



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ALASSANA VALDEZ

**APLICABILIDADE DAS NORMAS DE TRATADOS
INTERNACIONAIS NO DIREITO COMERCIAL: CASO DA
OHADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO GUINEENSE**

Salvador
2007

ALASSANA VALDEZ

**APLICABILIDADE DAS NORMAS DE TRATADOS
INTERNACIONAIS NO DIREITO COMERCIAL: CASO DA
OHADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO GUINEENSE**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia

Salvador
2007

V144 Valdez, Alassana.
Aplicabilidade das normas de tratados internacionais no direito comercial [manuscrito]: caso da OHADA no ordenamento jurídico Guineense / Alassana Valdez. _ Salvador, 2007.
141f.: 29 cm x 21 cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia.

“Orientador Prof. Dr. Saulo José Casali Bahia”.

1. Direito internacional. 2. Direito comercial. 3. Tratados internacionais. 4. Tratado da OHADA. 5. Ordenamento jurídico. 6. Guiné – Bissau. 7. Atos Uniformes - OHADA. I. Bahia, Saulo José Casali, orient II. Universidade Federal da Bahia. IV. Título.

CDD: 341

Ficha catalográfica elaborada por
Raidalva Caldas de Santana
CRB/ 5-1107

ALASSANA VALDEZ

APLICABILIDADE DAS NORMAS DE TRATADOS
INTERNACIONAIS NO DIREITO COMERCIAL: CASO DA
OHADA NO ORDENAMENTO JURÍDICO GUINEENSE

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Direito da
Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do Grau de
mestre em Direito Privado e Econômico.

BANCA EXAMINADORA

Saulo José Casali Bahia (Orientador)
Doutor em Direito – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC
Universidade Federal da Bahia

Washington Luiz da Trindade
Livre docente e Doutor em Direito da Universidade Federal da Bahia
Universidade Federal da Bahia

Examinador Externo _____

DEDICATÓRIA

A

Djenabú Só, querida mãe, por ter me ensinado a aprender.

Aos ausentes in memoriam:

Jorge Valdez, meu pai querido.

Alberto Só, meu tio.

AGRADECIMENTOS

A Deus, pela vida, saúde e força.

À minha família pelo apoio, força e compreensão que têm demonstrado durante a realização deste trabalho.

Agradeço ao Prof. Saulo Casali Bahia por ter me acolhido e orientado com sabedoria, sempre tão atencioso, receptivo e, acima de tudo, um grande mestre. Não tenho palavras para demonstrar a minha gratidão por tudo.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA, em especial, aos professores Jonhson Meiras Santos, Mônica Aguiar, Washington Trindade e Edivaldo Boaventura, pela compreensão e pelas lições.

Ao Professor Mário Jorge Lima, pelo apoio e lições ensinadas.

Aos meus colegas do mestrado Laurício Carvalho, Renato Amoedo, Tarsis Barreto e João Glicério, pelo diálogo livre e aberto, pelo incentivo, e contribuição na elaboração deste trabalho, que enriqueceu tanto a minha aprendizagem. Um obrigado especial.

À Paula Pérez, uma pessoa muito especial, pela força, compreensão e contribuição prestada na digitação deste trabalho. Uma verdadeira companheira.

Agradeço ao Mamadu Lamarana Bari e sua família por me acolherem e pela amizade sincera.

Ao Dr. Mamadú Jaló Pires pelos valiosos esclarecimentos prestados. Muito obrigado.

Ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFBA, minha gratidão, por possibilitar essa experiência enriquecedora e gratificante, da maior importância para meu crescimento como ser humano e profissional.

Aos funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UFBA, pelo carinho e amizade que me proporcionaram ao longo desta convivência.

Enfim, agradeço sinceramente a todos que, de alguma maneira ou outra, contribuíram para a realização deste estudo.

RESUMO

O presente trabalho objetivou analisar a aplicabilidade das normas de tratados internacionais no direito comercial, particularmente no caso do Tratado da OHADA na Guiné-Bissau, do ponto de vista jurídico-constitucional e de direito internacional. Analisam-se, na presente pesquisa, os conflitos emergentes com a adesão da Guiné-Bissau a essa organização internacional, não olvidando as teorias clássicas sobre o tema, isto é, as teorias monista e dualista. Neste caso, enfatizou-se a problemática da supranacionalidade da OHADA, a questão da aplicação direta e obrigatória dos seus atos normativos por parte dos Estados-Membros, e, na falta de normas constitucionais guineenses respeitantes à relação com as normas do direito internacional, verificou-se quais as possíveis soluções oferecidas pela doutrina. Ademais, procurou-se comparar os dois ordenamentos jurídicos com a finalidade de constatar as inovações introduzidas pelos atos normativos da OHADA, considerando que não houve uma revogação total e global das normas comerciais vigentes. Tudo isso, sem perder de vista a análise do seu ordenamento jurídico e suas características. Foi observado, por outro lado, que a Guiné-Bissau não somente carece de preceitos sobre o valor que as normas internacionais ocupam no seu direito interno, como também constatou-se que não admite a supranacionalidade, constituindo, assim, um verdadeiro obstáculo à integração política e supranacional visada pela OHADA.

Palavras-chave: 1. Direito internacional. 2. Direito comercial. 3. Tratados internacionais. 4. Tratado da OHADA. 5. Ordenamento jurídico. 6. Guiné – Bissau. 7. Atos Uniformes - OHADA.

ABSTRACT

The main goal of this paper was to investigate the applicability of the rules of international agreements in commercial Law, particularly regarding to the OHADA Agreement in Guinea-Bissau, in the perspective of constitutional and international Law. In this paper, it is analyzed the emergent conflicts with the adherence of Guinea-Bissau to this international organization, including also the classical theories related to this topic, in other words, the monist and dualist theories. In this case, we emphasized the problematic of supranationality of OHADA, the issue of direct and imperative application of normative acts by the state-members and, in the lack of Guinea constitutional rules regarding to the relation with the international Law, we searched the possible solutions furnished by literature. Furthermore, we searched to compare the two juridical settings in a way of investigating the innovations brought by normative acts of OHADA, considering that the present commercial rules were not totally or globally revoked. All the aspects were analyzed including the juridical setting and its characteristics. In the other hand, we observed that Guinea-Bissau not only needs precepts over the value that international rules play in its internal setting, but also we checked that supranationality is not admitted, which consists in a true obstacle for the political and supranational integration searched for OHADA.

Key-words: 1. International Law; 2. Commercial Law; 3. Internationals Agreements; 4. OHADA Agreement. 5. Juridical System. 6. Guinea – Bissau. 7. Uniform Acts - OHADA.

SUMARIO

INTRODUÇÃO	09
CAPITULO I - NOÇÕES GERAIS SOBRE TRATADOS	13
1. O Tratado	13
1. 1. Conceito e seus elementos	13
2. Classificação	16
3. Terminologia	18
3. 1. Emprego geral	18
3. 2. Regramento internacional	22
4. Aplicação e observância	23
4. 1. Relações entre direito internacional e o direito interno	23
4. 1. 1. Introdução	23
4. 1. 2. Concepções doutrinárias	27
4. 1. 2. 1. Dualismo jurídico	27
4. 1. 2. 2. Monismo jurídico	29
4. 1. 2. 2. 1. Monismo nacionalista	30
4. 1. 2. 2. 2. Monismo internacionalista	31
4. 1. 2. 2. 3. Monismo jusnaturalista	33
4. 1. 2. 3. Críticas	34
4. 1. 2. 4. Soluções teóricas	43
4. 1. 3. Prática internacional	47
4. 1. 4. Ordem jurídica guineense	49
4. 1. 4. 1. Constituição e tratados	49
4. 1. 4. 2. Tratados e leis infraconstitucionais	54
CAPITULO II - OHADA E SUAS INSTITUIÇÕES	56
1. Origem: breves fundamentos históricos	57
2. Natureza jurídica da OHADA e de seu ordenamento	59
2. 1. Natureza jurídica da OHADA	59
2. 1. 1. Supranacionalidade	60
2. 1. 2. Personalidade de direito interno	67
2. 2. Ordenamento jurídico da OHADA	68
2. 2. 1. Fontes	69
2. 2. 2. Características	71
3. O quadro institucional da OHADA	78
3. 1. Conselho de Ministros	79
3. 2. Corte Comum de Justiça e Arbitragem (CCJA)	80
3. 2. 1. No exercício da sua função jurisdicional	81
3. 2. 2. No exercício da sua função arbitral	83
3. 3. Secretariado Permanente	84

3. 4. Escola Regional Superior de Magistratura (ERSUMA)	85
4. Os atos das instituições da OHADA	86
4. 1. Natureza e classificação	86
4. 2. Atos Uniformes (Elaboração, forma e entrada em vigor)	88

CAPITULO III - O TRATADO RELATIVO À HARMONIZAÇÃO DO DIREITO DOS NEGÓCIOS EM ÁFRICA E A ORDEM JURIDICO DA GUINÉ-BISSAU

	91
1. O Tratado da OHADA e a Constituição da Guiné-Bissau	91
2. O Tratado da OHADA e as leis infraconstitucionais	95
2. 1. Harmonização ou uniformização de direito?	95
3. A questão de conflito entre tratados	97
4. As implicações da eficácia interna das normas da OHADA	100
4. 1. O princípio da plena eficácia dos atos uniformes da OHADA	100
4. 1. 1. O princípio de aplicabilidade direta e obrigatória	100
4. 1. 2. A primazia das normas da OHADA sobre qualquer norma do direito interno anterior ou posterior	102
5. As inovações introduzidas pelo ordenamento jurídico da OHADA na ordem interna guineense	103

CONCLUSÃO

135

REFERÊNCIAS

138

ANEXOS

142

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo analisar o tema relativo à aplicabilidade das normas da Organização para Harmonização em África do Direito dos Negócios (OHADA) sob prisma do direito interno, principalmente o Direito Constitucional de um dos seus Estados-Partes, a Guiné-Bissau, isso se deve ao estreito relacionamento que o Direito Internacional estabelece com o Direito Constitucional, considerando que cabe ao Direito Constitucional de cada Estado determinar o modo como a sociedade nacional se relaciona com as demais. Este relacionamento é realizado, essencialmente, através da celebração de tratados internacionais.

Entretanto, com a adesão da Guiné-Bissau à OHADA, gerou-se uma situação extremamente dúbia no que concerne as fontes do Direito Comercial aplicáveis no seu território, na medida em que a OHADA veio revolucionar todo um panorama legislativo jus-comercial acompanhada de fatores perturbadores da sua efetiva aplicação.

É de salientar que até o presente momento, o conhecimento e o domínio pela comunidade jurídica guineense do sistema normativo instituído pela OHADA são praticamente nulos. De fato apesar de estarem em vigor os primeiros atos uniformes há mais de doze anos decorridos, o desconhecimento do seu conteúdo pelos vários agentes judiciários e pelos funcionários dos Notários e Conservatórias é quase total.

Conseqüentemente, não surpreende que os seus textos normativos não passassem de "letras mortas", não inspirando uma única decisão judicial, nem havendo, sequer, uma peça judicial que invocasse a sua cobertura jurídica, mantendo-se a tranqüila aplicação pelos Tribunais das disposições já derogadas por força da regra prevista no artigo 10 do Tratado.

Em conseqüência do que foi exposto, a Guiné-Bissau não pode assim auferir qualquer dos benefícios visados com a sua adesão, não tendo dado, nomeadamente, nenhum passo no sentido de construir o quadro de segurança legal e judiciária que atraísse os investimentos tão necessários ao desenvolvimento econômico do país.

Deste modo, pretende-se dar aos guineenses, principalmente, mas não exclusivamente àqueles com a formação jurídica, visão do fenómeno comunitário, enquanto transformação de conceitos institucionais e jurídicos, em razão dos objetivos e necessidades colocados pelo processo de integração jurídica iniciada pela OHADA, nos meados dos anos 90, adotando como perspectiva de análise, sobretudo seus desdobramentos legais e institucionais em relação ao ordenamento guineense.

Trata-se de selecionar os tópicos ou aspectos que parecem ser mais relevantes ou mais especificamente inovadores, do ponto de vista jurídico-constitucional, mostrando as características desse ordenamento legal ao mesmo tempo interno e supranacional em vista das necessidades e condicionantes impostas pelo processo de integração econômica, tal como a experiência ora em curso na União Européia.

A escolha da temática resultou, por um lado, no desejo de contribuir para a modificação deste estado de coisas tão negativo que se vive na Guiné-Bissau, começando o estudo sistemático de uma tão extensa regulação jurídica e, por outro lado, resulta do fascínio exercido pela matéria, onde justamente estão sendo pacíficos gradualmente transformados e transtornados moldes e parâmetros legais seculares ou quase abalando o conceito de soberania ou alterando substancialmente a delimitação tradicional monismo-dualismo, ocorrendo interpenetração ou concomitância entre o direito interno e Direito Internacional, tanto público quanto privado.

Trata-se de tentativa de exame do tema a partir de perspectiva guineense utilizando instrumental conceitual e técnico-jurídico, especificamente de Direito Internacional, bem como subsidiariamente de Direito Constitucional, procurando destacar os dados mais marcantes desta relação, direito da OHADA e direito guineense.

É desnecessário frisar a complexidade do tema, ainda tão pouco versado entre nós, com escassas empreitadas de tratamento sistemático e especificamente jurídico, bem como seus riscos, na medida em que se trata de ramo de direito em constante mudança.

Pretende-se que este esforço sirva, no futuro, de ponto de partida para estudo sistemático e mais abrangente, especialmente entre nós.

Não se trata, aqui, de tratado sistemático nem de compêndio de análise de textos legais, artigo por artigo, mas de esforço de visão e posicionamento de conjunto de matérias reguladas pelo Tratado para Harmonização em África do Direito dos Negócios e suas relações com a ordem jurídica de um de seus Estados-Partes, a Guiné-Bissau, tratando-se, principalmente, de situar o ordenamento jurídico da OHADA em seus elementos mais característicos, em seu papel na construção de uma nova visão que pretende dar a seus Estados-Partes, suas instituições.

Não se trata, tampouco, de um estudo comparativo com outras tentativas e modalidades de integração econômica, mas recorrer-se-á sempre que isso se justifique as doutrinas e as jurisprudências brasileira e européia, pois inegavelmente a experiência européia pode constituir, sempre, um ponto de referência, senão uma mais-valia.

Esperando possa este trabalho oferecer alguns subsídios à reflexão a respeito do conflito entre as normas da OHADA e o direito interno da Guiné-Bissau, assim como as necessidades e pressupostos da integração seu contexto regulador, à partir do exame que vem sendo construído pela OHADA em África.

Assim, este trabalho se divide em três capítulos, subdivididos em tantos outros itens cada um.

O capítulo primeiro, Noções gerais sobre tratados, destina-se a breves análises do conceito e elemento do tratado, sua classificação, sua terminologia e a sua aplicação e observância, aqui, é vista as teorias clássicas de relações entre o Direito Internacional e direito interno ante de analisar, finalmente, a questão à luz da ordem jurídica da Guiné-Bissau.

No capítulo segundo, denominado OHADA e suas instituições, serão destacadas sucessivamente a sua origem, sua natureza jurídica e de seu ordenamento, antes de passar para o quadro institucional e seus atos.

No terceiro e último capítulo são consideradas as relações entre o Tratado instituidor da OHADA e a ordem jurídica guineense, dedicado a conflito entre o Tratado da OHADA e a Constituição, Tratado e as leis infraconstitucionais, a questão de conflito de tratados que envolvem o Estado da Guiné-Bissau, as implicações de adesão do país ao Tratado da OHADA e, finalmente, a título de exemplo é comparado o Código

Comercial vigente na Guiné-Bissau com o Ato Uniforme relativo a Direito Comercial Geral buscando, assim, as inovações introduzidas pela OHADA neste campo.

E, finalmente, uma parte conclusiva onde se apresenta a solução das indagações levantadas ao longo do trabalho.

CAPITULO I - NOÇÕES GERAIS SOBRE TRATADOS

1. O Tratado

1. 1. Conceito e seus elementos

As relações internacionais e a interdependência cada vez maior entre os Estados levaram com que os tratados internacionais se multipliquem nos últimos 50 anos na sociedade internacional.¹

No entanto, cumpre assinalar que um dos primeiros exemplos registrados de um tratado internacional, foi celebrado entre Lagash e Umma, cidades da Mesopotâmia, relativo à fronteira comum. Contudo, o mais famoso tratado da Antigüidade remota é o de Kadesh, concluído entre Ramsés II do Egito e Hatusil III dos hititas no século XIII a.C., exemplar do Museu de Arqueologia de Istambul, Turquia.² Da mesma maneira que na Antigüidade remota os gregos reconheciam e praticavam os institutos da inviolabilidade dos embaixadores, do respeito aos tratados e do recurso à arbitragem, dentre outros.

A maioria dos juristas entende que a Roma Antiga, ao longo de quase toda a sua história, não se considerava sujeita a um Direito Internacional distinto do seu direito interno. Daí apontam o *ius gentium* como indício de um Direito Internacional romano, era, na essência, um direito romano aplicado a estrangeiros por um magistrado romano.

¹ Celso D. de Albuquerque Mello reproduzindo os dados estatísticos apresentados por Gonçalves Pereira e Fausto Quadro mostra que entre 30 e 40.000 tratados foram assinados de 1947 a 1984 e 10.000 tratados foram celebrados entre 1984 a 1992. MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Curso de Direito Internacional Público**. 13ª edição, rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 199.

² Wikipédia, a enciclopédia livre, acesso em 15 de Agosto de 2006.

Portanto, o tratado internacional é um acordo resultante da convergência das vontades de dois ou mais sujeitos de Direito Internacional, formalizada num texto escrito, com o objetivo de produzir efeitos jurídicos no plano internacional.

Em outras palavras, o tratado é um meio pelo qual os sujeitos de Direito Internacional, principalmente os Estados nacionais e as organizações internacionais, estipulam direitos e obrigações entre si.

Os Estados e as organizações internacionais e outros sujeitos de Direito Internacional que celebram um determinado tratado são chamados de Partes Contratantes ou simplesmente Partes a este tratado.

Desta forma, conclui-se que desde sempre o processo de conclusão dos tratados está submetido a princípios costumeiros bem consolidados e, a partir do século XX, em normas escritas, especialmente a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969.

Dentre estes princípios, destacam-se o princípio lógico-jurídico *pacta sunt servanda*, isto é, os acordos devem ser cumpridos e o princípio do cumprimento de boa fé, ambos presentes no costume internacional e no artigo 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.

Assim sendo, a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, assinada em 1969, tornou-se numa das mais importantes fontes do Direito Internacional Público, não somente devido à multiplicidade dos tratados, mas também porque em regra as matérias mais importantes são regulamentadas por ela. Nesta Convenção as regras costumeiras sobre o tema foram codificadas num documento quase perfeito.³ Essa Convenção, de 1969, foi completada pela Convenção de 1986 sobre o Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou somente entre estes últimos, com o objetivo de reconhecer-lhes o direito de assinar tratados e convenções.

