também e em termos mais gerais na prática de todas as transações complexas, os contratos são quase sempre estabelecidos em um ou mais documentos escritos, muitas vezes com a assistência de advogados. Em quase todas as jurisdições, a lei exige que certos tipos de contratos sejam feitos por escrito: este é geralmente o caso de contratos envolvendo a transferência de bens imóveis, conforme prescrito, por exemplo, pelo art. 108 do Código Civil brasileiro.

3) Os contratos também podem ser classificados, no que diz respeito ao tempo necessário para a seu desempenho, seja simultâneo ou de longo prazo. O principal exemplo do primeiro tipo é, novamente, o contrato simples de venda, por meio do qual uma parte (o vendedor) transfere a propriedade do bem e a contraparte (o comprador) efetua simultaneamente o pagamento do preço.

Por outro lado, como vimos acima, as partes podem desejar a celebração de um contrato de longo prazo, cuja duração pode ser limitada ou ilimitada, restando, como efeito, algum ato futuro a ser praticado ou alguma obrigação ser dispensado muito tempo após a conclusão do contrato, de acordo com seus termos. Conforme observado, este pode ser o caso, por exemplo, de contratos de fornecimento, mas também de muitos outros tipos de contrato como, por exemplo, aqueles de emprego, licença de direitos de propriedade intelectual, arrendamento, parceria, etc.



## **2 NEGOCIAÇÃO**

A negociação é o primeiro passo no processo de formação da maioria dos contratos internacionais, e seu conteúdo e duração costumam variar de acordo com a complexidade e o valor econômico do contrato envolvido. Quase todas as grandes transações comerciais caracterizam-se por negociações morosas e complexas: nestes casos, a definição dos termos contratuais é progressiva e os entendimentos parciais alcançados progressivamente nesta fase ainda não vinculam juridicamente as partes (Fernández Arroyo, 2004).

Toda a atividade preparatória realizada pelas partes antes de chegar ao acordo final é chamada de fase pré-contratual.

Em transações transfronteiriças, que normalmente colocam em relações contratuais sujeitos que falam línguas diferentes e pertencentes a ambientes de negócios diferentes, o processo de chegar a um acordo que atenda às expectativas de ambas as partes muitas vezes acaba sendo mais complicado do que no negócio doméstico.

Se a negociação for bem-sucedida, as partes alcançam o ponto de equilíbrio de seus respectivos interesses na transação planejada e um entendimento mútuo dos direitos e obrigações a serem estabelecidos para cada uma delas.

Mas o que as partes precisam concordar? Um grande número de tópicos poderia ser trazido para a mesa de negociações, dependendo do tipo específico de contrato em discussão.

Só para dar um exemplo, em um contrato de distribuição comercial de certos bens, as partes provavelmente irão, antes de tudo, discutir as condições econômicas básicas do acordo, como qualidade, quantidade e preço dos bens, para negociar só em um momento posterior com questões menos críticas como o local de entrega ou as modalidades de pagamento. Somente quando todos os elementos do negócio tiverem sido acordados entre as partes, o contrato final poderá ser redigido e assinado (ARAÚJO, 2018).



### **3 PODER DE NEGOCIAÇÃO**

Nas negociações comerciais, a força respectiva das partes costuma ser desigual: em outras palavras, uma delas goza de maior poder de barganha.

Uma posição de negociação vantajosa pode ser consequência de vários fatores, como dimensão, nível tecnológico ou solidez financeira. Outros elementos-chave são a prontidão ou capacidade de uma determinada parte de investir dinheiro nas negociações (por exemplo, contratando advogados ou consultores externos) ou a disponibilidade de recursos humanos devidamente qualificados para serem empregados nas negociações. O fator tempo também é importante: ficará claro que uma parte ansiosa para concluir um contrato tem maior probabilidade de aceitar condições menos favoráveis apenas para acelerar o processo de negociação.

Além disso, a existência de uma rede institucional ou relacional por trás de uma determinada parte pode ser um fator crucial. Por exemplo, ao se buscar a celebração de um contrato na China com uma empresa chinesa, é fácil sentir o impacto nas negociações provocado pelas fortes conexões existentes naquele país entre seus principais atores políticos, financeiros e empresariais.

Embora a construção do contrato ainda não esteja concluída e, portanto, nenhuma obrigação legal ainda vincule as partes, estas têm o dever, também na fase pré-contratual, de seguir determinadas regras de conduta fundamentais.

O padrão mínimo de comportamento é geralmente incorporado ao dever de negociar de boa fé. A familiaridade do termo “boa-fé” - mesmo além de seu significado jurídico estrito - não nos ajuda, infelizmente, a fornecer uma definição precisa do conceito jurídico.

Quando aplicado à fase de negociação, o princípio da boa-fé - um elemento-chave do antigo direito romano amplamente absorvido pela tradição legal - traduz-se em obrigações de muitas formas que diferem de sistema jurídico para sistema jurídico. Por exemplo, o Código Civil exige que cada parte se conduza de acordo com o princípio da boa-fé e prescreve deveres específicos de divulgação, clareza e confidencialidade. Quando uma parte deixa de observar um padrão razoável de justiça, por exemplo, fornecendo uma representação negligente ou fraudulenta dos elementos contratuais, está em violação do dever de agir de boa-fé.



A variedade de maneiras pelas quais a boa fé na negociação é percebida, interpretada e aplicada nos diferentes sistemas jurídicos é efetivamente ilustrada nas seguintes considerações por um juiz de direito consuetudinário:

Em muitos sistemas de direito civil, e talvez na maioria dos sistemas jurídicos fora do mundo do direito consuetudinário, o direito das obrigações reconhece e impõe um princípio primordial de que, ao fazer e executar contratos, as partes devem agir de boa fé. Isso não significa simplesmente que eles não devem se enganar, um princípio que qualquer sistema jurídico deve reconhecer; seu efeito é talvez mais apropriadamente transmitido por coloquialismos metafóricos como "jogar limpo", "limpar tudo" ou "colocar as cartas viradas para cima na mesa". (...) A lei inglesa, caracteristicamente, não se comprometeu com nenhum princípio primordial, mas desenvolveu soluções fragmentadas em resposta a problemas demonstrados de injustiça.

Uma vez que está claro que o conceito de "boa fé" pode estar sujeito a diferentes interpretações dependendo do sistema jurídico aplicável, o que, na prática, as partes devem fazer para conduzir suas negociações de boa fé?

Em primeiro lugar, as partes na negociação só devem entrar no processo se tiverem o objetivo sincero de estabelecer relações contratuais. A negociação não deve ser conduzida com o mero propósito de obter informações significativas sobre a contraparte, ou de desviar sua atenção de possíveis oportunidades alternativas de negócios.

Obviamente, a fase de negociação implica, para cada parte, dispêndio de tempo e recursos econômicos. Uma parte que finge estar negociando um acordo, mas não tem, de fato, nenhuma intenção real de concluí-lo, ou que em uma fase final de um longo processo o abandona repentinamente sem fornecer qualquer justificativa razoável, pode causar danos significativos a uma contraparte que contava com a conclusão iminente de um contrato. Este é um dos momentos em que entra em ação o princípio da boa-fé: o prejudicado tem a possibilidade de obter julgamento da contraparte para indenização por lucros cessantes ou de oportunidade pelo esforço infrutífero de alcance o acordo pretendido (Pinheiro, 2019).

Outra regra de conduta ditada pelo princípio da boa-fé é a obrigatoriedade de cada uma das partes prestar à outra todas as informações essenciais sobre o



objeto do negócio visado, permitindo assim a apuração recíproca do efetivo interesse na celebração do contrato.

Tal dever é violado quando uma das partes induz intencionalmente a outra sobre o objeto do contrato, ao não divulgar informações relevantes que, se conhecidas por esta, a levariam a tomar uma decisão diferente. Por exemplo, no caso de um contrato de seguro, o segurado que intencionalmente não forneça à seguradora todas as informações necessárias para a determinação do risco, está em violação do dever de boa-fé.

Além disso, cada parte deve usar linguagem clara e inteligível em consideração ao nível cultural e competência específica da contraparte, evitando confundir esta última ou tirar proveito de seu desconhecimento. As partes da negociação também devem manter as informações obtidas em sigilo.

Em suma, o princípio da boa-fé na negociação constitui uma condição geral de justiça, cujo conteúdo não pode ser predeterminado de forma precisa. Conforme declarado acima, a extensão da responsabilidade das partes antes de chegar a um acordo final varia substancialmente de país para país.

Assim, a nível internacional, as consequências de condutas contrárias às normas de boa-fé dependerão do quadro jurídico aplicável, que pode ser aquele já escolhido pelas partes em negociação ou aquele determinado de acordo com as regras que regem potenciais disputas. Em caso de dúvida quanto à lei aplicável, o juiz ou árbitro poderá considerar útil considerar, pelo menos como meio de integração e interpretação do comportamento das partes, os Princípios UNIDROIT, que constituem uma tentativa de uniformização solução baseada na tradição do direito civil (ALFONSÍN, 1997).

As principais disposições do UNIDROIT sobre boa-fé na negociação são as seguintes (ALFONSÍN, 1997):

Artigo 1.7 Boa fé e tratamento justo

(1) Cada parte deve agir de acordo com a boa fé e a negociação justa no comércio internacional.

(2) As partes não podem excluir ou limitar este dever.

Artigo 2.1.15 Negociação de má-fé

(1) Uma parte é livre para negociar e não é responsável por não chegar a um acordo.



(2) No entanto, a parte que negociar ou interromper as negociações de má-fé é responsável pelos prejuízos causados à outra parte.

(3) É de má-fé, em particular, que uma parte entre em ou continue negociações com a intenção de não chegar a um acordo com a outra parte.

Os Princípios UNIDROIT também prescrevem o dever de confidencialidade, definido como segue:

#### Artigo 2.1.16 Dever de Confidencialidade

Quando as informações são fornecidas como confidenciais por uma das partes no curso das negociações, a outra parte tem o dever de não divulgar essas informações ou de usá-las indevidamente para seus próprios fins, independentemente de um contrato ser posteriormente celebrado ou não. Quando apropriado, o remédio para a violação desse dever pode incluir compensação baseada no benefício recebido pela outra parte.

## **4 DOCUMENTOS PRÉ-CONTRATUAIS: A CARTA DE INTENÇÕES**

As partes contratantes em potencial, especialmente no caso de negociações longas e complexas, podem desejar delinear o andamento da fase de negociação redigindo e trocando notas sobre o estado do próprio processo de negociação. Tais notas podem ser formalizados como cartas, memorandos ou “termos de acordo” devidamente assinados pelas partes.

O instrumento mais comumente usado para esse propósito é a carta de intenções. As cartas de intenções diferem na sua estrutura, que pode de fato ser a de uma carta comercial em que o remetente apresenta um texto ao destinatário para exame, confirmação e assinatura; caso contrário, a estrutura da carta de intenções pode se assemelhar muito a de contrato, relacionando a convergência das intenções das partes e licitando-as a firmarem suas respectivas assinaturas no texto.

As cartas de intenções podem diferir em substância, mas geralmente listam os pontos de uma transação em que uma intenção comum foi alcançada pelas partes negociadoras. Dado que o contrato ainda não foi firmado nesta fase, a carta de intenções geralmente não é um documento juridicamente vinculativo, mas mesmo assim tem um forte valor moral para as partes e envolve a sua reputação comercial. Na verdade, seu objetivo é garantir que ambas ou todas as partes tenham



o mesmo entendimento dos termos mais importantes da transação proposta e declarar sua intenção de prosseguir com as negociações para o contrato futuro, ao invés de vinculá-los a termos específicos e condições (Basso, 2016).

No entanto, deve-se notar que muitos desses documentos pré-contratuais também contêm disposições que são realmente vinculativas, tais como termos que regem a própria negociação: estes podem dizer respeito, por exemplo, tempo para a conclusão do contrato, confidencialidade das informações trocadas ou exclusividade na negociação de contratos de conteúdo similar.

Em qualquer caso, as partes devem ter em conta a forma e o texto da carta de intenções, uma vez que pode até ser interpretada como vinculativa na sua totalidade se se assemelhar muito a um contrato (ou seja, se todos os elementos essenciais do acordo tiverem sido estabelecidos e escritos em uma forma que parece definitiva). Na verdade, mesmo usando o termo legal "carta de intenções" não excluirá completamente a possibilidade de consequências jurídicas decorrentes do conteúdo, uma vez que a própria redação pode tornar o acordo exequível, mesmo que tal resultado não tenha sido desejado pelas partes.

A fim de evitar mal-entendidos e evitar o aumento indesejado de expectativas dos envolvidos, caso as partes não desejem ser vinculadas ao conteúdo da carta de intenções, é preferível que o texto expressamente declare tal fato e, inversamente, especifique qual dos os termos, se houver, devem ser considerados vinculativos.

Em alguns casos, as partes na negociação podem decidir redigir um documento através do qual se comprometem formalmente a celebrar um contrato final sujeito a certas condições.

Este acordo preliminar é substancialmente diferente de uma carta de intenções ou um memorando de entendimento, na medida em que realmente envolve a obrigação (e não apenas a intenção) de uma, ambas ou todas as partes para concluir um contrato final dentro de um determinado período, geralmente sujeito a condições. Em outras palavras, é uma promessa legal de concluir um acordo final.

Esses acordos são adequados para situações em que as partes ainda não tenham coberto todos os detalhes, mas, no entanto, desejam se comprometer a concluir um contrato principal em um futuro próximo.

## MOSAICO DE SOBERANIAS: CONTRIBUIÇÕES PARA UM DIREITO INTERNACIONAL

José Carlos Ferreira da Luz | Marcel Silva Luz | Patrícia Cristina Ferreira Moura  
(Organizadores)



Se uma das partes violar um acordo preliminar para celebrar um contrato, a outra pode solicitar ao tribunal que ordene o pagamento de indenização não só pelos danos e despesas decorrentes das negociações, mas também para efetuar o cumprimento específico das obrigações contidas no previsto contrato. Além disso, as partes costumam estipular no acordo preliminar uma multa contratual a ser paga pela parte infratora.

### REFERÊNCIAS

ALFONSÍN, Quintín. *Derecho Internacional Privado*. T. II, p. 622-625. Apud KLET, Selva. La jurisdicción internacional. In: LANDONI SOSA, Angel. (Obra dirigida por el). Curso de Derecho Processai Civil Internacional y Comunitário Del Mercosur. Montevideo: IUDP FCU, 1997.97 112 p. 100.

ARAÚJO, Nádia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 7 ed. S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2018.

BASSO, Maristela. *Curso de direito internacional privado*. 5. Ed. S. Paulo, Ed. Atlas, 2016.

FAZIO, Silvia. *Os Contratos Internacionais na União Europeia e no Mercosul*. São Paulo: LTr, 1998.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. *Competencia internacional exclusiva e exorbitante de los jueces de los Estados-miembros de la Unión Europea: ¿hasta cuándo?* Revista Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Ibero americana, n. 34. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 148.

MORELLI, Gaetano. *Derecho Procesal Civil Internacional*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953. p. 87. Título original: *Il Diritto processuale civile internazionale* (In: *Trattato di diritto internazionale*. Tomo sétimo).

PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Internacional Privado – Competência Internacional*, Vol. III, 3ª Ed. Refundida, Lisboa, AAFDL, 2019.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1999.

STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2008. p. 84.





## **RESPONSABILIDADE NA UNIÃO EUROPEIA POR VIOLAÇÃO DE DIREITO PELO ESTADO MEMBRO**

Patrícia Cristina Ferreira Moura<sup>1</sup>

### **1 INTRODUÇÃO**

A formação da União Europeia (UE) procurou desde o seu início, a organização de um sistema normativo coerente que proporcionasse a continuidade e funcionamento do bloco econômico. Tal sistema se traduziu a princípio na criação de um direito comunitário, hoje entendido de forma mais precisa como Direito Europeu, em razão das características únicas que o diferenciam de outras entidades regionais.

A harmonização do sistema é feita na União Europeia através de mecanismos e princípios que garantem o respeito e a uniformidade das regras estabelecidas.

Dentre os princípios essenciais para a harmonia do conjunto e a concretização de objetivos fixados, destaca-se o da responsabilidade extracontratual dos Estados membros, que é um tipo de responsabilidade não vinculada a um contrato específico, a qual pode decorrer do descumprimento das normas do Direito Europeu, por algum Estado membro da União, sendo este o objeto de estudo desse trabalho.

Os Estados-Membros da União Europeia, em decorrência das obrigações do Tratado, devem cumprir as disposições do direito primário e o direito secundário dessa União. Entretanto, inexistem normas positivadas que disciplinem a responsabilidade dos Estados em indenizar a violação do direito, tampouco as condições dessa responsabilidade.

As medidas coercitivas para garantir o respeito ao ordenamento europeu em face de danos gerados pela função exercida pelos poderes legislativos nacionais, ao descumprirem normas supranacionais, se assentam, na prática, do

---

<sup>1</sup> Universidade de Lisboa – UL. Faculdade de Direito. – FADUL. Alameda da Universidade 1649-014 Lisboa – Portugal  
Università degli Studi Roma Tre - Dipartimento di Giurisprudenza -Via Ostiense 159, 00154 Roma-It



Tribunal de Justiça da União Europeia, construção pretoriana essa que não é suficiente para uma total segurança nas relações jurídicas.

O presente estudo analisa o princípio da responsabilidade extracontratual na União Europeia em face da ilicitude diante do Direito Europeu.

Nesse desiderato, inicia-se com uma análise das obrigações dos poderes legislativos dos Estados membros no contexto da organização regional, e como os princípios que regulam a União Europeia são utilizados no processo legislativo estatal. Em seguida, verificados os fundamentos que ensejou o Tribunal de Justiça da União Europeia na configuração da responsabilidade, e os acórdãos basilares sobre o tema.

## **2 NORMAS DA UNIÃO EUROPEIA E APLICAÇÃO NOS ESTADOS MEMBROS**

O equilíbrio entre o ordenamento interno dos Estados membros e o comando da União Europeia pauta-se pelo respeito aos respectivos campos de competência de cada ente. A integração regional objetiva integrar os Estados nacionais política e economicamente, respeitando as prerrogativas de cada Estado, que mantém sua soberania embora de maneira distinta da forma clássica. Afinal, o que se pretende é a cooperação entre entidades soberanas e não uma nação única europeia. Portanto, as normas oriundas de instâncias da União devem se restringir aos objetivos da integração, respeitando o âmbito de competência conferido pelos tratados instituidores, de acordo com o princípio da subsidiariedade.

O princípio da subsidiariedade que dispõe os campos de competência da seguinte forma: primeiramente os Estados procurarão atender aos escopos da integração, todavia se for constatado que a União será mais capaz, logo, caberá a esta atuar na situação. É um modelo de divisão de tarefas e atribuições, em que as instâncias comunitárias só assumem responsabilidades naquelas matérias em que as instâncias nacionais não sejam capazes de atuar com eficácia.

Esse princípio objetiva privilegiar a capacidade de decisão e ação dos Estados e legitimar a intervenção da União. O escopo de tal compartilhamento de competência, instituindo que a da União seja apenas subsidiária à nacional, é o de aproximar e facilitar o acesso dos cidadãos ao sistema europeu.



Os órgãos da União Europeia são regidos por normas ou atos jurídicos para exercerem seus objetivos institucionais. Tais atos aplicam o direito a situações gerais, sendo os principais os Regulamentos, Diretivas e as decisões jurisprudenciais. Existindo ainda as Recomendações, os Pareceres e as fontes subsidiárias.

A validade das normas regionais advém dos tratados internacionais constitutivos da organização. Este direito advindo dos tratados iniciais ficou conhecido como primário ou originário seguido pelas normativas secundárias mais recentes, que deram continuidade à integração.

Os tratados instituidores das três Comunidades Europeias e da própria União são considerados como fontes primárias, quais sejam: o Tratado de Paris de 1951, que deu origem à Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA); o Tratado de Roma de 1957, que criou a Comunidade Econômica Europeia (CEE), aqui intitulado de Tratado da Comunidade Europeia (TCE); e o Tratado de Maastricht de 1992, ou mais conhecido como Tratado da União Europeia (TUE). Igualmente compõem a classificação como primários as seguintes normativas: o Tratado de Amsterdã de 1997, o Tratado de Nice de 2001, o Tratado de Lisboa de 2007, o Tratado sobre Funcionamento da União Europeia (TFUE) de 2012 e ainda os anexos e protocolos de tais fontes<sup>2</sup>.

O Regulamento pode atribuir direitos e obrigações tanto aos particulares como aos Estados membros, nos âmbitos legislativo, executivo ou judiciário. Possui aplicabilidade imediata, isto é, passa a compor a ordem jurídica estatal.

Por sua vez, as Diretivas, sempre deverão ser integradas pelos Estados, pois não possuem aplicabilidade imediata reservando, todavia, às instâncias nacionais a forma e os meios para implementar o fim desejado. O objetivo delas é harmonizar as legislações nacionais, exigindo que os Estados alcancem determinados resultados.

A transposição, ou seja, incorporação da Diretiva para o ordenamento jurídico nacional é obrigatória, do contrário não poderá produzir os efeitos pretendidos em nível local. As autoridades nacionais devem implementá-las comunicando as medidas para tal à Comissão Europeia. Existe, ainda, uma margem

---

<sup>2</sup> GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. Direito Comunitário. Coimbra: Almedina, 2004, p. 222-223.



de discricionariedade interna em que se levam em conta as especificidades locais, contanto que as diretrizes e objetivos gerais sejam observados.

As Diretivas não são diretamente aplicáveis, todavia o TJUE determinou que determinadas disposições pudessem, excepcionalmente, produzir efeito conforme será demonstrado no decorrer desse estudo.

Em relação às Decisões, de acordo com o TFUE, estas serão obrigatórias, além de não ser necessário qualquer ato de recepção formal ao direito nacional.

Quanto às Recomendações e os Pareceres, estes não têm força vinculante, pois não exigem o cumprimento obrigatório. Não criam quaisquer direitos ou obrigações para os destinatários, mas podem fornecer indicações sobre a interpretação e o conteúdo do Direito da União.

Por fim, em relação às fontes subsidiárias, estas são compostas pela jurisprudência do TJUE, o Direito Internacional e os princípios gerais de direito; sendo utilizadas para preencher eventuais lacunas que surjam tanto no direito primário quanto derivado.

### **3 FUNDAMENTOS DA RESPONSABILIDADE EXTRACONTRATUAL NO DIREITO EUROPEU**

No contexto da União Europeia não existia previsão nos tratados originários da organização sobre a possibilidade de responsabilidade extracontratual decorrente de ilicitude proveniente do descumprimento de normativas da União. Essa construção decorre da evolução jurisprudencial do Tribunal de Justiça da União Europeia.

O TJUE desenvolveu um princípio geral de responsabilidade do Estado por violação decorrente do Poder Legislativo, justificando a necessidade de fundamentar o princípio, sob a argumentação de que este é inerente ao sistema europeu. E também, por ser corolário da autonomia da ordem jurídica europeia, uma vez que permite que as regras gerais para a responsabilidade estejam presentes no



ordenamento supranacional, independentemente das especificidades dos regimes legais locais<sup>3</sup>.

Entendeu ainda como fundamento, a necessidade de efetivar a proteção dos direitos conferidos aos particulares e os deveres de cooperação e lealdade. O regime de responsabilidade internacional, também foi invocado porque o Estado membro deve ser visto em sua unidade não importando se o prejuízo causado tenha origem na atuação seja do Poder Legislativo, Executivo ou Judiciário. Logo, os mesmos requisitos são aplicáveis a qualquer ente estatal<sup>4</sup>.

Os acórdãos nos casos *Francovich*, de 19 de novembro de 1991 e *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, de 5 de março de 1996, são os paradigmas no estudo e aplicação da problemática advinda da responsabilidade decorrente da ilicitude em face das normativas europeias.

O acórdão de *Francovich* permitiu ao TJUE delinear as condições básicas com o objetivo de formular requisitos suficientes para caracterizar a responsabilidade estatal por ilicitude legislativa em face da violação ao Direito Europeu. Nesse sentido, os pressupostos conferidos foram: 1) a atribuição de direitos a favor dos particulares; 2) que o conteúdo desses direitos possa ser identificado com base nas disposições da Diretiva; 3) a existência de um nexo de causalidade<sup>5</sup>.

Posteriormente, com fundamento no no aresto de *Brasserie du Pêcheur*, a Corte reelaborou os pressupostos da seguinte forma: 1) que a norma europeia violada tenha por objeto conferir direitos aos particulares; 2) que a violação seja suficientemente caracterizada; 3) e que exista um nexo de causalidade direto entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o prejuízo sofrido pelas pessoas lesadas<sup>6</sup>.

A configuração desses pressupostos forma a base para a responsabilidade, entretanto, não impede que o Estado possa, em seu ordenamento interno, organizar seu próprio regime e procedimento de responsabilidade, desde que respeitem os requisitos mínimos propostos por este.

<sup>3</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *Francovich*, proc. C 6/90 e C 9/90, Col. p. I- 5357, de 19 de nov. de 1991, par. 31.

<sup>4</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, proc. C- 46/93 e C- 48/93, Col. p. I- 1029, de 5 de março de 1996. Par. 34

<sup>5</sup> Acórdão *Francovich*, op. cit., par. 40

<sup>6</sup> Ac. *Brasserie du pêcheur e Factortame* op. cit., par. 57



Assim, tais condições, são os requisitos mínimos e não uma lista exaustiva, sendo permitido aos Estados ampliarem os pressupostos, desde que não prejudiquem a efetivação dos direitos dos nacionais.

#### **4 NORMA EUROPEIA VIOLADA QUE TENHA POR OBJETO CONFERIR DIREITOS AOS PARTICULARES**

A primeira condição de responsabilidade, que deve ser satisfeita antes que uma parte privada possa exigir uma indenização ao Estado, é de que a norma da UE violada deve ter a intenção de conferir direitos a particulares. Não se tratando apenas de uma norma que regule uma mera situação jurídica ou puramente organizacional, mas uma norma emanada de órgãos supranacionais que configure um direito ao particular.

A doutrina jurídica tende a esclarecer que no conteúdo da primeira condição de responsabilidade, um direito deve ser entendido como o conceito de direito da UE, não de direito nacional. Por esse motivo, os tribunais nacionais devem interpretar o conteúdo desta condição para responsabilidade de acordo com o direito da UE, nenhuma discricionariedade aos Estados-Membros é possível<sup>7</sup>.

O objetivo do direito da UE é conferir uma ampla proteção de direitos, isso significa que os direitos podem ser conferidos mesmo pelas disposições da legislação da UE, não diretamente destinadas a proteger os direitos de particulares. Portanto, é essencial prestar atenção não apenas para o objetivo, mas também para o conteúdo das disposições legais relevantes.

Nessa direção, discorre Marta Chantal, que ao se discutir o termo “direitos” deve-se seguir uma interpretação extensiva do termo, pois considera que o progresso a que se tem assistido em matéria de proteção dos direitos dos cidadãos, ao nível europeu, faz acreditar que na expressão estão contidos, tanto os direitos subjetivos, como o interesse legítimo<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> AGNÉ Vaitkevičiūtė. Member states liability in damages for the breach of european union law—legal basis and conditions for liability. *Jurisprudence* 2011, 18, p. 49–68. p.55. Disponível em: <https://www.mruni.eu/upload/iblock/d42/3%20Vaitkeviciute.pdf>. Acesso em: 06/2020.

<sup>8</sup> CHANTAL, Marta da Cunha Machado Ribeiro. *Da responsabilidade do Estado pela violação do Direito comunitário*. Coimbra: Almedina, 1996, p. 127



Em resumo, a definição da primeira condição de responsabilidade é um direito da UE, que pode ser estabelecido de acordo com vários critérios e tendo em conta consideração fundamentos factuais e legais do caso individual.

## **5 VIOLAÇÃO SUFICIENTEMENTE CARACTERIZADA**

A segunda condição para a responsabilidade colacionada pelo TJUE é considerada a mais difícil condição de responsabilidade - uma parte privada é obrigada a provar que não é uma violação comum, mas uma violação grave. O conceito de violação suficientemente grave origina-se da prática do Tribunal em processos de responsabilidade extracontratual da UE.

A ilicitude ocorrida deve ser manifesta e grave levando em consideração:

- 1) o grau de clareza e de precisão da regra violada;
- 2) o âmbito da margem de apreciação que a norma deixa às autoridades nacionais;
- 3) o carácter intencional ou involuntário do incumprimento verificado ou do prejuízo causado;
- 4) o carácter desculpável ou não de um eventual erro de direito;
- 5) se as atitudes adotadas por alguma instituição europeia contribuíram para a omissão;
- 6) a adoção ou a manutenção de medidas ou práticas nacionais contrárias ao Direito Europeu;
- 7) se a ilicitude continuar a existir diante de acórdão em que foi reconhecido o incumprimento, aresto proveniente de reenvio prejudicial, ou, ainda, jurisprudência assente do TJUE sobre a matéria<sup>9</sup>.

Segundo a prática do Tribunal, os fatores mencionados acima são mais subjetivos que objetivos, portanto essa lista não é exaustiva. Não deve haver obrigação de identificar todos esses fatores em todos os casos, sendo a ocorrência de um ou dois deles considerados suficientes.

O objetivo do Tribunal com a elaboração da condição em análise é de não ter que basear suas conclusões de acordo com conceitos sobre a culpa, que tem diversas acepções nos ordenamentos nacionais. Assim, conforme Marta Chantal, apesar da rejeição do requisito da culpa, foram colocados como limites os princípios

---

<sup>9</sup> Ac. Brasserie du pêcheur e Factortame op. cit., par. 55 e seguintes.



da equivalência e da efetividade, considerando os regimes de responsabilidade internos decorrentes do exercício da função legislativa:<sup>10</sup>

No que tange ao princípio da efetividade, o entendimento da Corte é de que cabe ao direito local a definição dos termos da responsabilidade, desde que não sejam menos favoráveis que os aplicáveis a reclamações internas e não tornem impossível ou excessivamente difícil a obtenção da reparação.

No princípio da equivalência a Corte dispôs que as três condições estipuladas em *Brasserie* são necessárias e suficientes para instituir em favor dos particulares um direito a obter reparação, sem, no entanto, impedir que a responsabilidade estatal possa ser efetivada em condições menos restritivas com base no direito nacional.

Dessa forma, o TJUE definiu que, apesar dos princípios da equivalência e efetividade, nos casos em que legislador atue fora da sua discricionariedade, a simples infração ao Direito Europeu pode ser o bastante para provar a existência de uma violação suficientemente caracterizada.

## **6 NEXO DE CAUSALIDADE**

O terceiro pressuposto estabelecido pelo TJUE é a existência de um nexo de causalidade entre o dano sofrido pelo particular e a violação ao Direito Europeu, se a ação ou omissão do legislador nacional é a responsável pelo prejuízo ocorrido.

O nexo de causalidade consiste: “na interação causa/efeito, de ligação positiva entre a lesão e o dano, através da previsibilidade deste em face daquele, a ponto de poder afirmar-se que o lesado não teria sofrido tal dano se não fosse a lesão.”<sup>11</sup>

Em regra o Tribunal não tende a examinar minuciosamente a causalidade e geralmente deixa esta questão para um tribunal nacional de acordo com as normas legais nacionais. A princípio, na análise de casos de responsabilidade do

<sup>10</sup> RIBEIRO, Marta Chantal da Cunha Machado. *O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual dos Estados-Membros pela Violação do Direito Comunitário. Delineamento e Aperfeiçoamento Progressivo*. Lisboa: Almedina, 2000, p. 13

<sup>11</sup> AZEVEDO, Tiago João Lopes Gonçalves de. *Responsabilidade civil extracontratual do Estado por danos decorrentes da função político-legislativa: dos seus pressupostos e respectiva articulação com o Direito Comunitário*. Disponível em: <[http://www.verbojuridico.net/doutrina/2009/tiagoazevedo\\_responsabilidadefuncaolegislativa.pdf](http://www.verbojuridico.net/doutrina/2009/tiagoazevedo_responsabilidadefuncaolegislativa.pdf)>. Acesso em: 05/2020..





Estado em casos de indenização, o Tribunal não mencionava se a ligação entre a violação e o dano deveria ser direta. Posteriormente a necessidade de provar um nexo de causalidade direto foi confirmada, tendo essa condição sido emprestada dos casos de responsabilidade extracontratual da UE.

A mudança da atenção jurisprudencial, quando a condição de causalidade foi examinada mais minuciosamente nos casos Brinkmann e Rechberger.

Em Rechberger, sustentou-se que havia um nexo de causalidade direto entre a violação da Áustria na aplicação incorreta da Diretiva 90/314, relativa a embalagens viagens, no que diz respeito à proteção dos consumidores em caso de insolvência do organizador de viagens e os danos sofridos pelos consumidores devido à insolvência do organizador da viagem. O Tribunal estimou o nexo de causalidade direto por meio de definir o objetivo específico da diretiva mencionada que era a proteção dos consumidores.

Em Brinkmann, pelo contrário, o Tribunal decretou que não havia nexo causal direto entre a aplicação incorreta da Diretiva 79/32 sobre outros impostos que não os impostos sobre o volume de negócios, e os danos sofridos por uma empresa dinamarquesa, devido ao uso indevido classificação de cigarros e tabaco para fumar de acordo com a legislação nacional. Essas duas decisões ilustram que não há resposta evidente como um nexo causal direto deve ser determinado<sup>12</sup>.

O nexo de causalidade pode ser interrompido, dentre outras formas, pela conduta do prejudicado. Dessa forma, a reparação do dano pode ser reduzida ou até excluída se o lesado não se utilizar dos meios legais ao seu dispor ou, ainda, se contribuiu efetivamente para a realização do prejuízo. Pode ser arguido se a não interposição de ações de impugnação ou semelhantes poderia rechaçar a responsabilidade estatal. Assim, a Corte entendeu que é relevante a conduta do lesado, principalmente se recorreu aos meios legais possíveis para prevenir ou até mesmo impedir a produção de danos<sup>13</sup>.

Outra situação passível de eximir a responsabilidade é a constatação de que o dano se perpetraria ainda que não houvesse a ilicitude estatal. O prejuízo

---

<sup>12</sup> AGNĖ Vaitkevičiūtė. op. cit p. 61

<sup>13</sup> BAPTISTA, Sara Margarida Pires. A responsabilidade civil extracontratual da administração por facto ilícito: entre o Direito Português e a jurisprudência da União Europeia. Disponível em: <[https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/2550/1/Disserta%20a7%20a3o\\_final.pdf](https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/2550/1/Disserta%20a7%20a3o_final.pdf)> . Acesso em 06/2020, p.40.



pode dever-se a outros fatores externos, como concorrência ou condições de mercado, afastando a obrigação de indenizar estatal.

O Tribunal nunca estabeleceu em sua jurisprudência se os danos sofridos por uma parte é uma condição de responsabilidade. No entanto, o dano deve ser considerado uma condição obrigatória para a responsabilidade. Esta conclusão pode ser feita em decorrência da terceira condição de responsabilidade: nexos causal direto entre a violação e os danos, pois fica óbvio, que caso não haja danos, será impossível provar um nexos causal direto.

Portanto, uma parte privada deve, em todas as ocasiões, provar que sofreu danos particulares devido à violação do direito da UE cometida por um Estado-Membro. O conteúdo do dano deve ser determinado de acordo com as normas legais nacionais, o que não deve contradizer os princípios de eficácia e equivalência.

## **7 A JURISPRUDÊNCIA DO TJUE E A OBRIGAÇÃO DE REPARAÇÃO DO DANO**

Consoante o afirmado no item anterior, a responsabilidade extracontratual pela ilicitude legislativa em face do ordenamento europeu teve a afirmação de seus pressupostos através do acórdão de Francovich, e mais tarde continuada pelos arestos de Brasserie du Pêcheur e Factortame.

Assim, mostra-se oportuno uma breve análise dos acórdãos de Francovich e Brasserie du Pêcheur para demonstrar quais as razões que levaram a Corte a adotar os requisitos da responsabilidade presentes nos citados arestos

### **7.10 CASO FRANCOVICH E A RESPONSABILIDADE PELA OMISSÃO LEGISLATIVA**

A diretiva 80/987/CEE, relativa à aproximação dos Estados membros respeitantes à proteção dos trabalhadores assalariados em caso de insolvência do empregador, estabelecia como data limite para a sua transposição o dia 23 de outubro de 1983. A Itália não adotou dentro do prazo imposto pela Diretiva (23 de outubro de 1983) as medidas de transposição para o direito interno, como



consequência de tal omissão, o Tribunal de Justiça declarou em acórdão de 2 de fevereiro de 1989, declarou a existência do incumprimento.