Nos termos da Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados, de 1969, o tratado significa um acordo internacional celebrado entre Estados em forma escrita e regido pelo Direito Internacional, que conste, ou de um instrumento único ou de dois ou de mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica.⁴

³ ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 13ª edição, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 23.

⁴ Artigo 1º, a) da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados assinada em 1969.

Esta definição é de tratado em sentido genérico, pois pode abranger os acordos em forma simplificada. A conotação das partes a Estados corresponde as circunstâncias em que as regras da Convenção foram elaboradas pelos Estados negociadores para regularem somente as suas relações mútuas, sem se preocuparem com a regulação dos tratados entre Estados e outros entes de Direito Internacional, ou entre estes apenas embora esse direito fosse expressamente reconhecido no art. 3º da Convenção.

A forma escrita é a mais comum dos tratados, não obstante, os acordos não escritos também têm obrigatoriedade, ou seja, não é nulo o tratado oral.⁵ Portanto, trata-se de uma limitação circunstancial e não essencial, diferentemente da posição adotada pela Convenção sobre Tratados assinada em Havana em 1928.⁶

Segundo este autor, a expressão “tratado” se refere a um acordo regido pelo Direito Internacional, qualquer que seja sua denominação, não é essencial à definição, pois além de poder existir tratados não escritos, a uniinstrumentalidade e a pluriinstrumentalidade somente servem para distinguir os tratados e não a defini-los.⁷

Para Hildebrando Accioly o tratado é um ato jurídico por meio do qual se manifesta o acordo de vontades entre duas ou mais pessoas internacionais.⁸ José Francisco Rezek, por sua vez, vê o tratado como todo acordo formal concluído entre sujeitos de Direito Internacional Público, e destinado a produzir efeitos jurídicos.⁹

Interessa observar que, desde sempre o conceito do tratado oferece na doutrina tanto brasileira como estrangeira uma dificuldade de conceituação, ou seja, não existe uma definição precisa e pacífica do conceito em análise. No entanto, todas as definições se recolhem ao núcleo comum, no sentido de definir o tratado internacional como um acordo de vontades entre sujeitos de Direito Internacional, regido pelo direito das gentes. Observa Saulo Casali Bahia, que desta definição resultam patentes os seguintes elementos do tratado internacional¹⁰:

⁵ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Op. cit., p. 255.

⁶ BAHIA, Saulo José Casali. **Tratados internacionais no direito brasileiro**. São Paulo: Editora Forense, p. 1.

⁷ BAHIA, Saulo José Casali. Op. cit., p. 2.

⁸ ACCIOLY, Hildebrando. Op. cit., p. 23.

⁹ REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 7ª edição, rev., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 14.

¹⁰ BAHIA, Saulo José Casali. Op. cit., p. 3.

- a) O consentimento, sem o qual o ato internacional envolvendo duas ou mais pessoas do Direito Internacional deveria ser considerado como ato unilateral de uma delas relativamente à outra ou outras;
- b) A personalidade internacional dos acordantes, pois não é possível a existência de um tratado internacional sem que as partes possuam a qualidade de pessoas de Direito Internacional;
- c) A regência pelo Direito Internacional, pois o controle do consentimento, aí incluindo-se a forma e o objeto, e dos efeitos jurídicos do acordo não fica a cargo do direito interno das partes no tratado.

Na verdade as condições de validade do tratado internacional dependem da observância destes elementos.

2. Classificação

Muitas são as classificações fornecidas pela doutrina acerca dos tratados internacionais. A começar pelo seu aspecto formal, o tratado pode ser diferenciado em bilateral e multilateral quando tomado na perspectiva de número das partes que o compõem. Assim sendo, os tratados bilaterais são aqueles celebrados entre duas partes e os multilaterais são aqueles celebrados por mais de duas partes. Os tratados multilaterais normalmente trazem a cláusula de adesão, isto é, consideram-se tratados abertos, mas pode haver exceções a essa abertura.

Quanto à natureza dos tratados, segundo os ensinamentos de Accioly, estes podem ser classificados em tratados-leis ou tratados-normativos e tratados-contratos. Os tratados-normativos são em regra celebrados entre muitos Estados com o objetivo de fixar as normas do Direito Internacional.¹¹ Em outras palavras, os tratados-normativos são aqueles que criam normas gerais e abstratas em que se pretende alcançar um objetivo comum através do comportamento igual das partes. É o caso, por exemplo, das Convenções de Viena de 1969 e 1986, do Tratado da OHADA. Estes tratados são considerados fontes do Direito Internacional Público, pois neles é que se manifestaria a vontade coletiva.¹²

¹¹ ACCIOLY, Hildebrando. Op. cit., p. 24.

¹² MELLO, Celso D. de Albuquerque. Op. cit., p. 207.

Os tratados-contratos, por sua vez, regulam interesses recíprocos dos Estados, isto é, buscam ajustar os direitos e deveres recíprocos das partes e são em regra de natureza bilateral.

Ainda este autor distingue os tratados-contratos em executados ou executórios. Os tratados-contratos executados, também chamados transitórios ou de efeitos limitados, são aqueles que devem ser logo executados e que, levados a efeito, dispõem sobre a matéria permanentemente, uma vez por todas. É o caso dos tratados relativo à cessão ou a permuta de território. Ao passo que, os tratados-contratos executórios ou permanentes ou de efeitos sucessivos, são os que prevêm atos a serem executados regularmente, toda vez que se apresentem as condições necessárias, tal é o que acontece nos tratados de comércio e de extradição.¹³

Para alguns doutrinadores diferenciar tratados-normativos de tratados-contratos nem sempre é fácil de fazer no caso concreto e deve ser abandonada na opinião de Hans Kelsen. Pois, para ele, tanto no tratado chamado contratual quanto naquele dito normativo, a vontade convencional das partes tem sempre um mesmíssimo objeto, constituído pela integralidade do teor do tratado.¹⁴ Além do mais, o art. 38 do Estatuto da CIJ, ao enumerar as fontes do Direito Internacional faz referência apenas as "convenções gerais e especiais", sem qualquer outra distinção. Por fim, não existe uma relação de hierarquia entre eles, portanto, esta distinção carece de qualquer valor jurídico.

Na verdade, num tratado pode-se encontrar as duas qualidades ao mesmo tempo, é caso concreto nos tratados de paz ou de fronteiras. Apesar desta distinção não consta em nenhum artigo da Convenção de Viena que codificou as normas relativas a tratados. Entretanto, aduz Celso de Mello que na prática pode realmente existir certos tratados, nos chamados tratados-normativos, que possuem certas características próprias: normas objetivas, abertas, impessoais e unidade de instrumento.¹⁵ Outro aspecto relevante dessa distinção tem a ver com a aplicação das regras de interpretação, pois cada espécie obedece a uma regra própria, porque não se pode aplicar as mesmas regras de interpretação quando as vontades são divergentes e

¹³ ACCIOLY, Hildebrando. Op. cit., p. 25.

¹⁴ REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 30.

¹⁵ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Op. cit., p. 208.

quando concorrem para um objetivo comum. É assim que, nos tratados-contratos recorrem-se mais a negociações anteriores à conclusão dos tratados, ou seja, os trabalhos preparatórios. Por outro lado, em caso de guerra os tratados-contratos terminam, enquanto os tratados-normativos são apenas suspensos.

Saulo Casali distingue o contrato administrativo internacional, *state contract*, regido pelo direito nacional e celebrado entre um Estado e particulares, fixando normas individuais e concretas, através das quais assumem as partes direitos e deveres recíprocos do tratado-contrato.¹⁶ Para este autor, a principal peculiaridade de contratos administrativos internacionais diferentemente dos tratados-contratos, é que estes são regidos pelo direito interno de uma das partes, ou de um Estado eleito pelas partes, e um dos contratantes é um Estado e em outro extremo tem-se um particular, pessoa física ou jurídica.¹⁷

3. Terminologia

3. 1. Emprego geral

A prática internacional registra o uso livre dos diversos sinônimos da expressão tratado. A rigor, do ponto de vista jurídico, tais nomes importam pouco e não são aplicados de maneira coerente. Existe, porém, em alguns casos, o hábito, nem sempre seguido, de se atribuir a certos tratados nomes específicos, conforme a sua forma, seu conteúdo, o seu objeto ou seu fim, como por exemplo:

Tratado é considerado como o termo genérico a designar um acordo de vontades entre pessoas de Direito Internacional, e regido pelo direito das gentes, como por exemplo o Tratado para a Constituição de um Mercado Comum entre a República Federativa do Brasil, a República Argentina, a República do Paraguai e a República

¹⁶ BAHIA, Saulo José Casali. Op. cit., p. 4.

¹⁷ BAHIA, Saulo José Casali. Op. cit., p. 4.

Oriental do Uruguai, também conhecido como Tratado de Assunção, de 1991, o Tratado para Harmonização em África do Direito dos Negócios, de 1993.

Convenção costuma ser multilateral, isto é, dela participa um número considerável de países e dispõe acerca das grandes províncias ou de grandes temas do Direito Internacional, criando deste modo normas gerais, como o caso da Convenção sobre Mar Territorial, da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas de 1961 ou da Convenção Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra de 1929.

No caso do objeto do tratado figurar no campo cultural, comercial, financeiro ou econômico, freqüentemente recorre-se a denominação de acordo, ajuste ou convênio.

Às vezes costuma-se utilizar no Direito Internacional Público a expressão acordo de sede para designar os tratados relativos à instalação de uma organização internacional no território de um Estado qualquer.

Segundo Francisco Rezek o termo acordo de sede pode pressupor outros dois sentidos: a) que se cuida de um tratado bilateral; b) que uma das partes é uma organização internacional, e a outra um Estado, provavelmente, mas não seguramente, membro da primeira.¹⁸

Acordos simplificados ou acordos executivos, por sua vez, são aqueles que não são submetidos ao Poder Legislativo para sua aprovação nos países onde a mesma é, em princípio, exigida. São concluídos pelo executivo muitas vezes por meio de troca de notas.

A expressão concordata é reservada a um tratado celebrado entre um Estado e a Santa Sé cujo objeto tenha cunho religioso.

O termo declaração é reservado ao tratado que signifique manifestação de acordo sobre certas questões, embora existam exceções. O valor jurídico desses tratados é bastante discutível. As declarações servem também para interpretar algum tratado anteriormente celebrado, notificar um acontecimento ou certas circunstâncias ou pode servir de anexo a um tratado. Não se devem confundir as declarações firmadas pelas pessoas de Direito Internacional, com os acordos de cavalheiros ou *gentlemen's agreements*, que nenhuma consequência jurídica imperativa acarreta às referidas

¹⁸ REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 17.

peçoas, na medida em que firmados pelos plenipotenciários das mesmas em nome próprio, resultando daí compromissos políticos e morais, mas pessoais.

Protocolo costuma ser um tratado acessório ou complementar a, ou resultante de, um tratado principal, como o Protocolo Adicional à Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias, de 1979. Pode também significar a ata de uma conferência.

Modus vivendi ou arranjos é utilizado para designar um acordo transitório. O termo arranjo, às vezes se emprega para denominar um tratado que pretende servir de regulamentação de outro.

Pacto é a denominação utilizada para designar tratados solenes. Foi empregada pela primeira vez no Pacto de Liga das Nações, de 1919.

Estatuto é empregado para os tratados coletivos geralmente estabelecendo normas para os tribunais internacionais, é o caso do Estatuto da Corte Internacional da Justiça, de 1945 ou a Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1919.

Carta é uma forma solene de designação de tratados que estabelecem direitos e deveres, nomeadamente a Carta Social Européia ou a Carta africana dos Direitos do Homem e dos povos de 1981. Também é utilizado para os instrumentos constitutivos de organizações internacionais, por exemplo, a Carta da Organização das Nações Unidas (ONU) ou a Carta da Organização para Unidade Africana (OUA).¹⁹

A troca de notas tem a ver mais propriamente com a forma em que o tratado é celebrado. Nesta técnica não se segue à via tradicional da composição de um único documento assinado por todas as partes, o consentimento das mesmas é obtido através das correspondências de notas diplomáticas de proposta e de aceitação. Não obstante de serem verdadeiros tratados, esta modalidade é quase que exclusivamente reservada a acordos sobre matéria secundária ou provisória, eis que a falta de solenidade não deixa de poder gerar certas dificuldades, inadmissíveis em se tratando de pactos de maior repercussão.

Se justificada a situação, o tratado por troca de notas é submetido à aprovação do legislativo antes da sua aprovação, o que é feito igualmente através de

¹⁹ Atualmente substituída pela União Africana (UA).

notas. Esclarece Saulo Casali Bahia²⁰ que a técnica de troca de notas não se confunde com as reversais ou notas reversais. Segundo este autor, as notas reversais possuem finalidades específicas, no sentido de declarar que certa concessão feita por outro Estado não derroga direitos e prerrogativas anteriores do Estado que concede ou do Estado declarante. Pode também registrar concessões recíprocas feitas entre si. Finalmente, afirma que as reversais possuem a forma de cartas patentes.²¹

Atos internacionais correspondem a quaisquer manifestações de vontade, no plano internacional, aptas a acarretar conseqüências jurídicas, nessa esfera, ao emissor da vontade. São praticas unilaterais, categoria que não se confunde com a dos tratados, que exigem para sua formação um ajuste de vontade entre os diversos sujeitos do Direito Internacional. Porém, alguns pactos designativos de acordos sobre matérias de interesse geral, adotados em conferências internacionais, tomaram o nome de ato geral ou simplesmente ato.

Entretanto, existem atos entre Estados que não são tratados, por exemplo, a ata de Helsinque de 1975, uma vez que não produzem efeitos jurídicos obrigatórios, mas que têm um caráter normativo com aspecto político ou moral.

Compromisso é o termo utilizado para designar os acordos sobre litígio que vão ser submetidos à arbitragem. Normalmente o compromisso arbitral costuma ser bilateral.²²

Memorando de entendimento às vezes, mas nem sempre, designa tratados sobre temas técnicos ou específicos, como o Memorando de Entendimento sobre Cooperação entre as Academias Diplomáticas entre Brasil e Colômbia, de 2005.

A proliferação de sinônimos pode causar uma certa confusão quanto à natureza jurídica do texto. Por exemplo, diante de um texto denominado memorando de entendimento celebrado entre dois Estados, o exegeta pode indagar se se trata de um tratado ou apenas de uma declaração de boa-vontade. Será um tratado se estipular direitos e obrigações e se estiver claro que as Partes o celebraram com o intuito de vincular-se, obrigatoriamente, às suas disposições.

²⁰ BAHIA, Saulo José Casali. Op. cit., p. 9.

²¹ BAHIA, Saulo José Casali. Op. cit. p. 10.

²² REZEK, José Francisco. Op. cit. p. 16.

Entretanto, é inconfundível o tratado internacional com algumas das suas partes, nomeadamente, o preâmbulo que contém o nome e título dos contratantes, alguma eventual invocação, o enunciado breve dos motivos e do objeto das negociações e a menção aos plenos poderes dos plenipotenciários, o articulado ou dispositivo, consistente no próprio texto do tratado e o fecho, onde consta a declaração do testemunho do quanto acordado, a data, o local e a assinatura, ou ainda algum de seus anexos.

3. 2. Regramento internacional

No que respeita à regulação dos tratados internacionais, a história mostra que sempre estiveram adequados as suas próprias disposições e pelo costume internacional.

Assim sendo, observa Saulo Casali Bahia que "é o princípio da certeza jurídica que forçou paulatinamente a introdução de normas gerais relativas à própria celebração, validade, aplicação, suspensão, interpretação e término dos tratados".²³

Dentre elas destaca-se aquelas contidas na Convenção sobre Direito dos Tratados, celebrada em 1969 na cidade de Viena, Áustria, que começou a valer a partir do ano de 1980 e a Convenção sobre o Direito dos Tratados entre os Estados e as Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais apenas, igualmente assinadas em Viena em 1986.

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969, traz em seus dispositivos, mais do que arranjos eventuais acerca do modo e do valor de celebração dos pactos, mas verdadeiras regras consagradas pelos costumes internacionais, pelos princípios gerais de Direito Internacional e pela doutrina internacional.

Muitas dessas regras correspondem ao que a própria Convenção denominou de *jus cogens*, isto é, norma imperativa do Direito Internacional, definida como sendo uma norma aceite e reconhecida pela comunidade internacional dos Estados em sua

²³ BAHIA, Saulo José Casali. Op. cit., p. 13.

totalidade, como uma norma da qual não se admite derrogação e que só pode ser modificada por uma nova norma de Direito Internacional. Entretanto, a Convenção não indicou quais seriam essas normas imperativas de Direito Internacional, somente se definiu nessa altura a proibição de guerra como meio de solução de conflitos internacionais fora dos casos consentidos pela Carta das Nações Unidas, de 1945.

O artigo 64 da Convenção de Viena de 1969 determina que qualquer norma contida em um tratado que viole norma do *jus cogens* é, assim, nulo. Do mesmo modo, será nulo o tratado que entrar em conflito com norma do *jus cogens* superveniente.

4. Aplicação e observância

4. 1. Relações entre Direito Internacional e o direito interno

4. 1. 1. Introdução

Ao longo da história, empregaram-se diversas denominações para designar o ramo de direito que regula o relacionamento entre os Estados. Os romanos utilizavam a expressão *ius gentium*, direito das gentes ou direito dos povos, retomada mais tarde por Isidoro de Sevilha e Samuel Pufendorf.

Foi Jeremy Bentham quem cunhou a expressão *international law*, em sua obra *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Ao verter o livro para o francês, Etienne Dumont traduziu a expressão como *droit international*, e esta foi adotada nos diversos idiomas.

A qualificação “público” – encontrada na expressão “Direito Internacional Público” – é usada para diferenciar este ramo de direito da disciplina dedicada ao estudo do conflito de leis no espaço, Direito Internacional Privado. Convém ter em mente, porém, que Direito Internacional e Direito Internacional Público são freqüente e corretamente utilizados como sinônimos.

Antes de tudo, cumpre lembrar que o Direito Internacional é o conjunto de normas que regula as relações externas dos atores que compõem a sociedade internacional. Estes atores, chamados sujeitos de Direito Internacional, são, principalmente, os Estados nacionais, embora a prática e a doutrina reconheçam também outros atores, como as organizações internacionais, beligerantes, insurgentes e a Santa Sé.

Mas como ensina a Ciência Política, o Estado é dotado de soberania, e esta se manifesta de duas maneiras, segundo o âmbito de aplicação. Na vertente interna de aplicação da soberania, o Estado encontra-se acima dos demais sujeitos de direito, constituindo-se na autoridade máxima em seu território. Na vertente externa, por outro lado, o Estado está em pé de igualdade com os demais Estados soberanos que constituem a sociedade internacional.

Esta dicotomia entre as vertentes interna e externa do âmbito de aplicação da soberania do Estado reflete-se, também, na natureza da norma jurídica, conforme seja de direito interno ou de Direito Internacional. No direito interno, a norma emana do Estado ou é por este aprovada. O Estado impõe a ordem jurídica interna e garante a sanção em caso de sua violação, relação de subordinação.

O mesmo não acontece no Direito Internacional. Neste, os Estados são juridicamente iguais segundo o princípio da igualdade jurídica dos Estados e, portanto, não existe uma entidade central e superior ao conjunto de Estados, com a prerrogativa de impor o cumprimento da ordem jurídica internacional e de aplicar uma sanção por sua violação. Os sujeitos de direito, os Estados, aqui, diferentemente do caso do direito interno, produzem, eles mesmos, diretamente, a norma jurídica que lhes será aplicada, por exemplo, quando um Estado celebra um tratado, o que constitui uma relação de coordenação. O Direito Internacional é, portanto, *sui generis* entre os ramos do direito.

Discute-se se existe uma hierarquia das normas de Direito Internacional, se um tipo de norma seria superior e, portanto, prevaleceria contra outro tipo de norma. Embora alguns juristas reconheçam, por exemplo, a superioridade dos princípios de Direito Internacional, como por exemplo os princípios da igualdade jurídica dos Estados e da não-intervenção, grande parte dos estudiosos entendem que inexistem hierarquia.

Os conceitos de ato ilícito, isto é, violação de uma norma jurídica e de sanção, isto é, penalidades impostas em consequência do ato ilícito, existem no Direito Internacional, mas sua aplicação não é tão simples como no direito interno. Na ausência de uma entidade supra-estatal, a responsabilidade internacional e a consequente sanção contra um Estado dependem da ação coletiva de seus pares.

Portanto, as indagações que se colocam são as seguintes: que tipo de relação existe entre Direito Internacional e o Direito Interno de cada Estado? Trata-se de duas ordens jurídicas distintas ou são fontes do mesmo Direito?

Estas perguntas têm movimentado todos os estudos recentes sobre conflitos entre normas internacionais e internas, fato que tem tornado a discussão um pouco desgastada pela doutrina. Mas, ainda assim, reconhece-lhe certo caráter de *déjà vu*, a questão torna à baila.

Na verdade, apesar deste desgaste conceitual, a questão da relação entre o Direito Internacional e o interno só começou a ser estudada, sistematicamente, no final do século XIX. O estudo desta relação enveredou-se à volta de duas correntes doutrinárias que apesar de desgastadas e criticadas como reducionistas, são ainda citadas e referidas em qualquer obra sobre o tema. Estas correntes são: o monismo jurídico e o dualismo.

Mesmo em reconhecidas obras doutrinárias, reconhece-se que "as teorias monista e dualista fornecem as bases doutrinárias para a solução a ser adotada pelos Estados no conflito entre o tratado internacional e o direito interno".²⁴

Ao se analisar a evolução do Direito Internacional, observa-se que o estreitamento das relações internacionais tem oferecido um sistema internacional mais integrado, mais cooperativo. Esses movimentos que têm levado à crescente integração do sistema internacional, também chamados de movimentos globalizantes, têm imposto novas formas de relacionamento aos sujeitos internacionais. Nesse contexto, cada vez mais, o Direito Internacional vai se tornando, ao mesmo tempo, um elemento de harmonia e de conflito nas relações entre os sujeitos internacionais. É um elemento de coesão, à medida que vai conseguindo estabelecer a cooperação entre os atores internacionais e o equilíbrio do sistema internacional. Essa coesão implica a

²⁴ FRAGA, Mirtô. Op. cit. p. XIII.

harmonização das duas ordens, interna e externa. Por outro lado, pode ocorrer, o fenômeno contrário ao cenário de estabilidade, uma contradição de interesses entre as duas ordens, a estatal e a internacional, no caso do Direito Internacional, das duas ordens jurídicas, a interna e a externa.

A dicotomia estabelecida pela independência entre o Direito Internacional e o Direito Interno tem levado à problemas doutrinários e práticos sem que se consiga chegar, todavia, a um consenso acerca da predominância de um direito sobre o outro.²⁵ Pois, havendo um conflito entre uma fonte oriunda do Direito Internacional e uma de Direito Interno, qual delas deverá prevalecer?

Vale ressaltar que há também os que digam que essa disputa doutrinária é irrelevante e inócua. Segundo Ross, tratar-se-ia de uma disputa de palavras.²⁶

Como foi acima referida, existem duas vertentes de análise principais para se estudar a relação entre o Direito Internacional e o Direito Interno, ou seja, a dualista e a monista. De um modo simples, pode-se afirmar que o dualismo pressupõe que o Direito Internacional e o Direito Interno são noções diferentes, pois estão respectivamente fundamentadas em duas ordens diferentes, a ordem interna e a ordem externa. O monismo jurídico pressupõe, por sua vez, que o Direito Internacional e o Direito Interno são elementos de uma única ordem jurídica e, sendo assim, haveria uma norma hierarquicamente superior que rege este único ordenamento. Esta teoria, ainda, apresenta três posições, uma que defende a primazia do direito interno, a outra, a primazia do Direito Internacional e finalmente aquela que se denomina de monismo jusnaturalista.

Junto às teorias monista e dualista, existe uma outra abordagem, consagrada pelo pluralismo com subordinação parcial, que tenta conciliar alguns postulados de ambas as teorias. Essas teorias ficaram conhecidas como Teorias Conciliadoras como ressalta Celso Mello afirmando que "[...] não teve aceitação na prática ou na doutrina e, consagra uma distinção entre as normas internacionais que não tem qualquer razão de

²⁵ Na verdade, a teoria e a prática são realidades distintas, fato que merece uma atenção particular. Mirtô Fraga também reconhece esta independência, afirmando que a questão pode ser estudada de dois pontos de vista: o teórico e o prático. FRAGA, Mirtô. Ob. cit., p. 04.

²⁶ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Op. cit., p. 109.

ser, nem é encontrada na prática internacional".²⁷ Além desta vertente crítica do monismo e do dualismo, surgiram outros posicionamentos críticos, que também merecem alguma importância. Não se pode recusar que o dualismo, o monismo e a perspectiva conciliadora, assim como os outros posicionamentos críticos, trazem à luz acadêmica uma discussão que parte, grosso modo, de três hipóteses diferentes e, portanto, reciprocamente contraditórias. Nesta ordem, afirma Rezek que "cada uma das três proposições pode ser valorizada em seu mérito, se admitirmos que procuram descrever o mesmo fenômeno visto de diferentes ângulos".²⁸

Uma breve análise dessas hipóteses cumpre auxiliar na busca de um entendimento do conflito potencial entre fontes internacionais, especialmente, entre o tratado internacional e a ordem jurídica interna.

4. 1. 2. Concepções doutrinárias

4. 1. 2. 1. Dualismo jurídico

O primeiro estudo sistematizado acerca da existência de um conflito entre normas foi realizado por Heinrich Triepel, em 1899, na sua obra intitulada *Volkerrecht und Landesrecht*.²⁹

Os ensinamentos de Triepel foram desenvolvidos, mais tarde, em 1905, na Itália, por Dionísio Anzilotti, em sua obra intitulada *Il Diritto Internazionale nel Giudizio Interno*. É mister observar que este autor, Dionísio Anzilotti, apresenta um dualismo diferente do formulado por Triepel, nomeadamente, quando afirma que, em alguns casos, o Direito Internacional pode ser aplicado pelo Direito Interno sem a necessária transformação.

Outros italianos, como Sereni e Perassi, também seguem o modelo do dualismo, fazendo da Escola Italiana de Direito Internacional uma das mais importantes

²⁷ MELLO, Celso D. De Albuquerque. Op. cit., p. 114.

²⁸ REZEK, Francisco. Op. cit., p. 5.

²⁹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Op. cit., p. 109.

representantes dessa teoria. Cumpre lembrar ainda que fora Alfred Verdross, em 1914, quem denominou essa teoria de dualista, quando, apenas em 1923, Triepel utiliza o termo dualismo em seus escritos.³⁰ Os estudos de Triepel figuram, em princípio, no plano das perspectivas pluralistas, nessa altura reconheceu o Verdross³¹ à deficiência do termo dualismo, pois, na verdade, o dualismo admite não só duas, mas, várias ordens jurídicas, as nacionais, por um lado, e a internacional, por outro. Não obstante, a definição de dualismo pode ser resumida como sendo a teoria que defende a tese de que o Direito Internacional e o direito interno, o direito nacional, de cada Estado são dois sistemas completamente distintos, independentes e separados um do outro, por isso, a validade jurídica da norma interna de um Estado não depende da sua sintonia com a ordem internacional, portanto, são dois sistemas inconfundíveis que nunca estariam em conflito, na medida em que as normas de um não teriam qualquer aplicação no outro.

Por outro lado, observam os dualistas que as normas do Direito Internacional se aplicam nas relações entre Estados, enquanto que as normas do direito interno visam regular relações entre indivíduos. Ainda argumentam estes autores, que o direito das gentes depende da vontade coletiva de vários Estados, ao invés, os direitos internos dependem da vontade particular dos Estados. Conseqüentemente o Direito Internacional não gera obrigações para o indivíduo, pelo menos, até que as suas normas sejam transformadas por um ato normativo interno do Estado em seu direito interno, isto é, através do mecanismo de recepção. Desta forma, afirma Accioly que "é no fenômeno de transformação que reside à debilidade de raciocínio dos dualistas e por outro lado, não tomam em consideração a importância de costume internacional".³²

Dentro do que se denomina de teoria dualista, ainda aparecem várias visões e postulados que acabam por quebrar a unidade conceitual de um corpo teórico. Anzilotti e Verdross, tomando por base os trabalhos de Triepel, mesmo sendo adeptos do dualismo, estabeleceram novas abordagens que contradizem alguns aspectos da teoria desenvolvida *a priori*. Da mesma forma, Anzilotti e Verdross incluíram cada um a sua forma, novos elementos no corpo teórico do dualismo. Nesse contexto, sem querer

³⁰ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Op. cit., p. 110.

³¹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Op. cit., p. 110.

³² ACCIOLY, Hildebrando. Op. cit., p. 62.

diminuir a importância dos demais teóricos, que destinaram consideráveis esforços para a questão do conflito de normas, é, realmente, Triepel o ponto de partida para se entender, não apenas o dualismo, mas, também, as nuances conceituais desenvolvidas por outros autores e que têm permeado o corpo teórico do dualismo jurídico por todo o século XX.³³

Pode-se dizer que Triepel construiu um dualismo radical, em razão da rigidez estabelecida nas suas categorizações, e que Anzilotti, ainda dentro da estrutura teórica dualista, admite algumas flexibilidades na questão central, ou seja, a de se saber como são estabelecidas as relações entre o Direito Internacional e o Direito interno, podendo-se falar de um dualismo moderado. Com efeito, qualquer discussão acerca de conflitos entre fontes tem que considerar, ao menos a título de contraposição argumentativa, os estudos de Triepel, a quem se devem, certamente, os primeiros esforços na busca de uma resposta à questão da relação entre o Direito Internacional e o Direito interno. A diferença substancial com relação a Triepel é que Anzilotti admite a aplicação imediata do Direito Internacional pelos tribunais internos em certos casos sem a necessária transformação, isto é, sem o devido processo de recepção pelo Direito Interno.

4. 1. 2. 2. Monismo jurídico

O monismo surgiu em oposição ao dualismo defendido por Triepel. Grosso modo, a teoria monista não aceita a existência de duas ordens jurídicas autônomas, independentes e não derivadas. Os autores monistas sustentam a tese da existência de uma única ordem jurídica, que, seria uma ordem superior independente da vontade dos Estados porque o direito é um só, quer se apresente nas relações de um Estado, quer nas relações internacionais.³⁴

³³ A tese dualista, proposta por Triepel, teve uma grande aceitação principalmente na Alemanha e na Itália. O dualismo, tal como fora construído por Triepel, todavia, sofreu algumas modificações quando repensado por outros autores. Não que esses autores tenham se distanciado da substância do dualismo, que é a consideração da existência de dois sistemas jurídicos independentes, mas, cada autor contribuiu com novos conceitos e postulados dentro da mesma estrutura teórica do dualismo jurídico.

³⁴ ACCIOLY, Hildebrando. Op. cit., p. 62.

No mesmo sentido assevera Saulo Casali Bahia, citando Paul Reuter, que todo o conhecimento científico tende a se organizar em um conjunto unificado, em um sistema. Ainda segundo este autor, ao abordar a relação que se possa estabelecer entre o Direito Internacional e direito interno, afirma que "estes dois ramos deveriam compor um único sistema, com base no princípio lógico da identidade, pois não deveria ser admitido que uma norma pudesse ter validade internacional sem possuir validade interna, e vice-versa".³⁵

Assim sendo, o monismo jurídico seria aquela corrente doutrinária que sustenta a idéia da existência de um único sistema normativo. Celso Mello observa que esta teoria "não aceita a existência de duas ordens jurídicas autônomas, independentes e não derivadas".³⁶ Os partidários da doutrina monista enveredam por dois caminhos diferentes. Alguns defendem a supremacia do Direito interno sobre o Direito Internacional e outros a supremacia do Direito Internacional sobre o Direito Interno. Outros, ainda, pretenderam que a submissão ocorresse em face de um terceiro ordenamento, o chamado monismo jusnaturalista.

4. 1. 2. 2. 1. Monismo nacionalista

Para os autores defensores desta corrente, o Direito Internacional tem a sua origem no Direito Interno, devendo, por isto, submeter-lhe. Pois, entendem que não existe qualquer outra autoridade superior ao Estado. Por isso, para os nacionalistas a Constituição interna seria uma norma suprema, à qual todas as normas internacionais e demais normas internas deveriam obedecer, e, justificam que a aplicação dos costumes internacionais seria o resultado de uma recepção constitucional tácita pelo Direito Interno. Motivo pelo qual os nacionalistas são também chamados de constitucionalistas.

Observa Celso de Albuquerque Mello que "o monismo com primazia do Direito Interno tem suas raízes no hegelianismo, que considera o Estado como tendo uma

³⁵ BAHIA, Saulo José Casali. Op. cit., p. 72.

³⁶ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Op. cit., p. 111.

soberania absoluta".³⁷ Segundo esta concepção, continua Celso de Albuquerque Mello, o Estado não pode estar sujeito a nenhum sistema jurídico que não tenha emanado de sua própria vontade, pois, o fundamento do Direito Internacional, segundo Jellinek, é a autolimitação do Estado já que o Direito Internacional tira sua obrigatoriedade do Direito Interno, devendo por isso submeter-se a este.³⁸ Nesse marco, conclui Celso Mello, "o Direito Internacional traduz-se em um direito estatal externo, seria um tipo de Direito interno que os Estados aplicam em âmbito internacional".³⁹ Os precursores dessa corrente são Wenzel, os irmãos Zorn, Decencière-Ferrandière, Korovin, George Burdeau e Verdross, num primeiro momento.

4. 1. 2. 2. 2. Monismo internacionalista

Quanto ao monismo com primazia do Direito Internacional, fora desenvolvido pela Escola de Viena cujos principais representantes são Kelsen, Verdross e Kunz. Mas, é Kelsen quem se destaca ao formular a "Teoria Pura do Direito", na qual estabeleceu a conhecida pirâmide de normas. Pode-se resumir a lógica da pirâmide de normas dizendo que uma norma tem a sua origem e tira a sua obrigatoriedade da norma que lhe é imediatamente superior; a norma primeira, a norma fundamental, que é denominada de *Grundnorm*. Seria a norma que estaria no vértice da pirâmide, no entanto cabia a cada jurista escolher qual seria a sua própria norma base.

Essa concepção fora denominada, na sua primeira fase, de Teoria da Livre Escolha. Ulteriormente, por influência de Verdross, Kelsen "sai do seu indiferentismo e passa a considerar a *Grundnorm* como sendo uma norma de Direito Internacional, ou seja, a norma consuetudinária *pacta sunt servanda*".⁴⁰

³⁷ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Op. cit., p. 111.

³⁸ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Op. cit., p. 111.

³⁹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Op. cit., p. 111.

⁴⁰ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Op. cit., p. 112.

É de se observar, por outro lado, que, segundo Celso Mello "em 1927, Duguit e Politis defenderam o primado do Direito Internacional e foram apoiados pela Escola Realista francesa, esta se fundando em argumentos sociológicos".⁴¹

Nesse ínterim, vale ressaltar os aspectos históricos que levaram a afirmação do monismo. Foi no período pós Segunda Guerra Mundial que o monismo encontrou sua majoritária aceitação pelos teóricos de todo o mundo.

O texto clássico e mundialmente conhecido de Kelsen, *Les Rapports de Système entre le Droit Interne et le Droit International Public*, foi a mais importante contribuição doutrinária para a consolidação da teoria monista, principalmente no período pós-1945. De fato, a tendência à globalização das relações internacionais e o próprio propósito do Direito Internacional, patrocinado pelas Nações Unidas, assim como alguns desdobramentos do cenário internacional, foram fatores que contribuíram decisivamente para o fortalecimento da ordem jurídica internacional.

No sentido mais hegeliano, a ordem do pós-segunda Grande Guerra parece se direcionar a uma democratização das relações internacionais tendo o Direito Internacional como organizador dessas relações. É nesse contexto que surgem as teses, como por exemplo, aquelas acerca da modificação do conceito da soberania nacional, da possibilidade do surgimento de organizações supranacionais e outras. Nesta nova Ordem Internacional, sem embargo da macroestrutura bipolar, as relações internacionais passam a ser empreendidas em um contexto mais integrado, onde a responsabilidade internacional aumenta e onde o tratado internacional passa a ser um elemento preponderante para a tendência globalizante das relações internacionais. Os processos hodiernos das relações internacionais demonstram que o monismo, com primazia do Direito Internacional, tem sido uma das vias utilizadas para se garantir a unidade e o equilíbrio do sistema internacional, já que pode evitar contradições e conflitos jurídicos internacionais. É bem verdade que o contrário também ocorre.

Por isso, atualmente, uma das grandes discussões na sociedade internacional é de se saber se o Direito Internacional Público é capaz de estabelecer mecanismos cogentes para o cumprimento das normas internacionais. Nesse sentido, o tratado é

⁴¹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Op. cit., p. 112.

considerado como sendo um instrumento que confere certa estabilidade às relações internacionais.

Nos estudos de relações internacionais há duas correntes preponderantes, o realismo político e o positivismo jurídico, que parecem compartilhar da premissa de que num mundo sem soberanos não há direito e tampouco a justiça. Dos muitos autores que discutem esta questão, três autores podem ser destacados, Alexander Wendt, Helen Macmanus e Nicholas Onuf. Os três apresentam argumentos que se contrapõem ao paradigma no qual não existiria direito ou justiça nas relações internacionais em razão da ausência de um governo comum. Sistematizam uma visão alternativa das relações internacionais pela crença em que o direito, a justiça e as instituições são elementos constitutivos da sociedade internacional.