A Diretiva garantia o direito à remuneração, em um lapso temporal anterior à declaração de insolvência. Dessa forma, deveriam ser criados fundos de garantia que assegurassem aos trabalhadores entre oito semanas a três meses dos pagamentos em dívida do empregador, protegidos contra os outros credores, que seriam financiados por contribuições dos empregadores, do Estado ou de ambos.

Andrea Francovich trabalhou numa empresa italiana, e só foram recebidos apenas pagamentos esporádicos da empregadora da parte reclamante, a empresa US Elettronica SNC. Dessa forma, Andrea Francovich interpôs uma ação na Pretura de Vicenza, tendo a empresa sido condenada ao pagamento de uma determinada quantia. Como a empresa abriu falência, Andrea Francovich invocou o direito de obter do estado italiano as garantias previstas na Diretiva diretiva 80/987/CEE ou indenização pelos danos suportados junto ao Pretorio de Vicenza. Foi apresentada uma ação semelhante por Daniela Bonifaci e mais trinta e três assalariados de outra empresa italiana junto a Pretura de Bassano del Grappa<sup>14</sup>.

Ambos os órgãos jurisdicionais nacionais suspenderam a instância e submeteram as questões ao TJCE.

Tendo em consideração a analogia dos casos e a semelhança das questões colocadas pelos órgãos jurisdicionais nacionais o TJCE decidiu apensar ambos os processos. O Tribunal pronunciou-se sobre a possibilidade do Estado Italiano ser obrigado a ressarcir os danos causados àquelas trabalhadoras em virtude da não transposição da referida diretiva.

Colaciona-se a seguir, excerto do acórdão que se refere ao princípio da responsabilidade do Estado.

(...)

a) Quanto ao princípio da responsabilidade do Estado

(...)

33. Deve concluir-se que a plena eficácia das normas comunitárias seria posta em causa e a proteção dos direitos que as mesmas reconhecem estaria enfraquecida se os particulares não tivessem a possibilidade de obter reparação quando os seus direitos são lesados por uma violação do direito comunitário imputável ao Estado-membro.

---

<sup>14</sup> TAVARES, Maria Isabel. Princípio da Responsabilidade Civil dos Estados-Membros por violação do Direito da União Europeia. In Princípios fundamentais de direito da União Europeia – uma abordagem jurisprudencial / Coord. Sofia Oliveira Pais. 3 ed. Coimbra, Almedina, 2013.



34. A possibilidade de reparação pelo Estado-membro é particularmente indispensável quando, como no caso dos autos, o pleno efeito das normas comunitárias está subordinado à condição de uma ação por parte do Estado e, por conseguinte, os particulares, não podem, na falta de ação, invocar perante os órgãos jurisdicionais nacionais os direitos que lhe são reconhecidos pelo direito comunitário.

35. Daí resulta que o princípio da responsabilidade do Estado pelos prejuízos causados aos particulares por violações do direito comunitário que lhe sejam imputáveis é inerente ao sistema do Tratado<sup>15</sup>.

A importância do julgado de Francovich dá-se no sentido que através deste foram determinados os pressupostos gerais para o instituto da responsabilidade extracontratual por violação ao Direito Europeu, mais especificamente pela ilicitude omissiva do legislador.

## 7.2 OS ACÓRDÃOS BRASSERIE DU PÊCHEUR E FACTORTAME E A DEFINIÇÃO DOS PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE

Francovich, foi o acórdão basilar para a matéria da responsabilidade extracontratual, entretanto, os acórdãos Brasserie du Pêcheur e Factortame, vieram a se constituir nos julgados que fundamentaram essa modalidade de responsabilidade.

Brasserie du Pêcheur era uma sociedade francesa que exportava cervejas para a Alemanha, mas que foi obrigada a cessar essa exportação, em 1981, devido a uma decisão das autoridades alemãs que interpretaram que a cerveja fabricada não estava em consonância com a Lei da Pureza Alemã.

Em ação de incumprimento, o TJUE estipulou que houve uma violação ao artigo 28 do TCE pela Lei da Pureza Alemã, em julgado de 12 de março de 1987. Dispõe o referido artigo que: “são proibidas, entre os Estados membros, as restrições quantitativas à importação, bem como todas as medidas de efeito equivalente”<sup>16</sup>. Estaria a lei alemã em discordância com esta disposição normativa criando imposições específicas e, portanto, proibidas pelo ordenamento europeu.

Factortame era uma empresa britânica que foi impedida de desenvolver as suas atividades devido ao chamado Merchant Shipping Act, de 1988. Esta lei

---

<sup>15</sup> Acórdão Francovich, op. cit., par. 33 – 35.

<sup>16</sup> TRATADO DA COMUNIDADE EUROPEIA de 1957, artigo 28. Disponível em: <<https://republicaeuropeia.wordpress.com/2002/12/24/tratado-de-roma-versao-consolidada/>>. Acesso em: 06/2020.



britânica sobre a Marinha Mercante previa a criação de um novo registro para os navios de pesca britânicos, passando a sujeitar a sua matrícula (incluindo a dos já matriculados em registro anterior), a determinadas condições de nacionalidade, residência e domicílio dos proprietários.

Nos dois processos, *Brasserie* e *Factortame*, o que se discutia era a aplicação do princípio da responsabilidade de forma geral, além da omissão estatal em relação a uma ação legislativa ilícita, por uma lei em contrariedade não omissiva, perante o Direito Europeu, ampliando o caso *Francovich* que dispunha somente sobre a não transposição (omissão) de uma Diretiva.

No fundamento da decisão, a Corte utilizou o princípio da efetividade, ou da plena eficácia, determinando que este devesse implicar na proteção efetiva dos direitos conferidos aos particulares; além de estabelecer que fosse necessário manter a coerência entre os regimes de responsabilidade extracontratual europeu e os dos Estados membros, sendo pertinente a harmonização<sup>17</sup>.

O interessante nos acórdãos em análise é que foi estipulado pelo Tribunal que as condições de efetivação da responsabilidade não devem, caso não existam razões específicas, diferir das que regulam a União em circunstâncias similares. Como já disposto em *Francovich*, a proteção dos direitos dos particulares não pode variar em função da natureza nacional ou europeia que está na origem da ilicitude. Além disto, de acordo com a Corte, o princípio é válido para qualquer violação ao Direito Europeu, independente da entidade estatal cuja ação ou omissão está na origem do incumprimento<sup>18</sup>.

Dessa forma, foram desenvolvidos os requisitos para que possa existir um direito à reparação, quais sejam: 1) a regra de Direito Europeu violada tenha por objeto conferir direitos aos particulares; 2) a violação seja suficientemente caracterizada (ou manifestamente grave); 3) exista um nexo de causalidade entre o incumprimento e o prejuízo sofrido pelos particulares.

---

<sup>17</sup> TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão *Brasserie du Pêcheur*, proc. C- 46/93, Col. p. I- 1029, de 5 de março de 1996, p. 52-53.

<sup>18</sup> BAPTISTA, Sara Margarida Pires. A responsabilidade civil extracontratual da administração por facto ilícito: entre o Direito Português e a jurisprudência da União Europeia. Disponível em: <[https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/2550/1/Disserta%c3%a7%c3%a3o\\_final.pdf](https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/2550/1/Disserta%c3%a7%c3%a3o_final.pdf)> . Acesso em 06/2020, p. 22.



## **8 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A sistematização do Direito Europeu, através dos tratados e atos normativos e, principalmente da atuação jurisprudencial do TJUE, criou medidas para garantir a efetividade do ordenamento. O princípio da responsabilidade civil extracontratual dos Estados membros visou assegurar essa intenção, ao instituir sanções aos Estados que descumprirem aquele direito.

Antes da decisão da Corte em Francovich, nenhuma definição comum de responsabilidade por danos ou condições de responsabilidade foram estabelecidas na jurisprudência. Uma parte privada poderia buscar a recuperação dos danos sofridos nos tribunais nacionais somente de acordo com as normas legais nacionais, que não eram uniformes.

O TJUE através do acórdão Francovich determinou os requisitos necessários para que haja a referida responsabilidade. No entanto, somente com o aresto de Brasserie dû Pêcheur que o Tribunal alcançou uma jurisprudência consolidada sobre a matéria, sendo que os pressupostos para a responsabilidade nele sistematizados são os atualmente utilizados nos julgamentos que enfrentem a questão.

Nesse aresto foram estipuladas as condições necessárias para existir a responsabilidade: 1) que a norma europeia violada tenha por objeto conferir direitos aos particulares; 2) que a violação seja suficientemente caracterizada; 3) e que exista um nexo de causalidade direto entre a violação da obrigação que incumbe ao Estado e o prejuízo sofrido pelas pessoas lesadas

O conteúdo da primeira condição de responsabilidade (a regra do direito da União violada deve pretender conferir direitos a particulares) pode ser estabelecido de acordo com vários critérios e levando em consideração as bases factuais e legais do caso relevante.

A segunda condição de responsabilidade - gravidade suficiente da violação - é considerada, justificadamente, a condição mais restritiva de responsabilidade, uma vez que a parte privada deve provar uma infração, manifestada e grave.

Aos tribunais nacionais ficou a incumbência de determinar a terceira condição de responsabilidade- o nexo de causalidade direto entre a violação e o



dano. O liame causal direto deve ser avaliado de acordo com as disposições legais da lei nacional e levando em consideração os princípios de efeito e equivalência.

Por fim, mais uma condição de responsabilidade deve ser estabelecida para que um Estado-Membro seja responsável pela violação do direito da UE: a parte privada deve provar que sofreu danos. O conteúdo desta condição de responsabilidade deve ser determinado de acordo com as normas legais nacionais, que não podem contrariar os princípios de eficácia e equivalência. Sendo que esta condição de responsabilidade não restringe o direito da parte privada de obter reparação do estado.

## REFERÊNCIAS

AGNĖ Vaitkevičiūtė. Member states liability in damages for the breach of european union law—legal basis and conditions for liability. *Jurisprudence* 2011, 18, p. 49–68. p.55. Disponível em: <https://www.mruni.eu/upload/iblock/d42/3%20Vaitkeviciute.pdf>. Acesso em: 01/06/2020.

AZEVEDO, Tiago João Lopes Gonçalves de. Responsabilidade civil extracontratual do Estado por danos decorrentes da função político-legislativa: dos seus pressupostos e respectiva articulação com o Direito Comunitário. Disponível em: <[http://www.verbojuridico.net/doutrina/2009/tiagoazevedo\\_responsabilidadefuncao\\_olegislativa .pdf](http://www.verbojuridico.net/doutrina/2009/tiagoazevedo_responsabilidadefuncao_olegislativa.pdf) >. Acesso em: 30/05/2020. p. 10.

BAPTISTA, Sara Margarida Pires. A responsabilidade civil extracontratual da administração por facto ilícito: entre o Direito Português e a jurisprudência da União Europeia. Disponível em: <[https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/2550/1/Disserta%c3%a7%c3%a3o\\_final.pdf](https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/2550/1/Disserta%c3%a7%c3%a3o_final.pdf)> . Acesso em 02/06/2020.

CHANTAL, Marta da Cunha Machado Ribeiro. Da responsabilidade do Estado pela violação do Direito comunitário. Coimbra: Almedina, 1996.

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel. Direito Comunitário. Coimbra: Almedina, 2004.

RIBEIRO, Marta Chantal da Cunha Machado. O Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual dos Estados-Membros pela Violação do Direito Comunitário. Delineamento e Aperfeiçoamento Progressivo. Lisboa: Almedina, 2000.

TAVARES, Maria Isabel. Princípio da Responsabilidade Civil dos Estados-Membros por violação do Direito da União Europeia. In *Princípios fundamentais de direito da União Europeia – uma abordagem jurisprudencial* / Coord. Sofia Oliveira Pais. 3 ed. Coimbra, Almedina, 2013.

## **MOSAICO DE SOBERANIAS: CONTRIBUIÇÕES PARA UM DIREITO INTERNACIONAL**

José Carlos Ferreira da Luz | Marcel Silva Luz | Patrícia Cristina Ferreira Moura  
(Organizadores)



TRATADO DA COMUNIDADE EUROPEIA de 1957, artigo 28. Disponível em: <<https://respublicaeuropeia.wordpress.com/2002/12/24/tratado-de-roma-versao-consolidada/>>. Acesso em: 03/06/2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão Brasserie du Pêcheur, proc. C- 46/93, Col. p. I- 1029, de 5 de março de 1996.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão Brasserie du Pêcheur e Factortame, proc. C- 46/93 e C- 48/93, Col. p. I- 1029, de 5 de março de 1996.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão Francovich, proc. C 6/90 e C 9/90, Col. p. I- 5357, de 19 de nov. de 1991, par. 31.





## **COMPETÊNCIA INTERNACIONAL EM PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO REGIONAIS**

Patrícia Cristina Ferreira Moura<sup>1</sup>  
Marcel Silva Luz<sup>2</sup>

### **1 JURISDIÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA DE CONTRATOS COMERCIAIS NO MERCOSUL**

O Protocolo de Buenos Aires (PBA) trata da jurisdição internacional em matéria contratual, elaborado em Buenos Aires, em 5 de agosto de 1994, foi submetido ao Congresso Nacional brasileiro, que o aprovou por meio do Decreto Legislativo nº 129, de 5 de outubro de 1995. Entrou em vigor internacional e para o Brasil, em 06 de junho de 1996, na forma estabelecida no seu artigo 16, ou seja, 30 (trinta) dias após o depósito do segundo instrumento de ratificação para os dois primeiros Estados-Partes ratificantes e para os demais signatários, 30 (trinta) dias após o respectivo instrumento de ratificação.

Nos termos do art. 1º, o PBA se aplica à jurisdição contenciosa internacional. A jurisdição contenciosa a que se refere o PBA se distingue da jurisdição voluntária, que para Nery Júnior<sup>3</sup>, é de natureza meramente administrativa; em que não há conflito, mas uma relação jurídica que exige uma providência do Estado; não há lide, mas controvérsia; não há partes, porém interessados; não há processo, mas procedimento; não incide o princípio dispositivo, mas o inquisitório; e não produz coisa julgada material, que não é jurisdição, mas administração pública de interesses privados.

Os limites internacionais da jurisdição brasileira estão definidos na sua legislação interna. O PBA, entretanto, amplia a competência da autoridade brasileira em relação à matéria contratual, e atribui igual competência aos órgãos judiciais dos demais Estados-Partes do Tratado de Assunção.

---

<sup>1</sup> Universidade de Lisboa – UL. Faculdade de Direito. – FADUL. Alameda da Universidade 1649-014 Lisboa – Portugal

Università degli Studi Roma Tre - Dipartimento di Giurisprudenza -Via Ostiense 159, 00154 Roma-It

<sup>2</sup> UNIESP Centro Universitário. Coordenação do Curso de Graduação em Direito. Rodovia BR-230, km 14, S/Nº. Morada Nova. Cabedelo-PB, Brasil (CEP 58109-303).

<sup>3</sup> NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 16. Ed. São Paulo, SP, A Revista dos Tribunais Ltda, 2018, p.310.



O conflito de jurisdição internacional se apresenta sob três aspectos: i) a jurisdição de um determinado Estado em face da de outros; ii) a norma processual; iii) a eficácia da sentença estrangeira. Destes, o PBA trata apenas do primeiro, incidindo especificamente sobre a jurisdição relativa a contratos, excetuando-se a referência que faz o art. 14 ao Protocolo de Las Leñas.

Nesse contexto, evidencia-se o alcance do Protocolo que trata tão somente de jurisdição internacional competente, não subtendendo a competência legislativa, uma vez que são regulações distintas.

O Protocolo unifica regras de fixação da competência internacional em matéria contratual, limitando sua aplicação à jurisdição contenciosa, no que concerne aos contratos internacionais de natureza civil ou comercial, sem fazer distinção entre tais negócios. Dessa forma, o PBA compreende todos os atos que possam ser definidos como contratos realizados no âmbito do Direito Privado.

O que a Convenção entende por contrato internacional, se amolda ao conceito já apresentado nesse relatório. Mesmo não definindo expressamente, fica claro da leitura do protocolo que ele considera contrato internacional uma relação jurídico-privada que está vinculada a dois ou mais Estados, em virtude da presença dos elementos considerados importantes na qualificação do negócio como internacional.

Portanto, as partes contratantes ficam impedidas de ignorar a natureza internacional de uma relação constituída por elementos de estraneidade, principalmente, quando esta presente a formação prevista nos dispositivos do Protocolo, bem como de qualificar como não internacional uma relação que contenha unicamente elementos que vinculem apenas um Estado.

O art. 1º do PBA complementa os requisitos que definem o âmbito de aplicação, mencionando o domicílio ou a sede dos contratantes. Esse elemento limita geograficamente a área de aplicação do Protocolo, tornando-o regional. Assim, sendo o contrato internacional, mas o domicílio ou sede das partes nas atenderem as condições das alíneas a e b do art. 1º, não se poderá resolver eventual conflito de jurisdição pelo PBA. A contrário, também não se poderá invocar o PBA, mesmo se o domicílio ou a sede das partes se enquadrar nas hipóteses das alíneas a e b do art. 1º, mas esse elemento não puder ser definido como contrato internacional.



Por consequência, não parece correta a afirmação de que o fato das partes terem sede em diferentes Estados seja o suficiente para invocar o PBA, se o ato não contém, além da diversidade subjetiva acima referida, qualquer outro elemento transnacional. Dessa forma, por exemplo, o litígio decorrente de um contrato de viagem celebrado e cumprido no Brasil por um turista uruguaio não terá a sua jurisdição definida pelo PBA, embora as partes tenham domicílios diversos, na forma da alínea a do art. 1º, porque o contrato não é internacional.

O Protocolo também é aplicado quando i) embora apenas uma das partes tenha domicílio ou sede em um Estado-Parte, ii) haja sido eleito o foro, iii) em favor de Juiz de um Estado-Parte e iv) exista conexão razoável segundo as normas do PBA.

No caso de uma das partes ter domicílio ou sede em país do Mercosul, esta poderá estabelecer com a outra, não integrante do Mercosul, uma cláusula de eleição de foro objetivando submeter o litígio à jurisdição de um dos Estados-Partes. Deve ser ressaltado que essa hipótese só faz sentido para a comunidade, se a escolha da jurisdição recair sobre outro Estado-Parte que não aquele onde tem domicílio ou sede a parte contratante. Caso a opção for pelo mesmo Estado, tal relação só interessa a esse Estado e ao outro fora do tratado e não ao Mercosul.

No artigo 8, 2, b) e c), o PBA estabeleceu ainda como elemento definidor, o domicílio existente ao tempo da celebração do contrato nos casos em que não houver estipulação diversa pelos contratantes.

O último requisito é o da existência de uma conexão razoável segundo as normas do Protocolo. A justificativa desse critério é a de evitar-se a submissão de uma causa à jurisdição de um Estado que não tenha motivo razoável para nele exercer a sua jurisdição. A definição de razoável é fornecida pelo protocolo no artigo 1º , b, razoável será o que estiver de acordo com as demais normas do próprio documento, quais sejam: no artigo 4º, a escolha não poderá ser abusiva; e no artigo 7º, deverá recair sobre a jurisdição do lugar de cumprimento do contrato, do domicílio ou sede social do demandado, ou do domicílio do demandante, quando demonstrar que cumpriu a sua prestação.

As exclusões de algumas matérias estão estabelecidas no art. 2º do Protocolo: i) as relações jurídicas entre falidos e seus credores e demais procedimentos análogos, especialmente a concordata; ii) a matéria tratada em



acordos no âmbito do direito de família e sucessões; iii) os contratos de seguridade social; iv) os contratos administrativos; v) os contratos de trabalho; vi) os contratos de venda ao consumidor<sup>457</sup>; vii) os contratos de transporte<sup>458</sup>; viii) os contratos de seguro; ix) os direitos reais.

Essas exclusões se justificam pelo fato de que alguns contratos têm a natureza de direito público, outros em razão de critérios em que os Estados conservam a sua competência exclusiva, ou em razão da existência de regras diferenciadas e complexas entre os Estados-Partes.

Num exame sucinto dessas exclusões observa-se que os negócios jurídicos entre falidos e concordatários, a razão são incluídos em face da adoção de sistemas com critérios diferenciados entre os Estados-Partes, o que dificulta a harmonização.

Na exclusão do direito de família e sucessões observa-se a prevalência do interesse público sobre o interesse privado, nos juízos que afetam o estado das pessoas, evitando a prorrogação da jurisdição internacional de juízes convencionalmente eleitos.

A complexidade e a influência no âmbito social e econômico dos Estados justificam a exclusão dos contratos de trabalho e seguridade social que deve ser feita de maneira autônoma.

Quanto à exclusão aos direitos reais, estes se inserem como questão de ordem pública no direito interno dos Estados, vinculando-se à soberania em face do espaço territorial e que são da exclusiva competência do Estado no qual se localizam.

Enfim, a opção pela exclusão de determinadas matérias, ocorre como forma de facilitar as negociações do bloco; além disso, é uma técnica legislativa já utilizada em outras convenções internacionais, dentre elas a Convenção de Bruxelas relativa à competência Judiciária e à Execução de Decisões em Matéria Civil e a Convenção de Haia sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Estrangeiras em Matéria Civil e Comercial de 1971.

O Protocolo de Buenos Aires dá preferência à jurisdição eleita pelas partes (art. 4º), denominando de subsidiária a que é determinada por critérios normativos (art. 7º).

A jurisdição subsidiária é a que fica à escolha do autor quando não há acordo sobre a eleição de jurisdição, podendo ser: i) a jurisdição do lugar de



cumprimento do contrato, para isso considerada a obrigação que sirva de fundamento à demanda (art. 8º); ii) a jurisdição do domicílio ou da sede da pessoa jurídica demandada; iii) a jurisdição do domicílio ou da sede do autor, quando demonstrar que cumpriu sua prestação. São jurisdições subsidiárias competentes concorrentemente, que o autor pode optar quando, a princípio, as partes não elegeram nenhum foro, o qual seria a jurisdição principal.

O juízo do lugar de cumprimento do contrato é uma das opções de jurisdição concorrente à escolha do autor estabelecida no artigo 7º. O PBA se encarrega de esclarecer no artigo 8º, § 1 que será considerado como lugar de cumprimento do contrato o do Estado-Parte onde tenha sido ou deva ser cumprida a obrigação que sirva de fundamento da demanda. O Protocolo oferece soluções analíticas que especificam o que se entende por local de execução do contrato fazendo a distinção entre contratos que tratam de coisas e aqueles que tratam de serviços.

Nesse contexto, quando a demanda ocorrer sobre mais de um contrato o local será a do contrato principal; quando a prestação decorrente da obrigação que serve de fundamento à demanda houver de ser prestada em mais de um lugar, o lugar de cumprimento será o mesmo da prestação principal; se todas as prestações forem equivalentes, em qualquer um deles. O art. 8º, nº 2, prevê regras de escolha da jurisdição conforme seja o contrato: sobre coisas certas e individualizadas, coisas determinadas pelo gênero, coisas fungíveis, ou sobre prestação de serviços;

A jurisdição do domicílio ou da sede da pessoa jurídica demandada, regra que para parte da doutrina, deveria ser a geral, é, também, uma das opções de jurisdição concorrente à escolha do autor, estabelecidas no artigo 7, alínea b, do PBA. O Protocolo, no art. 8º, 2, descreve de forma detalhada, o que vem a ser “domicílio do demandado” para pessoas físicas ou jurídicas.

No que tange às pessoas físicas, o dispositivo faz a opção de ter como domicílio das pessoas a residência habitual e o principal centro de negócios. No que diz respeito às pessoas jurídicas, para efeito de domicílio do demandado, o Protocolo considera a sede principal da administração, considerando também as sucursais, estabelecimentos, agências ou representação, o lugar onde funcionem, principalmente em relação aos atos ali praticados.



O artigo 11 trata do foro relacionado às pessoas jurídicas demandadas, estabelecendo que estas possam ser processadas no Estado da celebração do contrato, mesmo que não seja o seu domicílio.

Outra jurisdição concorrente no âmbito do Mercosul é a da competência do juízo do domicílio ou sede social do autor ou demandante, quando demonstrar que cumpriu a sua obrigação contratual.

Silvia Fazio<sup>4</sup> chama a atenção para o fato de que, em diversos casos é muito difícil verificar se o autor realmente cumpriu a sua prestação de acordo com o que foi estabelecido no contrato. Nesse sentido, deve-se entender a necessidade de prova pré-constituída, apresentada quando da propositura da ação, versando sobre o cumprimento integral da sua prestação, ou, ao menos, do seu adimplemento substancial.

O Protocolo estabelece a competência dos juízes, não a jurisdição, do local em que a pessoa jurídica tem a sede principal de sua administração para conhecer do litígio, sobre contrato internacional de sociedade, que surja entre os sócios sobre questões societárias.

A existência de uma pluralidade de demandados proporcionou a regra do art. 12, pela qual “terá jurisdição o Estado-Parte do domicílio de qualquer deles”, desde que sejam todos devedores de uma obrigação solidária ou de prestações equivalentes de um mesmo contrato. Se a obrigação de um é a principal, e a dos demais, secundária ou acessória, não é cabível a escolha da jurisdição destes se daí decorrer algum prejuízo ao devedor principal.

A reconvenção é permitida quando se fundamentar em ato ou fato que serviu de base para a demanda principal (art. 13), tendo jurisdição para conhecê-la o Tribunal do Estado-Parte que em que tramita a ação principal, isto é, a jurisdição será prorrogada aos juízes que conheceram da demanda principal.

O PBA também trata da jurisdição indireta. Em seu Título III, o Protocolo versa sobre a jurisdição como requisito para o reconhecimento e execução de sentenças e laudos arbitrais, nas atividades de cooperação interjurisdicional para o reconhecimento de sentenças e laudos arbitrais entre as jurisdições nacionais dos

---

<sup>4</sup> FAZIO, Silvia. *Os Contratos Internacionais na União Europeia e no Mercosul*. São Paulo: LTr, 1998. p. 58



Estados-Partes do Mercosul, procedimento que é disciplinado pelo Protocolo de Las Leñas.

Portanto, o Tribunal requerido ao analisar a competência do Tribunal requerente, observará a aplicação das normas sobre o exercício da jurisdição competente dispostas no Protocolo, condição necessária à concessão de eficácia à decisão estrangeira.

O Protocolo de Buenos Aires, portanto, estatui normas sobre a competência jurisdicional internacional direta e indireta, em consonância com as Convenções internacionais não se limitando a regular apenas pressupostos à cooperação interjurisdicional.

## **2 COMPETÊNCIA LEGAL INTERNACIONAL EM MATÉRIA DE CONTRATOS COMERCIAIS NO REGULAMENTO BRUXELAS**

### **I - BIS**

O instrumento mais importante para determinar a competência judicial internacional dos tribunais de todos os Estados membros da União Europeia, dado o amplo setor de materiais que regula, é o Regulamento (UE) nº. 1215/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Dezembro de 2012, sobre jurisdição, reconhecimento e execução de decisões judiciais em matéria civil e comercial, conhecido como Regulamento Bruxelas I-Bis – (RB I-Bis).

O regulamento ao tratar em sua essência da competência internacional, tem por consequência a sua aplicabilidade restrita a litígios decorrentes de relações transnacionais; relações estas que se configuram a partir da existência, na sua composição, de elemento de estraneidade juridicamente relevante<sup>5</sup>.

No campo de aplicação temporal o regulamento é aplicável a partir de 10.1.2015. Mais exatamente, ele produz efeitos nas ações judiciais propostas, nos instrumentos exarados ou registrados formalmente e nas transações judiciais aprovadas ou concluídas após esta data. O RB I-Bis é aplicado em todo o território dos Estados-Membros. Consequentemente, todos os tribunais e autoridades que exercem a sua atividade no território dos Estados-Membros são obrigados a aplicar

---

<sup>5</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Internacional Privado – Competência Internacional*, Vol. III, 3ª Ed. Refundida, Lisboa, AAFDL, 2019, p. 94, 95.



o regulamento. Ao se referir a um estado membro, todos os estados estão sendo incluídos membros, incluindo a Dinamarca, graças ao acordo entre a União Europeia e a Dinamarca de 19 de outubro de 2005 (Considerando (41)).

Em relação ao âmbito material do RB I-Bis, é importante destacar que será aplicável às lides que atendam a duas condições, por um lado que sejam disputas internacionais e, por outro lado, que o seu objeto seja uma questão civil ou comercial (art. 1º, 1). O Regulamento não recorre a uma definição material do que deve ser entendido por assuntos civis e comerciais, nem se refere à lei de um estado membro - ou ao Direito substantivo, nem com a norma de Direito Internacional. Mas faz uma exclusão explícita de determinados assuntos, seja por serem assuntos de Direito Público, seja o contencioso tributário ou por tratar de matéria regulamentos civis e comerciais que são regulados por normas legais específicas, como o caso de testamentos e sucessões, incluindo das obrigações de alimentos decorrentes de uma relação familiar, parentesco, casamento ou afinidade<sup>6</sup>.

Como esclarecido ao longo do trabalho, a competência pode ser concorrente ou exclusiva. Concorrente quando um ou mais tribunais forem competentes para julgar a mesma ação, no caso do RB I-Bis são as competências especiais do Regulamento, que concorrem com o domicílio do réu. Exclusivas, são as que, independentemente de convenção das partes, um único tribunal seja competente para julgar da ação, sendo este o caso das competências exclusivas do art.24 do regulamento.

As competências exclusivas listadas no Artigo 24 são de natureza obrigatória, sendo aplicáveis mesmo que o réu não seja domiciliado no Estado-Membro<sup>7</sup>. A jurisdição exclusiva assume que nenhuma outra jurisdição pode ouvir o assunto sem violar as obrigações que lhe incumbem nos termos do Regulamento e submeta-se ao risco de que sua decisão não seja reconhecida no restante dos Estados-Membros. A razão pela qual esses assuntos são de competência exclusiva e, portanto, tal jurisdição não poder ser alterada pela vontade das partes, reside no

---

<sup>6</sup> LEJARDI, Victor Etxaburu. *ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES NOVEDADES DEL REGLAMENTO (UE) 1215/2012 EN LA CONQUISTA DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LAS RESOLUCIONES EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO*. Disponível em: [https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/16104/Etxaburu\\_Lejardi\\_Victor.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/16104/Etxaburu_Lejardi_Victor.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em 02 AGO 2020. p.14.

<sup>7</sup> PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Internacional Privado – Competência Internacional*, Vol. III, 3ª Ed. Refundida, Lisboa, AAFDL, 2019, p.97





interesse público do Estado, dada a natureza do assunto e a proximidade do litígio com o Estado exclusivamente competente.

No entanto, pode ser que dois Estados-Membros são considerados exclusivamente competentes. Nesse caso, o artigo 31 do Regulamento, reconhece a indução à litispendência, através de critério temporal: “Quando em processos judiciais sobre o mesmo assunto nos tribunais de vários Estados-Membros declarar exclusivamente competente, o declínio da competência será a favor do tribunal onde foi apresentada a primeira reclamação”<sup>8</sup>.

O Art. 4 do regulamento contém a regra de competência geral de jurisdição internacional. De acordo com este artigo, a alegação de domicílio em um Estado membro, qualquer que seja sua nacionalidade, num litígio decorrente de um contrato internacional, este, será processado perante o tribunal daquele Estado-Membro. Tal competência decorre da regra clássica *ator sequitur fórum rei*, de acordo com a qual o autor tem que processar o réu perante os tribunais do domicílio deste último, por ser ele o “juiz natural” do réu. Portanto, serão as normas de direito processual do Estado em questão, que irão determinar o tribunal competente específico.

A noção de domicílio para as disposições da RB I-bis está incluída no art. 62 para pessoas físicas e no art. 63 para pessoas jurídicas.

O art. 62 de RB I-Bis estabelece a regra de conflito para determinar quando uma parte está domiciliada no estado membro do país. Assim, para verificar se uma parte, pessoa física, é domiciliada no Estado-Membro cujos tribunais ouvem a questão, estes, aplicarão a sua legislação interna. Mas se os tribunais desse Estado-Membro decidirem que essa pessoa singular tem domicílio noutra Estado-Membro, será a lei desse Estado-Membro que será aplicada para determinar se está domiciliado nesse outro Estado-Membro.

Quanto às pessoas jurídicas, o art. 63 contém uma definição material de domicílio. De acordo com o art. 63 é considerado domicílio de uma empresa ou pessoa jurídica, o local onde está localizada sua sede estatutária, a sua administração central ou o seu principal centro de atividade. Ao usar um critério de triplo para domicílio da pessoa jurídica, aumentam as possibilidades de processar

---

<sup>8</sup> LEJARDI, Victor Etxaburu. *ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES NOVEDADES DEL REGLAMENTO (UE) 1215/2012 EN LA CONQUISTA DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LAS RESOLUCIONES EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO*. Disponível em: [https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/16104/Etxaburu\\_Lejardi\\_Victor.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/16104/Etxaburu_Lejardi_Victor.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em 02 AGO 2020. p.20



uma empresa nos termos do art. 4º da RB I-Bis, portanto os tribunais de vários Estados-Membros podem ser competentes.

As partes podem fazer acordo expresse, contido no art. 25 de RB I-Bis, ou um acordo tácito, que consiste em que refletem a vontade das partes de se submeterem aos tribunais de um país, definido no art. 26. No acordo de eleição em qualquer contrato internacional, implica que as partes estão escolhendo a jurisdição que será competente para julgar litígios que possam surgir como consequência das obrigações por eles assumidas no contrato. No entanto, qualquer cláusula de escolha de jurisdição inserida em um contrato deve atender a uma série de requisitos tanto de validade material quanto validade formal das referidas cláusulas para que os acordos de eleição sejam válidos.

O acordo de eleição não pode ser, por um lado, contrário às regras de proteção de jurisdição dos arts. 15 (seguro), 19 (contratos celebrados por consumidores) e 23 (contratos individuais de trabalho) de RB I-Bis; e por outro lado, não pode excluir a jurisdição dos tribunais exclusivamente competente nos termos do art. 24 do Regulamento. Acordos de jurisdição que são válidos nos termos dos arts. 25.1 e 25.2, não levando em consideração as regras protetoras e exclusivas da jurisdição de um Estado-membro previstas nos arts. 15, 19, 23 e 24, não terão efeito jurídico e os tribunais eleitos não podem se declarar competentes.

As competências especiais são alternativas ao foro do domicílio do réu. Se não existe um acordo de eleição, o requerente pode escolher entre tomar medidas contra o requerido no Estado-Membro em que tem domicílio, nos termos do art. 4º do RB I-Bis; ou perante os tribunais do Estado-Membro a que se referem os fóruns especiais em razão da matéria, em virtude dos arts.7 a 23 do RB I-Bis. Considerando que o âmbito do estudo está restrito à área comercial internacional, será verificado apenas o foro especial sobre contratos, constante do art.7º, 1, do Regulamento.

As jurisdições especiais permitem ao requerente a opção de ir para os tribunais de um Estado-Membro que não seja o do domicílio do requerido em apresentar a reclamação. Os fóruns especiais podem ser considerados fóruns de dupla valência. Os fóruns tribunais especiais designam o tribunal competente específico, portanto, são fóruns de jurisdição judicial internacional e fóruns de jurisdição territorial.



O referido art. 7º, 1, da RB I-Bis, contém vários parágrafos. O primeiro deles estabelece que as pessoas (físicas ou jurídicas) podem ser demandadas perante o tribunal de um Estado-Membro diferente do seu domicílio, em matéria contratual, sempre que este tribunal for o local de cumprimento da obrigação que serve de base à demanda, nos termos do art. 7.1. a) de RB I-Bis.

Mas como este preceito afirma o problema de determinar a obrigação em que a reivindicação se baseia, foi adicionado outro preceito. Portanto, para os dois tipos de contratos particularmente frequentes, que são a venda de bens e a prestação de serviços, o legislador europeu determinou que a obrigação subjacente ao crédito devesse ser a obrigação característica do contrato, independentemente do objeto da disputa e desde que nada em contrário seja acordado.

Portanto, o local de execução dessa obrigação característica, a entrega da mercadoria ou a prestação do serviço, seja um contrato de venda ou prestação de serviços, respectivamente, é aquele que determina a competência, conforme dispõe o art. 7.1, b) do Regulamento.

Em conclusão, no caso de um litígio decorrente de um contrato de venda internacional de mercadorias ou prestação de serviços, para determinar a jurisdição competente, pela jurisdição especial, seria necessário localizar o local do Estado-Membro em que as mercadorias foram ou deveriam ser entregues ou o serviço; que, em princípio, deveria ter sido acordado em contrato, pois estabelece o art. 7.1. b) de RB I-Bis.