Mas, a questão é quantitativa, uma vez que, do tratado internacional decorrem sérios conflitos, mas também decorrem a paz e a cooperação. Assim, o desafio é o de se saber se o tratado internacional confere mais coesão ou mais tensão para as relações internacionais.

A tese monista referente à primazia do Direito Internacional sobre o Direito interno ganha, portanto, um especial destaque, mormente pelos internacionalistas, que afirmam que a observação dos tratados internacionais torna-se uma necessidade vital para a garantia de uma estabilidade sistêmica, na medida em que, podem evitar conflitos internacionais com demais Estados contratantes. Seja como for, é pelo prisma das duas variáveis monistas, aquela da primazia do Direito Internacional e a da primazia do Direito interno, que o debate jurídico-doutrinário se edifica.

4. 1. 2. 2. 3. Monismo jusnaturalista

Os adeptos do monismo jusnaturalista, também denominado por Celso Mello de "teorias conciliadoras"⁴² que, segundo ele, é formada pelos doutrinadores espanhóis como Antonio de Luna e seus seguidores, sustentam a independência entre as duas

⁴² MELLO, Celso D. de Albuquerque. Op. cit., p. 113.

ordens jurídicas, mas, defendem, por outro lado, que a unidade sistêmica entre elas seria conseguida com a subordinação dos dois sistemas a um terceiro ordenamento, formado por normas de direito natural, fundamento comum, aliás, a ambos, e não com a desconsideração do ordenamento internacional em face do nacional, ou vice-versa, muito menos com a subordinação de um ao outro. Ou seja, estes autores, em última análise, defendem a consagração do primado do direito natural.

4. 1. 2. 3. Críticas

Ambas as teorias são susceptíveis a críticas, considerando que os partidários de cada uma delas defende sua opinião no sentido de desautorizar as demais. Contudo, observa Francisco Rezek que cada uma delas "pode ser valorizada em seu mérito, se admitíssemos que procuram descrever o mesmo fenômeno visto de diferentes ângulos".⁴³

Para Celso Mello dificilmente "Kelsen pode ser entendido a partir de uma simples leitura da sua Teoria Pura do Direito, em edição ainda dos idos de 1940, como um monista radical"⁴⁴, uma vez que, considerava que o Direito Internacional devia prevalecer sobre o direito interno por motivos práticos, mas que do ponto de vista científico os dois sistemas são igualmente aceitáveis, ou seja, qualquer das duas normas poderia ser considerada como ponto de partida do sistema total. Por seu lado, Anzilotti, que, ao lado de Triepel, é tido como expoente maior da teoria dualista, admitia, em alguns casos, a possibilidade do Direito Internacional ser aplicado sem a devida transformação.⁴⁵ Isso levou Accioly a afirmar que é na explicação do fenômeno de transformação que reside a debilidade do raciocínio dualista, além de não levarem em conta a importância do costume internacional.⁴⁶

Para Saulo Casali Bahia "a circunstância de falta de razão a algum determinado argumento não deve levar à conclusão de que toda a tese encontra-se

⁴³ REZEK, Francisco. Op. cit., p. 5.

⁴⁴ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Op. cit., p. 112.

⁴⁵ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Op. cit., p. 110.

⁴⁶ ACCIOLY, Hildebrando. Op. cit., p. 62.

desprovida de fundamento. Isso porque as teses não são excludentes, senão pela opção ideológica realizada".⁴⁷

Neste contexto, admitindo a hipótese da existência de conflito entre uma norma do Direito Internacional com uma norma do direito interno e, segundo a Constituição do Estado, as normas do direito interno prevalecem sobre as normas do Direito Internacional e, conseqüentemente, os tribunais nacionais viessem a decidir nesse sentido.

A norma do Direito Internacional somente possuiria validade na ordem internacional, segundo a concepção dualista. Assim, estaríamos em presença de dois âmbitos de validade distintos. Um âmbito interno, onde a norma estatal seria válida e aplicável pelo juiz nacional, e a norma internacional inaplicável. O outro âmbito de aplicação, o externo, onde a violação da norma internacional por uma norma interna implicaria numa sanção internacional ao Estado. Portanto, estaríamos diante de uma inevitável dualidade, que deveria ser entendida quanto aos âmbitos da validade da norma.

Saulo Casali Bahia assegura que "pouco importa, assim, para a inegável presença do dualismo, o acréscimo de outros argumentos além da dualidade de âmbito de validade. A ironia daqueles argumentos, assim, não desfaz a teoria".⁴⁸

Por sua vez, afirma Vicente Marotta Rangel que:

O decurso dos anos bem como o debate aprofundado das teorias tiveram o efeito de nelas revelar equívocos que hoje os estudiosos puderam melhor identificar. O processo de revisão dessas teorias ganhou impulso. Admite-se excessiva a separação entre as ordens jurídicas, que os pluralistas ortodoxos sustentavam, e se reconhece que não a justificam nem o estudo das fontes e dos sujeitos, nem as relações sociais a que essas ordens concernem.⁴⁹

Entre os vários argumentos apresentados pelos dualistas em defesa de sua teoria encontram-se os de que as normas de Direito Internacional são destinadas aos Estados, enquanto as normas de direito interno teriam como destinatários as pessoas naturais e jurídicas internas; de que o Direito Internacional seria meramente coordenativo; e de que os fundamentos de cada ramo seriam completamente distintos.

⁴⁷ BAHIA, Saulo Casali. Op. cit., p. 75.

⁴⁸ BAHIA, Saulo Casali. Op. cit., p. 75

⁴⁹ RANGEL, Vicente Marotta. *Apud* BAHIA, Saulo Casali. Op. cit., p. 75.

De observar que, todos esses argumentos são dispensáveis e não resistem a uma análise mais atenta e detida.

A começar, o homem e as pessoas jurídicas são, hodiernamente, também considerados como sujeitos de Direito Internacional. Kelsen observa que toda coordenação significa uma subordinação a algo, assim sendo, a diferença entre as duas ordens não é de natureza, mas de estrutura, isto é, uma simples diferença de grau. E, ainda, a diversidade de fundamento não abrange o Direito Internacional como, nomeadamente, os costumes e princípios gerais do direito.

Ao contrário, para os monistas, que alegam contra os dualistas o princípio lógico da identidade. No entendimento de Saulo Casali Bahia "este princípio não possui qualquer aplicação, na medida em que o aplicador da regra internacional não é o mesmo aplicador da regra interna".⁵⁰ Pois, para ele, não é o tribunal nacional do Estado que realiza a apuração da responsabilidade internacional do Estado, mas sim os órgãos exteriores ao Estado. Do mesmo modo e pelas mesmas razões alegadas em relação ao princípio da identidade lógica, considera este autor que o princípio da unidade do direito público também não é de acolher nesta hipótese, isso considerando que a unidade se revela em âmbitos de validade distintos, ou seja, a preferência pela norma interna ou internacional, tanto o aplicador interno quanto externo conferem unidade no campo de atuação próprio.

Em outros termos, ao invés de tomar em conta cada um dos âmbitos de validade isoladamente, sem que com isso se pretenda diminuir a importância de qualquer deles ou ambos em prejuízo de outro, pretendem os monistas estabelecer uma unidade sistêmica, um conjunto normativo.

Por isso, lembra Saulo Casali Bahia que somente teria sentido essa pretensão se se considerar um dos dois conjuntos como juridicamente inoperante, isoladamente. Deste modo, um dos dois iria ser considerado como mero fato.⁵¹

Neste sentido o monismo internacionalista considera que uma norma interna considerada como mero fato viola uma disposição de Direito Internacional gera a consequências de natureza internacional, isto é, sanção internacional ao Estado.

⁵⁰ BAHIA, Saulo Casali. Op. cit., p. 76.

⁵¹ BAHIA, Saulo Casali. Op. cit., p. 76.

Ao contrário, quando é a norma internacional que é considerada como mero fato, incapaz, por si só, de qualquer consideração quanto à sua eficácia, estamos em presença do monismo nacionalista.

Apreciando esta última teoria, tem-se que o aplicador do direito interno, no momento em que deixa de aplicar a norma de Direito Internacional em detrimento da norma de direito interno, resolveu, dentro de um único sistema, o conflito entre as normas. Pode ele, enquanto assim proceder, professar seu credo nacionalista sem qualquer chance de erro. O Direito Internacional, para ele, não passa de um fato ilícito.

Para os defensores de monismo internacional radical, a superioridade, nesta hipótese, deveria ser do Direito Internacional. A norma constitucional privilegiadora do direito interno deveria, para esta teoria, ser desconsiderada tanto pelo aplicador do Direito Internacional quanto pelo aplicador do direito interno.

Já o monismo internacionalista moderado difere do radical unicamente por, apesar de considerar o direito interno como fato ilícito em face do Direito Internacional, não lhe retira a validade.

Estas concepções, o monismo internacionalista radical e moderado e o monismo nacionalista, apresentam-se fortemente carregadas de uma carga ideológica diversa de traduzida pela Constituição do Estado. Pois, ao considerar a norma internacional como mero fato, o monismo nacionalista acaba por negar a própria existência do Direito Internacional. Desta forma, o monismo nacionalista acaba tendo um ângulo de visão demasiada limitada, próprio ao aplicador do direito interno que não consegue ver a validade de qualquer norma estranha ao plexo normativo nacional, e inegavelmente existente. O voluntarismo e a autolimitação evidentemente não explicam o fundamento do Direito Internacional, cujas normas existem independentemente da vontade dos Estados, e, muitas vezes, contra essa mesma vontade.

O monismo internacionalista radical comete, por seu turno, o vício oposto, menosprezando a vontade constituinte, e, conseqüentemente termina por rejeitar a existência e a autonomia do próprio direito interno, como se nada existisse da soberania do Estado e como se, de fato, os aplicadores do direito interno não tivessem de efetivamente de cumprir o comando constitucional.

Por sua vez, o monismo internacionalista moderado ao intentar acolher a validade do direito interno - em que pese ainda considera-lo como um fato ilícito perante o Direito Internacional - acaba por fazer suas conclusões coincidirem exatamente com aquelas dos dualistas, ao admitir uma dupla esfera de validade, interna e internacional. Daí haverem muitos autores concluídos que o monismo internacionalista moderado confunde-se com o dualismo. Oyama Ituassú, a esse propósito, afirma que "na realidade, ambas as escolas são dualistas, ou melhor dizendo, a teoria de Triepel ensejou um pluralismo, enquanto que o pensamento de Kelsen possibilitou o dualismo dentro de sua doutrina".⁵²

O que se disse quanto ao monismo internacionalista moderado pode ser dito quanto ao monismo jusnaturalista. Na medida em que este último, ao encetar subordinar o Direito Internacional e o direito interno a um terceiro ordenamento, não resolve a dualidade entre os dois primeiros, fazendo permanecer um binômio quanto aos âmbitos de validade.

Ocorre que nem sempre há conflito entre a norma de Direito Internacional e a norma de direito interno.

O outro exemplo prático seria o caso da hipótese de um determinado ordenamento nacional sufragar a tese de que toda e qualquer norma de Direito Internacional possua superioridade sobre suas normas internas.

Perante estas duas hipóteses Saulo Casali Bahia retira as seguintes importantes conclusões:

- A) a opção pelo monismo ou pelo dualismo depende do sistema constitucional de cada país;
- B) esta opção depende da consideração que faça este Estado sobre a conveniência de preservar a sua soberania íntegra;
- C) os doutrinadores das teorias dualista, monista nacionalista, monista internacionalista e monista jusnaturalista, ao pretenderem fazê-las possuir aplicação generalizada, realizam ação fortemente carregada da ideologia que possuem em face da concepção de soberania;
- D) a distinção entre o monismo e o dualismo, considerando a exigência da formal recepção da norma internacional pelo ordenamento jurídico interno, apenas pode ser feita tomando-se em conta a validade extrínseca das normas.⁵³

⁵² ITUASSÚ, Oyama. *Apud* BAHIA, Saulo Casali. Op. cit., p. 77.

⁵³ BAHIA, Saulo Casali. Op. cit., p. 78.

E este autor explica a respeito de cada uma delas de seguinte maneira:

(A) A opção pelo monismo ou pelo dualismo depende do sistema constitucional de cada país.

Segundo ele, sendo tecnicamente possível e aceitável cada uma dessas teorias, dualismo e monismo, surgem como possibilidades a serem adotadas por cada Estado, ao estabelecer como se darão as relações de seu ordenamento jurídico interno com o Direito Internacional.

Esta escolha deve ser feita a nível constitucional, pois o poder constituinte, em qualquer Estado, é o principal detentor da soberania.

Deste modo, o Estado pode aceitar o Direito Internacional sem reservas, determinando a primazia das normas do Direito Internacional em face das normas do direito interno em caso de conflitos. Isso implica, assim, numa unidade sistêmica, existindo compatibilidade vertical de normas e encontrando-se as normas de direito interno em patamar inferior, sendo possível, então, falar-se em opção pelo monismo jurídico.

Pode, por outro lado, o Estado aceitar o Direito Internacional com reservas, estabelecendo expressamente na sua Constituição a prevalência das normas constitucionais ou da legislação infraconstitucional em face das normas do Direito Internacional. Neste caso, há possibilidade haver conflito entre os dois ordenamentos, ambos com validade nas respectivas esferas. Trata-se de preferência do Estado pelo dualismo jurídico.

(B) A opção pelo monismo ou pelo dualismo depende, pois, da consideração que faça o país sobre a conveniência de preservar a sua soberania íntegra.

A preferência por um ou outro sistema, por outro lado, representa a consideração que o Estado confere à sua própria soberania, pois pode menosprezá-la, total ou parcialmente, ou, ao revés, preservá-la de modo absoluto.

Segundo Paul Reuter:

O que se encontra finalmente em jogo, para além da sub-utilidade da expressão, é a vontade do Estado moderno de assegurar por si o monopólio do direito bem como das relações exteriores, certas doutrinas exprimem e fortalecem esta pretensão que não corresponde senão à realização de certos períodos da história; outras se esforçam em criticá-la e enfraquecê-la.⁵⁴

(C) Assim, os doutrinadores das teorias dualista, monista nacionalista, monista internacionalista, ao pretenderem fazê-las possuir aplicação generalizada, realizam ação fortemente carregada da ideologia que possuem em face da concepção de soberania.

Defender o dualismo ou o monismo nacionalista significa pretender fundar uma ordem interna descomprometida com o Direito Internacional. O dualismo ainda admite a responsabilização do Estado, sem, no entanto, haver a violação da sua soberania.

Por outro lado, aderir o monismo internacionalista ou o monismo jusnaturalista significa pretender restringir o papel da soberania na definição da ordem interna do Estado. Finalmente, sustenta Saulo Casali que:

Havendo ordens jurídicas superiores à interna, ter-se-ia condições adequadas ao desenvolvimento de um Estado mundial ou de blocos confederativos, e mesmo federativos, ou mercados comuns. Segundo Kelsen, o monismo jurídico contribuiria mesmo para o pacifismo, sendo o dogma da soberania responsável por muitas das desventuras vividas pelos povos em sua história. Portanto, trata-se apenas de opção política, ou ideológica.⁵⁵

(D) Por outro lado, a distinção entre o monismo e o dualismo, considerando a exigência da formal recepção da norma internacional pelo ordenamento jurídico interno, apenas pode ser feita tomando-se em conta a validade extrínseca das normas.

É freqüente, segundo o autor, diferenciar o dualismo do monismo sob a alegação de que o primeiro exigiria a introdução do tratado na ordem jurídica interna através de lei ou outro ato recepcionador específico. Com isto, compreendem o dualismo sob a concepção de duas ordens jurídicas distintas, cujas normas jamais se encontrariam em conflito, pela simples razão de que nenhuma norma internacional

⁵⁴ REUTER, Paul. *Apud* BAHIA, Saulo Casali. Op. cit., p. 78-79.

⁵⁵ BAHIA, Saulo Casali. Op. cit., p. 79

possuiria aplicação no interior de um Estado senão após a sua recepção pelo ordenamento jurídico estatal, que deveria ser ao menos tácita, em face dos costumes internacionais. Assim, toda vez que uma norma internacional dependesse da recepção pelo ordenamento jurídico interno para a sua aplicação nesse campo, este Estado seguiria o sistema dualista. Ao revés, se a norma internacional vigesse internamente sem a necessidade de recepção, este sistema seria monismo.

Ocorre que esta é apenas uma visão da questão, já que a validade tanto pode ocorrer a nível intrínseco quanto extrínseco.

Esta compreensão da dicotomia dualismo-monismo ao nível da recepção das normas internacionais já foi tida como equivocada, quando realizada sem atenção à apontada diferença. Neste sentido alerta o Francisco Rezek que "há engano, entretanto, em supor que o mecanismo da recepção, qual praticado hoje pela maioria dos Estados, represente homenagem à doutrina dualista".⁵⁶ Constata-se que a nível intrínseco, diversos sistemas constitucionais monistas, diante de tratados internacionais, apenas permitem a vigência de suas disposições após ato legislativo específico. A razão de ser disto, como aduz Saulo Casali Bahia, é porque "neste nível, o que vai caracterizar o sistema adotado é a posição hierárquica conferida à disposição do tratado recepcionado em face da Constituição do país e das leis infraconstitucionais".⁵⁷

Em outras palavras, pode haver necessidade de expressa recepção, e ainda assim, o sistema ser monista, e não haver esta necessidade e o sistema ser dualista, na medida em que, quanto à validade intrínseca, o que diferencia o dualismo do monismo é a exigência ou não de dois âmbitos de validade normativa.

Por outro lado, não é pacífico na doutrina o significado do conceito da norma interna introdutória da norma internacional.

João Araújo assevera que no monismo dever-se-ia "prescindir de todas as formalidades subseqüentes à ratificação, pois as normas de Direito Internacional têm, por si mesmas, força obrigatória, tanto no âmbito internacional como no interno".⁵⁸ Todavia, considera indispensável a publicação interna do texto do tratado para atribuir-lhe a executoriedade. E segundo ele "bastaria, para divulgação interna, do texto do

⁵⁶ REZEK, Francisco. *Apud* BAHIA, Saulo Casali. Op. cit., p. 80.

⁵⁷ BAHIA, Saulo Casali. Op. cit., p. 80.

⁵⁸ ARAÚJO, João. *Apud* BAHIA, Saulo Casali. Op. cit., p. 81.

tratado, que o mesmo fosse publicado".⁵⁹ Sendo este o caso guineense, poderia concluir-se que a Guiné-Bissau adota o sistema monista.

Para outros autores o monismo significaria a dispensa, para a validade do tratado, não apenas de algum ato legislativo posterior à ratificação, mas do próprio decreto que confere publicidade ao texto do tratado. Assim, com a vigência internacional, já teria ocorrido automaticamente a vigência interna. A Guiné-Bissau, neste caso, seria dualista, por exigir a publicação do decreto posteriormente à ratificação para início da validade.