### **3 SÍNTESE COMPARATIVA DA JURISDIÇÃO INTERNACIONAL: BRASIL E UNIÃO EUROPEIA**

Este tópico tem como objetivo realizar uma breve comparação entre o sistema nacional do Brasil e o sistema supranacional da União Europeia no que tange à competência internacional, verificando as semelhanças e diferenças entre eles num breve panorama.

O Regulamento nº 1215/2012 (Bruxelas I Bis) já analisado nesse estudo, representa o mais importante instrumento regulador de processos cíveis internacionais na União Europeia sobre jurisdição e o reconhecimento e execução de sentenças nas áreas civil e comercial.

## MOSAICO DE SOBERANIAS: CONTRIBUIÇÕES PARA UM DIREITO INTERNACIONAL

José Carlos Ferreira da Luz | Marcel Silva Luz | Patrícia Cristina Ferreira Moura  
(Organizadores)



As regras de competência dos tribunais existentes no Regulamento são bilaterais e distribuem as competências em processos cíveis e comerciais entre os membros da União Europeia. A norma geral de conflito de jurisdição estabelece o foro do domicílio do réu, independentemente de sua nacionalidade, uma disposição que concede vantagens tanto para o autor quanto para o réu, uma vez que é razoável em relação às condições processuais de demanda. Ou seja, a regra do domicílio habitual do réu representa o centro da vida e lugar onde o réu escolheu estabelecer voluntariamente o seu centro de interesses de forma estável.

Além disso, o Regulamento prevê regras especiais de competência que determina a proteção das partes mais vulneráveis em casos de seguro, contratos de consumo e contratos individuais de trabalho.

Em se tratando de seguros, a seguradora pode ser demandada no domicílio do local onde o tomador do seguro, o segurado ou um beneficiário é domiciliado ou onde a ação principal foi proposta, no caso do segurado. No caso dos consumidores, os processos podem ser instaurados nos tribunais do Estado-Membro em que o réu é domiciliado ou no local onde o consumidor está domiciliado, e as partes podem derrogar a jurisdição em casos específicos. No que diz respeito ao contrato individual de trabalho, o empregado pode escolher onde o empregador está domiciliado, onde trabalha ou onde se localiza o estabelecimento que o contratou. Todas as regras mencionadas são regras gerais de fóruns de proteção.

Regras exclusivas de jurisdição preveem situações em que apenas um Estado-Membro tem jurisdição sobre uma reivindicação particular, independentemente do domicílio das partes, quando a aplicação do regulamento é exclusiva e não derogável. Na União Europeia, os poderes exclusivos vinculam os direitos reais de bens imóveis, sobre a validade da constituição, nulidade ou dissolução de sociedades ou outras pessoas jurídicas ou associações de pessoas singulares ou coletivas, no registro de propriedade intelectual e execução de decisões.

Tendo examinado a estrutura normativa das regras internacionais de jurisdição na União Europeia, em matéria civil e comercial, bem como no Brasil, pode-se tecer algumas considerações a título de conclusão parcial para este estudo.

Apesar de serem sistemas nacionais e supranacionais, respectivamente, Brasil e União Europeia adotam para os processos cíveis a norma geral de conflito



de jurisdição do domicílio do réu, como filiação à regra tradicional do direito civil (*Actor sequitur forum rei*), e ambos têm regras especiais de jurisdição.

O domicílio do réu é um fundamento aceitável de jurisdição e paradigma de jurisdição razoável, considerando que é critério com um alto grau de conteúdo factual, que indica o lugar em que uma pessoa pode ser encontrada com uma margem de probabilidade considerável e que ao mesmo o tempo deve possibilitar o exercício de seus direitos de defesa<sup>9</sup>.

Jurisdição é um conceito baseado na noção de soberania dos Estados, e à ideia de que eles têm autonomia para escolher o conteúdo de seus próprios sistemas e propor as normas que devem ser seguidas. Algumas regras sobre jurisdição internacional são promulgadas por legisladores com base em critérios que nem sempre observam o melhor interesse das partes ou da proximidade do caso com o foro, mas com a intenção de proteger interesses próprios. No entanto, a jurisdição deve ser um instrumento na promoção de justiça transnacional, para que os indivíduos venham a ter pleno acesso à justiça.

A doutrina enumera três fatores para o estabelecimento de uma jurisdição razoável: o princípio da proximidade entre o caso e o fórum, o equilíbrio entre as partes na relação processual e o princípio de cortesia internacional.

Mazzuoli afirma que no exercício da jurisdição os elementos de conexão devem guardar a maior proximidade com a questão jurídica concreta, não aqueles advindos de mero capricho do legislador. Nessa direção, a doutrina é pacífica no sentido de que a missão do Direito Internacional Privado contemporâneo é fomentar não apenas de maneira fria e discricionária, as conexões que entende necessárias à resolução da questão jurídica. Mas, identificar também, a norma pela qual a questão em discussão encontra o seu verdadeiro “centro de gravidade” ou “ponto de atração”, através do qual poderá haver harmonia e justiça na solução do conflito<sup>10</sup>.

Outro fator importante é o equilíbrio entre as partes na relação processual. Ou seja, o favorecimento de apenas uma das partes torna o foro irracional, tal qual a ausência de proximidade. No entanto, há um crescimento na importância dos fóruns

<sup>9</sup> FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. *Competencia internacional exclusiva e exorbitante de los jueces de los Estados-miembros de la Unión Europea: ¿hasta cuándo?* Revista Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, n. 34. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p. 59-80.

<sup>10</sup> MAZZUOLLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 117.



de proteção, que têm a função de favorecer as partes vulneráveis na relação jurídica, restaurando o equilíbrio, como no caso do credor de alimentos e nas relações de consumo<sup>11</sup>.

O princípio de cortesia internacional (*comitas gentium*), por sua vez, coíbe o exercício excessivo da jurisdição, limitando o alcance da lei de um determinado Estado, exigindo que os Estados reconheçam as leis dos Estados com uma ligação mais forte com o caso, e por consequência, que os Estados com um vínculo mais fraco com o caso não apliquem suas próprias leis. Mas cortesia é discricionária e não vinculativa, e não pode ser usada quando interesses políticos e econômicos relevantes de um Estado estão em jogo<sup>12</sup>.

Considerando que o princípio da proximidade, o equilíbrio entre as partes e o princípio da cortesia internacional compõe uma jurisdição razoável, exorbitância e exclusividade são identificadas quando esses critérios não são observados. A jurisdição razoável é um princípio essencial do direito processual civil internacional, que prevê que um caso transnacional só deve ser julgado pelos tribunais com conexão razoável ao objeto da disputa<sup>13</sup>.

Dessa forma, embora haja preocupação com o acesso à justiça por parte dos indivíduos, os Estados devem evitar adotar normas processuais internas que estabeleçam critérios de vinculação com jurisdições que não são razoáveis ou mesmo exorbitantes<sup>14</sup>.

Por um lado, os casos de jurisdição exorbitante em matéria civil incluem aquelas situações em que a jurisdição concorrente é validamente exercida dentro de um território, mas permanece injusto com as partes. Por outro lado, a jurisdição exclusiva deve necessariamente implicar na identificação de um interesse razoável do Estado em exigir tal exclusividade de jurisdição, considerando que, para quais são os critérios de conexão à jurisdição em causa, domicílio ou residência habitual do réu têm uma proximidade clara com foro.

---

<sup>11</sup> ARAÚJO, Nádía de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 174.

<sup>12</sup> ARAÚJO, Nádía de. *Direito Internacional Privado: Teoria e Prática Brasileira*. 7. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 218.

<sup>13</sup> ARAÚJO, Nádía de. *Op cit* .p.165.

<sup>14</sup> RECHSTEINER, Beat Walter, Beat Walter. *Direito internacional privado : teoria e prática*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 277.



Analisando a razoabilidade das normas brasileiras e da União Europeia sobre jurisdição. Verifica-se no sistema brasileiro, com relação à jurisdição concorrente, que o Código de Processo Civil nas ações de alimentos, estabelece expressamente que o tribunal brasileiro terá jurisdição quando o réu tem negócios no Brasil. Uma análise superficial deste dispositivo leva a conclusão de que esta é uma hipótese de jurisdição exorbitante, porém, pode ser justificada como um foro de proteção.

Em relação à jurisdição exclusiva, uma disposição estabelece que o tribunal brasileiro será exclusivamente competente para processar e julgar demandas de divisão de bens localizados no Brasil, móveis ou imóveis, independentemente do princípio de proximidade. Aqui se observa que o Código de Processo Civil não adotou um critério razoável, porque antes da promulgação do novo código em 2015, a divisão de bens móveis ou imóveis entre vivos, mesmo que procedida por autoridade estrangeira, foi considerada legítima nos casos em que houve acordo entre as partes<sup>15</sup>.

Como consequência prática da aplicação desse artigo, as partes serão forçadas a processar a divisão da propriedade diretamente no Brasil, independentemente do valor ou importância do imóvel, e se for realizado em tribunal estrangeiro, não será viável no território brasileiro.

No ordenamento jurídico da União Europeia, Fernández Arroyo destaca que uma vez que fóruns exorbitantes foram identificados nos sistemas jurídicos autônomos dos Estados Membros, a legislação supranacional distanciou-se desse padrão, a fim de valorizar o acesso à justiça e à razoabilidade. Mas, de acordo com o autor, esta proteção é válida apenas nos casos em que a pessoa é domiciliada no território da União Europeia, de modo que a situação das partes não domiciliadas é de clara iniquidade. Outra situação diz respeito à jurisdição exclusiva das sociedades, propriedade intelectual e imobiliária, que não estão presentes em outras regulamentações, tornando possível o argumento de que este sistema é completamente viável sem ele<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup>ARAÚJO, Nádia de. *Op cit.* p. 193

<sup>16</sup> FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. *Competencia internacional exclusiva e exorbitante de los jueces de los Estados-miembros de la Unión Europea: ¿hasta cuándo?* Revista Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, n. 34. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004. p. 59-80.



Na comparação dos sistemas jurídicos analisados, podemos encontrar semelhanças claras, considerando que a jurisdição exorbitante compreende os casos em que a jurisdição é legal, mas não razoável em relação às partes, e está claramente presente nos sistemas jurídicos do Brasil, e União Europeia. Os dois sistemas jurídicos observados demonstram certos níveis de exorbitância, cada uma com diferentes graus, dependendo de como as cláusulas são aplicáveis pelos tribunais. Por outro lado, Brasil e União Europeia têm fóruns de proteção que podem parecer irracionais à primeira vista, mas são justificados considerando a promoção do equilíbrio na relação processual, como é o caso de alimentos e direito do consumidor, seguros e direito do trabalho, respectivamente.

A jurisdição exclusiva legislada foi identificada no Brasil e na União Europeia sistemas, geralmente relacionados ao setor imobiliário. Esta situação é irracional e causa severo impacto no âmbito do exercício da jurisdição indireta, assim entendido quando uma situação transnacional foi objeto de uma decisão estrangeira e deverá ter efeito em um determinado território por meio de algum instrumento de cooperação jurídica internacional.

Aqui, merece destacar que o ordenamento jurídico brasileiro foi além e ampliou o disposições de jurisdição exclusiva de propriedade nos casos de dissolução conjugal, provisão que está além da razoabilidade e do acesso à justiça.

Assim, com a observação e comparação desses sistemas jurídicos, verifica-se que os casos de exorbitância e exclusividade não estão distantes no mundo. Ambos os sistemas nacional e supranacional, têm regras exorbitantes e exclusivas sobre jurisdição. Nesse sentido, o domicílio ou residência habitual é a jurisdição que tem proximidade clara com o fórum, com base em fundamentos pragmáticos, compreendendo assim a razoabilidade.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

No mundo contemporâneo, onde o acesso à justiça se constitui numa categoria de direito fundamental, o Direito Processual Civil Internacional tem nas suas finalidades a busca pela coordenação, aproximação, unificação, harmonização ou uniformização das regras de Direito Internacional Privado, no sentido de obter uma efetiva prestação jurisdicional, no processo de relações entre diversos os





Estados, onde se geram os mais diversos conflitos, dentre eles o de se identificar a jurisdição competente.

Uma primeira discussão abordou o conceito e aplicação dos termos ‘jurisdição’ e ‘competência’ internacionais, normalmente utilizados como sinônimos. No Brasil e no Mercosul, a expressão utilizada é “jurisdição internacional” e na União Europeia, “competência internacional”. Constatou-se, entretanto, que ambas as expressões induzem a equívocos, pois se o Estado não divide sua tutela jurisdicional com nenhum outro Estado, que também exerce jurisdição em igualdade de condições, fica claro que ‘competência internacional’ no significado de sua expressão, não existe, mas apenas na significação que um sistema lhe confere. Na outra perspectiva, não há uma jurisdição mundial de cada Estado. Estes formam na verdade, uma ordem horizontal de jurisdições nacionais em coexistência.

As controvérsias advindas de contratos comerciais internacionais, em razão de terem em sua constituição, um ou mais elementos de vinculação a um ou mais sistemas jurídicos, podem suscitar uma diversidade de jurisdições competentes. Diante disso, os Estados têm demonstrado uma tendência de pactuar regras comuns em tratados internacionais.

No âmbito do Mercosul, o Protocolo de Buenos Aires disciplina a jurisdição internacional em matéria de contratos cíveis e comerciais, se ao menos uma das partes do contrato tiver domicílio ou sede social nos Estados-Partes. No caso das controvérsias que surgirem das relações contratuais excluídas do seu âmbito legal, os Estados-Membros deverão seguir as regras processuais dispostas no ordenamento nacional ou convenções internacionais respectivas.

Comparando o Protocolo de Buenos Aires a outros tratados de cooperação, como a Convenção de Bruxelas, que também trata de regras sobre jurisdição internacional, observa-se uma grande diferença na prática. Tal se verifica porque na União Europeia, os signatários consideram obrigatória as regras convencionais, aplicando-as em seus tribunais, enquanto que no Mercosul, convenção de mesma natureza, ainda que tenha sido recepcionada integrando o Direito interno de seus signatários, muitas vezes não é aplicada, pois de maneira geral os tribunais optam pelas normas de Direito Internacional Privado de origem nacional.

O Protocolo de Buenos Aires trouxe uma especificidade de fixar a regra geral da competência por eleição das partes, ao contrário das convenções que de



maneira geral adotam o foro do réu. Essa opção, transforma o *forum contractus* em 'jurisdição principal', entretanto na inexistência de acordo entre as partes, ficará a jurisdição, judicial ou arbitral, a escolha do autor, portanto resultando em 'jurisdição subsidiária'.

Assim, é facultado ao autor a optar concorrentemente, pelo juízo do lugar do cumprimento do contrato, o juízo do domicílio do demandado ou o juízo do próprio domicílio ou sede social do autor, neste caso, demonstrando que cumpriu sua prestação.

O CPC brasileiro regula os limites da jurisdição nacional pelo método direto, desvinculando-os das normas de competência interna. E estabelece os critérios para o exercício da jurisdição brasileira, exclusiva e concorrente, das controvérsias integradas por vínculos de estraneidade aos tribunais nacionais.

O principal critério para as controvérsias contratuais é o do domicílio do réu no Brasil, porém, caso se apresente um dos outros dois elementos de ligação, cumprimento da obrigação no Estado, ou ato praticado ou fato ocorrido no Brasil, também poderá a lide se vincular à jurisdição brasileira.

O sistema normativo da jurisdição brasileira, embora reconheça a existência de jurisdições nacionais concorrentes, veda o instituto da litispendência internacional. Esse fato gera na prática uma corrida pela coisa julgada, onde tem prevalecido a sentença estrangeira, por sua vantagem em ter um trâmite mais célere do que o da ação sobre a mesma lide proposta no Brasil.

O Regulamento Bruxelas I-Bis, versa sobre competência judiciária, reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial. De acordo com o Artigo 1º ele não se aplica a questões fiscais, aduaneiras e administrativas. O Regulamento apenas é utilizado para estabelecer a jurisdição aplicável em conflitos que envolvem matéria civil e comercial.

O Regulamento estabelece, em caráter geral, que a jurisdição competente para dirimir conflitos envolvendo matéria civil e comercial será a do Estado-Membro em que o réu tenha domicílio, porém com exceções a essa regra. Estabelece ainda, que o réu pode ser demandado no local onde foi ou deverá ser cumprida determinada obrigação e para que seja demandado em um Estado diferente daquele em que se encontra, é necessário que o contrato estabeleça essa possibilidade. É



importante ressaltar que essa competência especial vale para contratos de vendas de bens e prestação de serviços.

As regras sobre a jurisdição dos tribunais nos sistemas jurídicos brasileiro e da União Europeia foram verificadas, no curso do relatório, com o intuito de esclarecer se e quais são as regras que compõem a jurisdição não razoável, incluindo exorbitantes e jurisdição exclusiva.

A conclusão foi de que mesmo se tratando de sistemas nacional e supranacional, respectivamente, Brasil e União Europeia adotam a norma geral de conflito da jurisdição civil do domicílio do réu.

A análise também concluiu que a legislação brasileira e a da União Europeia contêm regras de jurisdição não razoáveis. A jurisdição exorbitante e a jurisdição exclusiva legislada são encontradas em cada um dos sistemas. O que traz a comprovação de que sua ocorrência independe do tipo de sistema e territorialidade, sendo encontrados em jurisdições diferentes mesmo separados no mundo.

## REFERÊNCIAS

ABBUD André de Albuquerque. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo, Atlas, 2008.

ALFONSÍN, Quintín. *Derecho Internacional Privado*. T. II, p. 622-625. Apud KLET, Selva. La jurisdicción internacional. In: LANDONI SOSA, Angel. (Obra dirigida por el). Curso de Derecho Processai Civil Internacional y Comunitário Del Mercosur. Montevideo: IUDP FCU, 1997.97 112 p. 100.

ARAÚJO, Nádia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 7 ed. S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2018.

BASSO, Maristela. Curso de direito internacional privado. 5. Ed. S. Paulo, Ed. Atlas, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HDE 410 / EX 2017/0061034-6,20/11/2019  
Acesso em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteitoreor/?num\\_registro=201700610346&dt\\_publicacao=26/11/2019](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteitoreor/?num_registro=201700610346&dt_publicacao=26/11/2019).

CASTRO, Amílcar. *Direito Internacional Privado*. Rev. e atual, p or Osiris Rocha. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999; 2001.

FAZIO, Sílvia. *Os Contratos Internacionais na União Europeia e no Mercosul*. São Paulo: LTr, 1998

## MOSAICO DE SOBERANIAS: CONTRIBUIÇÕES PARA UM DIREITO INTERNACIONAL

José Carlos Ferreira da Luz | Marcel Silva Luz | Patrícia Cristina Ferreira Moura  
(Organizadores)



DINIZ, Maria Helena Diniz. *Lei de Introdução às normas do direito brasileiro interpretada*. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. *Competencia internacional exclusiva e exorbitante de los jueces de los Estados-miembros de la Unión Europea: ¿hasta cuándo?* Revista Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, n. 34. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

LEJARDI, Victor Etxaburu. *ANÁLISIS DE LAS PRINCIPALES NOVEDADES DEL REGLAMENTO (UE) 1215/2012 EN LA CONQUISTA DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LAS RESOLUCIONES EN EL ESPACIO JUDICIAL EUROPEO*. Disponível em: [https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/16104/Etxaburu\\_Lejardi\\_Victor.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/16104/Etxaburu_Lejardi_Victor.pdf?sequence=1&isAllowed=y). Acesso em 02 AGO 2020.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 148.

MORELLI, Gaetano. *Derecho Procesal Civil Internacional*. Tradução de Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1953. p. 87. Título original: *Il Diritto processuale civile internazionale* (In: *Trattato di diritto internazionale*. Tomo sétimo).

NERY JÚNIOR, Nelson. *Código de Processo Civil Comentado*. 16. Ed. São Paulo, SP, A Revista dos Tribunais Ltda, 2018, p.343.

PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito Internacional Privado – Competência Internacional*, Vol. III, 3ª Ed. Refundida, Lisboa, AAFDL, 2019.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado*. Tomo I. Campinas: Bookseller, 1999.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de direito internacional privado*. São Paulo, Saraiva Educação, 2018.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito internacional privado: teoria e prática*. 15. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 170

STRENGER, Irineu. *Contratos Internacionais do Comércio*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2008. p. 84.

TIBURCIO, Carmen. *Extensão e limites da jurisdição brasileira: competência internacional e imunidade de jurisdição*. Salvador: JusPodivm, 2016

TORNAGHI, Hélio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. I. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1974.



**BLOCKCHAIN E CONTRATOS INTELIGENTES:  
Fórum e Legislação Aplicável no âmbito da União Europeia**

Patrícia Cristina Ferreira Moura<sup>1</sup>  
Marcel Silva Luz<sup>2</sup>

## **1 A TECNOLOGIA BLOCKCHAIN**

A tecnologia Blockchain tem o potencial de mudar rapidamente as formas tradicionais de estipular e cumprir muitos contratos comerciais. No entanto, o uso cada vez mais difundido desta tecnologia levanta, de uma maneira geral em todas as jurisdições, uma série de questões jurídicas que, se não resolvidas, constituem um obstáculo à sua plena e completa exploração. A falta de regulamentação a nível de estado e mundial, de fato, deixa muitas questões em aberto, especialmente quando a tecnologia de blockchain é expressa nos chamados 'contratos inteligentes', cujas características peculiares não são facilmente atribuíveis às categorias jurídicas tradicionais.

O blockchain é uma tecnologia que visa gerenciar transações por meio da criação de um banco de dados distribuído entre os usuários de uma rede<sup>3</sup>. Ou seja, consiste em um cadastro público e compartilhado capaz de se atualizar automaticamente sobre cada um dos clientes participantes da cadeia (os chamados “nós”).

Este registo está estruturado em blocos, cada um dos quais representa uma série de transações cuja origem e tempo de execução são atribuídos indelével e imutavelmente, respetivamente, através de um mecanismo de criptografia de chave

---

<sup>1</sup> Universidade de Lisboa – UL. Faculdade de Direito. – FADUL. Alameda da Universidade 1649-014 Lisboa – Portugal

Università degli Studi Roma Tre - Dipartimento di Giurisprudenza -Via Ostiense 159, 00154 Roma-It

<sup>2</sup> UNIESP Centro Universitário. Coordenação do Curso de Graduação em Direito. Rodovia BR-230, km 14, S/Nº. Morada Nova. Cabedelo-PB, Brasil (CEP 58109-303)

<sup>3</sup> A distribuição de um banco de dados entre os usuários de uma parcela representa a característica distintiva do chamado tecnologia de razão distribuída (DLT), da qual o blockchain é o exemplo mais famoso. O conceito de distribuição da gestão de uma base de dados contrasta com a lógica tradicional da gestão centralizada de dados (por exemplo, instituições financeiras e bancos de dados financeiros, organismos públicos de dados pessoais, etc.), sujeita ao controlo de um (apenas e superordenada) autoridade central. Na DLT não existe uma ordem hierárquica, mas todos os usuários da rede estão no mesmo nível e só podem agir com o consentimento da maioria.



assimétrica<sup>4</sup> e uma marcação temporal (o chamado carimbo de data / hora). Cada bloco está irreversivelmente vinculado ao anterior por meio de uma operação logarítmica particular (a chamada função hash<sup>5</sup> e assim forma a cadeia de blocos (a blockchain) acessível e consultável por todos os nós da rede. Antes de ser adicionado à cadeia, cada bloco é verificado, validado e criptografado por algum dos nós (o chamado minerador) por meio da solução de uma operação matemática<sup>6</sup> e, portanto, à prova de violação<sup>7</sup> (Szabo, 1997)

O blockchain, portanto, permite verificar, aprovar e arquivar em todos os nós de uma rede de forma indelével e imutável, os dados de transação nela registrados, sem a necessidade de recorrer a terceiros ou a uma autoridade central. É precisamente o carácter de desintermediação e descentralização (com relativa simplificação de processos e consequente redução de custos) que torna esta tecnologia particularmente atrativa para vários sectores e, em particular, para todos aqueles caracterizados pela presença de intermediários.

O setor que testemunhou o nascimento e a disseminação da tecnologia em questão é o financeiro, onde o blockchain é usado como o 'motor' da moeda virtual

---

<sup>4</sup> Na criptografia de chave assimétrica, cada usuário possui um par de chaves (uma privada e uma pública), que são utilizadas para a criptografia e descryptografia dos dados a serem compartilhados com outros usuários. A chave privada é mantida em segredo por seu proprietário, enquanto a chave pública - gerada pela chave privada - é comunicada à contraparte: os dados a serem enviados são assinados (ou criptografados) com a chave privada, enquanto o destinatário usará a pública chave para descryptografar a assinatura e, conseqüentemente, verificar a identidade do remetente e acessar os dados transmitidos.

<sup>5</sup> A função hash transforma informações de comprimento arbitrário (por exemplo, uma mensagem) em um código alfanumérico de um determinado comprimento (o chamado hash ou string). Uma vez que a função algorítmica foi iniciada em uma informação e o hash relativo foi obtido, cada modificação subsequente da informação resultará em um hash totalmente diferente. Na blockchain, portanto, cada bloco é identificado com um hash que, em uma string alfanumérica de um determinado comprimento, resume e codifica as informações relativas às transações que contém. Ao adicionar um novo bloco à cadeia (contendo novas transações oriundas das contidas no bloco anterior), a função hash terá como objeto a informação relativa às novas transações e o hash identificador do bloco anterior. Na prática, cada novo hash também incluirá o hash do bloco anterior, criando assim uma cadeia indissolúvel.

<sup>6</sup> Cada nó da rede pode se tornar um minerador e contribuir para a gestão do que representa a etapa mais importante e delicada em um sistema de blockchain, ou seja, a validação de novos blocos. A mineração consiste em resolver um problema matemático complexo pelo processador do computador ou placa gráfica. A validação dos blocos exige um compromisso conspícuo em termos de potência e capacidade de processamento e, conseqüentemente, um elevado dispêndio de energia. Simplificando, o minerador envia dados de identificação específicos do bloco para a função hash e o hash resultante para ser válido (e, portanto, validar o bloco) deve obedecer a certos critérios algorítmicos.

<sup>7</sup> Esta tecnologia - utilizando a similitude efetiva do Prof. Carnevale Maffè - lembra o sistema que, na Idade Média, marcava o cotidiano dos cidadãos de Roma, onde as diferentes fases do dia eram identificadas não pelo pedágio de uma única torre sineira, mas eles foram - para usar o léxico que caracteriza o blockchain - "validados" pelo pedágio de todas as torres sineiras da cidade.



bitcoin. O Bitcoin<sup>8</sup>, de fato, teorizado no final de 2008 por uma ou mais pessoas sob o pseudônimo de Satoshi Nakamoto, representa a primeira aplicação prática da tecnologia blockchain, voltada para a criação de um novo sistema de dinheiro eletrônico totalmente integrado (então- chamado ponto a ponto)<sup>9</sup> (Narayanan, 2016).

Na prática, Nakamoto idealizou uma moeda digital descentralizada, cuja criação<sup>10</sup> e gestão (graças ao procedimento que caracteriza o blockchain descrito no incipit) são subtraídas de uma autoridade central, substituídas integralmente pela rede subjacente de participantes. Se, até o momento, o uso primário da blockchain ainda é representado pelo setor financeiro, essa tecnologia está se espalhando cada vez mais rapidamente em diversos setores, como, por exemplo, o setor de energia<sup>11</sup>, o setor automotivo<sup>12</sup> e o setor agroalimentar<sup>13</sup>, entendendo-se que as possibilidades de utilização são potencialmente infinitas (Narayanan, 2016).

Aplicação particularmente interessante no campo jurídico da tecnologia em questão ocorreu na França onde, com a ordem do governo n. 1674 de 8 de dezembro de 2017, foi introduzido o uso de blockchain para registrar a titularidade e transferência de valores mobiliários não cotados. Na prática, o blockchain funcionará como um registro descentralizado que os emissores poderão usar para registrar seus títulos. Em particular, o despacho estabelece que, se for utilizada uma cadeia de blocos designada pelo emitente, as informações aí introduzidas terão os mesmos efeitos jurídicos que as registadas nos registos públicos.

O desenvolvimento da tecnologia de blockchain e seu uso cada vez mais difundido para além das fronteiras do setor financeiro e do bitcoin, tornam atual o problema da falta de qualquer legislação tanto a nível nacional como comunitário.

O cenário em que nos encontramos é, de fato, ainda embrionário não só do ponto de vista tecnológico e comercial, mas também, e sobretudo, do ponto de vista

---

<sup>8</sup> O termo “bitcoin” (letra minúscula) se refere a dinheiro eletrônico, enquanto o termo “Bitcoin” (letra maiúscula) se refere ao blockchain e rede subjacentes relacionados.

<sup>9</sup> Satoshi Nakamoto, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System, [subitcoin.org](http://subitcoin.org).

<sup>10</sup> No sistema Bitcoin, a criação de novo dinheiro é confiada aos mineiros que, precisamente, são recompensados pela verificação e validação de blocos com bitcoins recém-emitidos.

<sup>11</sup> Onde, por exemplo, o blockchain é utilizado para o desenvolvimento de micro redes para a troca direta de energia entre os chamados 'Prosumers', ou sujeitos que, ao mesmo tempo, são produtores e consumidores de eletricidade.

<sup>12</sup> Está a ser testada uma base de dados distribuída e pública para registrar os dados relativos à quilometragem, manutenção periódica, reparações e acidentes de cada automóvel, a fim de prevenir as fraudes que caracterizam o mercado automóvel secundário.

<sup>13</sup> Existem inúmeros projetos que visam garantir a rastreabilidade dos alimentos desde a área de origem das matérias-primas até ao ponto de venda.



regulatório. Com efeito, não existem fontes de direito italiano nem de direito comunitário, nem de primeiro nem de segundo nível, que regulem este sector, nem, atualmente, podemos falar de práticas comerciais generalizadas, susceptíveis de constituir, pelo menos em poucas palavras, uma *lex mercatoria* à qual os operadores de mercado podem se referir. Num cenário deste tipo, o que o jurista é chamado a fazer é - citando Cesare Vivante - recolher sistematicamente os factos e estudar as práticas comerciais, para os trazer de volta às instituições jurídicas existentes e, assim, identificar a disciplina aplicável (Kraus, 2019).

Sem prejuízo da falta de regulamentação da tecnologia de blockchain e considerando a sua evolução rápida e contínua, bem como a sua difusão em múltiplos setores, as instituições e reguladores, em várias ocasiões, começaram a mostrar cada vez mais interesse e também passou a questionar-se sobre a necessidade de intervir com uma regulamentação uniforme que garanta uma abordagem homogênea dos problemas que surgirão de uma difusão cada vez maior dessa tecnologia.

Nesse sentido, algumas iniciativas são discriminadas a seguir.

O Observatório e Fórum de Blockchain da UE, que têm como missão recolher informação, acompanhar e analisar tendências, enfrentar desafios e explorar o potencial socioeconómico que esta tecnologia oferece, possibilitando assim a cooperação transfronteiriça em casos de utilização prática (EUBlockchain, 2021).

A European Blockchain Partnership (EBP), por sua vez, ajuda a evitar uma abordagem fragmentada dos vários intervenientes no setor e consolidar o papel da Europa no desenvolvimento e difusão da tecnologia de blockchain. E. A parceria oferece suporte à interoperabilidade e à ampla implantação de serviços baseados em blockchain. Oferece um ambiente de conformidade regulamentar em total conformidade com as leis da UE e com estruturas e modelos de governança claros para ajudar o blockchain a crescer e florescer em toda a Europa (EBP, 2021).

O novo Focus Group conjunto em blockchain constituído pelo Comité Europeu de Normalização (CEN) e o Comité Europeu de Normalização Electrotécnica (CENELEC). O principal objetivo, nesse caso, é identificar potenciais perfis de normalização e necessidades regulamentares específicas a nível europeu, apoiando as iniciativas de normalização que estão a ser desenvolvidas pela





International Organization for Standardization com as tecnologias Iso / TC 307 Blockchain e projetos distribuídos. instituições na análise e desenvolvimento do potencial inerente a esta tecnologia (CENCENELEC, 2021).

Por último, não podemos esquecer a resolução do Parlamento Europeu de 3 de outubro de 2018, (P8\_TA (2018) 0373) intitulada "Tecnologias de razão distribuída e blockchain: criando confiança através da desintermediação", que examina as tecnologias de razão distribuída e, em particular, a cadeia de blocos, delineando algumas linhas de ação dirigida à Comissão Europeia e a outros órgãos institucionais da UE. Neste documento, o Parlamento Europeu sublinha, entre outras coisas, a necessidade de uma avaliação aprofundada do potencial e das implicações jurídicas dos contratos inteligentes, convidando a Comissão Europeia a promover o desenvolvimento de normas técnicas em colaboração com as organizações internacionais competentes (EUR-LEX, 2021).

## **2 BLOCKCHAINS NO DIREITO TRANSNACIONAL**

Os juristas exploraram amplamente a crise do Estado como fonte do direito e, conseqüentemente, o surgimento de várias formas de (auto) -regulação provenientes de determinados 'subsistemas sociais' de uma matriz econômica e tecnológica (Michaels, 2016). Em particular, Teubner (2012) discutiu o tema para elaborar o conceito de um sistema autopoietico capaz de se reproduzir e se manter. Em essência, são formas de autorregulação que se colocam ao lado do Estado para responder à necessidade irremediável de rapidez e eficiência na gestão das atividades privadas transnacionais que são específicos para uma sociedade global. Seguindo as tramas dessa abordagem, é fácil notar que a legislação está mudando de estados - institucionalmente nomeados para legislar - para reguladores privados. Esse processo de regulação privada ocorre por meio de acordos firmados por players globais, como empresas multinacionais e organizações mundiais de padronização, apenas para citar alguns. A regulação privada é central também na Internet (Teubner, 2012).

Dado esse pano de fundo, os blockchains podem ser concebidos de forma proveitosa como regimes privados globais de acordo com a teoria de Teubner. Também é importante notar que eles apresentam características muito peculiares no



que diz respeito à teoria clássica do direito transnacional. Em primeiro lugar, eles pertencem ao mundo digital, contam com a Lex Cryptographia e permitem que os nós operem sem fronteiras e em todo o território nacional. A este respeito, pode ser útil esclarecer que blockchains que operam no mundo digital são organizados em três formas mais comuns (Michaels, 2016).

Primeiro, existem blockchains públicos que são puramente peer-to-peer, descentralizados e sem permissão. Nesse caso, qualquer minerador pode acessar a rede para adicionar, verificar ou validar dados sem restrições a qualquer momento. Em segundo lugar, podemos observar blockchains privados, nomeadamente uma cadeia de block que é autorizada e controlada por uma autoridade central, que concede permissão a pessoas pré-selecionadas que podem adicionar e verificar os registros. Além disso, também é possível distinguir blockchains de consórcio que também são formados como permitidos e onde um grupo de nós governa todas as transações. Um autor acredita, por exemplo, que blockchains privados, onde o requisito de descentralização falha, não podem ser conceitualmente configurados como blockchains reais (Konashevych, 2019).

Em segundo lugar, a digitalização e seus desenvolvimentos mais recentes - blockchains - tiveram consequências nada secundárias no que diz respeito ao espaço, tempo e emancipação. Por um lado, isso fortaleceu a "dimensão espacial" das relações econômico-sociais. Nesse sentido, é possível argumentar que os blockchains transnacionais criam um conjunto de jurisdições distintas do estado sem base territorial.

Dessa forma, faz pouco sentido tentar replicar, neste caso, as formas de regulação dos Estados, tornando necessária uma lei emergente e descentralizada, mas convergindo para regras comuns de coordenação mútua. Por outro lado, a ideologia do blockchain determinou a remoção da hierarquia nas relações intersubjetivas que estão ocorrendo em uma espécie de "atemporalidade". Promove um direito emancipatório, não estatal, cuja finalidade é a coordenação e não a subordinação. É um direito que surge no contexto da autodeterminação e é concebido como autônomo, não hierárquico e regido por contrato.

Não obstante a variedade de suas formas e estruturas, os blockchains como regimes privados globais do mundo digital são geralmente regras e práticas desenvolvidas expressas na linguagem da informática (ou seja, o código). Queremos



dizer que o código é produzido de forma livre, autônoma na rede e é baseado na cooperação e na autonomia. São experiências hoje limitadas, propostas de nicho, ainda que representem hoje um novo modelo organizacional. Assim, o código tem sido adotado pelos atores das redes (codificadores, mineiros), que, apesar de serem privados de uma autoridade central, são capazes de regular as atividades dos atores das blockchains (Wright and De Filippi, 2015).

Com base nisso, destaca-se que o referido processo de ‘esvaziamento’ da soberania do Estado para os subsistemas sociais setoriais encontrou na evolução da tecnologia digital, ou seja, blockchains, seu maior suporte propulsor. O processo mostra nos últimos tempos uma aceleração mais intensa devido à ‘revolução digital’, que criou um método de conexão instantânea entre os diversos usuários das redes globais de blockchains.

Para Teubner (2004), por exemplo, o direito moderno falhou como regulador do comportamento social e como compositor de conflitos. Ele acredita que a origem da crise do direito deve ser buscada na inadequação do próprio direito (e em particular do direito positivo) para enfrentar a complexidade da sociedade em termos de estruturas e sistemas sociais interagindo entre si. Esta análise oferece uma ferramenta extraordinária para a compreensão do fenômeno blockchain. Na verdade, a lei não é capaz de lidar com blockchains.

À luz das considerações anteriores, fica claro que a estrutura de blockchain representa uma tarefa extremamente complexa para o pesquisador em direito comparado, que é chamado a examinar a dinâmica dos mais diversos formantes jurídicos da blockchain.

### **3 CONTRATOS INTELIGENTES**

Os contratos inteligentes representam um instrumento incerto, tanto do ponto de vista tecnológico como jurídico, e qualquer análise dos mesmos requer uma compreensão dos instrumentos que são objeto da análise. Não existe uma definição geralmente aceita de contratos inteligentes, tanto sob uma perspectiva técnica ou jurídica quanto na teoria jurídica ou direito comparado.

Em termos gerais, os contratos inteligentes podem ser vistos como um conjunto de funções codificadas que permitem a uma máquina de computador



processar um código, ou seja, um protocolo que elabora de forma predeterminada as informações que reuniu ou que foram inseridas nele (se condições exigidas são cumpridas e determinadas ações são executadas), e cujo objetivo principal é produzir certos efeitos jurídicos entre as partes envolvidas, pré-determinados por tais partes.

Alguns estudiosos associam contratos inteligentes à expressão formalizada e execução automatizada de contratos juridicamente vinculativos, com o uso de um código para cumprir obrigações contratuais, com protocolos que facilitam, verificam, executam e / ou incorporam os termos de um contrato. A incorporação de termos legais em hardware e software serve ao escopo de prevenir violações ou controlar ativos por meios digitais (Mik, 2017).

Portanto, o termo contrato inteligente geralmente se refere a instrumentos que visam a tradução e transposição para código de computador, não apenas das regras que formam o que pode ser chamado de regulamento (para) contratual, mas também a palavra-circunstâncias reais com base nas quais um o contrato deve ser executado automaticamente (no todo ou em parte) (Di Ciommo, 2018).

Contratos inteligentes são, portanto, acordos que podem ser formados online (como é muito comum hoje em dia), mas sua característica distintiva é que seu desempenho é habilitado e garantido por uma rede de nós de computadores descentralizados e cooperativos (Mik, 2017).

A legislação italiana define contratos inteligentes como “um programa de computador que opera em tecnologias baseadas em livros-razão distribuídos e cujo desempenho vincula automaticamente duas ou mais partes com base em efeitos pré-definidos por tais partes” (Di Ciommo, 2018).

Contratos inteligentes são, pelo menos em parte, acordos autoexecutáveis. Uma concepção amplamente difundida e altamente ideológica por trás dos contratos inteligentes é ter contratos que são executados automaticamente sem a necessidade de terceiros, reduzindo assim os custos de intermediação, transação e litígio.

Um exemplo comum, mas errado, de contrato inteligente é a humilde máquina de venda automática. Para explicar como os contratos inteligentes são autoexecutáveis, os estudiosos os comparam a uma máquina de venda automática: se a máquina estiver funcionando corretamente quando você inserir o dinheiro, o



contrato de venda será executado automaticamente. Um dispositivo físico dentro da máquina é codificado com a oferta de um vendedor. A máquina só distribuirá refrigerante se os termos do acordo forem cumpridos (Raskin, 2017).

No entanto, isso é um mal-entendido. Em primeiro lugar, uma máquina de venda automática não é um contrato, mas uma oferta feita para o mundo em geral. É feito um contrato com quem escolhe uma das opções disponíveis e insere o valor pretendido. Em segundo lugar, é inquestionável que a máquina de venda automática pode automatizar tanto a formação quanto a realização de uma venda de mercadoria (Raskin, 2017).

O mesmo pode ser dito de muitos sites de comércio eletrônico, como Amazon ou Spotify, que automatizam a formação do contrato e, sempre que o objeto do contrato for digital, também a execução do contrato. No entanto, nem a máquina de venda automática nem os sites são ou fazem cumprir contratos. Eles apenas distribuem bens (ou conteúdo digital) em resposta ao pagamento. Na verdade, ao contrário dos contratos inteligentes, eles são incapazes de incorporar (e, portanto, automatizar) todos os termos de uma transação, incluindo as circunstâncias do mundo real que, uma vez satisfeitas, acionam a execução do contrato (Mik, 2017).

Ao contrário, as características distintivas dos contratos inteligentes são geralmente consideradas como: (i) autoexecutoriedade, o que significa que, uma vez concluídos, sua execução não depende mais da vontade de suas partes ou terceiros e (ii) autossuficiência, o que significa que não precisam de intermediários. A checagem de um evento é estabelecida por meio de 'consenso distribuído', ou seja, a confirmação por uma maioria de nós em uma rede descentralizada, dessa maneira a cadeia verifica determinado estado de coisas sem a necessidade da participação de terceiros (Rinaldi, 2019).

Os contratos inteligentes são atualmente mais adequados para executar automaticamente dois tipos de transações encontradas em muitos contratos: (i) garantir o pagamento de fundos em certos eventos desencadeadores e (ii) impor penalidades financeiras se certas condições objetivas não forem atendidas. Em cada caso, a intervenção humana, em particular o sistema judicial, não é necessária uma vez que o contrato inteligente tenha sido implantado e esteja operacional, reduzindo assim os custos de execução e execução do processo de contratação.



Contratos inteligentes são usados, por exemplo, no campo dos contratos de empréstimo. Em caso de inadimplência, os smart contratos podem bloquear automaticamente as chaves necessárias para entrar no respectivo apartamento, para que o inquilino já não tenha acesso ao mesmo. Da mesma forma, os carros alugados ou arrendados podem ser bloqueados em caso de inadimplência. Esses sistemas são chamados de “dispositivos de interrupção de partida”. Como outro exemplo, em contratos de seguro, por exemplo, os pagamentos automatizados podem ser efetuados para atrasos em voos (Möslein, 2018).

Há uma tendência geral, incluindo - como visto - na legislação italiana, de confundir contratos inteligentes com a tecnologia de cadeia de blocos e acreditar que os contratos inteligentes são baseados exclusivamente em uma tecnologia de cadeia de blocos. Blockchain é uma tecnologia baseada em usuários de rede que compartilham uma base de dados comum para que suas transações possam ser gerenciadas através de uma cadeia de operações que ocorrem entre diferentes nós em uma rede (Bertoli, 2018).

De fato, algumas autoridades definem contrato inteligente como código de computador que executa automaticamente todo ou partes de um contrato e é armazenado em uma plataforma baseada em blockchain. Na prática, no entanto, apenas uma fração modesta das operações automatizadas realizadas na Internet usam o blockchain, enquanto todos os outros contratos inteligentes são firmados e executados por outros meios que de alguma forma garantem a descentralização do desempenho (Di Ciommo, 2018).

Conforme observado, os estudiosos de contratos inteligentes têm se concentrado até agora são aqueles que permitem automatizar o processo de execução de (certas) obrigações contratuais. Foi notado que a tecnologia da cadeia de blocos poderia se esforçar para criar contratos que não apenas automatizam a execução de um contrato, mas também sua negociação e conclusão.

#### **4 O CÓDIGO E A LEI**

No final das contas, a questão é se os contratos inteligentes, qualquer que seja a forma que assumam, são na verdade regulamentações recém-formadas decorrentes da autonomia privada ou são apenas um "nome fantasia" para indicar



meros protocolos para transferir dados ou podem ser capazes de interagir com blocos tecnologia da cadeia, mas que não constituem instrumentos jurídicos novos e separados.

O conceito de contratos inteligentes foi desenvolvido a partir da ideia ou ideologia de criar contratos transnacionais totalmente desvinculados dos sistemas jurídicos domésticos. Nesse sentido, alegou que os contratos celebrados no mundo digital não precisam de “conflito de disposições legais, uma vez que não há colisões de vários sistemas jurídicos”, tudo acontecendo na internet. Nesse sentido, “Código é Lei” foi o paradigma apresentado por Lawrence Lessig ao discutir contratos inteligentes. A ideia por trás dessa teoria ou conceito é que o desenvolvimento da tecnologia levou ou pode levar a um cenário onde não é mais a lei, mas sim o software para regular o comportamento dos usuários (Lessig, 2000).

À luz do exposto, muitos autores ainda afirmam que os contratos inteligentes não precisam de uma autoridade central ou de um mecanismo de aplicação externo porque são imunes à intervenção humana.

O presente autor discorda veementemente de tais teorias. Há uma falha metodológica fundamental na afirmação de que o código é a lei. Essa afirmação, na verdade, é baseada em uma reversão da metodologia legal adequada: um código automatizado ou protocolo de computador pode ter efeitos juridicamente vinculativos apenas se e na medida em que a lei aplicável assim o prescrever ou permitir. Portanto, antes de olhar para o código, é preciso olhar para a lei. O código pode ser a lei se e na medida em que a lei assim o diz. Por sua vez, isso exige a necessidade de uma escolha de lei adequada e de uma análise de escolha do tribunal de quaisquer instrumentos juridicamente vinculativos, sejam eles inteligentes ou contratos executáveis automática ou parcialmente automaticamente.

As ideias subjacentes à proposição “código é a lei” se assemelham a certas teses circuladas principalmente nas décadas de 1980 e 1990 sobre a *lex mercatoria* e a arbitragem comercial internacional formando uma ordem jurídica transnacional autônoma, separada de qualquer sistema jurídico doméstico. Conforme discutido por muitos (incluindo o presente autor) em outro lugar, se a *lex mercatoria* e a arbitragem comercial internacional podem se destacar dos sistemas jurídicos domésticos em algumas de suas dinâmicas práticas, sua criação e existência dependem dos sistemas jurídicos domésticos, que permitem que sejam criados,



implantar e (se necessário) ser aplicada por meio do monopólio estatal de poderes coercitivos. O mesmo parece verdadeiro em relação aos contratos inteligentes (Marrella, 2003).

Em outras palavras, os contratos inteligentes constituem acordos autônomos e autossuficientes juridicamente vinculativos se e na medida em que traduzam um acordo já alcançado em código digital, sujeito à limitação prevista pela lei aplicável a eles. Obviamente, contratos inteligentes exigirá sempre a vontade das partes para entrar em vigor, apenas qualquer outro contrato. Tal vontade se manifesta quando um indivíduo decide celebrar tal acordo ou, no caso de agentes eletrônicos, quando um indivíduo decide usar um agente para a celebração de certos acordos e decide se comprometer com suas ações (Savelyev, 2017).

A concepção de que é impossível quebrar um contrato inteligente porque o código é imutável e autoexecutável, seja preciso em todos os aspectos ou não, não limita per se a possibilidade e necessidade de assistência judicial e visão geral sobre tais instrumentos. Apenas para dar um exemplo, dado que, conforme observado contratos inteligentes são celebrados com o consentimento das partes, as disputas podem inevitavelmente surgir quanto às questões em torno do consentimento das partes. Na verdade, existem questões que podem ser resolvidas apenas por juízes, por exemplo, se uma parte foi negligente / diligente, se houve vícios no consentimento para celebrar o acordo, se houve uma circunstância de força maior. Portanto, a questão não é se os contratos inteligentes estão sujeitos à lei, mas sim a que lei eles estão sujeitos.

## **5 QUESTÕES DE FÓRUM EM CONTRATOS INTELIGENTES**

Dado que os contratos inteligentes são acordos alcançados por meio de acordo entre as partes (seja off-line ou on-line) que usam protocolos de computador para garantir no todo ou em parte o seu desempenho, os instrumentos de direito internacional privado existentes parecem bem adequados para abordar a escolha de questões judiciais e de escolha da lei que eles colocam (Pretelli, 2018).

Quanto ao primeiro, o Regulamento Bruxelas I-bis permite nomeadamente que as partes, independentemente do seu domicílio, concordem que um tribunal ou





os tribunais de um Estado-Membro da UE têm competência para resolver quaisquer litígios surgidos ou que possam surgir em conexão com seu contrato inteligente.

Os acordos relevantes devem ser: (i) por escrito ou comprovados por escrito; (ii) em uma forma que acordes com práticas que as partes estabeleceram entre si; ou (iii) no comércio ou comércio internacional, de uma forma que esteja de acordo com um uso do qual as partes são ou deveriam ter sido cientes e que, nesse comércio, é amplamente conhecido e regularmente observado pelas partes em contratos do tipo envolvido no comércio específico em questão (artigo 25.º, n.º 1).

Quando tais contratos são celebrados em formato digital, como pode acontecer com frequência, qualquer comunicação por meio eletrônico que forneça um registro duradouro do acordo será equivalente a “escrita” (Artigo 25 (2)). O Tribunal da UE esclareceu recentemente a este respeito que o método de aceitação dos termos e condições gerais de um contrato de venda por “click-wrapping”, celebrado por via eletrônica, que contém um acordo conferindo jurisdição, constitui uma comunicação por eletrônica significa que fornece um registro durável do contrato, onde esse método permite imprimir e salvar o texto desses termos e condições antes da celebração do contrato.

Na ausência de qualquer escolha de lei, no caso de venda de bens, a jurisdição recairia no lugar de um Estado-Membro onde, nos termos do contrato, os bens foram ou deveriam ter sido entregues e, no caso de prestação de serviços, no local de um Estado-Membro onde, nos termos do contrato, os serviços foram ou deveriam ter sido prestados (artigo 7.º, alínea i), alínea b)).

Em caso de venda, inclusive de conteúdo digital, os princípios elaborados pelo Tribunal da UE conferem competência aos Tribunais do local de destino final dos bens; no caso dos serviços, a competência recai em princípio sobre o local onde se encontra o beneficiário do serviço, se o serviço for realizado em linha, sem relevância para o local onde se encontram os respectivos serviços<sup>14</sup>.

As regras de competência do regulamento variam no caso de contratos inteligentes do consumidor, ou seja, contratos celebrados por uma pessoa, o consumidor, para uma finalidade que pode ser considerada alheia à sua atividade comercial ou profissional.

---

<sup>14</sup> Acórdãos de 25 de fevereiro de 2010, processo C-381/08, Car Trim GmbH contra KeySafety Systems Srl, ECLI: EU: C: 2010: 90; 9 de junho de 2011, processo C-87/10, Electrosteel Europe SA v Edil Centro SpA, ECLI: EU: C: 2011: 375.



A disciplina jurisdicional protetora no regulamento aplica-se se o contrato de consumo (inteligente) relevante: (i) for um contrato de venda de bens em condições de crédito a prestações; (ii) é um contrato de empréstimo a prazo, ou de qualquer outra forma de crédito, feito para financiar a venda de bens; ou c) Em todos os outros casos, foi celebrada com uma pessoa que exerce atividades comerciais ou profissionais no Estado-Membro do domicílio do consumidor ou, por qualquer meio, dirige essas atividades para esse Estado-Membro ou para vários Estados, incluindo o Estado-Membro, e o contrato é abrangido pelo âmbito dessas atividades (artigo 17.º). Este último caso, que é o mais frequente, inclusive no caso de contratos de consumo inteligente, exige uma chamada abordagem de direcionamento das atividades do lado profissional do contrato.

O Tribunal da UE esclareceu que, a fim de determinar se um comerciante cuja atividade é apresentada no seu site ou no de um intermediário pode ser considerado como estando "dirigindo" a sua atividade para o Estado-Membro do domicílio do consumidor, deve ser verificado se, antes a celebração de qualquer contrato com o consumidor, resulta desses sítios Web e da atividade geral do comerciante que este tencionava fazer negócios com consumidores domiciliados em um ou mais Estados-Membros, incluindo o Estado-Membro do domicílio desse consumidor, no sentido de que pretendia celebrar um contrato com eles<sup>15</sup>.

O Tribunal esclarece que as seguintes questões são capazes de constituir prova a partir da qual se pode concluir que a atividade do comerciante é dirigida para o Estado-Membro do domicílio do consumidor:

- (i) a natureza internacional da atividade;
- (ii) menção de itinerários de outros Estados-Membros para se deslocarem ao local onde o profissional está estabelecido;
- (iii) a utilização de uma língua ou moeda diferente da língua ou moeda geralmente utilizada no Estado-Membro em que o profissional está estabelecido, com possibilidade de fazer e confirmar a reserva nessa outra língua;
- (iv) menção a números de telefone com código internacional;

---

<sup>15</sup> Acórdão de 7 de dezembro de 2010, processo C-144/09, Pammer v Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG, ECLI: EU: C: 2010: 740.



- (v) Despesas com um serviço de referência na Internet para facilitar o acesso ao sítio do comerciante ou do seu intermediário por consumidores domiciliados noutros Estados-Membros;
- (vi) utilização de um nome de domínio de primeiro nível diferente do do Estado-Membro em que o comerciante está estabelecido; e
- (vii) menção a uma clientela internacional composta por clientes domiciliados em vários Estados-Membros.

Por outro lado, a mera acessibilidade do sítio Web do profissional ou do intermediário no Estado-Membro em que o consumidor está domiciliado é insuficiente. O mesmo se aplica à menção de um endereço de correio eletrónico e de outros dados de contacto, ou à utilização de uma língua ou moeda que é a língua e / ou moeda geralmente utilizada no Estado-Membro em que o comerciante está estabelecido<sup>16</sup>. Por outro fim, a disposição anterior não exige a existência de nexo de causalidade entre os meios utilizados para dirigir a atividade comercial ou profissional para o Estado-Membro do domicílio do consumidor, designadamente um interno. t local, e a celebração do contrato com esse consumidor. No entanto, a existência de tal nexo causal constitui evidência da conexão entre o contrato e tal atividade<sup>17</sup>.

## **6 ESCOLHA DA LEI APLICÁVEL NOS CONTRATOS INTELIGENTES**

Da mesma forma, as questões de escolha de leis relacionadas aos contratos inteligentes parecem não ser particularmente diferentes daquelas que são colocadas pelos contratos tradicionais. Em primeiro lugar, o Regulamento Roma I permite que as partes de um contrato inteligente escolham a lei aplicável, sem exigir qualquer vínculo territorial. Se todos os outros elementos relevantes para a situação no momento da escolha estiverem localizados em um ou mais Estados-Membros, a escolha de uma lei aplicável que não a de um Estado-Membro não prejudica a aplicação das disposições do direito da UE, se for caso disso. implementado no Estado-Membro do fórum, que não pode ser derogada por acordo (Bertoli, 2018).

---

<sup>16</sup> Judgment of 7 December 2010, case C-144/09, Pammer v Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG, ECLI:EU:C:2010:740.

<sup>17</sup> Judgment of 17 October 2013, case C- 218/12, Lokman Emrek v Vlado Sabranovic, ECLI:EU:C:2013:666.



Para todos os casos em que o contrato inteligente é celebrado de forma tradicional (off-line ou on-line) e o protocolo do computador auxilia no cumprimento das obrigações contratuais, a escolha pode ser expressa no contrato. Ao contrário, para o cenário (futurístico) em que o contrato inteligente é exclusivamente concluído por meio de tecnologia de cadeia de blocos ou representado de forma algorítmica, a escolha da lei pode ser difícil de ser incorporada diretamente no contrato e, portanto, deve ser expressa em uma declaração separada. A escolha da lei também pode estar implícita, ou seja, claramente demonstrada pelos termos dos contratos ou pelas circunstâncias do caso. A escolha implícita pode ser difícil de estabelecer em contratos inteligentes, dado seu caráter internacional frequente e possível anonimato. Como foi apontado, “isso não é nada de especial - e nada que só possa ocorrer quando as partes celebram um contrato inteligente” (Rühl, 2019).

O artigo 4.º do Regulamento Roma I contém regras para determinar a lei aplicável na falta de escolha das partes. A lei aplicável nos contratos de venda de bens é a do país onde o vendedor tem a sua residência habitual e nos contratos de prestação de serviços é a do país onde o prestador de serviços tem a sua residência habitual (n.º 1, que também estabelece regras para outros tipos de contrato, todas expressão do critério de desempenho característico). Consequentemente, os contratos de vendas e serviços inteligentes estarão sujeitos à lei do local onde o vendedor ou o prestador de serviços tem residência habitual, à semelhança dos contratos tradicionais.

Quando o contrato não for abrangido pelo n.º 1 ou se os elementos do contrato forem abrangidos por mais do que um dos tipos de contratos do n.º 1, o contrato será regido pela lei do país onde a parte solicitou a execução característica do contrato (geralmente, a execução não monetária) tem sua residência habitual. Quando todas as circunstâncias do caso revelarem claramente que o contrato está manifestamente mais estreitamente relacionado com um país diferente, é aplicável a lei desse outro país. Caso a residência habitual da parte relevante não possa ser determinada porque o contrato inteligente é processado anonimamente por meio de uma cadeia de bloqueio, a lei da conexão mais próxima será determinada de acordo com o Artigo 4 (4) do Regulamento Roma I, levando em consideração as circunstâncias do caso. Novamente, essas regras não parecem representar um



problema específico para contratos inteligentes, pelo menos desde que sejam concluídos de maneira tradicional (seja off-line ou on-line).

Além disso, os artigos 5.º a 8.º do Regulamento Roma I contêm regras específicas de escolha da lei para contratos de transporte, contratos de consumo, contratos de seguro e contratos de trabalho. Eles modificam as regras contidas nos Artigos 3 e 4 a fim de proteger as partes mais fracas e aplicar a lei da residência habitual da parte mais fraca, a menos que as partes tenham acordado de outra forma. Portanto, esses artigos baseiam-se em fatores de conexão que permitem a determinação direta da lei aplicável, mesmo se o contrato em questão for um contrato inteligente (Rühl, 2019).

## **REFERÊNCIAS**

CENCENELEC . <https://www.cencenelec.eu/>

Di Ciommo F. Smart contract and (non-) law. The case of the financial markets. *Law Econ Yearly Rev* 7, 2018.

EBP. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/blockchain-partnership>

EUBLOCKCHAIN. Disponível em: <https://www.eublockchainforum.eu/>

EUR-LEX . Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018IP0373>

Konashevych O. Why ‘permissioned’ and ‘private’ are not blockchains. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.3496468>. Acesso: Mar 2021

Kraus D, Obrist T, Hari O. Blockchains, smart contracts, decentralised autonomous organisations and the law. Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2019.

Lessig L. Code is law. On Liberty in Cyberspace. *Harvard Magazine*. 2000. Disponível em: <https://harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html> Acesso: Mar 2021

Marrella F. La nuova lex mercatoria: principi Unidroit ed usi dei contratti del commercio internazionale. CEDAM, Padova, 2003.

Michaels R Transnationalizing comparative law. *Maastricht J Eur Comp Law*. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/1023263X1602300208> Acesso: Mar 2021

## MOSAICO DE SOBERANIAS: CONTRIBUIÇÕES PARA UM DIREITO INTERNACIONAL

José Carlos Ferreira da Luz | Marcel Silva Luz | Patrícia Cristina Ferreira Moura  
(Organizadores)



Mik E Smart contracts: terminology, technical limitations and real world complexity. *Law Innov Technol* 9:269–300. 2017. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=43038406](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=43038406) Acesso: Mar 2021

Möslein F. Conflicts of laws and codes: defining the boundaries of digital jurisdictions. 2018.

Narayanan A et al. Bitcoin and cryptocurrencies technologies. Princeton University Press, Princeton, 2016.

Pretelli I. Improving social cohesion through connecting factors in the conflict of laws of the platform economy. In: Pretelli I (ed) Conflict of laws in the maze of digital platforms. Schulthess, Éditions Romandes, Zürich, 2018.

Raskin M. The law and legality of smart contracts. *Georgetown Law Tech Rev* 2017.

Rinaldi G Smart contract: meccanizzazione del contratto nel paradigma della blockchain. 2019. Disponível em: [www.academia.edu/39741128/Smart\\_contract\\_meccanizzazione\\_del\\_contratto\\_nel\\_paradigma\\_della\\_blockchain](http://www.academia.edu/39741128/Smart_contract_meccanizzazione_del_contratto_nel_paradigma_della_blockchain) Acesso: Mar 2021

Rühl G. The law applicable to smart contracts, or much ado about nothing? Oxford Law Faculty. 2019. Disponível em: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2019/01/law-applicable-smart-contracts-or-much-ado-about-nothing> Acesso: Mar 2021

Szabo N The idea of smart contracts. 1997. : <https://nakamotoinstitute.org/the-idea-of-smart-contracts/>

Teubner G. Constitutional fragments. Societal constitutionalism and globalization. Oxford University Press, Oxford, 2012.

Teubner G. Global private regimes: neo-spontaneous law and dual constitution of autonomous sectors? In: Ladeur KH (ed) Public governance in the age of globalization. Ashgate, Aldershot, 2004.

Wright A, De Filippi P. Decentralized blockchain technology and the rise of Lex Cryptographia. 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2580664>. Acesso: Mar 2021



**A IGUALDADE DE DIREITOS NA ATUALIDADE:  
Desafios e Perspectivas**

Marcel Silva Luz<sup>1</sup>

## **1 INTRODUÇÃO**

Nos últimos anos, graves ameaças à igualdade de direitos, tanto novas como antigas, ganharam um grande relevo. Contra o pano de fundo de lacunas persistentes na representação das mulheres no governo e na participação igualitária na economia, um movimento global expôs a prevalência do assédio sexual em nossos locais de trabalho, escolas, ruas e até mesmo na política. A violência e os desastres naturais criaram um número sem precedentes de refugiados, que enfrentam não apenas barreiras significativas para acessar empregos e educação ao se reinstalarem em novos países, mas também discriminação devido à raça / etnia, religião e origem nacional. Enquanto isso, em uma série de países, movimentos extremistas e políticos capitalizaram os medos, inseguranças e percepções errôneas do público para pedir a expulsão de imigrantes e de minorias étnicas, raciais e religiosas, usando uma retórica desumanizante que remete à ascensão dos nazistas.

Ao mesmo tempo, o início do século XXI testemunhou a culminação de décadas de progresso dramático no tratamento de muitas das maiores barreiras à igualdade - desde leis discriminatórias até a inacessibilidade de serviços e instituições básicas (World Bank, 2013). Globalmente, o número de pessoas que vivem em extrema pobreza caiu pela metade entre 1990 e 2015, enquanto o número de pessoas com acesso à educação básica aumentou em mais de 40 milhões. Leis nacionais inovadoras, bem como um tratado internacional, aceleraram o progresso em direção à inclusão total de pessoas com deficiência na educação e no emprego (ONU, 2015).

Este é um texto sobre o quão longe chegamos na igualdade de direitos - e o quanto ainda temos que ir. Bem como sobre o que todos nós podemos fazer para promover a igualdade na urgência deste momento, tanto como indivíduos quanto

---

<sup>1</sup> UNIESP Centro Universitário. Coordenação do Curso de Graduação em Direito. Rodovia BR-230, km 14, S/Nº. Morada Nova. Cabedelo-PB, Brasil (CEP 58109-303)



como países. E também sobre como as nações estabelecem as regras básicas e se essas regras básicas foram elaboradas para garantir que as gerações que nos sucedam terão uma chance justa.

## **2 A DIGNIDADE DE TODOS OS SERES HUMANOS**

Nos últimos 60 anos, países em todo o mundo testemunharam revoluções pela igualdade de direitos. Alguns países com regimes jurídicos baseados na hierarquia racial, inauguraram uma nova era para a igualdade e os direitos civis. No Oriente Médio e no Norte da África, os movimentos pelos direitos das mulheres obtiveram ganhos constantes na última década em relação à igualdade de gênero, incluindo o que diz respeito à violência, liberdade de movimento e o direito de participar na política; movimentos regionais e nacionais trouxeram uma onda de direitos sociais, econômicos e políticos para as mulheres em todo o mundo (Begum, 2018).

Em todos os países de renda baixa e média, o direito à educação floresceu, à medida que os governos eliminaram cada vez mais as dificuldades que antes colocavam a escola pública fora do alcance de meninas e alunos de famílias pobres. E em todas as regiões, os países começaram a reconhecer os direitos humanos iguais, independentemente da orientação sexual e identidade de gênero.

Esse progresso é notável e vale a pena comemorar. No entanto, sabemos que a exclusão persiste e que inúmeras experiências diárias de discriminação e preconceito contribuem para disparidades devastadoras na educação, saúde e trabalho.

Nos últimos anos, o ressurgimento preocupante da discriminação aberta questionou se a igualdade é realmente um valor compartilhado. Como manifestações de ódio e calúnias étnicas, raciais e religiosas dominaram as manchetes, é razoável imaginar se algum dia houve um consenso genuíno sobre nossa dignidade e humanidade universais.

Numerosos exemplos históricos mostram como a vulnerabilidade física ou econômica percebida - seja com base em evidências ou alimentada por líderes e políticos oportunistas - pode inspirar desconfiança, divisão e, no pior dos casos, graves abusos dos direitos humanos. Em alguns países, essas condições resultaram





em atrocidades cometidas por governos; outros países sofreram fortes escaladas de hostilidades e violência interpessoais.

Embora devamos reconhecer essas dinâmicas e perigos, devemos também rejeitar firmemente a ideia de que visões odiosas são representativas em qualquer um dos países. Os dados nos dizem o contrário de maneira convincente. A Pesquisa de Valores Mundiais perguntou às pessoas sobre suas crenças fundamentais na privacidade de suas casas em mais de 100 países, o que representa 90% da população global. Essas pesquisas revelam que a visão de que todo ser humano merece dignidade é ampla e não é exclusiva de nenhum país. Por exemplo, quando questionados sobre quais qualidades são especialmente importantes para as crianças aprenderem em casa, 86% dos entrevistados na Austrália, 86% na Colômbia, 89% na Índia e 80% na Líbia indicaram “tolerância e respeito pelas outras pessoas” (WVS Wave 6, 2014 – 2018).

Um desenvolvimento crítico nos últimos 75 anos foi a formalização desses valores em tratados e acordos internacionais. Em 1948, a recém-formada Organização das Nações Unidas adotou a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), que afirmava inequivocamente que “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos” e proibiu a discriminação com base na “raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou outra, origem nacional ou social, propriedade, nascimento ou outro status. A DUDH também garantiu os direitos à educação, saúde e uma ampla gama de outros direitos sociais, econômicos, civis e políticos. Em 1966, a ONU ampliou esses compromissos com dois tratados adicionais, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Juntos, esses três instrumentos são conhecidos como “International Bill of Direitos” (Hersch Lauterpacht, 2013).

Além disso, ao longo das décadas, a ONU adotou tratados específicos e abrangentes abordando os direitos iguais de grupos historicamente marginalizados ou vulneráveis, incluindo refugiados, minorias raciais/étnicas, mulheres, crianças, trabalhadores migrantes e suas famílias, e pessoas com deficiência (Hersch Lauterpacht, 2013).

Esses compromissos internacionais tiveram impactos normativos importantes e muitos foram amplamente ou quase universalmente ratificados. Em



2015, todos os países integrantes da ONU adotaram os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável; comprometendo-se a acabar com a pobreza, reduzir a desigualdade, garantir o acesso à saúde e educação e alcançar uma série de outros objetivos de direitos humanos até 2030 (ONU, 2015). A questão, então, não é se a dignidade humana e a igualdade são valores abrangentes e amplamente compartilhados - mas se esses valores e compromissos foram traduzidos em direitos nacionais aplicáveis.

### **3 O PAPEL DAS CONSTITUIÇÕES: UMA DECLARAÇÃO DE VALORES**

De muitas maneiras, as constituições são os veículos ideais para fomentar as transformações sociais. Os caminhos das constituições para consolidar esses direitos variam entre os países de acordo com as diferentes tradições jurídicas, níveis de envolvimento da sociedade civil e caminhos para a justiça. Ao mesmo tempo, as constituições fornecem a base para o sistema jurídico de quase todas as nações, e muitas de suas funções básicas são amplamente consistentes entre os países.

Para começar, as constituições expressam valores e incorporam contratos entre governos e seu povo para concretizar esses valores. Por meio dos princípios que protege, uma constituição pode moldar de maneira importante o discurso nacional, influenciando, por sua vez, as normas sociais.

Novas constituições também podem servir para inaugurar uma nova era de direitos iguais que diverge fortemente do passado. Por exemplo, ao assinar a constituição pós-apartheid da África do Sul em 1996, o presidente Nelson Mandela observou:

“Em séculos de luta contra a dominação racial, os sul-africanos de todas as cores e origens proclamaram a liberdade e a justiça como sua aspiração insaciável. Eles juraram lealdade a um país que pertence a todos os que nele vivem. Dessa experiência nasceu o entendimento de que não poderia haver paz duradoura, segurança duradoura, nem prosperidade nesta terra, a menos que todos desfrutassem de liberdade e justiça como iguais”<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> . Discurso do Presidente Nelson Mandela na assinatura da constituição Sharpeville, 10 de dezembro de 1996. <https://www.justice.gov.za/legislation/constitution/history/MEDIA/PRESIDEN.PDF> Hersch Lauterpacht. An International Bill of the Rights of Man. Oxford University Press, 2013

## MOSAICO DE SOBERANIAS: CONTRIBUIÇÕES PARA UM DIREITO INTERNACIONAL

José Carlos Ferreira da Luz | Marcel Silva Luz | Patrícia Cristina Ferreira Moura  
(Organizadores)



Por meio de uma nova constituição baseada em princípios que incluem igualdade, diversidade, liberdade e reconciliação, a África do Sul criou uma nova declaração de valores para orientar sua transição para a democracia.

Em segundo lugar, na grande maioria dos países, as constituições superam outras fontes de direito - tornando-as ferramentas essenciais para revogar a legislação discriminatória, incluindo leis recém-promulgadas e já antigas. Na Índia, a Suprema Corte decidiu em 2017 que a prática tradicional de "divórcio instantâneo" em casamentos islâmicos, que permitia aos homens se divorciarem legalmente de suas esposas simplesmente dizendo a palavra árabe para divórcio três vezes, violou a proteção constitucional da igualdade de gênero, em uma decisão histórica que fortalece a segurança econômica das mulheres e o acesso à justiça<sup>3</sup>.

Terceiro, as constituições frequentemente determinam diretamente o status dos tratados internacionais - incluindo se os tratados ratificados têm força de lei, têm precedência sobre legislação conflitante ou podem ser diretamente invocados em tribunal. Em países que vão do México à República Tcheca, essas disposições constitucionais ajudaram a garantir que os tribunais nacionais interpretassem as leis internas para proteger e promover os direitos humanos.

Quarto, as constituições podem oferecer proteção contra mudanças políticas e legais que prejudicariam direitos iguais. No entanto, quando as constituições carecem de proteções claras para grupos vulneráveis à discriminação, os direitos desses grupos podem enfrentar ameaças durante mudanças políticas ou cortes orçamentários.

Por exemplo, por décadas, os Estados Unidos têm leis excelentes garantindo que crianças com deficiência tenham igual acesso à educação de qualidade e que adultos com deficiência possam contribuir plenamente no trabalho. No entanto, a Constituição dos EUA não tem garantia fundamental de direitos iguais para pessoas com deficiência - e por mais fortes que sejam, essas leis seriam muito mais fáceis de dismantelar ou revogar completamente do que uma proteção constitucional contra a discriminação.

O mesmo potencial de contenção existe nos tribunais. Quando os direitos não estão claramente protegidos no texto constitucional, as interpretações de um

---

<sup>3</sup> Supreme Court of India. Writ Petition (C) No. 118 of 2016,. Disponível em: <https://www.escribnet.org/caselaw/2018/shayara-bano-and-others-v-union-india-and-others-writ-petition-c-no-118-2016>. Acesso: jul 2021.

## MOSAICO DE SOBERANIAS: CONTRIBUIÇÕES PARA UM DIREITO INTERNACIONAL

José Carlos Ferreira da Luz | Marcel Silva Luz | Patrícia Cristina Ferreira Moura  
(Organizadores)



tribunal sobre quem merece tratamento igual podem se expandir e diminuir ao longo do tempo, especialmente à medida que a composição do tribunal evolui. Da mesma forma, mesmo quando os tribunais decidem em favor da igualdade, o legislativo pode promulgar leis discriminatórias em resposta, a menos que a constituição os impeça de fazê-lo.