O certo é que em qualquer dos dois casos tem-se uma vigência internacional iniciada aguardando a prática normativa interna, que consiste em ato normativo do Legislativo posterior à ratificação ou decreto executivo de publicação, para que a vigência interna tenha início.

Por outro lado, não há dúvida que, em qualquer dos dois casos tem-se uma vigência internacional e uma vigência interna não simultânea, dois âmbitos de validades distintos, e, com isto, estar-se-á indubitavelmente falando do dualismo jurídico.

Saulo Casali Bahia aconselha que:

Para evitar, assim, a confusão advinda do uso das expressões "monismo" e "dualismo", talvez a melhor solução, considerando a associação freqüente do dualismo à necessidade de recepção expressa da norma internacional, seja falar-se em um monismo (ou dualismo) quanto à validade extrínseca (dependendo de haver a norma internacional sido ou não recepcionada expressamente por ato legislativo ou executivo interno posterior à ratificação ou adesão, e do qual depender a validade interna do tratado) e de um monismo (ou dualismo) quanto à validade intrínseca (dependendo da hierarquia da norma internacional diante de qualquer norma interna, inclusive constitucional).⁶⁰

⁵⁹ ARAÚJO, João. *Apud* BAHIA, Saulo Casali. Op. cit., p. 81.

⁶⁰ BAHIA, Saulo Casali. Op. cit., p. 81-82.

O que significa dizer, segundo este autor, que:

Se a validade interna da norma convencional, após expressa no plano internacional a vontade em obrigar-se por um tratado, depende de ato legislativo ou executivo (ainda que se trate de mero decreto de publicação), tem-se o dualismo considerando o aspecto da validade extrínseca.

Se esta validade independe de qualquer ato interno, tem-se o monismo considerando também o aspecto da validade extrínseca.

Se a validade da norma convencional, após expressa no plano internacional a vontade em obrigar-se por um tratado e introduzida no plano interno, depende da sua compatibilidade com alguma norma do ordenamento jurídico do Estado (constitucional ou infraconstitucional), tem-se o dualismo, considerando o aspecto da validade intrínseca.

Se esta validade não depende da consideração de norma constitucional ou infraconstitucional do ordenamento jurídico do Estado, tem-se o monismo, considerando também o aspecto da validade intrínseca.⁶¹

4. 1. 2. 4. Soluções teóricas

Como visto, é ao direito interno que cabe estabelecer o modo como se relacionará com o Direito Internacional e a posição que este ocupa no seu ordenamento interno.

Contudo, alerta Gomes Canotilho, por outro lado, que mesmo naqueles casos em que o Estado adota o sistema de recepção automática das normas do Direito Internacional comum não implica, concomitantemente, proclamar a superioridade das normas de Direito Internacional perante as normas de direito interno.

Considera que deve existir no texto constitucional, uma norma como a da *Grundgesetz* alemã (artigo 25), onde depois de se afirmar que as normas do Direito Internacional geral é parte integrante do Direito interno, se acrescenta que essas normas, do Direito Internacional Geral, prevalecem sobre as leis, criando, de forma direta, direitos e obrigações para os habitantes do território.⁶²

⁶¹ BAHIA, Saulo Casali. Op. cit., p. 82.

⁶² CANOTILHO, José J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria geral da constituição**. 3ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1999. p. 764.

Destarte, a doutrina apresenta, considerando a validade intrínseca das normas, as seguintes soluções que o Estado pode adotar:

1) admitir a superioridade das normas de Direito Internacional em face das normas de sua Constituição;

2) admitir a igualdade das normas de Direito Internacional em face das normas de sua Constituição;

3) admitir a inferioridade das normas de Direito Internacional em face das normas de sua Constituição, e estabelecer a superioridade das normas de Direito Internacional em face das normas infraconstitucionais;

4) admitir a inferioridade das normas de Direito Internacional em face das normas de sua Constituição, e estabelecer a igualdade das normas de Direito Internacional em face das normas infraconstitucionais;

5) admitir a inferioridade das normas de Direito Internacional em face das normas de sua Constituição, e estabelecer a inferioridade das normas de Direito Internacional em face das normas infraconstitucionais;

6) realizar uma combinação dos sistemas acima, distinguindo a hierarquia segundo determinadas matérias ou fontes normativas.

Compete analisar cada uma dessas hipóteses:

1) Superioridade das normas de Direito Internacional em face das normas Constitucionais.

Trata-se, aqui, da estipulação expressa de primazia absoluta do Direito Internacional. Neste caso, ocorrendo qualquer conflito do Direito Internacional em face de uma disposição de direito interno deverá ser resolvido em favor do primeiro, tanto pelos órgãos aplicadores do direito no plano internacional quanto no plano interno. É o que expressamente estatui, por exemplo, a Constituição holandesa, em que as normas de Direito Internacional têm primazia sobre as normas constitucionais.

Havendo, assim, um único âmbito de validade, a norma ou é válida internacionalmente e internamente ou não é, o sistema é o único que pode ser considerado efetivamente monista.

2) Igualdade das normas de Direito Internacional em face das normas constitucionais.

As normas do Direito Internacional geral fariam parte integrante do Direito Constitucional e a sua violação desencadearia o fenômeno da inconstitucionalidade.

Isso significa que uma disposição constitucional posterior, conflitante com uma regra de Direito Internacional, prevaleceria sobre esta – com base no princípio *lex posterior derogat priori* – adaptando o que já existia à hipótese vez que não existe propriamente uma derrogação, mas afastamento da vigência, como será visto abaixo.

Como se vê, o poder constituinte, embora retire de sua obra fundamental, a Constituição, a hegemonia total sobre as normas derivadas, prestigia a situação do poder de reforma constitucional, poder instituído. Tal situação traduz a opção constituinte de não renunciar completamente à soberania estatal em face do Direito Internacional.

Na medida em que, deixando de aplicar alguma norma internacional discrepante de uma previsão constitucional qualquer, passe o aplicador do direito nacional a privilegiar a norma de sua Carta Magna, tem-se instalada uma situação de dualismo jurídico, pois a nova norma interna (constitucional), apesar de ilícita, internacionalmente falando, é lícita no plano interno. Tem-se, pois, duas ordens de eficácia, conflitantes. O juiz internacional vê um direito aplicável distinto daquele visto pelo juiz interno, e ambos darão soluções jurídicas diversas ao problema, numa típica situação de dualidade.

3) Inferioridade das normas de Direito Internacional em face das normas constitucionais, e superioridade das normas de Direito Internacional em face das normas infraconstitucionais.

Aqui as normas do Direito Internacional geral não podem valer contra a Constituição, mas têm primazia hierárquica sobre o direito interno anterior e posterior, devendo os tribunais ou quaisquer outros órgãos aplicadores do direito recusar-se a aplicar o direito interno contrário ao Direito Internacional geral.

Para tanto, basta a Constituição estabelecer, em qualquer de seus artigos, o controle de constitucionalidade dos tratados internacionais. Neste caso, surge a possibilidade de conflito entre uma disposição de Direito Internacional e uma disposição

qualquer de Direito Constitucional interno, anterior ou posterior à norma convencional. Tem-se, assim, sem dúvida, um sistema dualista.

4) Inferioridade das normas de Direito Internacional em face das normas constitucionais, e igualdade das normas de Direito Internacional em face das normas infraconstitucionais.

Nesta hipótese, as normas do Direito Internacional Geral podem revogar atos legislativos anteriores e ser revogadas por leis posteriores.

Assim, empresta-se ainda um menor prestígio ao Direito Internacional. Os conflitos entre as normas de Direito Internacional e as normas infraconstitucionais serão resolvidos pela aplicação da mais recente ou mais especial, ou da que diga respeito à primazia da obrigação anterior assumida, que pode ser traduzida segundo o princípio *prior in tempore potior in jus*.

Como no caso anterior, o conflito entre a norma de Direito Internacional e a norma de Direito Constitucional sempre implicará no afastamento da primeira.

5) Inferioridade das normas de Direito Internacional em face às normas constitucionais, e inferioridade das normas de Direito Internacional em face das normas infraconstitucionais.

Trata-se de menor consideração possível às normas de Direito Internacional por um ordenamento jurídico. Nem mesmo a introdução de norma de Direito Internacional posteriormente à vigência de norma contrária de direito interno seria capaz de assegurar vigência àquela, que possuiria função, assim, meramente supletiva ou complementar.

6) Sistema misto.

Este é o caso de muitos países, onde o constituinte privilegiou certas matérias tratadas por normas internacionais com maior posicionamento hierárquico, deixando outras em patamar hierárquico inferior.

Há sistemas mistos a partir da distinta consideração hierárquica feita às várias espécies de fontes de Direito Internacional. Comumente os costumes internacionais possuem tratamento hierárquico diverso daquele reservado aos tratados, o que é gerado, inclusive, pela omissão constitucional sobre sua posição diante do ordenamento jurídico interno, mais comum do que quanto aos textos convencionais.

Assim, cabendo unicamente à jurisprudência definir-lhe o grau de superioridade, ela pode fazê-lo em bases distintas dos tratados.

4. 1. 3. Prática internacional

A jurisprudência internacional, como dificilmente poderia deixar de ser, tem sido unânime em consagrar a primazia do Direito Internacional sobre o direito interno.

No caso George Pinson uma comissão arbitral franco-mexicana decidiu que a norma internacional deveria prevalecer mesmo sobre a Constituição do Estado.

E segundo Luis Ivani Araújo:

No caso referente a interesses alemães na Alta Silésia Polonesa, por decisão de 25/05/1926, a Corte Permanente de Justiça Internacional proclamou que à luz do Direito Internacional e da Corte, que lhe é órgão, as leis nacionais são simples fatos, manifestações de vontade e da atividade do Estado, da mesma forma que decisões judiciárias e as medidas administrativas.⁶³

Por outro lado, Saulo Casali Bahia lembra que as Nações Unidas não desprezaram o tema, afirmando que:

O assunto foi discutido pela Assembléia Geral das Nações Unidas, que, através da Resolução nº 375 (IV), "d", artigo 13, fixou que todo Estado tem o dever de cumprir de boa-fé as obrigações emanadas dos tratados e de outras fontes de Direito Internacional, e não pode invocar disposições de sua própria Constituição ou de suas leis como escusa para deixar de cumprir este dever.⁶⁴

Para Celso Mello afirma o "direito interno tem para o juiz internacional o valor de um simples fato, não possuindo qualquer valor normativo".⁶⁵ Mas, lembra que "isso não significa que o Direito Internacional Público ignore o direito interno, sendo de se recordar que os princípios gerais do direito são fontes do Direito Internacional, bem

⁶³ ARAÚJO, Luis Ivani de Amorim. **Curso de Direito Internacional Público**. 8ª ed., rev., e atual.. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995. p. 46.

⁶⁴ BAHIA, Saulo Casali,. Op. cit., p. 85.

⁶⁵ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Op. cit., p. 115.

como o direito interno pode servir de prova para existência de um costume internacional".⁶⁶

Também há tratados que tratam de indicar essa superioridade. Contudo, se o Estado nacional ignora a hierarquia do Direito Internacional, termina por também desprezar a validade da regra abstrata contida nos citados tratados.

De qualquer modo, preceituam o referido predomínio, dentre outros textos, a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados, de 1969.

Esta Convenção dispõe em seu artigo 27 que "uma parte não pode invocar as disposições de seu direito interno para justificar o descumprimento de um tratado. Esta regra não prejudica o artigo 46".

O supracitado artigo, por seu turno, abre uma única exceção para a impossibilidade de oposição do direito interno ao Direito Internacional Convencional. Trata-se da violação manifesta de norma interna de importância fundamental sobre competência para conclusão de tratados. Assim encontra-se redigido o dispositivo:

1. Um Estado não pode invocar o fato de seu consentimento em obrigar-se por um tratado ter sido manifestado em violação de uma disposição de seu direito interno sobre competência para concluir tratados, como causa de nulidade de seu consentimento, a não ser que essa violação seja manifesta e diga respeito a uma regra de seu direito interno de importância fundamental.
2. Uma violação é manifesta se for objetivamente evidente para qualquer Estado que proceda, na matéria, na conformidade da prática normal e de boa-fé.

Por fim, conclui Saulo Casali que:

Trata-se do problema da ratificação imperfeita ou da inconstitucionalidade extrínseca. Prevaleceu a tese defendida, dentre outros, por Paul de Visscher, no sentido de que a violação da norma de direito interno somente ensejaria a nulidade do tratado se fosse notória. Vencidos ficaram aqueles que defendiam a nulidade absoluta do tratado (Chailley) ou a absoluta validade do tratado (Laband). Trata-se de uma tese intermediária, onde empresta-se relevância internacional apenas às normas constitucionais relativas à capacidade de celebrar tratados,⁶⁷ nos termos expostos.⁶⁸

⁶⁶ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Op. cit., p. 115.

⁶⁷ No âmbito do Conselho da Sociedade das Nações, tornou-se célebre a decisão que declarou a nulidade de acordo de 1924 entre o Conselho e a Grécia (por inconstitucionalidade extrínseca por parte desta).

⁶⁸ BAHIA, Saulo Casali. Op. cit. p. 86.

4. 1. 4. Ordem jurídica guineense

4. 1. 4. 1. Constituição e tratados

A Constituição da Guiné-Bissau de 16 de maio de 1984 não contem preceitos que regulamentem as relações entre as normas do Direito Internacional e as normas do direito interno. A solução de eventuais conflitos resultará da atividade jurisdicional, especialmente da orientação adotada pelo Supremo Tribunal da Justiça.

A Constituição apenas determina a competência dos diferentes órgãos do Estado intervenientes na negociação, conclusão e aprovação dos tratados:

Assim, no seu artigo 68 dispõe o seguinte:

Artigo 68 Constituição da República da Guiné-Bissau (CRGB)

"São atribuições do Presidente da República:

[...]

e) Ratificar os tratados internacionais;

[...]"

Por sua vez, a competência para negociar e concluir acordos e convenções internacionais, no âmbito de exercício de suas funções, é do Governo, nos termos do artigo 100, 1, f) da CRGB. Dispondo esse artigo nos seguintes termos:

Artigo 100 CRGB

"1. No exercício das suas funções compete ao Governo:

[...]

f) Negociar e concluir acordos e convenções internacionais;

[...]"

E, finalmente, a competência para aprovar os tratados internacionais é da Assembléia Nacional Popular (ANP) nos termos do artigo 85, 1, h) CRGB.

Artigo 85 CRGB

"1. Compete à Assembléia Nacional Popular:

[...]

h) Aprovar os tratados que envolvem a participação da Guiné-Bissau em organizações internacionais, tratados de amizade, de paz, de defesa, de retificação de fronteiras e ainda quaisquer outros que o Governo entenda submeter-lhe;

[...]"

Ou seja, aqui, é como se a Constituição determinar a competência de cada um dos órgãos do Estado no âmbito de negociação e conclusão de tratados. Deste modo, se por acaso um desses órgãos usurpar a competência de outro órgão, por exemplo, o Estado poderá invocar o artigo 46, 1 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969, pois ocorreu violação de uma norma fundamental.

Destarte, sem dúvida, pode-se afirmar que a Guiné-Bissau adota a tese dualista.

Celso Ribeiro Bastos no seu Comentário à Constituição brasileira de 1988 afirma que "pela ausência, de qualquer artigo que pudesse fazer uma abertura, ainda que tímida ao Direito Internacional como fonte de direito interno, é preciso reconhecer que o Brasil continua, neste particular, absolutamente filiado à teoria do dualismo jurídico [...]".⁶⁹

Ainda assevera este autor que "isso significa dizer que o Direito Internacional não vincula internamente, ou, em outras palavras, não pode ser fonte de direitos e obrigações no direito interno se não na medida em que haja um ato com força legal que o coloque em vigor [...]".⁷⁰

Portanto, basta salientar a ausência de qualquer supremacia do Direito Internacional sobre o interno, ainda que respeitada sempre a constitucionalidade da norma para que o primeiro submete ao segundo.⁷¹

⁶⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Apud* GARCIA JUNIOR, Armando Álvares. **Conflito entre normas do Mercosul e direito interno: como resolver o problema? : o caso brasileiro**. São Paulo: LTr, 1997. p. 189.

⁷⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Apud* GARCIA JUNIOR, Armando Álvares. *Op. cit.*, p. 189.

⁷¹ Resulta do artigo 126, 1 da Constituição que as normas do Direito Internacional submetem-se ao controle de constitucionalidade. Segundo este artigo da Constituição guineense: "Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consagrados". Assim, embora inferior a Constituição, em virtude do que resulta da

Esses mesmos argumentos apresentados pelo Celso Bastos, citados por Armando Garcia Júnior, a respeito da Constituição brasileira podem ser endossados com as devidas adaptações à situação guineense, na medida em que faltam tais referências na sua Constituição.

Em verdade, o único preceito da Constituição que parcialmente regula o assunto é de alcance limitado, aplicando-se apenas ao capítulo dos direitos fundamentais, seria, no caso, o artigo 29 CRGB.

Artigo 29 CRGB

1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das demais leis da República e das regras aplicáveis de Direito Internacional.
2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

No entanto, é princípio assente que os tratados aprovados pela Assembléia Nacional Popular uma vez ratificados, produzem, ou devem produzir, o mesmo efeito de lei nacional, tornando automaticamente inválida qualquer norma interna que lhe seja contrária e, como tal, devem ser observados.

Entretanto, pode existir incompatibilidade entre a matéria regulada no tratado e a matéria regulada na Constituição.

Neste caso, o ideal seria que o Estado, antes de assinar o tratado, verificasse se existe ou não incompatibilidade entre o tratado e o texto constitucional. Se existir, não deve assiná-lo. Contudo, se a incompatibilidade passar despercebida, após a assinatura do Governo (e o início da vigência do tratado no plano internacional), o tratado ainda é submetido à apreciação da Assembléia Nacional Popular, que poderá aprová-lo ou não.

Se a Assembléia verificar a incompatibilidade do tratado com a Constituição, não o aprovará. Como se sabe, em caso de conflito entre as duas normas prevalece a Constituição. Assim, a Constituição prevalece no âmbito interno e o Estado

interpretação do citado artigo, não se pode afirmar que seja mais elevada que a norma infraconstitucional, e que sobre ela prevaleça em caso de conflito.

Assim, embora inferior à Constituição, em virtude de não existir previsão constitucional, não se pode afirmar que seja mais elevada que a norma infraconstitucional, e que sobre ela prevaleça em caso de conflito.

responsabiliza-se no plano internacional, até que proceda à reforma constitucional, especialmente se as obrigações convencionadas disserem respeito à aprovação de normas a vigorar internamente.