Por exemplo, nas Bermudas, a decisão histórica da Suprema Corte de 2017, que legaliza o casamento entre pessoas do mesmo sexo, ficou ameaçada quando o Parlamento aprovou uma lei no ano seguinte proibindo o casamento do mesmo sexo - tornando as Bermudas o primeiro país a conceder e, em seguida, revogar o casamento nessas condições. Como a maioria dos países, as Bermudas ainda não proibiram especificamente a discriminação com base na orientação sexual em sua constituição. No entanto, o Tribunal aplicou outro direito constitucional - liberdade de religião - para derrubar a lei discriminatória, que os juízes consideraram uma imposição de pontos de vista religiosos específicos<sup>4</sup>. No entanto, tais resultados favoráveis estão longe de serem garantidos quando as constituições são ambíguas sobre quais igualdades de direitos são reconhecidas.

Quinto, as constituições são importantes devido à forma como moldam a tomada de decisões fora dos tribunais - inclusive por outros ramos do governo. Por exemplo, entre 2015 e 2017, a constituição foi um tema de discussão e debate em 87% das sessões parlamentares na Índia<sup>5</sup>. Essas conversas cobriram tópicos abrangentes centrais para a igualdade, incluindo a igualdade de direitos dos membros das castas mais baixas, minorias religiosas e pessoas trans.

Da mesma forma, no mesmo período, a constituição surgiu em 88% das sessões parlamentares no Canadá, 97% daquelas no Brasil e 99% daquelas no Quênia. No Canadá, a constituição foi citada em apoio a projetos de lei que visam proteger contra discriminação de gênero, eliminar condenações injustas dirigidas à comunidade LGBT + e garantir pagamento igual para trabalho de igual valor para mulheres no Serviço Público Canadense.

---

<sup>4</sup> <https://www.gov.bm/sites/default/files/Final%20Judgment-Ferguson-v-A-G-OutBermuda%20and%20Jackson-v-A-G.pdf>

<sup>5</sup> Cálculos dos pesquisadores do WORLD Policy Analysis Center, com base na análise das transcrições oficiais das sessões legislativas para o Brasil, Canadá, Índia e Quênia durante o período de 1 de janeiro de 2015 a 31 de dezembro de 2017.



Da mesma forma, no Brasil, a constituição surgiu nas discussões dos legisladores sobre os direitos à saúde, não discriminação e acesso à água, enquanto no Quênia, os legisladores fizeram referência à constituição ao discutir educação, saúde e igualdade de gênero na política.

Finalmente, as constituições fornecem ferramentas para engajamento cívico, educação e ativismo. Na Índia, os ativistas empreenderam uma marcha de 115 dias para estabelecer o direito constitucional à educação. No Quênia, grupos da sociedade civil estão publicando cópias da constituição em Braille e distribuindo versões de texto de bolso em todo o país (Uraia Trust, 2020).

No entanto, mesmo que as constituições articulem valores fundamentais e forneçam bases legais para decisões que afetam milhões de vidas, poucas pessoas sabem exatamente quais direitos sua constituição protege, ou como as proteções de sua constituição se comparam às de outras. Em uma era de maior engajamento popular na redação e emendas da constituição, lidar com essas lacunas de informação é crucial.

Nos últimos anos, os países têm convocado cada vez mais congressos constitucionais amplamente representativos para redigir suas constituições. Nestes processos, aumenta a chance de que a constituição valorize igualmente todas as pessoas.

Em muitos países constituições foram escritas há séculos ou não foram emendadas há décadas. As primeiras constituições costumavam ser escritas por grupos pequenos e não representativos. Muitas constituições posteriores usaram esses documentos como modelos. E por causa de seu papel fundamental na definição de como um governo funciona, é essencial identificar se as constituições desses países estabelecem uma estrutura que proporcione oportunidades iguais e plenas para todos.

## **4 A PERMANENTE LUTA PELA IGUALDADE DE DIREITO**

### **4.1 A IGUALDADE NA RAÇA E ETNIA**

Em vários países ao longo da história, a discriminação racial / étnica desempenhou um papel fundamental na estruturação de economias e sistemas



jurídicos, levando à segregação física, negação de direitos econômicos e, nos piores casos, escravidão.

A desigualdade de gênero legalmente perpetuada tem se espalhado globalmente por milênios. As mulheres foram excluídas por lei da posse de propriedades, profissões e participação política. Apenas por pouco mais de um século as mulheres puderam votar - finalmente ganhando esse direito fundamental primeiro em 1893 na Nova Zelândia e apenas em 2011 na Arábia Saudita (MacFarquhar, 2011).

Os direitos sociais e econômicos das mulheres, e sua plena realização, estão muito aquém dos homens. Em todos os países, exceto um, a mulher média ainda ganha menos do que o homem médio (World Economic, 2016), 104 países têm barreiras legais ao emprego das mulheres em empregos específicos (World Bank, 2018), e um terço dos países do mundo não têm leis contra o assédio sexual no local de trabalho (World Policy, 2018). Em todas as sociedades, a violência de gênero continua a inibir a capacidade das mulheres de se moverem livremente pelo mundo e de exercer outros direitos fundamentais.

A discriminação com base no gênero continua a ser a forma de discriminação que afeta a maioria dos indivíduos em todo o mundo, afetando quase todas as famílias. A discriminação de gênero permeia classe social, raça / etnia e religião; deixa grupos marginalizados de mulheres ainda mais para trás; e deixa as mulheres em quase todos os grupos menos propensas a ter uma voz igual, papéis de tomada de decisão ou oportunidades de recursos iguais. Para lidar com a desigualdade, devemos primeiro entender onde e como a discriminação ocorre, bem como até que ponto as constituições e leis podem abordar cada tipo de discriminação. No caso do gênero, a desigualdade é alimentada por

- Discriminação embutida em leis e políticas governamentais. Os exemplos incluem leis que historicamente proibiam as mulheres de votar, continuam a proibir as mulheres de certas profissões ou limitam a liberdade de movimento das mulheres. Leis que diferenciam com base no sexo, de maneiras que perpetuam a desigualdade em vez de corrigir a desigualdade do passado, incorporam e aumentam a discriminação. Em 80% dos países, as desigualdades nas leis trabalhistas / previdenciárias limitam se todas as pessoas, independentemente do sexo ou gênero, têm oportunidades iguais de desempenhar as mesmas funções,



trabalhar nas mesmas condições, tirar licença remunerada para cuidar de crianças ou se aposentar na mesma idade (World Bank, Women, 2018).

- Falha dos governos em proibir práticas discriminatórias comuns. Por exemplo, quando os governos se recusam a proibir legalmente o assédio sexual no local de trabalho ou discriminação de gênero no emprego, eles facilitam abusos, salários desiguais e disparidades na contratação e demissão. Um quarto dos países não proíbe explicitamente a discriminação de gênero na contratação ou rescisão, e quase metade não garante explicitamente às mulheres remuneração igual para trabalho de igual valor.<sup>7</sup> Da mesma forma, quase metade não proíbe a discriminação nas decisões relativas à promoção ou avanço (World Policy, 2018).

- Políticas e regras de instituições privadas que criam oportunidades desiguais na educação, participação cívica e outras esferas. As instituições privadas que excluem indivíduos com base no gênero, incluindo algumas escolas e organizações sociais / políticas, estão se envolvendo em discriminação direta. O impacto dessas políticas privadas é ampliado quando essas instituições fornecem pontos de entrada para oportunidades de participar ou assumir papéis de liderança na educação, economia, governo ou política.

- Ações individuais, realizadas em nome de instituições, que são sistematicamente discriminatórias - mesmo quando as políticas não o são. Evidências extensas demonstraram que a ação individual pode aumentar as disparidades. Por exemplo, estudos nos quais os empregadores em potencial recebem currículos idênticos, exceto os nomes dos candidatos, revelaram discriminação sistemática de gênero; os homens recebem mais convites para entrevistas do que as mulheres.<sup>9</sup> Embora os anúncios das instituições não especifiquem que os empregos são restritos com base no gênero, a implementação das pesquisas pelos indivíduos pode ser fortemente tendenciosa (World Bank, Women, 2018).

- Leis que regulam as relações interpessoais de maneiras que limitam direitos iguais e tomada de decisão compartilhada. Os exemplos incluem leis que tratam homens e mulheres de maneira diferente no que diz respeito aos direitos no casamento ou divórcio, a capacidade de tomar decisões em nome de seus filhos ou a capacidade de conferir cidadania aos membros da família.

## MOSAICO DE SOBERANIAS: CONTRIBUIÇÕES PARA UM DIREITO INTERNACIONAL

José Carlos Ferreira da Luz | Marcel Silva Luz | Patrícia Cristina Ferreira Moura  
(Organizadores)



A mudança sustentável requer o desafio das desigualdades em direitos constitucionais, leis e políticas, programas e serviços, e normas. Embora a mudança em todos os níveis de governo seja extremamente necessária, as constituições geralmente fornecem a base mais sólida para combater a discriminação e o tratamento desigual de homens e mulheres por parte de governos, instituições públicas e leis que regem o espaço cívico. Dependendo dos detalhes de suas disposições e implementação, as constituições também podem reduzir a discriminação em instituições privadas e promover a igualdade nas relações privadas.

Em todo o mundo, tanto mulheres como grupos da sociedade civil empregaram as proteções de direitos iguais de suas constituições para desafiar os tipos de discriminação descritos acima. Esses esforços renderam vitórias notáveis, incluindo decisões judiciais que afirmam o direito das mulheres a conferir cidadania em Botswana, pondo fim à proibição da posse de propriedade por mulheres casadas na Suazilândia e invalidando a exclusão de candidatas a um cargo no Ministério da Justiça do Kuwait (Cassola, 2014).

Avançar entre os países exigirá movimentos sociais que busquem fortalecer os direitos legais e mudar as normas restritivas de gênero que limitam as oportunidades para mulheres, homens e minorias de gênero. Em alguns países, as normas já mudaram significativamente em direção à igualdade, mas a constituição e outras leis não o acompanharam. Em outros, os movimentos de base para mudar as normas e a opinião pública provavelmente desempenharão papéis essenciais no fortalecimento das perspectivas de reforma legislativa e constitucional.

Além disso, mesmo em países com disposições constitucionais relativamente fortes, proteções mais abrangentes que abordem a discriminação com base na gravidez, estado civil e estado familiar forneceriam bases mais sólidas para a igualdade das mulheres. De forma mais ampla, é crucial abordar a discriminação indireta baseada em gênero. Os requisitos do trabalho, como altura mínima, muitas vezes excluem as mulheres de maneira desproporcional, sem serem essenciais para um desempenho eficaz na posição.

Da mesma forma, reuniões de trabalho obrigatórias agendadas desnecessariamente à noite podem contribuir para a discriminação indireta contra as mulheres, onde a segurança, restrições sociais e / ou responsabilidades





desproporcionais de cuidado as impedem de comparecer. Finalmente, abordar a discriminação de gênero e sexo seria uma proteção mais completa contra a variedade de formas que preconceitos e estereótipos limitam o potencial dos indivíduos.

Nos últimos 50 anos, direitos iguais com base no sexo e gênero aumentaram drasticamente nas constituições. No entanto, a extensa desigualdade que persiste na lei e a discriminação bem documentada que continua a obstruir a igualdade de direitos na educação, no trabalho e na política destacam o quanto ainda temos que avançar. Nas próximas décadas, indivíduos, grupos da sociedade civil, advogados e juízes têm papéis críticos a desempenhar para preencher lacunas na lei, se manifestando contra a discriminação de gênero onde quer que ela ocorra e cumprindo a igualdade de gênero não apenas na teoria, mas na prática.

#### 4.2 O EQUILÍBRIO DA LIBERDADE RELIGIOSA

A história da discriminação religiosa é longa e abrangente. As pessoas foram negadas a capacidade de trabalhar em negócios com base em sua religião. As pessoas foram segregadas em guetos com base na religião (Haynes, 2012). E alguns países tiveram partes importantes de suas origens ao fugir da perseguição religiosa ou fundar refúgios seguros para a prática religiosa. Foi essa história que inspirou a separação de religião e estado na Constituição dos EUA, em contraste com a religião oficial do estado da Inglaterra.

No entanto, a história também deixou marcas discriminatórias. Na América Latina, as religiões indígenas enfrentaram perseguição generalizada durante o colonialismo espanhol, que estabeleceu o catolicismo como a fé governante e levou à influência contínua da Igreja Católica - inclusive nas constituições - muito após a independência (Sigmund, 1996).

Na verdade, muitas das piores formas de discriminação foram patrocinadas ou apoiadas pelo estado. Leis estaduais estabeleceram os guetos. As regras estaduais proibiam pessoas de certas religiões de trabalhar em profissões específicas. Os governantes do governo lideraram muitas das cruzadas religiosas e grande parte da perseguição.



De certa forma, a proteção contra a discriminação religiosa é semelhante à proteção contra a discriminação com base em raça / etnia, gênero ou outros aspectos da identidade. As cláusulas constitucionais de não discriminação que incluem religião podem garantir que membros de minorias religiosas tenham os mesmos direitos de acesso à educação, trabalho, participação no governo e vida plena que os membros da maioria.

No entanto, uma questão mais desafiadora para as constituições nacionais é que, mais do que outros aspectos da identidade, a religião de um indivíduo pode prescrever um conjunto de regras pelas quais viver. As leis e práticas religiosas relacionadas à família, casamento, gravidez, morte, propriedade e outras esferas da vida podem se cruzar com áreas cobertas pelo estado.

Além disso, as tradições históricas de uma ampla gama de religiões entraram em conflito com os direitos iguais de grupos dentro e fora dessas religiões. As desigualdades permanecem embutidas em alguns sistemas jurídicos religiosos; as disparidades de direitos de propriedade<sup>9</sup> e a criminalização de grupos<sup>10</sup> apresentam apenas dois exemplos. No entanto, para a maioria das religiões, também existem adeptos que acreditam que a religião pode ser praticada respeitando os direitos iguais de todos.

Tanto a Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH e o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos - PIDCP, bem como acordos subsequentes, garantem a liberdade de religião. Especificamente, a DUDH proíbe a discriminação com base na religião e ainda proclama: “Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar sua religião ou crença, e a liberdade, sozinho ou em comunidade com outros e em público ou privado, de manifestar sua religião ou crença no ensino, prática, adoração e observância”.

Esses acordos também estabelecem que a “liberdade de religião” se aplica igualmente à liberdade de acreditar e à liberdade de não acreditar. De acordo com o Artigo 18 do PIDCP, “ninguém estará sujeito a coerção que prejudique sua liberdade de ter ou adotar uma religião ou crença de sua escolha”. O Comitê de Direitos Humanos da ONU esclareceu que o Artigo 18 “protege crenças teístas, não teístas e ateístas, bem como o direito de não professar qualquer religião ou crença”, e que



“[os] termos 'crença' e 'religião' devem ser interpretados de forma ampla”<sup>6</sup>. Na prática, isso significa que a “liberdade de religião” abrange não apenas o direito de manter e observar as crenças de sua escolha, mas também o direito de mudar ou denunciar livremente sua religião ou crenças.

Ao mesmo tempo, esses documentos protegem os direitos iguais de todos. A Declaração Universal dos Direitos Humanos designou direitos iguais como a mais alta prioridade, mesmo em casos de conflito com outros direitos, ao afirmar claramente que “o reconhecimento da dignidade inerente e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana é o fundamento de liberdade, justiça e paz no mundo”. Da mesma forma, a ONU especificou que o ICCPR, um tratado executável, não pode ser usado para “sancionar a discriminação contra qualquer grupo de pessoas” (van der Vyver, 2005), e que o Artigo 18 em particular “não pode ser invocado. o justificar a discriminação contra as mulheres por referência à liberdade de pensamento, consciência e religião” (ONU, 2000).

A liberdade religiosa é dividida em crenças e práticas. Não há restrições às crenças. Questões mais complexas surgem em torno de ações motivadas pela religião. As práticas podem estar sujeitas a limitações que são “prescritas por lei e são necessárias para proteger a segurança pública, a ordem, a saúde ou a moral ou os direitos e liberdades fundamentais de terceiros”, incluindo seus direitos fundamentais à igualdade. Historicamente e ainda hoje, a religião foi invocada ou interpretada por alguns de forma a racionalizar e desculpar o tratamento desigual. Por exemplo, o colonialismo e a escravidão, entre outras negações em larga escala dos direitos humanos fundamentais, foram justificados por motivos religiosos em vários pontos da história. O mesmo ocorre com os assassinatos em massa.

Como a DUDH, o PIDCP e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas protege direitos humanos iguais. A declaração torna o estado responsável por garantir que, embora os grupos abrangidos pela declaração possam tomar decisões relevantes para o grupo, esses grupos não podem “discriminar de forma alguma contra qualquer pessoa com base em sua identidade de grupo e devem tomar medidas para garantir seu tratamento igual perante a lei”. A declaração então prossegue para discutir com clareza como

---

<sup>6</sup> ONU. Comitê de Direitos Humanos, CCPR General Comment 22, 1993.



as ações relacionadas à identidade do grupo devem estar de acordo com os padrões internacionais de tratamento igual a todas as pessoas (van der Vyver, 2005).

Três princípios básicos, baseados em acordos internacionais, podem ajudar a garantir que os governos apoiem igualmente a dignidade e os direitos fundamentais de todos, independentemente de religião, crença ou descrença. O primeiro é garantir que o governo não privilegie uma religião em relação a outras religiões ou crenças. A abordagem mais direta para fazer isso é um compromisso com o governo secular. Em segundo lugar, os países devem garantir que não haja discriminação religiosa por parte de instituições públicas ou privadas, na medida em que a constituição abrange o setor privado. Terceiro, os governos devem proteger a liberdade de crença para todos em suas fronteiras e proteger a liberdade de prática até o ponto em que ela infrinja os direitos fundamentais de terceiros.

Assim como a igualdade de direitos, a liberdade religiosa e a separação entre religião e estado são princípios que as sociedades em todo o mundo há muito consideram valiosos, inclusive em seus documentos constitucionais. Em contraste com as proteções constitucionais de igualdade por outros motivos, direitos iguais com base na religião não podem ser amplamente medidos examinando-se apenas as disposições de não discriminação.

Em uma escala global, os países adotaram as convenções de igualdade de direitos para refugiados (1951), minorias raciais / étnicas (1965), mulheres (1979), trabalhadores migrantes (1990) e pessoas com deficiência (2006). O único grupo para o qual ainda não existe uma convenção internacional específica nem proteções explícitas em qualquer tratado internacional de direitos humanos são as minorias sexuais e de gênero, incluindo aquelas que se identificam como lésbicas, gays, bissexuais ou transgêneros. A falta de um acordo global torna o alcance da igualdade para a comunidade LGBTQ + não menos urgente e não menos fundamental. No mínimo, a falta de acordo e o fato de haver atualmente 68 países que criminalizam a humanidade e o amor de seus residentes LGBTQ + tornam tudo mais urgente (Mendos, 2019).



### 4.3 INDISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

Um dos poucos grupos para os quais a discriminação aberta continua generalizada é o das pessoas com deficiência. As empresas ainda publicam anúncios de emprego especificando que as pessoas com deficiência não precisam se inscrever. A discriminação aberta continua porque é percebida como socialmente aceitável e porque muitas pessoas acreditam que ter uma deficiência equivale a ser incapaz de aprender na escola ou ter um desempenho no trabalho tão bom quanto no outro. Crianças cegas, surdas, que usam cadeira de rodas ou têm alguma limitação de mobilidade são excluídas das escolas quando uma deficiência ou diferença de maneira alguma limita inerentemente o que elas podem realizar com suas mentes. Presume-se que as crianças com deficiências e diferenças de aprendizagem - ainda mais do que aquelas com limitações físicas - são incapazes de aprender tanto quanto as outras, apesar de evidências claras de que têm a mesma distribuição de habilidades intelectuais que as outras crianças.

O preconceito implícito mede como cada um de nós pensa sobre outro grupo, mesmo que não tenhamos consciência disso. Os testes de preconceito implícito examinam se um indivíduo automaticamente vê outro grupo como menos inteligente, menos capaz, mais violento, mais propenso a cometer um crime, mais propenso a realizar grandes feitos. O nível de preconceito implícito contra pessoas com deficiência é mais alto do que contra todos os outros grupos testados. Em outras palavras, os testes revelam mais discriminação inconsciente com base na deficiência do que com base na raça / etnia, religião, orientação sexual ou identidade de gênero, ou quase qualquer outra categoria.

O escopo e os custos da exclusão resultante de pessoas com deficiência são impressionantes. Crianças com deficiência em países de baixa e média renda têm 30–50 pontos percentuais menos probabilidade do que crianças sem deficiência de matricular-se na escola (Heymann, 2014). Essas lacunas persistem em países de alta renda. Quase um terço dos jovens com deficiência na União Europeia não concluem o ensino médio, em comparação com apenas 12% dos jovens sem deficiência. (Eurostat, 2017). O efeito cascata significa que adultos com deficiência, sem oportunidades iguais de educação e até mesmo os mais simples e mais baixos.



custos de acomodação no trabalho, são menos propensos a trabalhar em tempo integral e menos propensos a sair da pobreza. A perda para a sociedade é enorme.

A Convenção da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD) foi um dos tratados de direitos humanos mais rapidamente adotados na história. Entre sua adoção em dezembro de 2006 e setembro de 2014, 177 países concordaram em estar legalmente vinculados aos compromissos da CRPD (ONU, 2019); parte integrante da convenção é o reconhecimento de que crianças e adultos com deficiência têm os mesmos direitos humanos que as pessoas sem deficiência, e realizar esses direitos é tão importante quanto realizar os direitos de outros grupos.

A não discriminação por si só não é suficiente para alcançar a igualdade. Sem acesso à educação, uma criança não terá oportunidades iguais de sobreviver e ter sucesso. Além disso, os direitos são insuficientes se as pessoas com baixos rendimentos não podem reivindicá-los devido aos custos com a justiça e contratação de um advogado. A seção a seguir evidencia a questão do acesso à educação para que as pessoas possam desfrutar efetivamente seus direitos.

#### 4.4 OPORTUNIDADES IGUAIS NA EDUCAÇÃO

Ao longo da história, muitos governos negaram a certas populações o acesso à educação porque reconheceram seu papel fundamental em capacitar as pessoas para lutar pela igualdade. A educação (tanto informal quanto formal) fornece aos indivíduos e comunidades o conhecimento de seus direitos civis, políticos, sociais e econômicos, como estes se comparam aos direitos de outras pessoas, caminhos para buscar mudanças e ferramentas para recurso em caso de discriminação e violações de direitos. Com o tempo, os movimentos sociais conseguiram dismantelar muitas barreiras formais à escolaridade por meio de tribunais e legislações, e hoje, mais crianças do que nunca estão recebendo educação - mas ainda existem lacunas importantes.

Meninas, alunos de famílias pobres e crianças com deficiência têm maior probabilidade de ficar fora da escola, especialmente em países de baixa renda onde os recursos são escassos. Mesmo em países onde as taxas de matrícula são relativamente altas, a qualidade da escola geralmente varia muito, em parte devido ao financiamento desigual ou inadequado. Conseqüentemente, milhões de crianças

## MOSAICO DE SOBERANIAS: CONTRIBUIÇÕES PARA UM DIREITO INTERNACIONAL

José Carlos Ferreira da Luz | Marcel Silva Luz | Patrícia Cristina Ferreira Moura  
(Organizadores)



em todo o mundo estão perdendo os benefícios sociais, econômicos e de saúde amplamente reconhecidos da educação, e as disparidades persistentes entre quem frequenta a escola perpetuam a desigualdade mais tarde na vida.

O direito à educação também está firmemente fundamentado em acordos internacionais de direitos humanos, incluindo a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) e a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança (CRC).

Líderes de todo o mundo destacaram o poder transformador da educação, desde o presidente sul-africano Nelson Mandela, que em 2003 declarou a educação "a arma mais poderosa que podemos usar para mudar o mundo" (Mandela, 2003), Malala Yousafzai, que defendeu a educação de meninas exortou a Assembleia Geral da ONU: "Deixe-nos pegar nossos livros e nossas canetas, eles são as armas mais poderosas. Uma criança, um professor, um livro e uma caneta podem mudar o mundo. A educação é a única solução" (Malala, 2013). Como as palavras de ambos os oradores deixam claro, a educação é importante não apenas para cada criança, mas para o nosso bem-estar coletivo e as lutas mais amplas pela igualdade. Inúmeros estudos comprovam essas convocações.

Tanto em países de alta como de baixa renda, as evidências mostram que o aumento do nível de escolaridade leva a empregos com melhor remuneração, menores taxas de desemprego e ainda maior produtividade agrícola <sup>7</sup>.

Nos Estados Unidos, os adultos com diploma universitário ganham cerca de 50% a mais do que aqueles que concluíram apenas o ensino médio e têm menos de um terço da probabilidade de estarem desempregados (Pew Research Center, 2014). Da mesma forma, nos países da OCDE, as taxas de emprego de 25 a Pessoas de 34 anos com ensino superior variam de 8 a 43 pontos percentuais a mais do que aqueles que não concluíram o ensino médio (OECD, 2017).

Embora as tendências sejam consistentes, o aumento da educação nem sempre leva a perspectivas de emprego significativamente melhoradas. Em alguns locais onde a oferta de empregos de alta qualificação é limitada, um diploma

---

<sup>7</sup> Nesse sentido destacam-se: Hanushek, E.A., and L. Wößmann, "The Role of Education Quality for Economic Growth," World Bank, 2007; Psacharopoulos, G., and H.A. Patrinos, "Returns to Investment in Education: A Further Update," Education Economics 12, no. 2, 2004. Knight, J., S. Weir, and T. Woldehanna, "The Role of Education in Facilitating Risk-taking and Innovation in Agriculture," Journal of Development Studies 39, no. 6, 2003.



universitário pode não ser o principal caminho para a segurança econômica. Ainda assim, apesar dos impactos variáveis entre os ambientes e de pessoa para pessoa, a evidência é forte de que, no geral, maior realização educacional apoia maiores rendimentos e taxas de emprego.

O aumento do nível de escolaridade também está associado a melhores resultados de saúde. Por exemplo, um estudo de 22 países europeus apontou que os adultos que tinham concluído o ensino médio ou superior eram comumente 2 a 3 vezes mais propensos a relatar estar com boa saúde do que indivíduos com menor nível educacional (Von dem Knesebeck, 2007).

Outro estudo com 80 países de baixa e média renda (LMICs) demonstrou que aumentos no desempenho educacional das mulheres representavam 14% de redução na mortalidade de menores de cinco anos, 30% de redução na mortalidade feminina adulta e 31% na redução da mortalidade masculina adulta de 1970 a 2010. O estudo estimou ainda que os ganhos educacionais economizaram 7,3 milhões de vidas em LMICs de 2010 a 2015 (World Bank, 2018).

Da mesma forma, um estudo abrangendo 95 LMICs concluiu que um aumento de um ano na educação de meninas estava associado a uma redução de 3,6% na mortalidade de menores de cinco anos de 1970 a 2004. 46 Esses benefícios são provavelmente explicados em parte por impacto da educação no nível socioeconômico, mas a alfabetização e a escolaridade formal também podem afetar de forma independente as práticas e comportamentos de saúde, com benefícios para famílias inteiras (Jamison, 2016).

Embora a educação beneficie todas as crianças, expandir o acesso das meninas à educação pode ser especialmente poderoso, tanto porque as meninas historicamente receberam menos escolaridade formal do que os meninos quanto por causa dos benefícios multigeracionais. Permanecer na escola está associado a taxas mais baixas de casamento precoce, fertilidade e mortalidade materna, além de melhores oportunidades econômicas de longo prazo e autonomia. Para cada ano a mais em que uma menina permanece na escola, seu salário aumenta de 10 a 20%. Com o aumento da renda, as mulheres podem exercer maior autonomia e assumir um papel maior na tomada de decisões familiares, o que muitas vezes leva a maiores gastos com saúde e educação das crianças (Sperling, 2015).





Os benefícios para economias nacionais também são evidentes. Quando mais crianças recebem educação, as economias dos países se saem melhor. Um estudo da OCDE descobriu que o maior nível de escolaridade foi responsável por cerca de metade do crescimento econômico em 30 países entre 1960 e 2008 (OECD, 2012). Enquanto isso, a discriminação e as oportunidades desiguais na educação têm o efeito oposto; de acordo com a Organização Internacional do Trabalho e o Banco de Desenvolvimento Asiático, as disparidades de gênero no acesso à educação na região da Ásia e do Pacífico diminuem o PIB geral em até US \$ 30 bilhões anuais (OIT, 2011).

A discriminação e exclusão podem ter consequências profundas para a inclusão e igualdade geral das sociedades. A discriminação dentro das salas de aula contra meninas ou alunos de origens raciais, linguísticas ou econômicas específicas, ou disparidades na qualidade da escola que afetam desproporcionalmente grupos específicos, continuam a criar barreiras para oportunidades iguais na educação. Em muitos países, os alunos com deficiência ainda enfrentam uma exclusão generalizada das escolas regulares devido à discriminação ou à inacessibilidade<sup>8</sup>, enquanto outros alunos não têm acesso à educação em sua língua nativa.

Em suma, esforços proativos para prevenir a discriminação nas escolas são vitais para a capacidade dos alunos de aprender e para o sucesso de um país. De forma crítica, para garantir que o direito à educação seja totalmente acessível a todos, reduzir a discriminação e promover a integração são igualmente importantes nas escolas públicas e privadas.

Embora o mundo tenha alcançado ganhos educacionais notáveis nas últimas décadas, as lacunas restantes devem incomodar a todos. Para que a sociedade floresça, todos os indivíduos precisam da oportunidade de atingir seu potencial. Hoje, milhões de crianças estão perdendo essa chance, muitas vezes

---

<sup>8</sup> A literatura é farta em pesquisas comprovando que ambientes educacionais inclusivos e integrados são os mais adequados para preparar todos os alunos para viver e aprender juntos: 63. Ruijs, N.M. e T.T.D. Peetsma, “Efeitos da Inclusão em Alunos com e sem Necessidades Educacionais Especiais Revisada”, *Revisão de Pesquisa Educacional* 4, no. 2, 2009: 67–79; Ruijs, N., T. Peetsma e I. van der Veen, “A Presença de Vários Alunos com Necessidades Educacionais Especiais na Educação Inclusiva e o Funcionamento de Alunos com Necessidades Educacionais Especiais,” *Educational Review* 62, no. 1, 2010: 1–37; Johnson, R.C., Impactos de longo prazo da dessegregação escolar e da qualidade da escola no sucesso de adultos, *National Bureau of Economic Research Working Paper* no. w16664, 2011; Zirkel, S., O que você pensará de mim? Integração racial, relações de pares e realizações entre alunos brancos e estudantes de cor, *Journal of Social Issues* 60, no. 1, 2004: 57–74.



simplesmente porque nasceram pobres, mulheres ou com deficiência. Ao estabelecer um direito constitucional à educação, os governos nacionais podem tanto simbólica quanto praticamente apoiar os esforços para garantir que todos recebam uma educação de qualidade. Quando as pessoas têm o direito legal à educação e a capacidade de buscá-la, a jurisprudência em todo o mundo demonstra seu poder como uma ferramenta para derrubar barreiras à igualdade de oportunidades, aumentar os recursos dedicados às escolas e dar a todas as crianças uma chance de prosperar.

## **5 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

As constituições mundiais tratam de forma abrangente os direitos iguais tendo a prevalência dessas garantias fundamentais evoluído ao longo do tempo. Embora as proteções tenham se fortalecido em muitas áreas, ainda existem lacunas significativas.

É necessário além de fortes textos constitucionais para fazer avançar a igualdade, incluindo mudanças nas normas, acesso à justiça, recursos adequados e atenção dedicada à implementação e compromissos significativos para fazer avançar a mudança, estratégias de ações bem-sucedidas realizadas por cidadãos e pela sociedade civil, oferecendo lições práticas para realizar mudanças em diferentes contextos.

Em todo o mundo, ativistas, líderes comunitários e outros que buscam enfrentar as desigualdades lideraram campanhas bem-sucedidas para fortalecer as proteções constitucionais contra a discriminação e pelos direitos sociais e econômicos básicos, organizando campanhas, trabalhando em coalizões e aproveitando as abordagens bem-sucedidas de outros países. Da mesma forma, advogados, grupos da sociedade civil e residentes e cidadãos preocupados têm usado suas constituições para se manifestar contra a retórica e práticas discriminatórias, capacitar as pessoas a conhecer e reivindicar seus direitos, trazendo impactos transformadores em todo o país.

Os instrumentos criadores de oportunidades para cada um são conhecidos. Nenhum de nós sabe quem nossos filhos e netos irão se tornar, ou como as voltas e

## MOSAICO DE SOBERANIAS: CONTRIBUIÇÕES PARA UM DIREITO INTERNACIONAL

José Carlos Ferreira da Luz | Marcel Silva Luz | Patrícia Cristina Ferreira Moura  
(Organizadores)



reviravoltas da vida os afetarão, e, se cada um de nós terá uma chance justa - a menos que juntos criemos as regras básicas para garantir que todos as tenhamos.

### REFERÊNCIAS

Begum, R., "The Middle East's Women Are Championing Their Own Change," Human Rights Watch, 7 March 2018, [www.hrw.org/news/2018/03/07/middle](http://www.hrw.org/news/2018/03/07/middle)

Cassola, A., et al., "Where Do Women Stand? New Evidence on the Presence and Absence of Gender Equality in the World's Constitutions," *Politics and Gender* 10, no. 2 (2014): 200–235.

Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, 18 December 1979, 1249 U.N.T.S. 13.

Convention on the Rights of Persons with Disabilities, 13 December 2006, 2515 U.N.T.S.3.

Convention on the Rights of the Child, 20 November 1989, 1577 U.N.T.S. 3.

Convention Relating to the Status of Refugees, 28 July 1951, 189 U.N.T.S. 137.-  
east-women-are-championing-their-own-change.

Eurostat, "Disability Statistics—Access to Education and Training," [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Disability\\_statistics\\_-\\_access\\_to\\_education\\_and\\_training#Disabled\\_people\\_leave\\_education\\_and\\_training\\_earlier](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Disability_statistics_-_access_to_education_and_training#Disabled_people_leave_education_and_training_earlier)(last visited 20 December 2017)

Haynes, B., and R. Hutchison, "The Ghetto: Origins, History, Discourse," *City & Community* 7, no. 4, 2008; Nightingale, C.H., *Segregation: A Global History of Divided Cities* (Chicago: University of Chicago Press, 2012).

Heymann, J., and K. McNeill, *Children's Chances: How Countries Can Move from Surviving to Thriving* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2013); UNESCO, "Education for All Monitoring Report 2013/2014" (2014).

International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 21 December 1965, 660 U.N.T.S. 195.

International Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and Members of Their Families, 18 December 1990, 2220 U.N.T.S. 3.

International Covenant on Civil and Political Rights, 16 December 1966, 999

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 16 December 1966, 993 U.N.T.S. 3.

## MOSAICO DE SOBERANIAS: CONTRIBUIÇÕES PARA UM DIREITO INTERNACIONAL

José Carlos Ferreira da Luz | Marcel Silva Luz | Patrícia Cristina Ferreira Moura  
(Organizadores)



Jamison, D.T., et al., “Why Has Under-5 Mortality Decreased at Such Different Rates in Different Countries?” *Journal of Health Economics* 48, 2016.

MacFarquhar, N., “Saudi Monarch Grants Women Right to Vote,” *New York Times*, 26 September 2011, [www.nytimes.com/2011/09/26/world/middleeast/women-to-vote-in-saudi-arabia-king-says.html](http://www.nytimes.com/2011/09/26/world/middleeast/women-to-vote-in-saudi-arabia-king-says.html).

Malala Yousafszai. ‘Our Books and Our Pens Are Our Most Powerful Weapons,’” *Guardian*, 12 July 2013, [www.theguardian.com/commentisfree/2013/jul/12/malala-yousafzai-united-nations-education-speech-text](http://www.theguardian.com/commentisfree/2013/jul/12/malala-yousafzai-united-nations-education-speech-text).

Mandela, Nelson. Address by Nelson Mandela at launch of Mindset Network, Johannesburg, 16 July 2003, [www.mandela.gov.za/mandela\\_speeches/2003/030716\\_mindset.htm](http://www.mandela.gov.za/mandela_speeches/2003/030716_mindset.htm). 2003

Mendos, L.R., *State-Sponsored Homophobia 2019*, International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association, March 2019, [https://ilga.org/downloads/ILGA\\_State\\_Sponsored\\_Homophobia\\_2019\\_light.pdf](https://ilga.org/downloads/ILGA_State_Sponsored_Homophobia_2019_light.pdf).

OECD - Organisation for Economic Co-operation and Development, “Education at a Glance 2017: OECD Indicators” 2017, Table A5.2: Trends in Employment Rates of 25–34 Year-Olds, by Educational Attainment (2000, 2005, 2010, 2015, and 2016).

OECD, “Closing the Gender Gap: Act Now”, cited in Sperling and Winthrop,

OIT and Asian Development Bank, “Women and Labour Markets in Asia: Rebalancing towards Gender Equality in Labour Markets in Asia”, 2011.

ONU, “The Millennium Development Goals Report 2015” 2015.

ONU. General Assembly, “Transforming Our World: The 2030 Agenda for Sustainable Development” 2015, A/RES/70/1.

ONU. Human Rights Committee, CCPR General Comment 28, 2000.

ONU. Treaty Collection, “Convention on the Rights of Persons with Disabilities,” [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-15&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&lang=en) (last visited 19 February 2019).

ONU. Treaty Collection, “Convention on the Rights of Persons with Disabilities,” [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-15&chapter=4&lang=en](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&lang=en) (last visited 19 February 2019).

Pew Research Center, “The Rising Cost of Not Going to College”, 2014. Disponível em: [www.pewsocialtrends.org/2014/02/11/the-rising-cost-of-not-going-to-college/](http://www.pewsocialtrends.org/2014/02/11/the-rising-cost-of-not-going-to-college/).

Sigmund, P.E., “Religious Human Rights in Latin America,” *Emory International Law Review* 10 (1996): 173–82.

Speech by President Nelson Mandela at the Signing of the Constitution, Sharpeville, South Africa, 10 December 1996.

## MOSAICO DE SOBERANIAS: CONTRIBUIÇÕES PARA UM DIREITO INTERNACIONAL

José Carlos Ferreira da Luz | Marcel Silva Luz | Patrícia Cristina Ferreira Moura  
(Organizadores)



Sperling, G.B., and R. Winthrop, *What Works in Girls' Education: Evidence for the World's Best Investment* (Washington, DC: Brookings Institution Press, 2015).

U.N.T.S. (United Nations Treaty Series) 171.

Uraia Trust. Interviews by authors with Uraia Trust, Nairobi, Kenya (25 May 2018); Uraia Trust, *Strategic Plan 2016–2020*, 2016. <http://uraia.or.ke/wp-content/uploads/2017/05/Uraia-Strategic-Plan-2016–2020.pdf>.

van der Vyver, J.D. "Limitations of Freedom of Religion or Belief: International Law Perspective," *Emory International Law Review* 19 (2005): 499–538, citing U.N. Economic and Social Council, *Siracusa Principles on the Limitation and Derogation Provisions in the International Covenant on Civil and Political Rights*, U.N. Doc. E/CN.4/1985/4, Annex (1985).

Von dem Knesebeck, O., and S. Geyer, "Emotional Support, Education and Self-Rated Health in 22 European Countries," *BMC Public Health* 7, no. 1, 2007.

*What Works in Girls' Education*, 2012.

World Bank Group, "Women, Business and the Law 2018", 2018; Hallward-Drie-meier, M., T. Hasan, and A.B. Rusu, "Women's Legal Rights over 50 Years: Progress, Stagna- tion or Regression?" World Bank, 2013.

World Bank, *Women, Business and the Law 2018*, 2018, <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/29498/9781464812521.pdf>. Acesso: Mar 2021

World Bank, *Women, Business and the Law*, WORLD Policy Analysis Center, *Adult Labor Database*, 2018. For parental leave, countries defined as having gender unequal poli- cies include those in which (1) men have no access to parental leave, but women do, or (2) the disparity in paid leave available to men and women is at least 10 weeks, and men do not have access to at least four months of leave.

World Bank. *Optimizing Education Outcomes: High-Return Investments in School Health for Increased Participation and Learning*, ; for a list of countries included in regression analyses, see Annex 30A. 2018.

World Economic Forum, *Global Gender Gap Report 2016* (2016), <http://reports.weforum.org/global-gender-gap-report-2016/appendix-c/>, Table C3: Estimated Earned Income.

World Policy Analysis Center, "Preventing Gender-Based Workplace Discrimi- nation and Sexual Harassment: New Data on 193 Countries" (2018), [www.worldpolicycenter.org/events-and-launches/preventing-workplace-discrimination-and-sexual-harassment](http://www.worldpolicycenter.org/events-and-launches/preventing-workplace-discrimination-and-sexual-harassment).

WORLD Policy Analysis Center, *Discrimination at Work Database*, 2018.

**MOSAICO DE SOBERANIAS: CONTRIBUIÇÕES PARA UM DIREITO INTERNACIONAL**

José Carlos Ferreira da Luz | Marcel Silva Luz | Patrícia Cristina Ferreira Moura  
(Organizadores)



WVS Wave 6 .World Values Survey Wave 6: 2010–2014, “Important Child Qualities: Tolerance and Respect for Other People.” Disponível em:  
<https://www.worldvaluessurvey.org/WVSDocumentationWV6.jsp>



## **DINHEIRO DIGITAL UMA NOVA ERA NO SISTEMA FINANCEIRO GLOBAL**

José Carlos Ferreira da Luz<sup>1</sup>

### **1 INTRODUÇÃO**

Pensar em termos das funções de troca, investimento e ganho de valor “dinheiro” é um dos instrumentos financeiros mais discutidos. Todos querem ter mais dinheiro e comprar mais bens e serviços com o dinheiro que possuem. No entanto, nas condições de hoje com a inflação nas economias, os preços estão constantemente aumentando e o poder de compra do dinheiro está diminuindo. Os mutuários não podem pagar seus empréstimos aos bancos, o que enfraquece o poder de cobrança do banco. Quando os bancos não conseguem cobrar seus recebíveis de seus clientes, suas dívidas com os bancos podem causar uma crise financeira. A crise que surge quando os empréstimos e outras dívidas não são pagos se refletirá em outras pessoas no mercado, assim como o efeito dominó.

As crises no sistema financeiro global mostram que existem alguns problemas no sistema financeiro atual. Cada crise cria um novo conhecimento e introduz um novo processo de desenvolvimento de produto. O sistema financeiro começou a ser reconstruído com o impacto das políticas liberais dos mercados globais e o colapso das barreiras comerciais entre os países. Pois, quem pensa que a crise financeira de 2008 se deve ao sistema monetário vigente afirma que, com o desenvolvimento do comércio eletrônico, é necessária a emissão de um novo instrumento de pagamento eletrônico.

Afirma-se que a criptomoeda surgiu como um novo meio de pagamento no comércio eletrônico (Ates, 2016). No entanto, Satoshi Nakamoto, uma pessoa ou um grupo de pessoas, introduziu a ideia de uma nova moeda que mudaria a ordem mundial. Isso foi o Bitcoin. Bitcoin, embora ignorado no início, tornou-se a moeda mais valiosa recentemente. A moeda recém-criada foi chamada de criptomoeda e denominada como Bitcoin pela primeira vez.

Na verdade, a razão por trás do surgimento de criptomoedas é a crise financeira global de 2008 (FMI, 2018). Uma vez que se acredita que a ordem

---

<sup>1</sup> UNIESP Centro Universitário. Coordenação do Curso de Graduação em Direito. Rodovia BR-230, km 14, S/Nº. Morada Nova. Cabedelo-PB, Brasil (CEP 58109-303)



monetária atual causa uma crise, o Bitcoin foi criado como a pedra angular de um novo sistema financeiro global (Bradbury, 2013). No entanto, o Bitcoin não é um dinheiro, mesmo que seja negociado como um instrumento financeiro hoje. Como resultado da combinação de criptografia e tecnologia de cadeia de blocos, o sistema econômico global é apresentado a um novo sistema monetário.

No novo modelo, o dinheiro deixou de ser um meio físico de circulação, passou a ser utilizado no meio eletrônico e passando a ser uma ferramenta de pagamento e investimento transferida através da Internet. Na era em que a poupança é institucionalizada, novos instrumentos de investimento financeiro diferentes dos tradicionais são desenvolvidos e os investidores passam a avaliar sua poupança com essas ferramentas (Yalciner, 2012).

As moedas virtuais tornaram-se um dos novos instrumentos financeiros de nossa era. O surgimento de criptomoedas causou um choque no dinheiro real. As criptomoedas passam a ser uma ferramenta utilizada no ambiente virtual e fora do controle dos estados. As criptomoedas, são transferidas de um lugar para outro sem regulamentação legal, como se fossem transformadas em um sistema de transferência de dinheiro que não está sujeito a nenhum imposto ou transações monetárias e de capital. Neste caso, é necessário reconhecer e investigar o funcionamento do sistema de criptomoeda que provavelmente será usado no futuro com o sistema monetário atual e será preferido como um instrumento financeiro ativo. Este estudo examina o uso de criptomoeda no novo sistema financeiro global e seu uso como um instrumento financeiro.

O dinheiro é uma parte indispensável da vida. O dinheiro pode ser usado como medida de valor nas compras e como meio de troca, e pode ser usado em investimentos para acumular riqueza e ganho de valor (Vora, 2015). O dinheiro não é um meio usado apenas pelas pessoas. Empresas, organizações não governamentais, bancos e governos também usam dinheiro. Por exemplo, o dinheiro é um ativo importante que é usado na troca de bens ou serviços ou na troca de bens ou serviços em mercados interbancários (Alpago, 2018).

No sistema bancário de hoje, os fundos entre os bancos podem ser transferidos por meio de sistemas como SDR (Direitos Especiais de Saque). A transferência de dinheiro pela internet diminui o custo de transferência e o tempo de transação. Uma das funções mais importantes do dinheiro é o uso do dinheiro do





banco nos mercados interbancários. O dinheiro do banco é na verdade negociado como um instrumento financeiro. O dinheiro não é apenas um meio de pagamento, mas também é considerado um símbolo de independência e liberdade para os países com moedas nacionais. Mais de 160 países no mundo agora têm suas próprias moedas nacionais (Turan, 2018).

Os desenvolvimentos na tecnologia levaram a inovações em muitos campos, bem como a uma nova era nos mercados financeiros e monetários (Inshyn, Mohilevskyi, & Drozod, 2018). Na economia de hoje, o dinheiro real foi substituído por diferentes ferramentas de pagamento. Mesmo que suas transações pareçam semelhantes às de dinheiro, não podem substituir o dinheiro real, pelo fato de o dinheiro ser um ativo de maior liquidez. Por exemplo, como um cliente que deseja fazer compras com cartão de crédito não pode pagar a um fornecedor sem um dispositivo de correio. Os clientes que desejam pagar com criptomoeda em qualquer lugar do mundo precisam encontrar um fornecedor com tecnologia de criptomoeda. Portanto, a conversibilidade da criptomoeda não é tão alta quanto o dinheiro real.

Na vida diária, nem todos podem ter a infraestrutura tecnológica para usar a criptomoeda. Alguns segmentos, como a população idosa da comunidade, não utilizam internet e smartphones, não sendo possível a troca com criptomoeda. Além disso, a criptomoeda não é fácil de usar em unidades pequenas, como vendedores ambulantes. Ou mesmo, quando você vir uma pessoa necessitada caminhando pela rua e quiser dar dinheiro a ela, pode não ser capaz de ajudar porque a pessoa necessitada não possui uma infraestrutura tecnológica. Por essas razões, o uso de dinheiro real é muito prático na vida social. Estudar o layout da criptomoeda antes e depois de seu surgimento é considerado muito útil para entender sua conversibilidade.

## **2 A DINÂMICA DO SISTEMA FINANCEIRO GLOBAL**

Após a Segunda Guerra Mundial, um novo sistema financeiro global foi criado. Descrevendo-se como uma superpotência na nova ordem, os Estados Unidos desempenharam um papel de liderança. Os EUA, com a reunião em Bretton Woods, lançaram as bases de um novo sistema financeiro. Nele, foi aplicado o sistema de taxa de câmbio fixa e o valor do dólar norte-americano foi atrelado ao



ouro. Assim, o novo sistema financeiro foi estabelecido ligando o valor do dólar dos Estados Unidos ao ouro e outras moedas, indexando ao valor do dólar dos Estados Unidos. No sistema financeiro, ao aplicar a taxa de câmbio fixa, todas as moedas eram indiretamente atreladas ao ouro. No sistema de taxa de câmbio fixa, a cotação do dólar norte-americano deveria variar 1% nas bandas superior e inferior. Se os pontos de suporte superior e inferior fossem quebrados, o banco central interviria no mercado. Para isso, as reservas cambiais do Banco Central tinham que ser adequadas. Se não houvesse reservas cambiais suficientes, a desvalorização do dinheiro viria à tona (Yalciner, 2012).

Como a maioria das reservas de ouro estavam nos EUA, os Estados Unidos indexaram o sistema monetário ao dólar americano (Yalciner, 2012). Isso dificultou a impressão de dinheiro em troca da pequena quantidade de reservas de ouro. A desvalorização do ouro estava fazendo com que o dólar americano também se depreciasse. Para garantir a continuidade do sistema financeiro, foram criadas novas instituições financeiras, como o FMI e o Banco Mundial.

Logo, quando havia um problema no sistema, os estados obtinham os recursos necessários dessas instituições, o que visava garantir a continuidade do sistema (Yalciner, 2012). No entanto, o sistema de Bretton Woods foi encerrado pelo presidente dos Estados Unidos em 1971 (Yagci, 2018). Após o colapso do sistema de Bretton Woods, aconteceu a Grande Crise do Petróleo, prejudicando a economia mundial. A década de 1970 foi dominada pelas ideias de Maynard Keynes para uma política fiscal eficaz. Devido ao fato de que a política fiscal da década de 1970 não era suficientemente eficiente Milton Friedman propôs a abordagem monetarista (Yagci, 2018). Conseqüentemente, muitos estados começaram a buscar um novo sistema monetário. No final da década de 1970, foi lançada a base de uma moeda comum chamada “euro”, que foi planejada para ser usada na região europeia.

Após a Segunda Guerra Mundial, o Eurobond foi emitido como um novo instrumento de dívida. Assim, na região europeia, as dívidas estavam sendo trocadas com a venda de títulos em moedas estrangeiras. No entanto, antes da emissão do Eurobônus, os bancos que operavam em Londres negociavam dívidas de curto prazo em moedas estrangeiras. Como resultado, com transações como essas, a base de swap foi estabelecida.



Com o desenvolvimento do mercado de Eurobônus, foi possível fazer empréstimos por meio do dólar americano na Europa. Pela primeira vez, o título foi emitido por uma empresa italiana (Yagci, 2018). Nos anos seguintes, o desenvolvimento dos mercados de valores mobiliários, a emissão de instrumentos financeiros derivativos, instrumentos financeiros, como fundos mútuos, contribuíram significativamente para o desenvolvimento dos mercados financeiros, e a fundação de um novo sistema financeiro foi estabelecida no novo ordem mundial (Yagci, 2018).

No sistema de Bretton Woods sob a taxa de câmbio fixa, as entradas e saídas de capital eram auditadas com o uso do dólar norte-americano indexado ao ouro. Outros países tiveram que usar suas moedas nacionais indexadas ao dólar dos Estados Unidos.

A circulação do capital era limitada e em alguns países, o câmbio estrangeiro foi proibido. Dessa forma, os estados estavam controlando os fluxos de capital estrangeiro e as transações especulativas originadas do capital. O fato de o capital causar movimentos especulativos poderia, por sua vez, afetar negativamente os sistemas financeiros dos países e causar desvalorização das moedas nacionais, deterioração do saldo da oferta e da demanda no sistema financeiro. Portanto, entradas de capital controladas foram permitidas.

O sistema de Bretton Woods realmente entrou em colapso quando o presidente dos Estados Unidos disse que o sistema de taxa de câmbio fixa seria abandonado. Então, com a crise do petróleo, um novo sistema monetário teve que ser estabelecido. Os estados da região europeia não queriam ser dependentes do dólar americano. As ideias do mercado devem determinar o valor das moedas e os obstáculos à entrada e saída de capital devem e ser removidos se tornarem dominantes. Portanto, o novo sistema financeiro concentrou-se na economia de mercado livre.

A política econômica keynesiana foi aplicada até a década de 1970. Com a redução da eficácia da política fiscal de Keynesiana na gestão da economia, a abordagem monetarista de Milton Friedman começou a ser adotada. Os bancos centrais começaram a dominar a economia mundial e a usar ferramentas de política monetária para apoiar a política fiscal. Consequentemente, os governos que possuíam dinheiro estavam dirigindo o mundo.

## MOSAICO DE SOBERANIAS: CONTRIBUIÇÕES PARA UM DIREITO INTERNACIONAL

José Carlos Ferreira da Luz | Marcel Silva Luz | Patrícia Cristina Ferreira Moura  
(Organizadores)



Com o sistema de Bretton Woods, as moedas mundiais foram indexadas ao dólar dos EUA e todas as moedas tiveram que usar o dólar dos EUA. No novo sistema, os bancos centrais tiveram que usar o dólar americano como moeda de reserva. Pois, grande parte do dinheiro que circulava na economia mundial era o dólar americano, e tinha as condições necessárias para ser moeda de reserva. Portanto, o Banco Central passou a usar o dólar norte-americano como moeda de reserva. O Federal Reserve - FED, que administra o dólar, não estava apenas administrando a política monetária dos Estados Unidos, mas também indiretamente administrava todos os mercados monetários do mundo.

O dólar americano tornou-se uma ferramenta para os Estados Unidos arrecadar dinheiro e gerar receita em troca do crescimento da economia mundial. Com o passar do tempo, o dólar norte-americano tornou-se um instrumento de decisão política como se não fosse mais um instrumento de gestão da política monetária. Porque cerca de 60% do dinheiro que circulava no sistema financeiro mundial era o dólar americano, o que o tornou a moeda comum do mundo.

Com a transição para a taxa de câmbio flutuante, o valor das moedas passou a ser determinado nos mercados internacionais. A decisão da taxa de juros do Banco Central teve um impacto significativo sobre o valor das moedas. Com muitas commodities cotadas em dólares americanos, o mundo se tornou um viciado em dólares. Como o preço do petróleo e do ouro era negociado em dólares americanos, a variação do dólar teve um impacto direto nos preços do petróleo e do ouro. O aumento do preço do petróleo e as crises do petróleo afetaram negativamente a economia mundial.

A moeda nacional dos Estados Unidos (dólar dos EUA) é negociada como moeda comum do mundo. O Federal Reserve - FED está administrando o mercado monetário mundial por meio de práticas de política monetária. De tempos em tempos, muitos problemas no sistema financeiro causaram crises e, em 2008, surgiu a crise financeira global. Como a crise era devida ao sistema monetário vigente, eram necessários uma nova moeda e um novo sistema monetário, e o dólar americano era o que se pensava ter prejudicado a economia mundial.

As muitas situações negativas no passado levaram à ideia de que o sistema monetário deve ser renovado. O primeiro passo da referida ideia foi lançado um mês e meio após a crise financeira global de 2008 e a criptomoeda "Bitcoin" foi extraída



pela primeira vez como uma nova moeda. Naquela época, Bitcoin e criptomoedas não recebiam muita atenção. Depois de alguns anos, o termo “criptomoeda” foi considerado um papel importante no sistema financeiro.

Economistas e banqueiros não poderiam ter previsto que teríamos criptomoedas em nossas vidas com a era da internet. Mesmo que eles possam ter adivinhado, eles podem não ter pensado que alguns desenvolvimentos em tecnologia teriam um impacto negativo na vida. Por exemplo, com a introdução das criptomoedas no mercado durante o período planejado, a valorização da moeda pode levar a um aumento da inflação. No entanto, moedas fornecidas limitadas, como Bitcoin, apresentam um risco de inflação muito baixo. Porque nos anos seguintes, quem tem criptomoeda em mãos não pode vender por um preço alto ou a falta de demanda pode forçá-los a vender por um preço baixo. Como consequência, a desvalorização das criptomoedas pode resultar em perdas significativas (IMF, 2018).

### **3 SISTEMA MONETÁRIO CRIPTOGRAFADO: UMA NOVA ERA**

#### **3.1 O DINHEIRO ELETRÔNICO**

O dinheiro eletrônico são as moedas virtuais armazenadas no ambiente eletrônico que são utilizadas em pagamentos de empresas que não os fabricantes de dinheiro eletrônico (Bilir & Cay, 2016). O dinheiro eletrônico é extraído com as unidades monetárias nacionais para criar uma infraestrutura legal para seu uso pela regulamentação legal. A transação é feita sobre as unidades monetárias extraídas dos bancos centrais em circulação. Por exemplo, quem deseja usar dinheiro eletrônico nos Estados Unidos negocia com dólares americanos. Aplicativos de carteira eletrônica foram desenvolvidos para armazenamento de dinheiro eletrônico.

O dinheiro acumulado em carteiras eletrônicas pode ser convertido em dinheiro ou moeda nacional sob certas condições e também pode ser usado na vida real. O campo de aplicação do dinheiro eletrônico ou digital está aumentando a cada ano. Uma vez que não há necessidade de notas e moedas para a existência de dinheiro eletrônico, os custos de impressão de moeda pelos estados estão diminuindo. Ficou mais fácil fazer compras usando dinheiro eletrônico como cartões



de crédito nas transações. Os custos de renovação podem ser reduzidos com a diminuição do uso de notas e moedas (Yuksel, 2015).

Com o desenvolvimento da tecnologia de software, os ataques cibernéticos podem ser feitos ao dinheiro eletrônico e as transações monetárias podem ser impedidas de atingir seus objetivos, ou a carteira eletrônica pode ser apreendida por hackers. Para evitar essas situações negativas, o dinheiro eletrônico é codificado com diversos métodos de criptografia que os protegem contra ataques e passam a ser utilizados como moeda virtual e digital.

Esquemas de moeda virtual com fluxo bidirecional A moeda virtual pode ser obtida por taxas de câmbio fixas ou flutuantes e pode ser usada como meio de troca na economia real, não há muita diferença em relação ao dinheiro real. Portanto, mesmo com a baixa probabilidade, a moeda virtual pode ser convertida em dinheiro real.

As moedas virtuais são categorizadas em três grupos:

O primeiro é a moeda virtual de sistema fechado (ECB, 2012). As moedas neste grupo só podem ser usadas para jogar determinados jogos na Internet. Os jogadores são membros de um site para jogar e pagam a taxa de registro em dinheiro. O dinheiro é ganho em troca de jogo. O jogador pode usar a moeda virtual ganha para aumentar o nível e o do equipamento no jogo. A moeda virtual adquirida com o jogo pode ser utilizada na compra dos serviços oferecidos pela comunidade virtual (ECB, 2012).

As do segundo grupo são moedas virtuais com fluxo unidirecional. As moedas virtuais neste grupo podem ser adquiridas a uma taxa específica de câmbio com moedas reais. Como o inverso não é possível, as moedas virtuais não podem ser convertidas em dinheiro real. A conversão de dinheiro real em moeda virtual é feita de acordo com as condições pré-definidas. Com o dinheiro virtual ganho com o sistema, bens ou serviços virtuais podem ser adquiridos, e podem até ser usados para comprar bens ou serviços reais com algumas das moedas virtuais. Não é possível para os clientes converterem a moeda virtual restante em dinheiro real (ECB, 2012).

No terceiro e último grupo, encontram-se as moedas virtuais com fluxo bidirecional (ECB, 2012). Em um sistema de moeda virtual com fluxo bidirecional, os usuários podem comprar moeda virtual a uma taxa de câmbio estabelecida e vendê-



la a qualquer momento. A conversibilidade da moeda virtual é considerada na mesma categoria do dinheiro real. Se você comprar moeda estrangeira em troca da moeda nacional, ela pode ser convertida de volta para a moeda nacional quando solicitado; você também pode converter a moeda virtual em dinheiro real a qualquer momento após a compra. Nesse caso, moedas virtuais podem ser usadas para bens e serviços reais.

### 3.2 AS CRIPTOMOEDAS

Com o desenvolvimento da tecnologia da computação e da comunicação, o volume do comércio eletrônico aumentou muito. A possibilidade de os instrumentos de pagamento, como cartões de crédito, PayPal e dinheiro eletrônico serem expostos a ataques cibernéticos, criou a necessidade de o dinheiro virtual ser usado em transações em um ambiente seguro durante a negociação online e logo a moeda digital passa a ser considerada uma moeda confiável que pode ser usada para compras online.

O conceito de moeda digital foi sugerido pela primeira vez por David Chaum em 1982. Embora David Chaum preferisse a moeda digital com uma estrutura centralizada, nos anos seguintes, ela se transformou em um sistema onde as transações criptográficas são feitas de forma dispersa na rede (Chaum, 1983). Gulec descreve a criptologia como a ciência e a arte que permite que dados em canais não confiáveis sejam transmitidos de forma rápida e confiável. A criptologia envia os dados, como letras e dígitos, para o receptor dentro de um ambiente confiável criptografando-os com algoritmos e decifra os códigos novamente para revelar os dados (Gulec, Cevik, & Bahadir, 2018). Nesse contexto, a criptomoeda é considerada a versão mais avançada das moedas digitais.

O dinheiro, em termos reais, é visível e tangível. No entanto, a moeda digital é descrita como o dinheiro que é criado dentro do ambiente virtual, pode ser comprada e vendida no ambiente virtual e possui certas especificações criptográficas. Isso ocorre porque a moeda que usamos na vida real é processada pelos bancos, as informações de identidade são fornecidas quando solicitadas durante as transferências de dinheiro e uma certa comissão de serviço pode ser cobrada pelas transferências (Khalilov, Gundebahar, & Kurtulmuslar, 2017).



Gandal e Halaburda (2014) afirmam que as criptomoedas possuem características criptográficas, ou seja, são produzidas com um processo de criptografia. Portanto, a característica mais importante das moedas criptográficas é a técnica de criptografia especial, que dá nome à moeda. Sugere-se que as criptomoedas que permanecem em seu mistério, como o Bitcoin, foram tratadas no mercado como um instrumento financeiro por apresentar desempenho melhor do que outros instrumentos financeiros, ou ainda poderiam ser utilizadas para diminuir o risco de mercado durante as operações de hedge, assim como ouro (Dyhrberg, 2016).

Espera-se que a moeda digital venha a reduzir o uso de dinheiro real no dia a dia, permita que as transferências sejam feitas no ambiente eletrônico sem qualquer troca física e contribua para evitar o uso de dinheiro falsificado. A transferência de dinheiro pode ser realizada através de celulares ou tablets inteligentes, acessando a conta na Internet no momento em que se deseja efetuar o pagamento.

Para fazer isso, no entanto, todas as empresas deverão aderir à moeda digital. Nesse caso, pode ocorrer o problema de precificação da moeda digital. Como o poder de compra da moeda nacional aumentaria se o dinheiro continuasse aumentando em valor, os indivíduos não gostariam de fazer pagamentos com a moeda digital. Nesse caso, isso pode fazer com que as moedas digitais sejam utilizadas como instrumentos de investimento.

O uso de criptomoedas como moedas oficiais removeria o dinheiro falsificado do mercado. Isso ocorre porque não é totalmente possível acabar com o uso de dinheiro falsificado para os governos, embora eles tomem várias medidas e imponham sanções por lutar contra o dinheiro falsificado. Em termos de criptomoedas, por outro lado, evita-se a referida situação negativa (Karaoglan, Arar, & Bilgin, 2018). Uma das características mais importantes da criptomoeda é evitar que o dinheiro perca seu valor devido à desvalorização (Gulec et al., 2018). Com as moedas nacionais perdendo constantemente o seu valor, o prestígio e o valor do dinheiro e a possibilidade de ser preferido diminuem.

As taxas de juros aumentam devido a decisões deficientes e incorretas dos Bancos Centrais sobre os juros, e as moedas nacionais perdem seus valores à medida que as moedas estrangeiras aumentam de valor. À medida que os preços aumentam constantemente, o poder de compra diminui. As crises podem ocorrer





depois de um tempo. Nesse caso, a confiança das pessoas no dinheiro diminui. Portanto, outra razão para o surgimento da criptomoeda são as crises econômicas e financeiras em curso em muitos países ao redor do mundo.

Também foi considerado um problema crítico que os Bancos Centrais tivessem o monopólio do dinheiro (Srokosz e KopyĜciaĔski, 2015). O insucesso no cumprimento das metas almejadas com a implementação das políticas monetária e financeira diminui a confiança dos Ministérios da Fazenda e do Banco Central. Acredita-se que as moedas digitais foram emitidas de forma a evitar essas situações negativas causadas pelo dinheiro real. Desta forma, considera-se que é possível prevenir a desvalorização, reavaliação e crises econômicas não dependendo da autoridade central e controlando a diminuição do valor do dinheiro (Gulec et al., 2018).

As moedas criptográficas não possuem as três características principais baseadas na moderna teoria do dinheiro (IcellioĜlu & Ozturk, 2018). A primeira delas é se as moedas criptográficas têm a característica de troca. As moedas tradicionais podem ser facilmente trocadas no mercado. Para comprar criptomoedas, moedas nacionais ou estrangeiras são dadas em troca. No entanto, uma vez que não há trocas físicas como notas de banco, as criptomoedas não podem ser trocadas. A segunda característica é que as moedas criptográficas não podem ser usadas como moeda de reserva. Portanto, embora os bancos centrais estejam armazenando moedas estrangeiras como moeda de reserva, eles não veem as moedas criptográficas como moedas de reserva, pois não as reconhecem oficialmente. Outra característica da moeda é que ela tem uma medida de valor. Uma vez que a gestão das políticas e instrumentos monetários está à disposição dos bancos centrais, o valor das moedas modernas está intimamente relacionado com as decisões tomadas de forma aplicável e correta sobre a gestão do dinheiro. No entanto, o valor das criptomoedas é determinado com base na oferta e na demanda do mercado. Fornecer uma pequena quantidade de criptomoeda ao mercado pode elevar seu valor de mercado. Por esse motivo, podem-se observar transações especulativas sobre os preços das criptomoedas.

As criptomoedas não são usadas como moeda de reserva pelos bancos centrais. No entanto, alguns bancos centrais declararam que poderiam usar criptomoedas como reserva e permitir que fossem trocadas por vários instrumentos



financeiros. O Banco Central da China proibiu o uso de moedas criptográficas, a Alemanha aceitou o uso de moedas criptográficas para transações bancárias, JP Morgan declarou que despediria seus funcionários caso comprassem moedas criptográficas e o Japão afirmou que as moedas digitais, ou seja, criptomoedas, podem ser usadas nas compras (Icelliglu & Ozturk, 2018).

O Banco Central Europeu classificou as criptomoedas em duas categorias; os que não estão sujeitos à regulamentação como moedas virtuais e os que estão sujeitos à regulamentação como moeda eletrônica, que o Banco referiu que podem ser utilizados como depósitos em bancos comerciais (BCE, 2012). Embora as criptomoedas sejam conhecidas como moedas digitais, é desconfortável que possam ser usadas como meio de lavagem de dinheiro ganho de forma ilegal, uma vez que não são reconhecidas como moedas oficiais. Hoje, os estados que fazem transações em suas moedas oficiais podem aumentar o valor da moeda nacional, no entanto, as criptomoedas restringem o domínio dos estados sobre o dinheiro e podem afetar negativamente a luta contra a inflação.

As moedas criptográficas são mantidas em carteiras digitais após serem compradas na Internet. Dessa forma, os clientes cujas identidades são mantidas em sigilo podem comprar as criptomoedas, mantê-las em carteiras digitais e convertê-las em dinheiro sempre que desejarem. Como as carteiras digitais funcionam por técnicas de criptografia nas transações de compra e venda, nenhuma informação é fornecida a terceiros sobre a pessoa que está realizando a transação (Gulec et al., 2018).

As moedas criptográficas podem ser consideradas uma moeda transparente, pois têm a característica de manter contas abertas ao público (Gultekin, 2017). Além disso, os dados da transação são compartilhados com todos os usuários após as partes terem confirmado a transferência de dinheiro. Desta forma, a perda de dados é evitada e a alteração posterior das informações da transação é evitada, pois os dados relacionados sobre a confirmação da transferência de dinheiro são compartilhados com todos os usuários que usam a cadeia de blocos (Ates, 2016).



### 3.3 SISTEMA DE FUNCIONAMENTO DO BITCOIN

A estrutura da criptomoeda consiste em vários algoritmos e técnicas de criptografia. Por esse motivo, requer o uso de conhecimentos tecnológicos avançados em matemática e sistemas de informação (Gultekin & Bulut, 2016). Afirma-se que a infraestrutura teórica da criptomoeda foi criada por Wei Dai em 2008 (Gultekin & Bulut, 2016). Foi o Bitcoin quem primeiro entrou no mercado como uma criptomoeda (The Economist, 2011). Desenvolvido em 1 de novembro de 2008 e gerado em 3 de janeiro de 2009, acredita-se que o Bitcoin tenha sido criado por um indivíduo com o apelido de Satoshi Nakamoto (Gulec et al., 2018).

Satoshi Nakamoto, cuja identidade real permanece desconhecida, mas que é fluente na língua inglesa, se apresentou como um homem de 37 anos que mora no Japão, mas não revelou sua verdadeira identidade; no entanto, ele fez seu nome emitindo Bitcoin com o sistema de “cadeia de blocos” no qual as moedas criptográficas são baseadas e com o design criptográfico que esconde a infraestrutura pessoal (Khalilov et al., 2017).

A criptomoeda é descrita como uma moeda virtual ou ativo financeiro que é emitido sem depender do banco central ou de qualquer autoridade oficial (Ozturk et al., 2018). É possível realizar transações com Bitcoin estabelecendo uma conexão direta entre o comprador e o vendedor, sem nenhum custo e sem nenhuma taxa de transação (Carpenter, 2016).

A criptomoeda foi desenvolvida como um instrumento de pagamento alternativo dentro do sistema monetário atual (Nakamoto, 2008). Bitcoin é a moeda que tem o maior valor de mercado e volume de transações entre mais de mil criptomoedas (Ozturk et al., 2018). Segundo Gandal & Halaburda (2014), Bitcoin não é uma moeda nem um ativo. Afirma-se que os compradores preferem Bitcoin por causa de suas funções de economia de valor ou aumento de riqueza (Icelliglu & Ozturk, 2018). Com o tempo, a expectativa de que o Bitcoin aumentaria de valor dá a impressão de ser um instrumento de investimento.

Bitcoin é conhecido como a criptomoeda mais difundida e valiosa entre todas as criptomoedas do mercado. A moeda do Bitcoin é “bitcoin” e sua abreviatura é “BTC”. A menor unidade de Bitcoin em valor é "0,00000001 BCT", que é um em um



milhão, e recebeu o nome de seu inventor “satoshi” (Khalilov et al., 2017; Bitcoin Wiki, 2018).

Bitcoin pode ser usado para compras online e pode servir como uma espécie de carteira eletrônica. A transferência de Bitcoin é possível entre usuários com rede Bitcoin. Ao transferir dinheiro entre endereços, não há necessidade de revelar a identidade dos indivíduos. O fluxo de dinheiro é visível na rede, mas não há informações sobre quem o dinheiro é transferido. Por esse motivo, a transferência de dinheiro permanece confidencial; e como nenhuma estrutura central tem controle e aprovação sobre ela, a transferência de dinheiro é realizada por iniciativa de indivíduos (Khalilov et al., 2017).

Portanto, o valor da moeda é determinado automaticamente com base na oferta e demanda de dinheiro no mercado livre, pois as moedas criptográficas não estão relacionadas a nenhum país. Afirma-se que pode haver tendências especulativas de preços devido aos efeitos de informações especulativas. Mesmo tendo sido afirmado que os preços do Bitcoin eram especulativos em pesquisa realizada em 2012 nos EUA, os compradores não deram atenção a essa ideia (Perugini & Maioli, 2014).

Bitcoin consiste em unidades “Block Chain” como todas as moedas criptográficas. Cada transação feita com Bitcoin é aberta ao público e registrada de forma regular e oportuna, e adicionada ao final da cadeia como um bloco. Este sistema evita que as transações anteriores se repitam e serve para protegê-las contra alterações. Cada nó na rede bitcoin é, independentemente um do outro, armazenado em uma cadeia de blocos que contém os blocos aprovados por aquele nó. Contendo mais de um nó na mesma cadeia de blocos é unanimemente aceito. As regras de confirmação seguidas por esses nós para chegar a um consenso são denominadas regras de consenso.

A confirmação das transações Bitcoin é feita com processo de “mineração”. Para que as transações Bitcoin sejam feitas, os usuários Bitcoin chamados “mineradores” são informados. Os usuários reúnem as transações aprovadas para resolver os problemas do Bitcoin na cadeia do Bitcoin e competem entre si para resolver o problema algorítmico. O primeiro mineiro resolvendo o problema adiciona seu bloco no final da cadeia. Quando o mineiro cria 210.000 blocos, eles têm direito às recompensas; e a recompensa por 210.000 blocos foi de 12,5 BTCs desde 2016



(Bitcoin, 2018). Espera-se que um bloco seja criado a cada 10 minutos em média (Bitcoin, 2018).