E se, por sua vez, a Assembléia Nacional Popular desaperce da incompatibilidade e aprova o tratado incompatível e o Poder Executivo o ratifica e promulga, ainda assim, poderá o Estado apreciar a compatibilidade da norma convencional em seu controle de constitucionalidade. E, conseqüentemente, o vício de inconstitucionalidade pode originar a nulidade das normas internas de aprovação, ratificação e promulgação, mas não do próprio tratado, que continua perfeitamente válido na ordem internacional. Assim, declarada a inconstitucionalidade da norma interna de aprovação, ratificação e promulgação do tratado, deixa esta de ser aplicada na ordem interna.

Ocorrendo essa hipótese, o Estado deve denunciar o tratado manifestando assim, de forma clara e inequívoca, seu desejo de desfazer do compromisso internacional que assumira, sujeitando-se eventualmente às sanções impostas pelo Direito Internacional.

O Tratado da OHADA prevê tal figura, a denúncia, no seu artigo 62 estabelecendo que a denúncia pode ocorrer dez anos após a entrada em vigor do Tratado. Contudo, não prevê qualquer sanção ao Estado-Parte descumpridor.

Portanto, a Guiné-Bissau não deve comprometer-se internacionalmente, através de tratados, sem antes verificar se existe ou não incompatibilidade entre do seu texto com a Constituição, caso existir deve proceder à necessária reforma constitucional antes de seu engajamento.

Segundo Francisco Rezek, ao abordar a questão do conflito entre tratado e norma de direito interno, afirma que:

[...] o primado do direito das gentes sobre o direito nacional do Estado soberano é, ainda hoje, uma proposição doutrinária. Não há, em Direito Internacional positivo, norma assecuratória de tal primado. Descentralizada, a sociedade internacional contemporânea vê cada um de seus integrantes ditar, no que lhe concerne, as regras de composição entre o Direito Internacional e o de produção doméstica. Resulta que, para o Estado soberano, a Constituição nacional, vértice do ordenamento jurídico, é a sede de determinação da estrutura da norma jurídica convencional. Dificilmente uma dessas leis fundamentais desprezaria, neste momento histórico, o ideal de segurança e

estabilidade da ordem jurídica a ponto de subpor-se, a si mesma, ao produto normativo dos compromissos exteriores do Estado. Assim, posto o primado da Constituição em confronto com a norma *pacta sunt servanda*, é corrente que se preserve a autoridade da lei fundamental do Estado, ainda que isto signifique a prática de um ilícito pelo qual, no plano externo, deve aquele responder.⁷²

Deste modo, em direito positivo, cabe ao Legislador nacional, na sua Constituição, determinar que grau de prestígio a regra internacional ocupa em face de seu direito interno. Em verdade, no caso de conflito entre o tratado e a Constituição, a maioria dos Estados consagra a primazia desta última, mesmo que isso vai implicar uma responsabilidade internacional para o Estado.

É de destacar ainda que, mesmo sem emprego de uma linguagem direta, a Constituição guineense, no seu já citado artigo 126, 1⁷³, deixa claro que os tratados se encontram sujeitos ao controle de constitucionalidade, a exemplo dos demais componentes infraconstitucionais do ordenamento jurídico. Significando, assim, como alerta Francisco Rezek ao analisar o assunto em relação à Constituição brasileira, afirmando que:

Tão firme é a convicção de que a lei fundamental não pode sucumbir, em qualquer espécie de confronto, que nos sistemas mais obsequiosos⁷⁴ para com o direito das gentes tornou-se encontrável o preceito segundo o qual todo o tratado conflitante com a Constituição só pode ser concluído depois de se promover a necessária reforma constitucional.⁷⁵

Esclarece, por sua vez, Celso Ribeiro Bastos que:

Parece não haver dúvidas quanto à possibilidade de apreciação, no juízo abstrato de constitucionalidade, de tratado e convenção. Cumpre consignar, todavia, entendimento pacífico na doutrina segundo o qual o vício de inconstitucionalidade pode acarretar a nulidade das normas internas de aprovação, ratificação e promulgação⁷⁶, mas não do tratado, que continua

⁷² REZEK, José Francisco. Op. cit., p.p. 102-103.

⁷³ Dispõe o artigo 126, 1 CRGB que: "Nos feitos submetidos a julgamentos não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consagrados".

⁷⁴ O autor cita entre outros sistemas a Constituição francesa de 1958, a Constituição argelina de 1976, a Constituição espanhola de 1978. Afirma ainda que, excepcionalmente, talvez só a Constituição holandesa, após a revisão de 1956, admite, em determinadas circunstâncias, a conclusão de tratados derogatórios do seu próprio texto, cuja promulgação é capaz de importar, por si só, uma reforma constitucional.

⁷⁵ REZEK, José Francisco. Op. cit., p. 103.

⁷⁶ Pois o tratado não poderia ter sido aprovado, ratificado e promulgado, sendo incompatível com a Constituição.

perfeitamente válido na ordem internacional. Na ordem interna, uma vez declarada incompatível com a Constituição, a questão se revolve com não-aplicação.⁷⁷

Nesse caso deverá a Guiné-Bissau denunciar o tratado, sujeitando-se eventualmente às sanções impostas pelo Direito Internacional.

Mas, na hipótese da Constituição ser ulterior ao tratado, este deveria ter sido previamente denunciado, sob pena de o Estado incorrer em responsabilidade internacional por deixar de aplicá-lo, mas, se, no entanto, a Constituição é anterior ao acordado, este, por contrariar a *lex legum*, não deveria ter sido assinado e, posteriormente, aprovado pela Assembléia Nacional Popular, cabendo em nosso sistema constitucional, ao plenário do Supremo Tribunal de Justiça declarar a sua inconstitucionalidade, caso ele tenha sido ratificado pelo presidente da República, nos termos do artigo 126, 3 CRGB.⁷⁸

4. 1. 4. 2. Tratados e leis infraconstitucionais

Algumas questões de ordem prática se colocam diante da omissão constitucional guineense, e, neste caso, cabe à jurisprudência e à doutrina a tarefa de preenchimento deste vazio deixado pela Constituição.

Entre estas questões, desponta a relativa à posição hierárquica exata que os tratados e convenções internacionais ocupam na ordem jurídica guineense. É de observar que, até a presente data e ao longo de sua história, não houve qualquer pronunciamento por parte do Supremo Tribunal de Justiça da Guiné-Bissau sobre a matéria. Ou seja, perante a omissão constitucional nesta matéria, a da relação entre as normas do Direito Internacional e as normas do direito interno, significa que devia caber apenas o Supremo Tribunal de Justiça através de sua Jurisprudência o importante papel de indicar o caminho a ser seguido pelos aplicadores de direito guineense,

⁷⁷ BASTOS, Celso Ribeiro *apud* GARCIA JÚNIOR, Armando Álvares. Op. cit., p. 204.

⁷⁸ Artigo 126, 3 CRGB, dispõe que "Admitida a questão de inconstitucionalidade, o incidente sobe em separado ao Supremo Tribunal de Justiça que decidirá em plenário".

contudo, alerta Celso Mello que no exercício desta função esta, a jurisprudência, não pode ignorar a tendência atual do direito nesta matéria adotando uma concepção de soberania já ultrapassada desde 1919, pelo menos entre juristas.⁷⁹

Neste contexto resta recorrer à prática comum dos países onde também a Constituição não determina de forma exata a posição destas normas, do Direito Internacional, na sua ordem interna. No caso do Brasil, onde a Constituição não é precisa, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal serviu de orientação para os demais aplicadores do direito. Assim, a tendência mais recente da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro estabelece a paridade entre os tratados e leis infraconstitucionais. Neste sentido podem ser apontados vários acórdãos do próprio Supremo Tribunal Federal, entre os quais, RE nº 80.004 - SE de 1977; STF ADIn nº 1.480-3 - medida liminar - Rel. Celso de Mello, Brasília, 17. 07. 1996; entre outros.

Portanto, esse é um dos caminhos que a Guiné-Bissau pode e deve seguir, enquanto não acontecer a reforma constitucional em que se determina expressamente a exata posição que as normas do Direito Internacional ocupam no ordenamento jurídico nacional.

⁷⁹ MELLO, Celso D. de Albuquerque. Op. cit., p. 119.

CAPITULO II - OHADA E SUAS INSTITUIÇÕES

Iniciados os trabalhos preparatórios em 1991, *L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires* (OHADA) foi instituída pelo Tratado relativo à Harmonização em África do Direito dos Negócios rubricado em Port Louis, Ilhas Maurícias a 17 de outubro de 1993 e entrou em vigor em 18 de setembro de 1995, depois do depósito de 7º instrumento de ratificação feito pelo Níger, conforme o disposto no nº 2 do artigo 52 do Tratado.

O campo geográfico da Organização ultrapassa as fronteiras da zona franca na medida em que o Tratado está aberto à adesão de todos os Estados membros da Organização para a Unidade Africana (OUA)⁸⁰ não signatários do Tratado, bem como à adesão de todo e qualquer outro Estado que, não sendo membro da OUA, seja convidado para aderir a esta Organização com o comum assentimento de todos os Estados-Partes, artigo 53 do Tratado.⁸¹ A Guiné-Bissau juntou à Organização pela Resolução nº 1/94 do Conselho de Estado, publicada no Boletim Oficial nº 3 (Suplemento), de 17 de janeiro de 1994.

⁸⁰ Atualmente substituída pela União Africana (UA) criada em 11 de julho de 2000.

⁸¹ São dezesseis os países que pertencem atualmente a OHADA: Benin, Burkina-Faso, Camarões, República Centro-Africana, Chade, Ilhas Comores, Congo, Costa do Marfim, Gabão, Guiné-Equatorial, Mali, Níger, Senegal, e Togo, foram os Estados signatários do Tratado constitutivo, a que há a acrescentar a Guiné-Conakry e a Guiné-Bissau, que aderiram algum tempo depois. E está em curso o processo de adesão da República Democrática do Congo.

A Guiné-Bissau e a Guiné-Equatorial são os dois únicos países cuja língua oficial não é o francês, ao passo que nos Camarões vigora um sistema bilingüe.

1. Origem: breves fundamentos históricos

Em 1962 René David sugeriu a criação de Código Civil para os Estados africanos francófonos, o que levou no ano seguinte, em maio de 1963, a reunião dos Ministros da Justiça da África francófona a discutir, pela primeira vez, a possibilidade de uma harmonização legal para esses países.

Trinta anos após essa reunião, em abril de 1991, em Ougadougou, Burkina-Faso, numa reunião dos Ministros das Finanças da zona franca, estes tomaram a decisão de iniciar um processo que visa à integração regional e cooperação internacional em África. Essa idéia foi apoiada pela França em uma reunião, entre os Ministros das Finanças africanos e o Ministro das Finanças francês, realizada em Paris em outubro do mesmo ano, a França aceita apoiar financeiramente uma missão encarregada de estudar o projeto de harmonização do direito dos negócios em África. Esta missão foi dirigida por antigo vice-presidente da Corte Internacional de Justiça da Haia, o senegalês M. Keba Mbaye.

Em conferência de Libreville, Gabão, realizada entre os dias 5 e 6 de outubro de 1992 decidiu-se a criação da Organização para Harmonização em África do Direito dos Negócios por parte dos Estados africanos pertencentes a zona franca, com a preponderância do presidente Diouf do Senegal. Nesta altura, foi criado um diretório de três membros encarregado de elaborar o projeto, igualmente presidido pelo senegalês Keba Mbaye.

Seis meses depois, entre 19 e 20 de abril de 1993, realizou-se uma conferência em torno do projeto de harmonização.

Assim, em 17 de outubro de 1993, em Port-Louis capital das Ilhas Maurícias, durante conferência da francofonia foi assinado o Tratado relativo à Harmonização em África do Direito dos Negócios, instituidor da OHADA por 16 Estados.

Nesse momento, apesar da participação e assinatura do Tratado por parte da Guiné-Bissau, embora não seja membro da zona franca e da Guiné-Conakry, Forneris

refere a assinatura de apenas 14 Estados. A sua ratificação, porém, segundo Bolmim Bouillet-Cordonnier Medjaf, não contribuiria para a entrada em vigor do Tratado.

A ratificação do Tratado que institui a OHADA pela Guiné-Bissau ocorreu no dia 17 de janeiro de 1994 através da Resolução 1/94 do Conselho do Estado e em seguida o texto do Tratado foi publicado no Boletim Oficial em francês.

Importa esclarecer, por outro lado, que a Constituição da Guiné-Bissau de 1984 foi objeto de várias alterações no período que antecedeu às eleições de 1994, durante o período chamado de transição do regime de partido único para um regime de democracia multipartidária, sendo que nessa ocasião o Conselho de Estado, que antes era um Órgão Legislativo, substituindo o Plenário da Assembléia Nacional Popular nos intervalos das suas reuniões, passou a ser um órgão meramente consultivo do Presidente da República.

Assim, a ratificação feita ao Tratado da OHADA pela Resolução nº 1/94 do Conselho de Estado foi no quadro do Conselho de Estado, enquanto Órgão Legislativo do Estado da Guiné-Bissau, já que, existe uma norma transitória da Constituição, artigo 133, dispondo que os órgãos do poder de Estado instituídos pela Constituição da República da Guiné-Bissau de 16 de Maio de 1984 mantêm-se em funções até a data da posse dos titulares dos órgãos de soberania que resultarem dos respectivos atos eleitorais.

Deste modo, foi o Conselho de Estado, Órgão Legislativo de Estado e que substitui a Assembléia Nacional Popular nos intervalos das suas reuniões, assumindo na plenitude as suas competências, incluindo a de aprovação de acordos e convenções internacionais, que aprovou o Tratado da OHADA e não o atual Conselho de Estado que é apenas um órgão de consulta para o Presidente da República.

E, em 18 de setembro de 1995 iniciou a vigência do Tratado relativo à Harmonização em África do Direito dos Negócios que instituiu a OHADA. Portanto, a OHADA, evidentemente, possui sua origem em um tratado internacional celebrado entre os Estados-Partes que a compõem. Gregorio Robles Morchón, citado por Armando Álvares Garcia Júnior, ao tratar da diferença entre Direito Internacional

clássico e direito comunitário ensina que, enquanto o Direito Internacional é o direito típico da coexistência ou cooperação, o direito comunitário é o Direito da integração.⁸²

Observa que estes termos, coexistência, cooperação e integração, constituem três níveis diferentes de convivência entre os Estados. Designadamente referem-se eles a três gradações, da menor à maior, da relação que pode haver entre Estados.

Assim, a coexistência é a convivência mínima, em que não se exige nenhum esforço especial de colaboração conjunta entre os Estados-Partes. Convive-se de maneira mais harmoniosa.

Por sua vez, a cooperação entre Estados implica metas comuns e ações comuns ou coordenadas. Entretanto, essa conduta empreendida conjuntamente não chega a ser tão profunda a ponto de se conceber uma entidade jurídico-política com personalidade distinta da dos Estados que criaram e que nela se integram.

E, já na integração, essa nova entidade se propõe a realizar determinadas ações ou políticas que os Estados já não podem realizar por si mesmos, exatamente porque transferiram a ela essa nova competência.

Neste contexto, pode-se afirmar que a diferença fundamental entre um processo integracionista como o da OHADA da simples cooperação entre Estados é a supranacionalidade.

2. Natureza jurídica da OHADA e de seu ordenamento

2. 1. Natureza jurídica da OHADA

A Organização para Harmonização em África do Direito dos Negócios é regida em âmbito interno por normas que compõem ordenamento jurídico *sui generis*, de carácter derivado unilateral, a partir do Tratado relativo à Harmonização em África do Direito dos Negócios, supranacional e diretamente aplicável, vinculando tanto as

⁸² GARCIA JÚNIOR, Armando Alvarez. Ob. Ci. p. 99.

instituições da OHADA como os Estados-Partes, além das pessoas físicas e jurídicas, criando direitos e obrigações, denominado direito da OHADA. Existe, desde logo, um ordenamento jurídico comunitário autônomo e integrado aos direitos nacionais dos Estados-Partes. A partir do momento em que os Estados-Partes assinaram o Tratado que instituiu a OHADA se auto-limitaram voluntariamente as suas soberanias nacionais, passando a integrar o que se convencionou a denominar "Organização para Harmonização em África do Direito dos Negócios" pelo menos em relação as matérias convencionadas.

2. 1. 1. Supranacionalidade

Segundo Paulo Barbosa Casella, ao analisar a tema à luz da Comunidade Européia, afirma que "para situar a matéria, pode esta ser examinada sob diversas óticas, entre as quais se pode adotar, em primeiro lugar, a do direito das organizações internacionais, [...]".⁸³

Considera este autor que é pacífico na doutrina o reconhecimento do direito das organizações internacionais como ramo do Direito Internacional Público e que tem por objeto regular as relações entre os Estados visando permitir a realização de objetivos que exijam mecanismos e sistemas institucionais aperfeiçoados, atuantes em caráter permanente, regidos por técnicas próprias e o contexto relacional de tais instituições com os sujeitos originais de Direito Internacional.⁸⁴

Michel Virally observa que se classificadas:

As organizações internacionais em função de suas estruturas e das características de suas funções percebe-se que os Estados, na medida de suas necessidades, são obrigados a criar instrumentos de cooperação, cuja extensão, competência e poderes são determinados pela natureza e pelo grau de cooperação exigida em cada setor de atividade.⁸⁵

⁸³ CASELLA, Paulo Barbosa. **Comunidade européia e seu ordenamento jurídico**. São Paulo: LTr, 1994. p. 207.

⁸⁴ CASELLA, Paulo Barbosa. Op. cit., p. 208.

⁸⁵ VIRALLY, Michel. *Apud* CASELLA, Paulo Barbosa. Op. cit., p. 208.

Em razão do exposto, afirma-se que não existe, em função da diversidade e especificidade dos fins, possibilidade de chegar a uma classificação cristalizada e pacífica das organizações internacionais.

Sem dúvida, qualquer organização internacional que fosse sempre representará a agregação de diferentes Estados, em razão de necessidades compartilhadas, visando a realização de objetivos comuns, bem como dotada de instituições e mecanismos institucionais próprios, destinados a assegurar à organização a existência de vontade distinta daquela de seus integrantes, bem como a estabilidade necessária para a consecução de seus objetivos, embora dentro de tais moldes as variações caso a caso podem assumir dimensões totalmente diversas.

A característica essencial de organização internacional segundo o ensinamento de Paul Reuter, citado por Paulo Barbosa Casella, é a "existência de vontade própria da organização, elemento solitário da expressão de sua personalidade jurídica" ⁸⁶, onde se encontrem ainda, segundo este autor, grupos de Estados susceptíveis de manifestar de maneira permanente vontade juridicamente distinta de seus membros.

Assim, a existência e a capacidade de manifestar vontade juridicamente própria – diferente da vontade dos Estados que compõem a organização, por meio de órgãos, e segundo mecanismos determinados pelos atos constitutivos da mesma – tornam-se elementos essenciais da organização internacional. Presentemente, o reconhecimento desses elementos essenciais às organizações internacionais é pacífico na doutrina.

A Organização Internacional, segundo ensinamento de A. P. Sereni, é:

A associação voluntária de sujeitos de Direito Internacional, constituída por meio de atos de Direito Internacional, submetida, nas relações entre as partes, a normas de Direito Internacional, que se concretiza em entidade de carácter estável, munida de ordenamento jurídico interno, bem como de órgãos e instituições que lhe sejam próprios, por meio dos quais atinja finalidades comuns dos associados, desempenhando funções particulares e exercendo poderes que lhe foram conferidos para tal fim.⁸⁷

Por outro lado, o ordenamento jurídico interno das organizações internacionais pode conter mecanismos de elaboração de normas próprias, com base em poderes estipulados em sua carta constitutiva. A autolegislação que ocorre nas organizações

⁸⁶ CASELLA, Paulo Barbosa. Op. cit., p. 209.

⁸⁷ SERENI, A. P. *Apud* CASELLA, Paulo Barbosa. Op. cit., p. 209-210.

internacionais é um fenômeno que desenvolveu e evoluiu com a Comunidade Européia, aliás, sem margens para dúvidas, a Comunidade Européia representa, hoje, a mais avançada e bem sucedida organização comunitária no mundo. Por isso, não é de se surpreender quando observamos que a estrutura institucional da Comunidade Européia reflete o sistema vigente na maioria das organizações intergovernamentais.

Por sua vez, ao considerar a supranacionalidade como um dos elementos essenciais na diferenciação entre um processo integracionista de um simples processo de cooperação entre Estados, Armando Alves Garcia Júnior observa que esse conceito abarca os seguintes elementos:

1) O reconhecimento de valores comuns aos Estados, que fornece o objetivo e a idéia diretriz ao processo.

Esses valores comuns são compartilhados pelos Estados-Partes da OHADA como se pode constatar no Tratado que a institui, sobretudo no seu preâmbulo.

2) A submissão de poderes efetivos a serviço dos objetivos perseguidos conjuntamente pelos Estados, abrangendo: a) a adoção de decisões que vinculem aos Estados-Partes; b) o estabelecimento de regras de Direito que os Estados devem respeitar; c) o proferimento de decisões por parte da Justiça que fixem esse Direito.

Neste sentido, o Tratado relativo à Harmonização em África do Direito dos Negócios instituiu a OHADA, organização que assegura a realização dos objetivos previstos no Tratado, é constituída por um Conselho de Ministros assistido por um Secretariado Permanente ao qual está ligada uma Escola Regional Superior de Magistratura e uma Corte Comum de Justiça e Arbitragem ⁸⁸. E os seus atos normativos são de aplicação direta e imediata.

Vê-se, portanto, que o processo de tomada de decisão no âmbito da OHADA é, de acordo com o Tratado, independente da própria vontade dos Estados-Partes.

O Tratado prevê a existência de um Tribunal supranacional ⁸⁹ a quem compete assegurar nos Estados-Partes a interpretação e aplicação comum do Tratado, dos

⁸⁸ Artigo 3º do Tratado da OHADA. Este artigo dispõe nos seguintes termos: "A realização dos trabalhos previstos no presente tratado é assegurado por uma organização denominada Organização para Harmonização em África do Direito dos Negócios (OHADA), constituída por um Conselho de Ministros e uma Corte Comum de Justiça e Arbitragem. O Conselho de Ministros é assistido por um Secretariado Permanente ao qual está ligada uma Escola Regional Superior de Magistratura".

⁸⁹ Artigo 3º do Tratado da OHADA.

regulamentos destinados à sua aplicação e dos atos uniformes ⁹⁰, e, ainda, esse Tribunal é competente para anular as decisões dos tribunais nacionais e invocando os fatos pode decidir sobre a causa. ⁹¹

Contudo, em termos práticos, antevêm-se muitas dificuldades em impor suas decisões aos Estados-Partes que descumprissem quaisquer de suas obrigações.

Essa dificuldade vai se fazer sentir mesmo no nível dos eventuais acórdãos que a Corte Comum de Justiça e Arbitragem virá a proferir, embora esses acórdãos sejam revestidos de força de caso julgado e força executiva, pois são obrigatoriamente executados no território de cada um dos Estados-Parte nas mesmas condições que as sentenças proferidas pelos tribunais nacionais proibindo, desta forma, aos Estados-Partes de executar uma decisão contrária às decisões daquela. ⁹²

3) A autonomia desses poderes em relação ao poder dos Estados participantes do processo integracionista.

A OHADA tem plena personalidade jurídica internacional. E tem capacidade para contratar, adquirir bens moveis e imóveis e dispor dos mesmos e comparecer em juízo. ⁹³

Portanto, a OHADA goza de plena autonomia em relação aos Estados-Partes.

O autor considera que existem outros elementos acessórios a par dos elementos essenciais, que seriam: a) o imediatismo do exercício dos poderes (a aplicação imediata e o efeito direto das normas); e b) a coerção.

Outra característica essencial do direito comunitário tem a ver com os destinatários de suas normas. Os sujeitos destinatários das normas comunitárias são prioritariamente os indivíduos e, em segundo lugar os Estados-partes.

Enquanto que as regras do Direito Internacional Público, em regra, não são de aplicação imediata sobre os cidadãos dos Estados-Partes, ou seja, tais normas não possuem império obrigatório em face dos cidadãos.

⁹⁰ Artigo 14, 1 do Tratado da OHADA.

⁹¹ Artigo 14, 5 do Tratado da OHADA.

⁹² Artigo 20 do Tratado da OHADA.

⁹³ Artigo 46 do Tratado da OHADA.

Prossegue Armando Alvarez Garcia Júnior afirmando que:

O direito comunitário persegue os objetivos e metas propostas em seus tratados constitutivos, através da imposição de decisões editadas por seus órgãos institucionais, exatamente porque ocorreu a renúncia expressa dos Estados-Membros ao exercício dessas competências (ainda que não de todas, mas em relação àquelas contempladas pelos tratados de constituição, bem como pelos modificativos ou complementares). Essas competências configuram a matéria reservada para o direito comunitário.⁹⁴

Para este autor os Estados quando envolvidos em um processo de integração não deixam de ser entes políticos soberanos. Entretanto acordam entre si, através de tratados internacionais que se denominam de tratados constitutivos, que, em determinadas competências, parcelas de soberania, renunciarão ao seu exercício individual, transferido-as à entidade criada pelo tratado.

Destarte, a OHADA passa a ser a fonte geradora das regras normativas que constituem sua matéria reservada. Essa matéria não constitui, por sua própria característica, uma regra internacional destinada a regular relações entre Estados. Pois, é pacífico que o direito comunitário constitui um direito autônomo, com peculiaridades próprias.

A partir de momento em que a OHADA foi instituída pelo Tratado relativo à Harmonização em África do Direito dos Negócios, a relação entre ela e os Estados-Partes não mais são reguladas pelo Direito Internacional Público, mas sim pelo direito comunitário, Direito da OHADA.

Entretanto, embora os Estados-Partes tenham acordado entre si a constituição da OHADA e a ela transferido determinadas competências, parcelas de soberania, não estão eles totalmente subordinados às regras comunitárias. Na realidade, somente em relação àquelas matérias em que ocorreu a transferência, as chamadas matérias reservadas, tal subordinação ocorre, porque com isso expressamente concordaram os Estados.

E, no que tange as relações dos Estados-Partes entre si, submetem-se a dois diferentes blocos normativos. De um lado, sujeitam-se ao denominado direito

⁹⁴ JUNIOR GARCIA, Armando Alvarez. Op. cit. p. 102.

comunitário, precisamente no que concerne a matéria reservada, objeto de pacto expresso pelos Estados-Partes quando da conclusão do Tratado constitutivo da OHADA. De outro lado, no que diz respeito a todas as demais matérias que afetem as relações entre os Estados, bem como entre eles e terceiros Estados, não partes, ou organizações internacionais, submetem-se os Estados-Partes ao Direito Internacional.

Assim a relação entre a OHADA e os Estados-Partes é comunitária, e a relação entre Estados-Partes entre si pode ser comunitária ou internacional, dependendo da matéria concreta de que se trate.

Evidentemente a OHADA também pode relacionar-se externamente com outros Estados ou organizações internacionais ou, ainda, com agrupamento de Estados, é o que resulta da interpretação do artigo 46 do Tratado, atribuindo expressamente personalidade jurídica internacional a essa Organização. Neste caso, por exemplo, a OHADA pode celebrar acordos com outras organizações como a União Européia, União Africana entre outras.

Em todos esses casos, o regramento é comunitário, tratando-se dos procedimentos adotados pela OHADA. Entretanto, a relação entre duas comunidades, ou entre uma comunidade e uma organização internacional é regida pelo Direito Internacional Público.

Ensina Saulo Casali Bahia que a supranacionalidade pode ser tomada em duas acepções distintas: 1) a supranacionalidade comunitária; e 2) a supranacionalidade interna. Numa primeira acepção, a supranacionalidade comunitária, pode significar "a formação das decisões do bloco de modo superior à vontade de cada uma das partes (no caso pode ser uma decisão por maioria - qualificada ou simples -, ponderada ou não)".⁹⁵ E, em outro sentido, a supranacionalidade interna, consiste em considerar como "referencial o direito a ser aplicado em cada Estado-Parte, pode ser compreendida como a consideração da norma comunitária em patamar superior ao direito interno".⁹⁶ Relativamente a OHADA pode-se considerar as duas acepções supracitadas, considerando que os regulamentos necessários para a aplicação do

⁹⁵ BAHIA, Saulo Casali. Op. cit., p. 126.

⁹⁶ BAHIA, Saulo Casali. Op. cit., p. 126.

Tratado serão adotados sempre pelo Conselho de Ministros e por maioria absoluta⁹⁷. E os seus atos normativos, atos uniformes, são diretamente aplicáveis e obrigatórios em todos os Estados-Partes.⁹⁸ Destarte, pode-se concluir que existe como previsão legal a supranacionalidade comunitária.

Os atos uniformes entram em vigor noventa dias após a sua adoção pelo Conselho de Ministros, salvo modalidades especiais de começo de vigência prevista no próprio ato, artigo 9º, 1 do Tratado e, são diretamente aplicáveis e obrigatórios nos Estados-Partes, não obstante toda e qualquer disposição contrária de direito interno, anterior ou posterior, artigo 10 do Tratado.

Considerando que a obrigatoriedade de aplicação independe da incorporação das normas da OHADA ao direito nacional dos Estados-Partes e a exigência de aplicação direta e imediata das referidas normas evidenciam o caráter supranacional do direito da OHADA convencionado entre as partes, isto é, a supranacionalidade interna.

Neste caso, se um Estado-Parte não aplicar internamente os atos uniformes decorrido o prazo estabelecido pelo artigo 9º, 1 incorre na violação de suas obrigações internacionais, o que pode gerar a responsabilidade internacional do Estado violador.

Uma das notas mais característica da OHADA seria alcançar a plena integração econômica a partir de já enunciada integração jurídica entre os Estados-Partes. Essa combinação de objetivos políticos mediante a utilização de meios jurídicos constituiria, assim, a grande inovação no Continente Africano iniciada pela OHADA.

Reconhece-se, assim, que a OHADA oferece combinação de características de organizações tanto jurídicas quanto econômicas, porquanto se se propõe como objetivo a integração jurídica entre os seus Estados-Partes, e tem como objetivo último a integração econômica do Continente⁹⁹.

Paulo Barbosa Casella conclui que a caracterização do sistema jurídico comunitário como ligado a um dos dois conceitos tradicionais, Direito Internacional ou direito interno, e ao mesmo tempo, supranacional, acaba incorrendo em circularidade,

⁹⁷ Artigo 3º do Tratado da OHADA. Este artigo dispõe que: "Os regulamentos para a aplicação do presente Tratado serão adotados, sempre que necessário, pelo Conselho de Ministros e por maioria absoluta".

⁹⁸ Artigo 10 do Tratado da OHADA. Nos termos deste artigo "Os atos uniformes são diretamente aplicáveis e obrigatórios nos Estados-Partes, não obstante toda e qualquer disposição contrária de direito interno, anterior ou posterior".

⁹⁹ É o que resulta do Preâmbulo do Tratado da OHADA.

porquanto o termo, supranacional, ao mesmo tempo deriva e é usado para explicar o fenômeno.

2. 1. 2. Personalidade de direito interno

A personalidade interna da OHADA decorre da disposição expressa do Tratado constitutivo de forma inequívoca.

Dispõe o artigo 46 do Tratado da OHADA que:

A OHADA tem plena personalidade jurídica internacional. Ela tem capacidade para:

- a) Contratar;
- b) Adquirir bens móveis e imóveis e dispor dos mesmos;
- c) Comparecer em juízo.

O ordenamento da OHADA tornou-se a partir da ratificação do Tratado constitutivo, peça integrante do ordenamento interno dos Estados-Partes, incluindo a Guiné-Bissau, sem que ocorra a participação dos órgãos estatais internos quer em sua elaboração, quer em sua adoção, dando origem a ordenamento jurídico autônomo, na medida em que são aplicados os Tratados.

Coloca-se a questão de determinar a natureza e extensão da personalidade da OHADA, principalmente em seus aspectos externos, particularmente em relação a terceiros Estados.

Nos termos do artigo supracitado do Tratado, criou-se, assim, para a OHADA, personalidade jurídica, conferindo-lhe a existência própria, caráter permanente, vontade distinta daquela de seus integrantes, bem como autonomia de atuação, cujo exercício se dá através de órgãos, patrimônio e recursos próprios.

A disponibilidade de recursos próprios é que distingue a OHADA das organizações internacionais clássicas e assegurar-lhe a independência de atuação, sem condicioná-la ao pagamento de contribuições.

2. 2. Ordenamento jurídico da OHADA

Como todo e qualquer ordenamento jurídico, também o da Organização para Harmonização do Direito dos Negócios em África, OHADA, é formado por um complexo de normas jurídicas, de regras caracterizadas pela força coercitiva que lhes é própria e pela generalidade de sua eficácia, que se manifesta, ou deve manifestar, perante todos os sujeitos que sejam ou possam ser submetidos àquelas. Questiona-se, quem são estes sujeitos?

São, antes de tudo, as próprias instituições da OHADA, os Estados-Partes e as pessoas físicas ou jurídicas que se encontrem no território de cada Estado-Parte.

Mas o que caracteriza de modo peculiar o direito comunitário e, em particular a OHADA, é o objetivo que se propõe atingir.

De fato, apesar de se inserir numa constante da vida internacional do segundo pós-guerra, caracterizado pela constituição de grandes blocos regionais ou sub-regionais, a OHADA não prossegue as normais finalidades de integração econômica ou monetária, de que a harmonização jurídica entre Estados-Partes é um mero instrumento e confinada aos setores em que se desenvolve a integração.

Ao invés, objetivo único dessa Organização é a própria integração jurídica do chamado Direito dos Negócios, globalmente considerado, tal como o seu âmbito material está delimitado no artigo 2º do Tratado ¹⁰⁰, adotando regras comuns, simples e ajustadas à situação das respectivas economias, implantando procedimentos judiciais

¹⁰⁰ Dispõe o artigo 2º do Tratado da OHADA que: "Para aplicação do presente Tratado, entram na alçada do direito dos negócios o conjunto das regras relativas ao direito das sociedades e ao estatuto dos comerciantes, às cobranças de dívidas, às garantias e vias de execução, ao regime de recuperação das empresas e de liquidação judicial, ao direito de arbitragem, ao direito do trabalho, ao direito contabilístico, ao direito da venda e dos transportes e todas as outras matérias que o Conselho de Ministros venha a decidir por unanimidade incluir, de acordo com o objeto do presente Tratado e o disposto no artigo 8º". Parece que em face aos objetivos expressos no preâmbulo do Tratado da OHADA, o elenco do artigo 2º deve ser visto como não taxativo, contendo apenas o núcleo duro do direito dos negócios considerados urgentes e necessários uniformizar, Joseph Issa-Sayegh também compartilha esse entendimento.

apropriados e encorajando o recurso à arbitragem, como meio alternativo à justiça estatal, para a resolução dos litígios emergentes das relações contratuais.¹⁰¹

Decerto que a integração jurídica nunca se justifica por si mesma, sempre servindo instrumentalmente outras finalidades, *máxime*, a integração econômica. A OHADA não constitui exceção, como documenta o próprio Preâmbulo do Tratado, ao proclamar a progressiva realização da integração econômica como objetivo final.

Eis, destarte, a peculiaridade fundamental de uma organização se reservar à finalidade exclusiva de realizar um processo alargado de integração jurídica, considerando-a uma etapa prévia da integração econômica à escala regional e continental que procura facilitar sem, contudo, interferir diretamente, ao respeitar as atribuições das instituições a que foi confiada a sua condução.

Para Umberto Forte "tal complexo de normas pode ser definido como um autêntico sistema institucional dotado, todavia, de aspectos absolutamente originais"¹⁰².

Segundo o supracitado autor, o direito comunitário pode ser definido, "de um lado, como o conjunto de normas vinculantes para as instituições comunitárias e para Estados-Partes, sancionadas principalmente pelo Tratado, e, de outro lado, como o conjunto de normas contidas em alguns atos qualificados das instituições comunitárias".

¹⁰³ Ainda, segundo este autor, o direito comunitário, no seu conjunto, "mostra-se como um *corpus* harmônico, embora em seu âmbito possa operar-se uma hierarquia de fontes".¹⁰⁴

2. 2. 1. Fontes

Distinguem-se duas fontes do direito comunitário: as fontes primárias das fontes secundárias. As fontes primárias no dizer do Umberto Forte "são representadas

¹⁰¹ Artigo primeiro do Tratado da OHADA.

¹⁰² FORTE, Umberto. **União européia: comunidade econômica européia (direito das comunidades européias e harmonização fiscal)**. Trad. De Maria Teresa M. Falcão. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 1994. p. 31.

¹⁰³ FORTE, Umberto. Op. cit., p. 31.

¹⁰⁴ FORTE, Umberto. Op. cit., p. 31.

por atos jurídicos que ditam disposições absolutamente novas as quais, por sua vez, não encontram fundamento em nenhum texto anterior".¹⁰⁵

Assim, o chamado direito comunitário originário, resulta diretamente dos acordos celebrados pelos Estados, servindo, por sua vez, de fundamento para os atos normativos posteriores emanados pelos órgãos comunitários. Desta forma, a produção normativa originária da OHADA está, basicamente, expressa no Tratado relativo à Harmonização em África do Direito dos Negócios, assinado em 17 de outubro de 1993 em Port-Louis, Ilhas Maurícias, e, no qual se institui a Organização para Harmonização em África do Direito dos Negócios, conhecida pela sigla francesa OHADA e ao qual a Guiné-Bissau aderiu a 17 de janeiro de 1994 através da Resolução 1/94 do Conselho do Estado e cujo texto publicado em francês no Boletim Oficial.