Existe um processo de assinatura digital no princípio de funcionamento das moedas criptográficas. O dinheiro eletrônico é transferido com processo de assinatura. A segurança da operação do sistema está em seu ápice. Depois que o usuário assinou para a conclusão da transação hash, os próximos usuários devem assinar. Cada usuário no sistema assina um por um e o dinheiro é adicionado ao final da cadeia como um bloco no final do processo de assinatura digital.

Existe a tecnologia de rede no sistema operacional de moedas criptográficas. Os computadores e as redes não estão conectados uns aos outros a partir de um único centro, mas todos os computadores estão diretamente conectados uns aos outros como se fossem servidores. Em outras palavras, enquanto os sistemas de rede tradicionais comandam os computadores de um único centro, a rede estabelecida para criptomoedas conecta todos os computadores do sistema uns aos outros. Desta forma, os dados não são armazenados em um único centro, mas em todos os usuários. Os dados são compartilhados com todos os usuários na cadeia de blocos com tecnologia de criptografia.

Uma das características mais importantes das criptomoedas são suas estruturas de rede. Com as redes tendo algoritmos diferentes, as transferências de dinheiro são criptografadas. A estrutura de rede do Bitcoin é chamada Peer-to-Peer (P2P). Frequentemente, há clientes e servidores em suas estruturas de rede. A característica mais importante da rede é que toda a rede pode aprender facilmente todos os tipos de informações. Com a técnica de criptografia ponto a ponto, cada usuário transfere os dados para todos os usuários na rede usando seus próprios computadores como um servidor sem usar nenhum servidor real (Dulupcu et al., 2017). Desta forma, a velocidade da transação é aumentada sem quaisquer obstruções na rede. Caso contrário, as transações poderiam ser atrasadas, pois haveria tráfego na rede devido a transações em um servidor (Dulupcu et al., 2017).

Assim, evita-se a possibilidade de rastrear todos os computadores da rede ao mesmo tempo. Quando a transferência da moeda é concluída, os que estão na rede não sabem quem manda quanto dinheiro para onde. Como as identidades dos que fazem a transação permanecem desconhecidas e as transações são feitas sob criptografia, os indivíduos podem transferir moedas confortavelmente.



O sistema de trabalho do sistema Block Chain pode ser explicado resumidamente da seguinte forma: Por exemplo, vamos supor que a “Pessoa A” deseja enviar moeda para a “Pessoa B”. A transação de transferência de dinheiro representa um bloco no sistema e registrado no sistema; desta forma, um bloco é criado. O bloqueio se espalha para todos os lugares da rede por meio da Internet. Os usuários na rede confirmam esta transação válida. Após sua confirmação, a transação é adicionada a uma cadeia de blocos que é visível para todos e não pode ser excluída por ninguém. Desta forma, a transferência da moeda da pessoa A para a pessoa B é realizada.

### 3.4 CRIPTOMOEDA COMO INSTRUMENTO FINANCEIRO

Os investidores que não desejam usar suas economias nos mercados de dinheiro, capital ou metais preciosos preferem a criptomoeda como um meio diferente de investimento. Os investidores compram moedas criptográficas na expectativa de que seu valor aumente. Como as criptomoedas são geradas por criptografia e lançadas no mercado em determinado volume es por dia, a quantidade de seus suprimentos é bastante baixa. Portanto, o aumento da demanda por essas moedas que estão em número limitado no mercado pode fazer com que os preços subam. Nesse caso, espera-se que os preços caiam depois de um tempo, quando houver equilíbrio entre oferta e demanda no mercado.

Isso ocorre porque o aumento do número de criptomoedas e a diminuição da demanda pela moeda podem fazer com que a moeda perca seu valor e o preço caia. Nesse caso, o fato de não haver terceiros para comprar a criptomoeda impede que o dinheiro seja vendido. As criptomoedas compradas para fins de investimento podem fazer com que seus investidores sofram perdas. Isso se deve ao fato de que a criptomoeda atinge preços muito altos em um curto espaço de tempo e os preços base e máximos não são aplicados, podendo fazer com que a moeda seja negociada a preços baixos ou altos com base na oferta e demanda do mercado.

Plassaras (2013) aborda que os investidores querem se beneficiar da característica de geração de valor da moeda comprando as criptomoedas que estão em pequeno número.



Brière, Oosterlinck e Szafarz (2015) abordaram que o Bitcoin era uma moeda virtual massiva, que o portfólio criava o equilíbrio de risco e retorno e que pode ser usado para diversificação do portfólio. Alexander, Gasser e Weinmayer (2015), com visão contrária, afirmam que o Bitcoin reduz o risco da carteira e garante o aumento dos retornos. Portanto, embora o Bitcoin seja uma criptomoeda, ele está envolvido em carteiras como um instrumento de investimento financeiro.

Dyhrberg (2016) afirmou que o Bitcoin pode ser usado como um instrumento de hedge como o ouro contra o Financial Times Stock Exchange Index e o dólar americano. Ozturk et al. (2018), em sua pesquisa onde estudaram a possibilidade de usar Bitcoin para diversificação de portfólio e como ativo financeiro, abordaram que havia uma relação de causalidade do Bitcoin para o ouro e que ele poderia ser usado como um ouro, que é um seguro refúgio, durante os períodos em que os riscos aumentam.

Em muitos estudos, embora o Bitcoin não seja considerado um ativo financeiro, afirma-se que ele pode ser utilizado para diversificação de portfólio. Yermack (2013) abordou que o Bitcoin não é capaz de realizar os deveres do dinheiro em termos clássicos, e afirmou que as variações diárias em seu preço não apresentam correlação com nenhuma moeda ou instrumento de investimento e isso é impraticável na gestão de risco.

Baek e Elbeck (2014) compararam a volatilidade de criptomoedas e outros investimentos instrumentos, afirmou que isso pode simplesmente ser explicado apenas com fatores internos (compradores e vendedores) e concluiu que o mercado é altamente especulativo.

Maurer, Nelms e Swartz (2013) afirmaram que o Bitcoin, que foi introduzido contra moedas padrão e sistemas de pagamento considerados como uma ameaça em termos de privacidade do usuário e restrição de liberdade pessoal, resolveu esses problemas com protocolos criptográficos em vez de órgãos reguladores ou confiança interpessoal. Em sua pesquisa em que estudaram se as moedas criptográficas são instrumentos financeiros, Kocoglu, Cevik e Tanrioven (2016) observaram a relação entre as moedas criptográficas com altos valores de mercado e taxas de câmbio e determinaram que o Bitcoin tem uma relação de direção reversa com taxas de câmbio e instrumentos de investimento financeiro.



Foi declarado que moedas criptográficas, como Bitcoin, poderiam ser usadas na diversificação da carteira. Icelliglu e Ozturk (2018) observaram a relação entre criptomoedas e taxas de câmbio, e acrescentaram que as criptomoedas agem independentemente das taxas de câmbio. Em um estudo empírico sobre o Bitcoin, foi determinado que o Bitcoin era um instrumento financeiro padrão e um instrumento de investimento único com características especulativas. (Kristoufek, 2015). Considerando os estudos da literatura, verifica-se que muitos investidores compram criptomoedas com a expectativa de que seus preços aumentem. Como não é possível usar moedas criptográficas no dia a dia e estabelecer a infraestrutura necessária para isso nos anos seguintes, considera-se impossível que as moedas criptográficas substituam o dinheiro real e pensa-se que só são compradas e vendidas para fins de investimento.

#### **4 CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Permitidas para serem negociadas no mercado, as moedas digitais por não estarem sujeitas a qualquer supervisão causa grande mal-estar aos investidores. Os investidores investem comprando moedas digitais que não têm regulamentos. Consideradas como um novo instrumento de investimento entre os instrumentos de investimento financeiro, as moedas digitais, na verdade, não são de capitais e instrumentos do mercado monetário, o que gera incertezas sobre que tipo de problemas ocorreriam caso as referidas moedas digitais dominassem o mercado.

Como um mercado virtual no qual o número de investidores e o volume de transações aumentam a cada dia que passa, as criptomoedas não estando sujeitas a regulamentações deixa a questão de como os investidores poderiam administrar uma crise financeira que pode fazer com que sofram danos e percam seus poupança sem resposta. Isso ocorre porque as moedas digitais são compradas e vendidas em mercados virtuais; e por não estarem sujeitos a qualquer fiscalização, não haverá ações judiciais quando os investidores forem vitimados.

A razão pela qual os bancos centrais insistem em não reconhecer moedas digitais para evitar tais situações é que eles não cumprem a descrição do dinheiro em termos legais. No entanto, considerando que as moedas digitais não são usadas





como meio de troca, mas como um instrumento de investimento, essas moedas devem ser supervisionadas.

Na pesquisa realizada pela agência de notícias Wall Street Journal com sede nos EUA, é abordado que criptomoedas podem ser usadas em transações não oficiais para lavagem de dinheiro. Afirma-se que as criptomoedas são compradas como instrumento de lavagem de dinheiro, que é possível levar o dinheiro para diversos países e que o dinheiro é transferido especialmente para a Suíça. A falta de supervisão dos governos sobre as criptomoedas torna possível a transferência de dinheiro ilícito. Por esta razão, muitos países proibiram o uso de criptomoedas e alguns países ainda não emitiram um regulamento sobre criptomoedas.

Considerando o dinheiro eletrônico com todas as funções do dinheiro real, verifica-se que as moedas eletrônicas possuem as características de um instrumento cambial do dinheiro real. Os estudos revisados afirmam que moedas eletrônicas podem ser usadas para troca. No entanto, isso não significa que essas moedas virtuais podem ser usadas em qualquer lugar. Isso porque não é possível que moedas virtuais sejam utilizadas como instrumento de troca em locais onde não são aceitas.

A determinação do valor das moedas virtuais em relação ao dinheiro real pode levar algum tempo para os clientes durante as compras. Especialmente quando se considera que o valor do dinheiro muda instantaneamente, percebe-se que os clientes e vendedores correm contra o tempo ao decidirem negociar. Nesse caso, é possível ver diferenças graves entre os valores um minuto antes e depois. Diante de tais situações, os clientes podem apresentar uma reação negativa. Isso ocorre porque o preço das moedas virtuais não resistentes às transações especulativas aumenta a volatilidade do preço do dinheiro.

Durante as compras feitas com dinheiro real, o valor a ser pago por bens ou serviços é dado em um instante. Em termos de moedas virtuais, no entanto, requer a tecnologia de software adequada para a Internet e carteiras eletrônicas para serem utilizadas nas transações. Para compras, o pagamento com moedas virtuais pode demorar algum tempo. Por outro lado, como o pagamento é gerado por método de criptografia em ambiente eletrônico, nenhuma falsificação é possível tanto para o comprador quanto para o vendedor. Desta forma, os compradores e vendedores podem realizar uma negociação segura.



O dinheiro real mantém sua existência, desde que não seja fisicamente danificado ou o estado não desapareça. O valor do dinheiro pode diminuir no futuro. No entanto, não é possível que seja destruído em termos físicos. O futuro das moedas virtuais é totalmente incerto. Ninguém pode garantir que mesmo a moeda virtual mais valiosa do mundo não desaparecerá completamente nos próximos anos. O fato de moedas virtuais não confiáveis não serem aceitas pelos governos reduz as possibilidades de seu uso. Neste caso, transformam-se em instrumentos de investimento onde as poupanças são utilizadas considerando que aumentariam de valor como as moedas estrangeiras. E a pergunta se a criptomoeda, o novo instrumento financeiro de nossa era, causará novas crises financeiras no futuro, só terá uma resposta no decorrer dos próximos anos.

## REFERÊNCIAS

- Alpago, H. 2018. From Bitcoin to Selfcoin to crypto currency. *Journal of the International Scientific Researches*, 3(2), 411–428.
- Ates, B. A. 2016. Crypto currencies Bitcoin and accounting. *Cankiri Karetekin University Journal of Institute of Social Sciences*, 7(1), 349–366.
- Baek, C., & Elbeck, M. 2014. Bitcoins as an investment or speculative vehicle? A first look. *Applied Economics Letters*, 22(1), 30–34.
- Bilir, H., & Cay, S. 2016. A relation between electronic money and financial markets. *Nigde University Academic Review of Economics and Administrative Sciences*, 9(2), 21–31.
- Bitcoin. 2018. Bitcoin developer guide. Accessed August 05, 2018, from <https://bitcoin.org/en/developer-guide#block-chain>
- Bitcoin Wiki. 2018. Satoshi unit. Accessed August 05, 2018, from [https://en.bitcoin.it/wiki/Satoshi\\_\(unit\)](https://en.bitcoin.it/wiki/Satoshi_(unit))
- Bitcoincharts. 2018. Bitcoin charts/Bitcoin network. Accessed December 22, 2018, from <http://bitcoincharts.com/bitcoin/>
- Bradbury, D. 2013. The problem with Bitcoin. *Computer Fraud & Security*, 2013(11), 5–8. Brassard, G. (1988). *Modern cryptology: A tutorial*. New York, NY: Springer.
- Brière, M., Oosterlinck, K., & Szafarz, A. 2015. Virtual currency, tangible return: Portfolio diversification with Bitcoin. *Journal of Asset Management*, 16, 365–373.



- Carpenter, A. 2016. Portfolio diversification with Bitcoin. *Journal of Undergraduate in France*, 6, 1–27.
- Chaum, D. 1983. Blind signatures for untraceable payments. In *Advances in cryptology* (pp. 199–203). Boston, MA: Springer.
- Dulupcu, M. A., Yiyit, M., & Genc, A. G. 2017. The rising face of the digital economy: The analysis of relationship between the value of Bitcoin and its popularity. *Suleyman Demirel University the Journal of Faculty of Economics and Administrative Sciences*, 22, 2241–2258.
- Dyhrberg, A. H. 2016. Hedging capabilities of bitcoin. Is it the virtual gold? *Finance Research Letters*, 16, 139–144.
- European Central Bank. 2012. Virtual currency schemes. Accessed September 22, 2018, from <http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf>
- Gandal, N., & Halaburda, H. 2014. Competition in the cryptocurrency market. Bank of Canada working paper, NO: 2014-33. Ottawa: Bank of Canada.
- Gigatribe. 2018. What is the peer-to-peer (p2p)?. Accessed September 29, 2018, from <https://www.gigatribe.com/en/help-p2p-intro>.
- Gulec, O. F., Cevik, E., & Bahadir, N. 2018. Investigation of association between Bitcoin and financial indicators. *Kirklareli University Journal of Economics and Administrative Sciences*, 7 (2), 18–37. F. Dayi 38
- Gultekin, Y. 2017. Cryptocurrencies as an alternative medium of payment in tourism industry: Bitcoin. *Guncel Turizm Arastirmalari Dergisi*, 1(2), 96–113.
- Gultekin, Y., & Bulut, Y. 2016. Bitcoin economy: Emerging new sectors of Bitcoin eco-system. *Adnan Menderes University Journal of Institute of Social Sciences*, 3(3), 82–92.
- Hepkorucu, A., & Genc, S. 2017. Examination of Bitcoin as a financial asset and an application on unit root structure. *Osmaniye Korkut Ata University Journal of Economic and Administrative Sciences*, 1(2), 47–58.
- Icellioğlu, C. S., & Ozturk, M. B. E. 2018. In search of the relationship between Bitcoin and selected exchange rates: Johansen test and Granger causality test for the period 2013–2017. *Journal of Finance Letters*, 109, 51–70.
- IMF. 2018. Money transformed, the future of currency in a digital world. *Finance and Development*. Accessed December 05, 2018, from <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2018/06/pdf/fd0618.pdf>
- Inshyn, M., Mohilevskiy, L., & Drozd, O. 2018. The issue of cryptocurrency legal regulation in Ukraine and all over the world: A comparative analysis. *Baltic Journal of Economic Studies*, 4 (1), 169–174.



Karaoglan, S., Arar, T., & Bilgin, O. N. (2018). Crypto currency awareness in Turkey and motivations of businesses that accept crypto currency. *Isletme Iktisat Calismalari Dergisi*.

Khalilov, M.C.K., Gundebahar, M., & Kurtulmuslar, I. 2017. Bitcoin ile Dunya ve Turkiye'deki Dijital Para Calismalari Uzerine Bir Inceleme, 19. Akademik Bilisim Konferansi, 8–10 Subat, Aksaray, Turkiye. <https://ab.org.tr/ab17/>

Kocoglu, S., Cevik, Y. E., & Tanrioven, C. 2016. Efficiency, liquidity and volatility of Bitcoin markets. *Journal of Business Research Turk*, 8(2), 77–97.

Kristoufek, L. L. 2015. What are the main drivers of the Bitcoin price? Evidence from wavelet coherence analysis. *PLoS One*, 10(4), 1–15.

Maurer, B., Nelms, T. C., & Swartz, L. 2013. “When perhaps the real problem is money itself!”: The practical materiality of Bitcoin. *Social Semiotics*, 23(2), 261–277.

Nakamoto, S. 2008. Bitcoin: A peer-to-peer electronic cash system. Accessed September 01, 2018, from <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>

Ozturk, M. B., Arslan, H., Kayhan, T., & Uysal, M. 2018. Bitcoin as a new hedge instrument tool: Bitconomy. *Nigde Omer Halisdemir University Academic Review of Economics and Administrative Sciences*, 11(2), 217–232.

Perugini, M. L. and Maioli, C. 2014. Bitcoin: Between digital currency and financial commodity. Accessed September 30, 2018, from <https://ssrn.com/abstract¼2526472> or <https://doi.org/10.2139/ssrn.2526472>

Plassaras, N. A. 2013. Regulating digital currencies: Bringing Bitcoin within the reach of the IMF. *Chicago Journal of International Law*, 14(1), 376–407.

Srokosz, W., & KopyĜciaĔski, T. 2015). Legal and economic analysis of the cryptocurrencies impact on the financial system stability. *Journal of Teaching and*

Turan, Z. 2018. Crypto money, Bitcoin, blockchain, PetroGold, digital money and their usage areas. *Academic Review of Economics and Administrative Sciences*, 11(3), 1–5.

Vora, G. 2015. Cryptocurrencies: Are disruptive financial innovations here? *Modern Economy*, 6, 816–832.

Yagci, M. 2018. Yukselen Finansal Teknolojilerin Ekonomi Politigi: Fintek ve Bitcoin Ornekleri. *Iktisat ve Toplum Dergisi*, 88,17–24.

Yalciner, K. 2012. *Uluslararası Finansman*. Ankara: Detay Yayıncılık.

Yermack, D. (2013). Is Bitcoin a real currency? An economics appraisal. NBER Working Paper Series, No. 19747.

**MOSAICO DE SOBERANIAS: CONTRIBUIÇÕES PARA UM DIREITO INTERNACIONAL**

José Carlos Ferreira da Luz | Marcel Silva Luz | Patrícia Cristina Ferreira Moura  
(Organizadores)



Yuksel, A. E. B. (2015). Looking at electronic money, virtual money, Bitcoin and Linden dollars from a legal perspective. *Istanbul Universitesi Hukuk Fakultesi Mecmuasi*, 73(2), 173–220.



## **PRINCÍPIOS E REGRAS APLICÁVEIS A CONTRATOS INTERNACIONAIS**

Marcel Silva Luz<sup>1</sup>

### **1 INTRODUÇÃO**

Contrato é o instrumento legal pelo qual os particulares celebram um relacionamento comercial entre eles. Um contrato é um acordo voluntário, deliberado, juridicamente vinculativo e aplicável para criar obrigações mútuas entre duas ou mais partes (Strenger, 2008).

O termo parte é muito amplo, pois sua noção abrange qualquer pessoa natural ou pessoa jurídica, incluindo indivíduos, empresas, fundações, órgãos não corporativos, parcerias e entidades públicas.

Os contratos são geralmente escritos, mas, a menos que a lei aplicável exija que eles sejam por escrito, os contratos podem ser verbais ou implícitos.

Cada parte contratante assume a obrigação de fazer algo pelo outro ou outros em troca de um benefício. No entanto, embora todas as partes possam esperar um benefício justo do contrato (visto que, de outra forma, os tribunais podem considerá-lo injusto), isso não significa que tenham direito a um benefício igual.

Uma relação contratual é evidenciada por uma oferta, a aceitação da oferta, e validade legal da transação onde cada parte deve concordar em desistir de algo de valor para obter um benefício.

A relação contratual implica frequentemente que uma parte paga uma quantia em dinheiro à outra parte, normalmente em troca de bens ou prestação de serviços. Para que um contrato seja válido, as partes devem ser competentes, ou seja, eles devem ter capacidade legal para assinar o contrato. Isso significa que eles devem ter idade legal, liberdade contratual e não estar sob a influência de algo que possa tolher o discernimento. Todas as partes devem entrar em acordo livremente.

Um contrato pode revelar-se inexecutável se certos erros forem cometidos por uma ou mais partes em sua celebração. Da mesma forma, um contrato pode ser declarado nulo se uma das partes cometer fraude ou exercer influência indevida sobre a outra. Se uma parte deixar de cumprir suas obrigações, essa parte será

---

<sup>1</sup> UNIESP Centro Universitário. Coordenação do Curso de Graduação em Direito. Rodovia BR-230, km 14, S/Nº. Morada Nova. Cabedelo-PB, Brasil (CEP 58109-303)



responsável pela lei por violação do contrato. Nesse caso, a outra parte pode buscar compensação pela perda econômica sofrida em consequência de uma ação por danos ou para o cumprimento das obrigações assumidas nos termos do contrato.

## **2 CONTRATOS INTERNACIONAIS**

Um contrato é internacional quando possui certos vínculos com mais de um Estado. A internacionalidade diz respeito a todos os casos que envolvem uma escolha entre as leis de pelo menos dois Estados distintos. Daí a noção de conflito de leis (também referido em termos de direito internacional privado, especialmente em países do Civil Law), usado para identificar o conjunto de regras e critérios, entre as duas ou mais leis nacionais “conflitantes” teoricamente aplicáveis, cuja aplicação seja a mais adequada para regular as relações entre as partes (Strenger, 2018).

O acima exposto será obviamente o caso quando partes de países diferentes celebraram um contrato, mas também é o caso quando um contrato contém, independentemente da nacionalidade ou nacionalidade das partes, um ou mais elementos estrangeiros, colocando-o em contato com um ou mais sistemas jurídicos. Por exemplo, pode ser o caso quando as partes estão baseadas em países diferentes ou quando um contrato deve ser executado no exterior.

Inversamente, um contrato não pode ser classificado como internacional e, portanto, deve ser considerado puramente doméstico, quando todos os seus elementos de conexão estão vinculados a um único Estado. A este respeito, também deve ser observado que quando um ou mais elementos de conexão de um contrato estão ligados a diferentes unidades territoriais dentro do mesmo estado nacional (por exemplo, Paraná e São Paulo no Brasil, ou Massachusetts e Califórnia nos Estados Unidos, ou Lisboa e Porto em Portugal), tal fato não constitui internacionalidade do contrato (Araújo, 2018).

Além disso, a mera circunstância das partes terem escolhido a lei de um Estado estrangeiro para reger a sua relação contratual não é, por si só, um elemento suficiente para classificar um contrato como internacional.

A averiguação da internacionalidade é, portanto, um exercício que sempre implica uma cuidadosa análise caso a caso.



Um contrato de comércio internacional é um contrato para uma transação comercial ou um contrato feito por um comerciante com o objetivo de atender aos seus negócios.

Os contratos de comércio internacional são aqueles em que cada parte pretende atuar no exercício da sua atividade comercial ou profissional. A questão de saber se uma parte está agindo no exercício de seu ofício ou profissão depende das circunstâncias do contrato, e não do mero estatuto das partes.

A mesma pessoa pode atuar como comerciante ou profissional em relação a certas transações e como consumidor em relação a outras.

A definição abrange tanto as atividades comerciais de comerciantes, fabricantes ou artesãos (transações comerciais) como as atividades comerciais de profissionais, como advogados ou arquitetos (serviços profissionais).

Os contratos de seguro e os contratos de transferência ou licenciamento de direitos de propriedade intelectual entre profissionais também se enquadram no âmbito dos contratos comerciais, assim como os contratos de agência ou franquia.

Por exemplo, um contrato entre um empresário alemão e um agente comercial do Paquistão constitui um contrato de comércio internacional. Este também pode ser o caso quando um acordo de joint venture é feito entre um fabricante francês de roupas de moda e um fornecedor brasileiro de produtos têxteis.

Quando as partes celebram um contrato internacional, é crucial que saibam qual lei será aplicável ao seu relacionamento, já que as disposições que regem as obrigações contratuais podem variar substancialmente entre os diferentes países, e as diferenças nas leis locais podem ter um impacto substancial no resultado de uma disputa.

A resposta a esta questão também será importante para um tribunal ou tribunal arbitral investido com o poder de resolver disputas que possam surgir entre as partes em relação ao contrato.

O direito internacional privado (ou as regras que regem o conflito de diferentes legislações nacionais) pode ser definido como o ramo do direito que, em cada Estado, trata os casos de direito privado que envolvem um elemento estrangeiro.





Assim, o termo “internacional” nos casos de direito internacional privado pode, na verdade, ser considerado um tanto enganoso, uma vez que se refere ao caráter de um caso e não à origem internacional das normas que o regem.

As regras de direito internacional privado são processuais e não substantivas. Isso significa que são utilizadas para identificar o direito nacional aplicável a um determinado caso internacional e não para ditar as regras que regem a relação em questão.

O direito internacional privado pode, portanto, ser adequadamente definido como a técnica processual usada para determinar qual lei nacional é aplicável a um assunto privado com implicações transfronteiriças.

Por outro lado, o direito processual civil internacional abordará as seguintes questões (Araújo, 2018):

- 1) qual é o tribunal competente em tal matéria, e
- 2) em que condições a decisão de um tribunal pode ser reconhecida e executada em outro país.

Tanto o direito internacional privado quanto o direito processual civil internacional dependem de fatores de conexão para identificar a lei aplicável ou o tribunal ou tribunal arbitral com jurisdição.

Fatores de conexão são elementos que vinculam uma transação ou ocorrência a uma determinada lei ou jurisdição nacional.

Entre os fatores de conexão mais significativos em contratos internacionais estão (Araújo, 2018):

- a) a nacionalidade ou nacionalidade das partes,
- b) o domicílio ou residência habitual das partes (em casos envolvendo pessoas físicas),
- c) o local de constituição ou estabelecimento das partes (em casos envolvendo pessoas jurídicas),
- d) o local onde o contrato foi feito,
- e) o local onde o contrato será executado,
- f) o local onde está localizado o objeto do contrato,
- g) a moeda de pagamento,
- h) o local de pagamento.



Diferentes países podem ter opiniões diferentes sobre quais fatores de conexão devem ser considerados mais apropriados para o estabelecimento de vínculos jurídicos.

Como alternativa ao direito internacional privado, os contratos internacionais podem estar sujeitos a regras substantivas nacionais ou internacionais: ou seja, podem ser estabelecidos a nível nacional, com a consequência de que um determinado sistema jurídico nacional aplicará as suas próprias regras a um contrato, independentemente da natureza internacional do contrato, ou a nível internacional, por força de um acordo internacional, por exemplo, Convenção de Viena sobre Venda Internacional de Mercadorias.

As teorias mais recentes do direito internacional privado compartilham a visão de que um contrato internacional deve ser regido preferencialmente pelo sistema jurídico com o qual tem a conexão mais estreita (Basso, 2016).

Esta abordagem, também designada por regra de proximidade, considera adequado, na falta de escolha da lei aplicável pelas partes contratantes, sujeitar o contrato à lei do país com o qual tem mais relações imediatas. A identificação do país com o qual um contrato está mais estreitamente conectado fica ao critério do juiz, que deverá considerar todos os seus elementos de fato com base em uma análise ad hoc (Basso, 2016).

No que diz respeito aos assuntos internacionais, um contrato é geralmente considerado o mais estreitamente conectado com o país onde a parte obrigada a efetuar a execução envolvida tem sua residência habitual. No entanto, esta consideração será desconsiderada se parecer que o contrato está mais estreitamente relacionado com outro país.

## 2.1 CARACTERIZAÇÃO, QUALIFICAÇÃO OU CLASSIFICAÇÃO

Uma das principais dificuldades que as partes e os juízes têm de enfrentar ao considerar a questão da lei nacional que rege um contrato internacional reside no fato de que uma dada situação pode ser considerada de uma natureza segundo a lei do foro (então denominada *lex fori*, ou seja, a lei do país onde o juiz está situado) e de outra natureza ao abrigo da lei do país com o qual o contrato está conectado (a chamada *lex causae*, ou seja, a lei do país que irá reger substancialmente a relação



contratual). Por exemplo, a mesma situação pode ser considerada por uma lei nacional como apresentando uma questão de contrato e por outra lei nacional como uma questão de sucessão. Um problema semelhante pode surgir quando a *lex fori* e a *lex causae* diferem em questões de capacidade e forma (Ramos, 2018). A dúvida então é: essas questões devem ser classificadas de acordo com a *lex fori* ou a *lex causae*?

Questões semelhantes podem surgir no que diz respeito à classificação de fatores de conexão: por ex. a noção de domicílio deve ser entendida segundo a *lex fori* ou a *lex causae*? Uma questão que pode surgir é a seguinte: uma vez que uma noção legal tenha sido entendida de acordo com a *lex fori* (isto é, qualificação primária), pode ser reclassificada de acordo com a *lex causae* conforme identificada na sequência da aplicação das regras de conflito de leis (ou seja, qualificação secundária)?

Todas as possibilidades acima mencionadas colocam um problema de classificação, também conhecido, como qualificação ou caracterização.

A doutrina prevalecente considera que, via de regra, a qualificação primária (tanto dos fatos quanto dos fatores de conexão) deve ser efetuada de acordo com a *lex fori* (com a única exceção do critério da cidadania, uma vez que um determinado Estado não pode decidir quando o particular for cidadão de outro país), sendo que a classificação secundária deve ser efetuada de acordo com a *lex causae* (Ramos, 2018).

Uma exceção importante para a qualificação de acordo com a *lex fori* se aplica quando um juiz deve apurar fatos ou fatores de conexão regidos por convenções que tratam de conflitos internacionais de regras ou por outras fontes supranacionais de direito internacional privado (por exemplo, regras tornadas aplicáveis em um Estado-Membro por um Regulamento da União Europeia). Nesses casos, o juiz terá que levar em consideração a origem internacional da fonte legal ou regulatória, a fim de apurar a noção relevante, e seguir as regras de interpretação aplicáveis às convenções internacionais (ou direito da União Europeia) envolvidas.



## 2.2 AUTONOMIA DAS PARTES NA ASSUNÇÃO DE COMPROMISSOS CONTRATUAIS

Ao celebrar um contrato internacional, as partes desejam saber qual, dentre as possíveis leis nacionais aplicáveis, regerá suas obrigações. Por outro lado, quando uma disputa surge de ou está relacionada a um contrato com vínculos para mais de um sistema jurídico, os tribunais também devem estar em posição de determinar a lei do país que rege esse contrato.

Acresce que, para as próprias partes, é importante ter devidamente em conta a legislação que rege um contrato internacional, de forma a melhor planejar as operações previstas e a mitigar o risco em caso de incumprimento das respectivas obrigações.

No direito internacional dos contratos, um princípio geral de liberdade contratual permite que as partes escolham a lei nacional aplicável às suas relações contratuais. As partes de um contrato estão, de fato, em melhor posição para determinar qual conjunto de disposições legais é mais adequado para sua transação: sua autonomia aumenta a previsibilidade e a segurança jurídica das soluções disponíveis em caso de futuros litígios, ambas, condições importantes para uma operação transfronteiriça eficiente (Strenger, 2008).

Obviamente, quanto mais extensivamente as partes tratarem dos respectivos deveres, direitos e consequências das violações ao acordar o conteúdo do seu contrato, menos importante será a lei que escolherem como aplicável ao seu contrato. Por outras palavras, como corretamente assinalado, a legislação aplicável funciona para “suprir lacunas”, uma vez que será aplicável para dirimir questões jurídicas que não tenham sido integralmente contempladas no contrato. Este último fato também é particularmente relevante quando as partes fazem uma escolha parcial da lei, para o restante do contrato, ou seja, a parte não coberta por tal escolha, será regida pela lei aplicável na ausência de escolha (Strenger, 2008).

A escolha da lei, ou qualquer modificação da escolha da lei, deve ser feita expressamente (escolha expressa ou explícita da lei) ou aparecer claramente nas disposições do contrato ou nas circunstâncias nele detalhadas (escolha tácita ou implícita da lei). Uma típica cláusula de escolha expressa da lei é a seguinte: “Este Acordo será regido, interpretado, interpretado e executado de acordo com as leis [substantivas] da [Argentina]”.



Uma escolha implícita ou tácita de lei pode ser deduzida quando as disposições do contrato e as circunstâncias da matéria em questão, consideradas como um todo (por exemplo, idioma do contrato, moeda de pagamento, sede do tribunal arbitral designado) tornam isso claro e concordam de forma conjunta e consistente para demonstrar com razoável certeza que as partes pretendem sujeitar o seu contrato à lei de um determinado país.

Deve-se notar que a liberdade das partes para designar a (s) lei (s) que regem suas relações contratuais é bastante ampla, uma vez que elas podem escolher a lei aplicável a todo o contrato (ou apenas a parte dele) ou outras leis aplicáveis a outras partes do contrato; a última opção é conhecida como *Depeçage* e tem o efeito de o contrato ser regido por mais de uma lei nacional (Strenger, 2008).

As partes não têm restrições na escolha da lei aplicável (ou seja, podem designar a lei de qualquer Estado, independentemente de qualquer vínculo, geográfico ou outro) e também podem modificar a escolha da (s) lei (s) aplicável (is) a qualquer momento após o contrato foi celebrado.

No entanto, as partes não podem decidir quais as leis que regem a sua capacidade, uma vez que a capacidade de uma pessoa singular para agir e celebrar contratos autonomamente é regulada pelas leis do Estado particular de que é nacional.

A lei escolhida pelas partes nem mesmo exclui a aplicação de outras leis regulamentares que apoiem a validade do seu contrato.

Em vez de escolher a lei de um determinado país para reger suas relações contratuais, as partes também podem se referir a conjuntos de regras existentes desenvolvidos principalmente pela própria comunidade empresarial internacional, com base nos costumes, práticas e princípios jurídicos gerais. É o que acontece quando as partes concordam que o seu contrato deve ser regido pela *lex mercatoria* (ou seja, a lei dos comerciantes) ou pelos princípios gerais de direito. Uma vez que pode ser difícil para as partes contratantes identificar, selecionar e concordar quanto ao que deve ser considerado um princípio geral de direito,

Organizações internacionais têm dedicado esforços significativos para codificar os princípios gerais aplicáveis aos contratos comerciais internacionais.

O exemplo mais bem-sucedido de codificação pode ser encontrado nos princípios UNIDROIT de Contratos Comerciais Internacionais. Originalmente

## MOSAICO DE SOBERANIAS: CONTRIBUIÇÕES PARA UM DIREITO INTERNACIONAL

José Carlos Ferreira da Luz | Marcel Silva Luz | Patrícia Cristina Ferreira Moura  
(Organizadores)



adotados em 1994 pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT) posteriormente revisados em 2004, 2010 e, mais recentemente, em 2016 (a versão atual), eles representam um único (e vivo) instrumento jurídico uniforme refletindo conceitos que estão presentes em muitos, senão em todos, os sistemas jurídicos. Eles abordam e fornecem regras substantivas com as quais regem a validade, interpretação, conteúdo, desempenho, não execução, cessão e rescisão de contratos.

Seu objetivo é estabelecer um conjunto equilibrado de regras para uso em todo o mundo, independentemente das tradições jurídicas e das condições econômicas e políticas dos países em que devem ser aplicadas. .

Conforme declarado em seu preâmbulo, além de servirem de modelo para legisladores nacionais e internacionais, eles são aplicáveis quando as partes concordam que seu contrato será regido por elas, e podem ser aplicados quando as partes concordarem que seu contrato será regido por princípios gerais de direito, a *lex mercatoria* ou semelhantes.

Também podem ser aplicadas quando as partes não escolheram nenhuma lei para reger seu contrato, uma vez que podem ser usadas para interpretar ou complementar instrumentos jurídicos uniformes internacionais, ou para interpretar ou complementar o direito interno.

Ao escolher a lei que rege suas relações, as partes contratantes devem estar devidamente cientes das consequências de sua escolha, livres de preconceitos nacionais e cientes de que nem a escolha da lei de seus respectivos países ("minha lei" ou "sua lei"), nem a escolha, como uma espécie de compromisso, de um terceiro país "neutro" (muitos contratos internacionais estão sujeitos à lei inglesa ou às leis do Estado de Nova York) pode ser a melhor solução possível.

A escolha requer, de fato, uma análise aprofundada e uma consideração completa quanto à confiabilidade e eficácia da legislação nacional contemplada, com as partes tendo em mente que a escolha do sistema jurídico que rege seu contrato pode ter consequências indesejadas em suas relações comerciais e às vezes pode até prejudicar a validade do próprio contrato.

As partes também devem evitar fazer referência a uma nação que tem mais de um sistema jurídico geral (por exemplo, os EUA), mas sim especificar a unidade territorial específica que estão designando (por exemplo, a lei de Delaware).



Finalmente, deve-se notar que muitas cláusulas de escolha de lei contêm a expressão “direito substantivo de” ou “excluindo suas disposições de conflito de leis”. Estas visam excluir a aplicabilidade das regras de conflito de leis no país escolhido pelas partes, a fim de evitar a aplicação da lei de um terceiro país designado nos termos das disposições de direito internacional privado desse país.

A autonomia das partes na escolha da lei que rege as suas relações contratuais enfrenta certos limites, que ou restringem a sua liberdade (limites preventivos ou ativos) ou impedem que a lei escolhida seja aplicável ao assunto em causa (limites subsequentes ou passivos) (Araújo, 2018).

No primeiro caso, haverá regras imperativas que um determinado país considera tão cruciais para a salvaguarda dos seus interesses públicos que serão aplicáveis em qualquer situação que se enquadre no seu âmbito, independentemente da lei escolhida pelas partes e de outra forma aplicável ao contrato. Estas são principalmente regras de direito público (por exemplo, restrições de importação e exportação, disposições fiscais, legislação antitruste) que são aplicáveis diretamente às relações contratuais e não podem ser substituídas por lei estrangeira, independentemente de qualquer acordo em contrário pelas partes contratantes (Araújo, 2018).

Neste último caso, a noção de ordem pública abará os valores fundamentais da *lex fori* que não devem ser prejudicados pela aplicação do direito estrangeiro. Aqui, o juiz avaliará o possível impacto da aplicação de uma lei estrangeira na ordem política de seu país e verificará se tal aplicação prejudicará o interesse nacional. Por exemplo, pode ser considerado contrário à ordem pública permitir a aplicação de uma lei aplicável que não garanta a compensação de um agente na rescisão de um determinado contrato na ausência de qualquer culpa cometida por esse agente (Araújo, 2018).

Quando as partes omitem a escolha de uma lei nacional aplicável, ou na medida em que sua escolha seja nula ou ineficaz, a solução da questão de lei aplicável será uma das seguintes (Rechsteiner, 2016):

1. Aplicabilidade das regras internacionais ou nacionais sobre conflitos de leis: estas regras são estabelecidas a nível internacional (por convenções) ou a nível nacional (por disposições de direito internacional privado). Caso o assunto em questão seja contemplado por uma convenção de direito internacional privado à qual



o Estado conceda às partes, as disposições de que tal convenção prevalecerão, como *lex specialis*, sobre as próprias regras do Estado sobre conflitos de leis em virtude do princípio *pacta sunt servanda*. Entre as principais convenções que estabelecem regras internacionais sobre conflitos de leis destinadas a distinguir a lei aplicável às relações contratuais, pode-se mencionar a Convenção de Haia de 15 de junho de 1955 sobre a lei aplicável à venda internacional de mercadorias, a Convenção de Haia de 14 Março de 1978 sobre a lei aplicável à agência e representação e, no que diz respeito aos contratos fiduciários, a Convenção de Haia de 1 de Julho de 1985 sobre a lei aplicável aos trusts e seu reconhecimento .

2. Aplicabilidade do direito substantivo do foro porque tal aplicação é exigida tanto por convenções internacionais como por direito interno. Este último é o caso, por exemplo, quando a Convenção de Viena de 1980 sobre a venda internacional de mercadorias é aplicável.

### 2.3 REGRAS OBRIGATÓRIAS E POLÍTICAS PÚBLICAS

O princípio fundamental da Convenção de Roma é a liberdade de escolha das partes contratantes. Na falta de opção, o contrato deve ser regido pela lei do país com o qual está mais estreitamente vinculado. Para a determinação desse país, deve ser tida em consideração, a questão de saber se o contrato em causa tem uma relação estreita com outro contrato ou contratos.

A Convenção de Roma contém, adicionalmente, regras especiais para proteger as partes contratantes mais fracas, como consumidores e trabalhadores, o princípio básico sendo que a lei escolhida pelas partes de um contrato não deve privar os consumidores ou empregados da proteção das disposições obrigatórias da lei que normalmente seria aplicável a eles na ausência de uma escolha de lei aplicável.

Em 17 de dezembro de 2009, o Regulamento Roma I (Regulamento da UE de 17 de junho de 2008, nº 593/2008) substituiu a Convenção de Roma em todos os Estados membros da União Europeia, com exceção da Dinamarca.

A conversão da Convenção de Roma em um Regulamento da UE tornou-a uma fonte primária de direito internacional privado, o que significa que prevalece sobre as respectivas regras dos Estados-Membros da UE sobre conflitos de leis, e





suas disposições estão sujeitas à interpretação exclusiva do Tribunal da Justiça da União Europeia. Como todos os regulamentos da UE - e ao contrário de uma convenção internacional, que tem de ser ratificada e adotada por cada Estado parte individual - essas disposições (e as alterações subsequentes às mesmas) têm aplicabilidade imediata e direta e a mesma força de lei em toda a União Europeia; além disso, não requerem medidas de transposição para o direito interno dos Estados-Membros (Pinheiro, 2019).

Vimos que a lei que rege um contrato internacional pode ser determinada principalmente pelas partes ou, na falta da escolha das partes da lei aplicável ou se tal escolha for nula ou ineficaz, de acordo com as regras nacionais ou internacionais sobre o conflito das leis ou às regras substantivas do país de jurisdição.

Além disso, vimos que um princípio geral prescreve que deve ser dada prioridade à autonomia das partes e à sua liberdade de escolha, e que, na falta dessa escolha, sejam as regras que regem os conflitos de leis ou o direito substantivo estabelecido por acordos internacionais aos quais os Estados interessados são partes. Se este não for o caso devido à existência de certas regras imperativas ou de uma exceção de ordem pública, aplicar-se-ão a lei substantiva interna ou as regras que regem o conflito de leis.

No entanto, um Estado cujo sistema jurídico pode estar envolvido em uma disputa sobre uma determinada transação pode ser parte de um ou mais tratados de direito internacional privado ou de uniformidade do direito internacional, caso em que os redatores de um contrato internacional devem decidir qual tal tratado terá precedência sobre os outros.

Por razões de certeza e previsibilidade da lei aplicável, os tratados internacionais geralmente contêm disposições que especificam a relação entre seus textos e outras fontes de direito internacional privado ou substantivo. Esta questão é tratada pela chamada cláusula de desconexão (cláusula de déconnexion), que estabelece a relação entre a fonte de direito em causa e outros instrumentos jurídicos (por exemplo, o artigo 25.º do Regulamento Roma I afirma que o regulamento não prejudica a aplicação de convenções internacionais das quais um ou mais Estados-Membros são partes no momento em que o regulamento foi adotado e que estabelecem regras que regem os conflitos de leis em matéria de obrigações contratuais. No entanto, em casos entre partes em Estados-Membros



diferentes, este regulamento irá prevalecer sobre quaisquer convenções celebradas exclusivamente entre dois ou mais Estados-Membros, na medida em que as convenções em causa digam respeito a matérias reguladas pelo regulamento) (Pinheiro, 2019).

### **3 OS PRINCÍPIOS DA UNIDROIT SOBRE ESCOLHA DE LEI EM CONTRATOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS**

Um papel fundamental na harmonização do direito internacional privado a nível internacional tem sido desempenhado até agora pela Conferência de Haia sobre Direito Internacional Privado (HCCH), uma organização internacional composta por 83 membros (82 países mais a União Europeia).

Entre os quase 40 tratados sobre questões específicas, por exemplo, convenções sobre a lei aplicável à agência, sobre a venda internacional de bens, sobre a notificação de documentos judiciais e outros documentos oficiais, elaborados sob os seus auspícios e subseqüentemente implementados, um esforço relativamente recente de o HCCH culminou com a adoção em 2015 dos Princípios sobre Escolha de Lei em Contratos Comerciais Internacionais.

Os Princípios da UNIDROIT constituem uma autêntica novidade entre os instrumentos jurídicos aplicáveis aos contratos comerciais internacionais. Preparado por um grupo de especialistas independentes de todos os principais sistemas jurídicos e áreas geopolíticas do mundo e finalmente aprovado pelo Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), uma organização intergovernamental com 63 Estados membros retirados de todos os cinco continentes, eles representam uma codificação privada ou 'reformulação' do direito contratual internacional. Publicado pela primeira vez em 1994 e agora em sua quarta edição adotada em 2016, eles foram recebidos desde sua primeira aparição como 'um passo significativo em direção à globalização do pensamento jurídico'(H.D. Gabriel, 2016).

Os princípios constituem uma autêntica novidade, antes de mais nada, pelo seu amplo alcance. Embora a maioria dos instrumentos de direito uniforme internacional, sejam eles de natureza legislativa ou não legislativa, são restritos a tipos específicos de transação (vendas, arrendamento, transporte de mercadorias



por via marítima, rodoviária ou aérea, entre outros) ou a tópicos específicos (por exemplo: termos de entrega, formas de pagamento), os “Princípios” fornecem um conjunto abrangente de princípios e regras relacionados a contratos comerciais internacionais em geral, comparáveis à parte geral - codificada ou não escrita - do direito contratual encontrada na legislação nacional. Na verdade, eles cobrem uma ampla gama de assuntos, como liberdade de contrato, boa-fé e tratamento e usos justos, bem como formação de contrato, incluindo contratação com base em termos padrão, interpretação, validade, incluindo ilegalidade,

No entanto, os Princípios da UNIDROIT diferem de outros instrumentos de direito uniforme internacional também no que diz respeito à sua apresentação formal, elas são compostas de 'Artigos' – na edição atual de 2016, um total de 211 artigos divididos em 11 capítulos – cada um deles acompanhado de comentários e ilustrações amplamente baseadas em casos reais e destinados a explicar as razões para a regra estabelecida e as diferentes maneiras em que ela pode operar na prática. Às vezes, os comentários, que são considerados parte integrante dos Princípios, vão ainda mais longe e complementam as próprias regras.

Este é especialmente o caso com os novos comentários adicionados na edição de 2016 para levar em consideração as características e necessidades especiais dos contratos de longo prazo. Dos numerosos exemplos, pode ser feita menção, por exemplo, do Comentário 3 ao Artigo 4.3, que afirma que:

a conduta posterior à conclusão do contrato pode ajudar a determinar o que as partes pretendiam que fossem suas obrigações. Este pode ser o caso particularmente no contexto de contratos de longo prazo que envolvem desempenho complexo e são de natureza "evolutiva", ou seja, podem exigir adaptações no curso do desempenho. Esses contratos podem envolver execução repetida por uma das partes, com a oportunidade para a outra afirmar que tal execução não está em conformidade com o contrato. ... Para evitar qualquer incerteza quanto aos efeitos da conduta subsequente sobre o conteúdo do contrato, as partes podem desejar adotar mecanismos específicos para possíveis variações e ajustes do contrato no decurso da execução. Eles podem, por exemplo, prever a emissão de 'ordens de alteração' por uma parte para aceitação pela outra parte (por exemplo, em contratos de construção, o 'Representante do Contratante' e o 'Representante do Empreiteiro', respectivamente), ou estabelecer órgãos especiais compostos por representantes de ambas as partes ou por especialistas independentes (os chamados 'comitês de gestão de contratos', 'órgãos de auditoria' ou semelhantes), com a tarefa de monitorar o desempenho de ambas as partes e, possivelmente, também sugerir ajustes ao contrato. como para



alinhá-lo com a evolução. Obviamente, quanto mais precisamente as partes regulam o procedimento de ajustes ao contrato, menos relevante qualquer conduta informal das partes seria para a interpretação do contrato.

Ou o Comentário 4 ao Artigo 7.3.5, que aponta que:

A questão das obrigações pós-rescisão é particularmente relevante para contratos de longo prazo. Em relação às cláusulas remanescentes, as partes devem considerar a abordagem das seguintes questões: quais cláusulas devem sobreviver à rescisão; se tais disposições são vinculativas para uma ou ambas as partes após a rescisão; por quanto tempo eles sobrevivem, quem arcará com o custo; quais as soluções disponíveis em caso de incumprimento, etc. As disposições remanescentes podem ser tratadas de várias maneiras: por uma cláusula geral que estabelece que todas as disposições que, pela sua natureza, se destinam a funcionar mesmo após a rescisão, permanecerão em vigor; listando as disposições específicas destinadas a sobreviver; ou declarando na disposição em questão que ela permanecerá em vigor apesar da rescisão. Os redatores do contrato devem prestar muita atenção à compatibilidade dos deveres remanescentes com a legislação doméstica obrigatória (por exemplo, limitações às proibições de competir).

O estilo de redação dos Princípios da UNIDROIT se assemelha ao dos códigos civis, e não aos estatutos anglo-americanos. A linguagem é concisa e direta para facilitar a compreensão também por não advogados e evita deliberadamente a terminologia peculiar a qualquer sistema jurídico, criando assim uma linguagem própria a ser usada e compreendida de maneira uniforme em todo o mundo (Garro, 2021).

Com relação ao seu conteúdo, os Princípios da UNIDROIT representam uma mistura de tradição e inovação. Em outras palavras, embora, via de regra, a preferência fosse dada a soluções geralmente aceitas em nível internacional (a abordagem de 'núcleo comum' ou 'reformulação'), sempre que fosse necessário escolher entre regras conflitantes - como era o caso na maioria das vezes, o que foi decisivo não foi apenas qual regra foi adotada pela maioria dos países, mas, ao contrário, qual das regras em consideração tinha o valor mais persuasivo e / ou parecia ser particularmente adequada para transações transfronteiriças (Karrer, 1996).

Sem entrar em uma análise aprofundada sobre quais disposições dos Princípios UNIDROIT são inovadoras e quais não são, basta mencionar que existem



disposições que, embora bastante familiares aos sistemas de direito civil, são desconhecidos dos sistemas de direito consuetudinário e vice-versa (Garro, 2021).

Exemplos das primeiras são as disposições sobre o dever de boa fé em geral e a responsabilidade (pré-contratual) por negociar de má-fé; na relevância, para efeito de interpretação, da conduta das partes anterior e posterior à celebração do contrato; e sobre a exequibilidade das cláusulas penais.

Exemplos de disposições novas para os sistemas de direito civil são aquelas sobre prevenção por defeitos de consentimento e rescisão por incumprimento por mero aviso; nas cláusulas de isenção; e sobre o que exclui o recurso de execução específica onde a parte inocente pode razoavelmente obter execução de outra fonte. Desnecessário dizer que a dicotomia entre os sistemas de common law e civil law também não é estrita neste contexto, dadas as diferenças consideráveis entre, por exemplo, o direito contratual dos Estados Unidos e da Inglaterra e, dentro dos sistemas de civil law, entre tradições jurídicas romanística e a germânica.

Apenas um pequeno número de disposições representa uma novidade para os sistemas de direito civil e de direito consuetudinário, e sua lógica, mais uma vez, reside principalmente nas necessidades especiais das transações comerciais transfronteiriças.

Isso é particularmente verdadeiro para o Artigo 3.1.2, de acordo com o qual o mero acordo das partes é suficiente para a conclusão válida ou modificação do contrato sem qualquer outro requisito, como "consideração" ou "causa"; dos Artigos 6.2.1-6.2.3 sobre privações, especialmente no que diz respeito ao direito da parte em desvantagem de solicitar a renegociação do contrato; e do Artigo 7.1.4, que concede à parte inadimplente o direito de sanar o inadimplemento mesmo após a rescisão do contrato pela parte prejudicada (Garro, 2021).

Outra disposição deste tipo, originalmente proposta pelo Grupo de Trabalho para inclusão na edição de 2016 dos Princípios UNIDROIT como particularmente adequada para as necessidades especiais de contratos de longo prazo, teria sido a disposição sobre rescisão por motivos imperiosos, mas, infelizmente, a proposta foi rejeitada após uma longa discussão pela maioria do Conselho de Administração do UNIDROIT (Garro, 2021).

De maneira bastante significativa, a maioria das disposições inovadoras dos Princípios da UNIDROIT geralmente recebeu comentários bastante positivos e, em



alguns casos, até mesmo levou os legisladores nacionais a reformar suas próprias leis nacionais. Assim, por exemplo, a reforma francesa de 2008 da lei sobre prazos de prescrição nas relações de direito privado (atual artigo 2224 do Código Civil francês) foi inspirada nas disposições sobre prazos de prescrição nos Princípios de UNIDROIT e, ainda mais importante, a Reforma de 2016 da Lei das Obrigações Francesa, novamente seguindo a abordagem adotada pelos Princípios, não exige mais uma 'causa' para a celebração válida de contratos e admite expressamente a renegociação e adaptação do contrato em caso de adversidade.

No geral, é justo, para citar o Juiz Finn do Tribunal Federal da Austrália, 'os Princípios contêm muito que é reconhecível em vários sistemas jurídicos do mundo, mesmo quando não está totalmente de acordo em seus detalhes com a lei de qualquer determinado país' (P. Finn, 2010). Em outras palavras, há relativamente poucas disposições dos Princípios da UNIDROIT que entram em conflito abertamente com as leis nacionais existentes, enquanto, na maioria das vezes, são perfeitamente consistentes com quase todas elas e, em alguns casos, representam um esclarecimento ou complemento.

## **REFERÊNCIAS**

Araújo, Nádia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. 7 ed. S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2018.

Basso, Maristela. *Curso de direito internacional privado*. 5. Ed. S. Paulo, Ed. Atlas, 2016.

Garro, Alejandro. *UNIDROIT Principles to Interpret and Supplement Domestic Contract Law*. Springer Nature Switzerland AG, 2021.

H.D. Gabriel, *The Role of Soft Law in Institutional International Commercial Law and Why It is a Good Idea*, in *Eppur si muove: The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell*, Rome 2016.

Heidemann, Maren. *Methodology of Uniform Contract Law The UNIDROIT Principles in International Legal Doctrine and Practice*. Springer-Verlag Berlin Heidelberg 2007.

P. Finn, *The UNIDROIT Principles: An Australian Perspective*, in *Australian International Law Journal* 2010.

P.A. Karrer, in Honsell, Vogt, Schnyder (eds.), *Internationales Privatrecht*, Zürich 1996, sub Art. 187, n. 71.

**MOSAICO DE SOBERANIAS: CONTRIBUIÇÕES PARA UM DIREITO INTERNACIONAL**

José Carlos Ferreira da Luz | Marcel Silva Luz | Patrícia Cristina Ferreira Moura  
(Organizadores)



Pinheiro, L. de Lima. Direito Internacional Privado – Competência Internacional, Vol. III, 3ª Ed. Refundida, Lisboa, AAFDL, 2019.

Ramos, André de Carvalho. Curso de direito internacional privado. São Paulo, Saraiva Educação, 2018.

Rechsteiner, Beat Walter. Direito internacional privado: teoria e prática. 15. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016. p. 170

Strenger, Irineu. Contratos Internacionais do Comércio. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2008. p. 84.



## **THE NEW EU LEGISLATION ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE: A BRIEF ANALYSIS**

Patrícia Cristina Ferreira Moura<sup>1</sup>

This study seeks to comment on the Commission proposal of April 21, 2021 for new Union legislation to regulate artificial intelligence (AI) within the European Union.

### **1 THE NEED FOR A LEGAL AND REGULATORY MILESTONE**

Issues related to the use, as well as the production, and trade of new technologies, especially artificial intelligence, have been the subject of great discussion and debate in recent decades.

As internet came to be and with the digital revolution, globalization, and an increasingly digital and technological world, there is a need to regulate activities originated from such contexts.

The digital transformation process is a continuous one and it is carried out, in part, using artificial intelligence (AI). An interdisciplinary technology that aims to use large data sets (Big Data), adequate computational power, specific analytical and decision-making procedures in order to allow computers to perform tasks that approach human abilities and even exceed them in certain aspects.

As with virtually all innovative technologies, there are people who benefit greatly from creations and a large group of people who are sidelined in a dilemma that is sometimes ethical, moral or legal. The latter group argues that governments should intervene to protect them from abusive practices or illegal acts that inevitably arise from the greed of the people who dominate such technologies.

At this juncture, the need for regulation is considered. On one hand there are those for whom any regulation would stifle the progress of AI, and in opposition to them, there are those who advocate government intervention policies to minimize

---

<sup>1</sup> Universidade de Lisboa – UL. Faculdade de Direito. – FADUL. Alameda da Universidade 1649-014 Lisboa – Portugal  
Università degli Studi Roma Tre - Dipartimento di Giurisprudenza -Via Ostiense 159, 00154 Roma-It





substantial harm to the population seeking AI. Whether regulation should be done to a greater or lesser extent is a common theme discussed in several publications. Another relevant point that should be observed is regarding the timing of this regulation, that is, whether it should be done immediately or afterwards.

Before discussing the relevance of Artificial Intelligence regulation, it is important to define AI. In this sense, opinions are divergent, there is no widely accepted definition of "artificial intelligence". Artificial intelligence can also be defined as a machine or program that is capable of recreating one or more elements of human intelligence. AI is the science and engineering of making intelligent machines, especially computers and intelligent programs, that is, artificial intelligence is like a rational agent that acts in order to achieve the best result. <sup>2</sup>

In fact, AI is a comprehensive technology among new ones, considering that AI can be used on a large scale in several sectors, including healthcare. From this perspective, AI can directly impact human life, causing damage. From this perspective, arises the necessity to regulate AI and new technologies, in order to establish limits for their effects.

AI as a transformative technology, as described by Ryan Calo, in considering the lessons cyber law can teach us about the regulation of robotics, notes that a transformative technology tends to "have essential qualities that lead the legal and political conversations regarding them, alters the available facts, and therefore academic doctrine, to another level of importance as it shifts the range of human experiences in ways that undermine the balance Law hopes to achieve."<sup>3</sup> That is, transformative technologies require new legal milestones and regulations because technologies can distort the purpose of the existing laws and regulations.

## **2 GENERAL ASPECTS OF THE PROPOSAL**

The proposed bill brought on April 21, 2021 by the commission on new Union legislation to regulate artificial intelligence (AI) within the European Union marks just

---

<sup>2</sup> WEAVER John Frank. Regulation of artificial intelligence in the United States, in: Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence. Edward Elgar Publishing Limited, 2018. p. 155 – 212.

<sup>3</sup> RYAN Calo, *Robotics and the Lessons of Cyberlaw*, 103 Calif. L. Rev. 513–63, 2015. p. 549, 552, and 558.



the beginning of the legislative process. The Council and the European Parliament are likely to substantially amend the bill.

On the item 2.1 of the Exploratory Memorandum the legal bases of the proposal are found, which are, first and foremost the Article 114 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), which provides for the adoption of measures to ensure the establishment and functioning of the internal market. The proposal's main objective is “to ensure the proper functioning of the internal market through the establishment of harmonized rules, in particular on development, to place it under Union market and the use of products and services that operate with AI technologies or are provided as autonomous AI . Systems”. The proposal is also based on article 16 of the TFEU, as it contains specific rules on the protection of individuals regarding personal data processing, including restrictions on AI systems use for remote biometric identification "in real time" on public spaces.

The Exploratory Memorandum in its item 3.3, deals with the examination by the Commission of the different policy options to achieve the general objective of the proposal, which is to ensure the proper functioning of the unified market, creating the conditions for the development and use of reliable AI in the Union.

Four policy options with different degrees of regulatory intervention were evaluated: (1st) EU legislative instrument establishing a voluntary labeling system; (2nd) a sectoral “ad-hoc” approach; (3rd) EU horizontal legislative instrument following a proportional risk-based approach; (3rd+) EU horizontal legislative instrument following a proportional risk-based approach + codes of conduct for non-high risk AI systems; (4th) EU horizontal legislative instrument that sets mandatory requirements for all AI systems, regardless of the risk they pose. The most popular one is option (3rd+), a regulatory framework for high risk AI systems only, with the possibility for all providers of non-high risk AI systems to follow a code of conduct.

The proposed regulation distinguishes three categories of AI, namely certain uses of AI that it prohibits, high-risk AI that is regulated in detail, and low-risk AI that is addressed in a limited way. Since the first two categories are relatively narrowly circumscribed, the vast majority of existing intelligent algorithms fall into the third category, where the proposed regulation essentially requires AI to be flagged.

The proposed bill prohibits certain uses of AI. Such as the use of AI: a) to materially distort a person's behavior; b) to exploit the vulnerabilities of a specific



group of people; c) for public social scoring and d) for real-time remote biometric identification in public places (See article 5(1)(a)-(d) proposed bill). The ban is limited to the usage of AI (AI practice). This does not prevent the development of AI that could be used in cases covered by the ban. Given the general-purpose character of AI, this limitation is essential.

Material misrepresentation of behavior (a) and exploitation of vulnerabilities (b) are only prohibited if they causally affect the physical or cause psychological harm to a human person, or if they are likely to do so. This condition narrows the prohibition and makes it more specific. But the ban is still quite vague and broad regarding these two categories. The terms used in (a) and (b) are not standard legal terms. There is no jurisprudence that can indicate how they should be understood.<sup>4</sup>

Analyzing the expression “[...] physical or psychological harm” (Article 5 (1) (a) and (b)). It seems that the difference between letters (a) and (b) is that in letter (a) a "subliminal technique beyond a person's consciousness" is implemented; while for people who are vulnerable due to age or disability, letter (b), no such subliminal technique is necessary. So, for the latter, a material distortion of the behavior that is likely to be causing harm is sufficient.

The proposed regulation carefully tries to promote innovation and not stifle AI research and development. Innovation support measures are designed to lessen the regulatory burden (Articles 53, 54 and 55 of proposed bill.).

It cannot be said that these measures will be effective and useful in practice. Although the proposed bill basically does not cover AI that have not yet been placed on market and therefore refrains from directly interfering with research and development, it is possible that the mere existence of the legislation and the need to comply with it, so a product is ready to circulate, has an inhibiting effect on innovation and development.

Overall the new bill is a balanced one. Its purpose is not too broad as it focuses on the most iconic uses of AI, and contains minimal obligations towards other AI. The bill is undoubtedly a milestone in the history of artificial intelligence, as it will ultimately lead to the first global legislative measure containing binding rules on AI.

---

<sup>4</sup> ELLUL J., MCCARTHY S., SAMMUT T., BROCKDORFF J., SCERRI M., PACE Gordon J. A Pragmatic Approach to Regulating Artificial Intelligence: A Technology Regulator's Perspective. April, 2021. <https://arxiv.org/abs/2105.06267>. Accessed: May 25, 2021.



The bill incorporates some lessons from the Data Protection Regulation and treats controversially certain uses of AI, characterizing the risks as high, medium and minimal, restricting the use as well as totally prohibiting it. However, the proposal also marks the advent of regulation and the end of unbridled freedom in all things AI.

### **3 CONTROVERSIAL ISSUES**

When scrutinizing publications on the subject, there are positions contrary to regulation, criticism and doubts about some points of the proposal. Some of the positions found are highlighted below.

One of the controversial issues of the regulation is its horizontality, for the most part, the existing laws and rules that regulate technology are vertically structured. In other words, it typically deals specifically with certain topics, such as cases of critical uses for safety, for example, in health, aviation or nuclear energy.

This criticism is based on the fact that AI applications are often small parts of larger software/hardware systems and the proposed regulation attempts to regulate this proportion horizontally, therefore, regardless of use cases. To some critics this approach seems impractical due to the majority of non-critical AI use cases. As well as horizontal regulation, in general it would lead to unclear responsibilities and disputes over responsibilities.<sup>5</sup>

To implement the procedures described ON Article 64 (Access to data and documentation), the European Commission would practically have to cluster AI expertise of all companies, universities and experts from the relevant authorities and invest hundreds of billions of Euros in its own infrastructure. This appears to be disproportionate and unfeasible.

Among the missing points in the proposal, it is mentioned that although the proposal is very broad, a number of critical points, including, but not limited to the following, were not (properly) addressed in it: Liability and Military Applications.

It is also highlighted that the proposed regulation does not specifically address social media, although that is precisely where there is a real danger of AI influencing society.

---

<sup>5</sup> WOLFF Josephine. *The EU's New Proposed Rules on A.I. Are Missing Something*. APRIL 30, 2021. <https://slate.com/technology/2021/04/eu-proposed-rules-artificial-intelligence.html>. Accessed: June 05, 2021.



Regarding legal bases, a careful analysis is necessary to determine whether the Union is competent to adopt the bill with the proposed content. It is not clear whether Articles 16 of the Treaty on the Functioning of the European Union, on data protection, and Article 114 of the TFEU, which requires a link to the establishment and functioning of the internal market, can serve as a basis for the entire regulation.

It is observed that regarding the delimitation of application areas, the regulation has not defined its own limits, as in Article 5, which deals with prohibited application areas, they are defined very broadly, generating insecurity for the interested parties.

While the power to impose penalties remains with Member States, Article 72 of the proposed regulation states that certain behaviors, including the violation of Article 5's prohibition of certain uses of AI (which is quite vague in some respects), should be subject to fines. In addition, some provisions concern procedural criminal law which remains largely within the competence of the Member States. It should be examined whether these would have to be expressly prohibited or whether this is already the case today under other laws such as criminal codes or the General Data Protection Regulation (GDPR) (European Commission, 2016).

Another point is an issue of power regarding AI that assists judicial authorities other than the Union courts (See the provision for law enforcement and judicial authorities in annex III(6) and (8)).

In general, controversies revolve around the very broad definition of "AI" contained in the proposal that can classify any existing and future software as "AI" and therefore be covered by this regulatory structure. It is also stated that there is no need for specific regulation for AI due to existing regulations, except occasionally some new usage cases. And for others, the proposed regulation poses the risk of over-regulating, which would make the use or development of AI applications in safety-critical application areas, such as healthcare, almost impossible in the EU. This would likely further strengthen Chinese and American corporations in their technology leadership.



#### **4 THE IMPORTANCE OF REGULATION WITH A GLOBAL LEGAL MILESTONE**

Artificial Intelligence (AI) is an indisputable reality today, arising in the context of what is known as the “Fourth Industrial Revolution” (4IR). Far from having reached its fullest development and potential, AI is called to play a key and profoundly strategic role, as well as to have a radical and central importance in society and the economy. Due to its undeniable global transcendence, we find ourselves in a kind of race between the most technologically advanced countries and regions on AI development, to occupy a leading position in its development worldwide.<sup>6</sup>

Policy makers around the world are facing the challenges of AI policy. Canada, China, Japan, the UK, the US and the EU are using ambitious strategies to promote the development and commercialization of AI in order to maintain sustained economic competitiveness in an environment of global transition towards an AI-driven economy.

This international competition is accompanied by the concentration of development in this field in a few countries, which would have led to the establishment of public policies and the emergence of private interests, which invested heavily in research, innovation and infrastructure in AI; to which would be added a gradual concern in adapting the response offered by law to this phenomenon, in order to promote its development, guaranteeing an adequate level of legal security.<sup>7</sup>

The regulation of AI issues has externalities that transcend national boundaries where domestic approaches tend to be in conflict, posing significant difficulties for those affected by more than one jurisdiction. Such problems are typically perceived as transnational in scope, with the consequence that involved actors increasingly consider national rules inappropriate to provide adequate solutions. This discrepancy between the transnational nature of a problem and the

---

<sup>6</sup> ERDÉLYI Olivia J. and GOLDSMITH Judy. Regulating Artificial Intelligence: Proposal for a Global Solution Share on. AIES '18: Proceedings of the 2018 AAAI/ACM Conference on AI, Ethics, and Society December 2018 Pages 95–101. <https://doi.org/10.1145/3278721.3278731>. Accessed: June 05, 2021.

<sup>7</sup> Bonadio, Enrico and McDonagh, Luke and Arvidsson, Christopher, Intellectual Property Aspects of Robotics (December 31, 2018). European Journal of Risk Regulation 4/2018, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3329014> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3329014>. Accessed: accessed: June 05, 2021.



national characteristic of the Law to rule over it creates pressures for transnational regulation.

To have any sustained effect, such transnational agreements require a law that is defined by national authorities, or in which they at least play a role, and that is associated with measures to enforce it. What is needed, therefore, are also transnational and globally effective tools that ideally build on the corresponding transnational and international agreements, at least where they are intended to have a legal form. This includes new concepts, agreements and institutions of transnational governance.<sup>8</sup>

At this juncture, we believe that national efforts to develop AI regulation and governance policies should, from the outset, be coordinated and supported by an international regulatory framework to avoid the risks arising from the imperfect interaction of fragmented domestic regulatory approaches.

The undisputed strategic value of the AI caught the attention of EU institutions, both for its profound and multifaceted implications for the internal market, and for its concern to maintain Europe's pioneering role and safeguard the EU's digital and industrial sovereignty in this field. An interest that would have been deployed through different initiatives and different instances; highlighting the purely legal dimension of this phenomenon. In this sense, from a strictly regulatory perspective, the European institutions activated a certain strategic action, aimed at not losing the AI train, given the advances that were manifested in other competing regions.<sup>9</sup>

It must be emphasized that the EU is particularly interested in seizing the great opportunities and potential offered by AI, while minimizing the major challenges it entails. All of this, with the objective of guaranteeing competitiveness and, from there, maintaining European leadership in the field. These goals would be achieved by promoting public policies to guarantee the financial and legislative means that favor both the promotion of research and innovation in this sector, as well as the structural changes and investments in necessary infrastructure to achieve the aforementioned goals.

---

<sup>8</sup> Wolfgang Hoffmann-Riem. Artificial Intelligence as a Challenge for Law and Regulation. Regulating Artificial Intelligence, 2020. ISBN: 978-3-030-32360-8. (eBook) <https://doi.org/10.1007/978-3-030-32361-5>. June 05, 2021. p. 2-25

<sup>9</sup> J. Turner, Robot Rules. Palgrave Macmillan, 2019, 16. [https://doi.org/10.1007/978-3-319-96235-1\\_9](https://doi.org/10.1007/978-3-319-96235-1_9). Accessed: 02 June 2021.



## REFERENCES

BONADIO, Enrico and McDonagh, Luke and Arvidsson, Christopher. *Intellectual Property Aspects of Robotics* (December 31, 2018). European Journal of Risk Regulation 4/2018, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3329014> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3329014>. Accessed: June 05, 2021.

Consolidated Version of The Treaty On The Functioning of the European Union. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>. Accessed: May 28, 2021.

ELLUL J., MCCARTHY S., SAMMUT T., BROCKDORFF J., SCERRI M., PACE Gordon J. A Pragmatic Approach to Regulating Artificial Intelligence: A Technology Regulator's Perspective. April, 2021. <https://arxiv.org/abs/2105.06267>. Accessed: May 25, 2021

ERDÉLYI Olivia J. and GOLDSMITH Judy. *Regulating Artificial Intelligence: Proposal for a Global Solution Share on. AIES '18: Proceedings of the 2018 AAAI/ACM Conference on AI, Ethics, and Society December 2018*. <https://doi.org/10.1145/3278721.3278731>. Accessed: June 05, 2021.

Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules On Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts. [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2021\)206&lang=EN](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2021)206&lang=EN). . Accessed: May 28, 2021.

RYAN Calo, *Robotics and the Lessons of Cyberlaw*, 103 Calif. L. Rev. 513–63, 2015.

TURNER J. *Robot Rules*. Palgrave Macmillan, 2019, 16. [https://doi.org/10.1007/978-3-319-96235-1\\_9](https://doi.org/10.1007/978-3-319-96235-1_9). Accessed: June 02, 2021.

WEAVER John Frank. *Regulation of artificial intelligence in the United States*, in: Research Handbook on the Law of Artificial Intelligence. Edward Elgar Publishing Limited, 2018.

WOLFF Josephine. *The EU's New Proposed Rules on A.I. Are Missing Something*. APRIL 30, 2021. <https://slate.com/technology/2021/04/eu-proposed-rules-artificial-intelligence.html>. Accessed: June 05, 2021

WOLFGANG Hoffmann-Riem. *Artificial Intelligence as a Challenge for Law and Regulation. Regulating Artificial Intelligence*, 2020. ISBN: 978-3-030-32360-8. (eBook) <https://doi.org/10.1007/978-3-030-32361-5>. June 05, 2021.