Assim, por Tratado institutivo da OHADA designa-se o Tratado relativo à Harmonização em África do Direito dos Negócios.

No que concerne, por sua vez, às fontes secundárias do direito comunitário, ensina Umberto Forte que estas consistem "no conjunto de atos jurídicos adotados pelos órgãos comunitários que completam e determinam o Tratado".¹⁰⁶ É o caso, por exemplo, dos vários atos uniformes adotados pelo Conselho de Ministros da OHADA.

Estes atos, denominados de direito comunitário derivado, provêm tanto dos órgãos deliberativos e executivos, Conselho de Ministro da OHADA, quanto dos órgãos jurisdicionais, a Corte Comum de Justiça e Arbitragem. E podem assumir tanto a forma de atos legislativos quanto jurisdicionais.

Ao lado das fontes comunitárias supranacionais e das fontes escritas do direito comunitário tem-se que admitir ainda as fontes não escritas, que são os princípios gerais de direito.

Esses princípios são os seguintes:

- a) Os direitos fundamentais;
- b) O princípio de igualdade e de proibição de discriminação e,
- c) Os princípios da proporcionalidade e da reciprocidade.

¹⁰⁵ FORTE, Umberto. Op. cit., p. 31.

¹⁰⁶ FORTE, Umberto. Op. cit., p. 32.

Umberto Forte assevera que "trata-se de normas que traduzem os princípios fundamentais do direito e da justiça, normas estas respeitadas pelo ordenamento jurídico interno".¹⁰⁷ E que por sua vez, continua o autor, "[...] permitem o preenchimento das lacunas existentes ou a ampliação do direito escrito graças à interpretação, segundo o princípio da equidade. Tais princípios fundamentais são realizados e aplicados de um modo especial pela jurisprudência da Corte de Justiça da CEE [...]".¹⁰⁸

No caso da OHADA, essa tarefa seria assegurada pela Corte Comum da Justiça e Arbitragem.

2. 2. 2. Características

O direito da OHADA apresenta as seguintes características:

- 1) A autonomia do direito da OHADA em face do ordenamento jurídico dos Estados-Partes;
- 2) A primazia do direito da OHADA diante do direito interno dos Estados-Partes;
- 3) A eficácia e a aplicação direta das normas da OHADA nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Partes;

Cabe analisar cada uma dessas características.

1) Autonomia do direito da OHADA diante do ordenamento jurídico dos Estados-Partes constitui o fundamento do ordenamento jurídico da OHADA, indispensável para manter a especialidade desse direito diante dos vários direitos nacionais. Em respeito a este princípio, a Corte Comum de Justiça e Arbitragem, não é chamada para garantir a observância das normas do direito interno vigente em cada Estado-Parte, nem para verificar a legitimidade e a constitucionalidade dos atos jurídicos nacionais sobre os quais se fundou o Tratado.

¹⁰⁷ FORTE, Umberto. Op. cit., p. 33.

¹⁰⁸ FORTE, Umberto. Op. cit., p. 33.

Naturalmente, a Corte inspira-se sempre nas exigências de interpretação e aplicação uniforme do direito comum e nos objetivos que a OHADA deve atingir para os quais, em regra, dá preferência às noções comunitárias na disciplina de determinadas matérias.

Neste sentido assevera Umberto Forte que a autonomia do direito comunitário constitui a principal condição de sua primazia sobre o ordenamento jurídico estatal.¹⁰⁹

Entretanto, é pacífico na doutrina europeia que qualquer que seja o processo de integração distingue-se das relações de cooperação características do sistema de Direito Internacional clássico.

Neste sentido, observa Pierre Pescatore que:

O direito da integração repousa em uma premissa estranha ao Direito Internacional chamado clássico - a da divisibilidade da soberania. Com efeito, quando se admite como premissa, junto com o Direito Internacional tradicional, que em um território determinado não se pode exercer senão uma soberania, ou seja, um só poder supremo, as únicas constelações possíveis entre Estados são aquelas que respondem a um esquema de coordenação e de cooperação.
110

Afinal, a integração está fundamentada na solidariedade entre os Estados que compõem uma comunidade e na idéia de supranacionalidade. É óbvio que, toda a experiência da integração comunitária demonstra que a realização dos objetivos visados com integração constitui um processo evolutivo complexo.

Outro relevante aspecto a observar é que os atos normativos da OHADA são aplicáveis diretamente aos indivíduos, sem necessidade da intervenção das autoridades estatais, que então, como sujeitos de direito, passam participar de uma maneira mais efetiva do processo de integração.

Armando Alvarez Garcia Júnior cita a jurisprudência da Corte de Justiça das Comunidades Europeia no caso Costa c. ENEL para assegurar que:

Direito comunitário constitui uma ordem integrada ao sistema jurídico dos Estados-Membros e que se impõe às suas jurisdições. Ademais, afirma que as normas comunitárias, supranacionais, fundem-se com as ordens jurídicas dos Estados-Membros. Entretanto, as jurisdições nacionais sempre consideraram o

¹⁰⁹ FORTE, Umberto. Op. cit., p. 103.

¹¹⁰ PESCATORE, Pierre *apud* GARCIA JUNIOR, Armando Alvarez. Ob. Ci., p. 107.

direito comunitário como um conjunto de normas distinto do direito interno, inclusive inicialmente confundindo com o Direito Internacional.¹¹¹

2) A primazia da ordem jurídica da OHADA em face das ordens jurídicas nacionais dos Estados-Partes. Este é um dos mais essenciais, absoluto e incondicionado princípio do direito comunitário, no dizer de Umberto Forte. Lembra este autor, citando a Corte da Justiça Européia, que a primazia do direito comunitário sobre o direito interno é o fundamento, o requisito indispensável, para a existência do próprio ordenamento jurídico das Comunidades, e emerge da própria noção de mercado comum, cuja realização não pode prescindir da exigência imperativa da unidade, uniformidade e eficácia.

Isto vale tanto para o direito primário quanto para o direito derivado, que no âmbito da OHADA são ambos diretamente aplicáveis. Cabe, de qualquer modo, aos juizes nacionais assegurar tal primazia.

Para tanto, essa primazia resulta, indubitavelmente, na mesma natureza original e originária da OHADA, enquanto, no ato de sua criação, os Estados-Partes consentiram em transferir-lhe alguns direitos e obrigações correspondentes às disposições do Tratado fundador, aceitando, por conseguinte, uma limitação efetiva em seus direitos soberanos.

Quando instituída a OHADA, munida de efetivos poderes, significa que os Estados criaram pelo tratado um *corpus* de normas jurídicas aplicáveis aos cidadãos e a eles próprios, perante o qual não podem opor atos normativos unilaterais, posteriores e incompatíveis.

Desta forma, a prevalência das normas da OHADA sobre as normas internas dos Estados-Partes, além da natureza específica da Organização, advém essencialmente do Tratado que a institui, e não das diferentes constituições e das legislações nacionais das Partes.

No que tange ainda ao alcance do princípio da primazia do direito comunitário em face ao direito interno, assevera Umberto Forte que "é um princípio consolidado que o direito comunitário prevalece no seu conjunto, sobre o complexo do direito nacional. O

¹¹¹ GARCIA JUNIOR, Armando Alvarez. Ob. Ci., p. 108.

que quer dizer que ele afirma-se diante deste em sua totalidade, qualquer que seja o nível hierárquico".¹¹²

Assim, o artigo 10 do Tratado que criou a OHADA reconheceu expressamente essa característica para o direito da OHADA, dispondo que os atos uniformes são diretamente aplicáveis e obrigatórios nos Estados-Partes, não obstante toda e qualquer disposição contrária de direito interno, anterior ou posterior.

O legislador da OHADA teve duas preocupações ao criar este artigo. Por um lado, o receio de que a não adoção expressamente deste princípio, a primazia do direito da OHADA sobre o direito interno dos Estados-Partes, poderia comprometer os objetivos dispostos no Tratado, e, por outro lado, suspeitava-se que a não adoção desse princípio acabaria por levar os Estados-Partes a adotarem eventuais medidas unilaterais, alterando, por meio de atos legislativos posteriores, as obrigações assumidas no tratado.

Como conseqüências práticas do princípio da primazia do direito comum da OHADA sobre o direito interno dos Estados-Partes, constante no artigo 10 do Tratado temos:

a) torna-se inaplicável, de pleno direito, toda norma interna incompatível com regras da OHADA posteriores;

b) se o regramento da OHADA for anterior, ele terá o condão de impedir a adoção válida de novos atos legislativos internos que lhe sejam contrários.

É certo que esse fato, de que os Estados-Partes não podem legislar sobre as matérias reservadas à OHADA com a assinatura do tratado, em nada contrasta com a soberania dos Estados-Partes.

Cumprido esclarecer que o artigo 10 do Tratado da OHADA busca sua inspiração no artigo 189 do Tratado de Roma, a respeito dos regulamentos europeus.

Relativamente a esta questão, dos regulamentos europeus, a jurisprudência da Corte da Justiça Européia é explícita. No caso Costa c. ENEL, sentença do dia 15 de julho de 1964 o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias consagrou o princípio

¹¹² FORTE, Umberto. Op. cit., p. 104.

da supremacia absoluta e incondicional do direito comunitário sobre o direito interno dos Estados-Membros.¹¹³

A sentença dispunha em seguintes termos:

Esta integração no direito de cada Estado-Membro, das disposições que provêm de fonte comunitária, e mais em geral, dos termos e do espírito do Tratado, tem como corolário a impossibilidade para os Estados de fazer prevalecer, frente a um ordenamento jurídico aceito por eles sobre uma base de reciprocidade, uma medida unilateral que não pode, portanto, ser-lhes oposta. Em efeito, a eficácia do direito comunitário não pode variar de um Estado a outro, em função das legislações internas ulteriores, sem pôr em perigo a realização dos objetivos contemplados no artigo 5º e estabelecer uma discriminação proibida pelo artigo 7º. As obrigações contraídas no Tratado constitutivo da Comunidade não seriam absolutas, mas somente condicionais, se as partes signatárias pudessem elidi-las mediante atos legislativos posteriores [...]. A primazia do direito comunitário está confirmada pelo artigo 189 [...]. Esta disposição [...] careceria de alcance se um Estado pudesse unilateralmente anular seus efeitos mediante um ato legislativo que prevalecesse sobre os textos comunitários.¹¹⁴

São totalmente válidos esses argumentos para os Estados-Partes da OHADA, que ainda não entenderam perfeitamente o sentido do fenômeno integracionista.

Outra consequência prática implícita que se pode deduzir do artigo 10 do Tratado da OHADA é no sentido da possibilidade de o juiz poder deixar de aplicar a lei interna, tanto a anterior como a posterior, que seja contrária ao direito da OHADA, sem precisar aguardar que seja declarada inconstitucional, ou seja, revogada pelos parlamentos dos Estados-Partes, Assembléia Nacional Popular no caso guineense. Caso contrário, os Estados-Partes podem, através de medidas unilaterais posteriores, pôr em risco uma norma da OHADA, colocaria, assim, em perigo a existência mesma da Organização, desprezando-se os seus fundamentos, a integração, a supranacionalidade e a confiança mútua.

Desta forma, o Tratado constitutivo da OHADA – bem como as normas editadas por suas instituições – possui prevalência sobre as regras internas dos Estados-Partes, com efeito direto em seus respectivos ordenamentos.

¹¹³ GARCIA JUNIOR, Armando Alvarez. Op. Cit. p. 108.

¹¹⁴ GARCIA JUNIOR, Armando Alvarez. Op. Cit. p. 108-109.

Considerando que o Tratado constitutivo resulta da expressão da vontade da autoridade política dos Estados-Partes, não se admite que uma lei posterior de qualquer Estado-Parte modifique o acordado no convênio fundacional.

Destarte, as normas do direito comunitário prevalecem sobre as do direito interno dos Estados-Partes, sejam estas últimas anteriores ou posteriores às primeiras. Obviamente, esta situação deixa de se verificar quando ocorre denúncia do tratado por parte de um Estado-Parte. A denúncia está prevista no artigo 62 do Tratado da OHADA.

Finalmente, observa-se que o direito comunitário, tanto o tratado fundacional, o Tratado da OHADA, como o regramento dele derivado, os atos uniformes, cria um ordenamento jurídico original, de caráter supranacional, que se integra ao sistema jurídico dos Estados-Partes, de modo que, havendo incompatibilidade entre as regras jurídicas da OHADA e as regras estatais internas, nas matérias de regulação comum têm primazia as primeiras. Isso se deve ao fato de as regras da OHADA constituírem um ordenamento aceite sobre a base da reciprocidade, da igualdade e da solidariedade. Pois, os Estados signatários do tratado concordaram em transferir a essa Organização o direito de editar normas a respeito de determinadas matérias, as denominadas matérias reservadas, portanto, não devem legislar nessas matérias.

3) A eficácia e aplicabilidade direta das normas da OHADA nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Partes. Esta é uma das questões longamente debatida pela doutrina e pela jurisprudência europeia.

A aplicabilidade direta relaciona-se com a vigência dos instrumentos jurídicos da OHADA e é consagrada expressamente em favor dos atos uniformes, porquanto, impõe-se aos órgãos estatais e aos sujeitos de direito privado, sem necessidade de processo de recepção interna ou de ordens de execução.¹¹⁵

Constata-se, com efeito, que a aplicação direta dos atos uniformes da OHADA significa que, sem uma intervenção do poder normativo nacional, estes têm validade automática no ordenamento jurídico interno dos Estados-Partes e são, enquanto tal, atos capazes de atribuir direitos e de impor obrigações a estes, aos seus órgãos e aos sujeitos de direito privado, sendo, portanto, equivalentes à lei nacional. Desta forma, as

¹¹⁵ Artigo 10 do Tratado da OHADA.

eventuais medidas de recepção contrariariam a sua natureza unilateral, a sua força obrigatória, o seu efeito direto, isto é, suas características.

Uma das conseqüências da eficácia direta, obviamente, a integração do direito comunitário nos sistemas jurídicos dos Estados-Partes implica o fato de que possam produzir plenamente seus efeitos.

No mesmo sentido aduz Armando Alvarez Garcia Júnior ao afirmar que: "Por essa característica, o ato comunitário não necessita ser transformado em norma de direito interno para entrar em vigor no âmbito interno do Estado, ou seja, a intervenção das autoridades nacionais não é necessária para que o regulamento comunitário seja aplicado no território nacional".¹¹⁶

A jurisprudência da Corte de Justiça Européia também comunga esta posição dispondo que "foi firmado princípio de que a validade do direito comunitário não pode ser subordinada à sua compatibilidade com princípios e normas constitucionais de um Estado".¹¹⁷

Ensina, por sua vez, Lucía Millán Moro que a recepção do regulamento por parte dos Estados-Membros das Comunidades Européias não é apenas um ato desnecessário como é também proibida pelo artigo 189 do Tratado CEE. E ainda a autora recorre a uma decisão do Tribunal de Justiça Européia, sobre *Varíola*, em que se determinou que "a aplicabilidade direta de um Regulamento exige que a sua entrada e sua aplicação a favor ou a cargo dos sujeitos de direito se realizem sem nenhuma medida de recepção no Direito nacional".¹¹⁸

Na realidade os atos uniformes da OHADA têm as mesmas características do regulamento das Comunidades Européias, como já se referiu, buscam nele a sua inspiração, por isso os argumentos a favor dos regulamentos são inteiramente ajustáveis a eles. Desta forma, o ato uniforme constitui o instrumento por excelência de unificação na esfera do direito da OHADA.

É de lembrar ainda que em uma ordem jurídica verdadeiramente supranacional, que é o caso da OHADA, as decisões não requerem aprovação interna

¹¹⁶ GARCIA JUNIOR, Armando Alvarez. Op. Cit, p. 112.

¹¹⁷ FORTE, Umberto. Op. cit. p. 104.

¹¹⁸ MORO, Lucían Millán. *Apud* GARCIA JUNIOR, Armando Alvarez. Op. Cit, p. 113.

nem incorporação ou transformação em direito interno para vigorar no território dos Estados-Partes.

Assim, em uma ordem verdadeiramente supranacional, uma vez emitida a decisão de um órgão institucional, ela tem o poder de modificar as normas internas e afetar os direitos dos particulares.

Neste contexto a Guiné-Bissau tem a obrigação de adotar, através de reforma constitucional, medidas que sejam necessárias para assegurar o cumprimento das normas que conformam o ordenamento jurídico da OHADA, sob pena de ser responsabilizado internacionalmente pelo incumprimento das obrigações assumidas no âmbito do Tratado de Port-Louis de 17 de outubro de 1993.

3. O quadro institucional da OHADA

A estrutura institucional da OHADA consiste num Conselho de Ministros, constituído pelos Ministros da Justiça e das Finanças dos Estados-partes¹¹⁹, assistido por um Secretariado Permanente, ao qual está ligada a Escola Regional Superior de Magistratura (ERSUMA), destinada à preparação dos magistrados para a interpretação e a aplicação comum do direito comunitário e numa Corte Comum de Justiça e Arbitragem (CCJA), composto por sete juízes, dentre os quais cinco magistrados, um advindo da Ordem dos Advogados e outro da carreira docente, todos com o mínimo de quinze anos no exercício das respectivas funções, eleitos por período de sete anos, renovável uma vez.¹²⁰

¹¹⁹ Artigo 27, 1 do tratado da OHADA.

¹²⁰ Artigo 31, 1 do Tratado da OHADA.

3. 1. Conselho de Ministros

O Conselho de Ministros é o órgão legislativo da OHADA, o que toma as decisões mais importantes, sempre auxiliado pelo Secretariado Permanente. Constitui o primeiro órgão que aparece na lista do artigo 3º do Tratado da OHADA.

Este órgão é integrado pelos Ministros da Justiça e das Finanças dos Estados-Partes, sendo a presidência exercida rotativamente por cada Estado-Parte, por um período de um ano, conforme a ordem estabelecida no artigo 27, 1, a) do Tratado da OHADA. É de observar que os responsáveis políticos dos Estados-Partes da OHADA têm uma precuciente visão da importância vital da vertente jurídica em qualquer processo de integração regional, essa visão é expressa quer na composição do Conselho de Ministros com a inclusão dos Ministros da Justiça ao lado dos Ministros das Finanças, entrosando a integração econômica com a integração jurídica, assim como no papel central da Corte Comum de Justiça e Arbitragem na adoção dos atos uniformes e, finalmente, na adoção de importantes atos uniformes em matéria comercial, consagrando a aptidão dos direitos africanos para apoiar o progresso econômico.

O Conselho de Ministros no exercício das suas funções normativas adota, por unanimidade, os atos uniformes¹²¹, diretamente aplicáveis em cada uma das ordens jurídicas internas dos Estados-partes. Também compete ao Conselho de Ministros entre outras: a adoção, sempre que necessário, dos regulamentos para aplicação do Tratado¹²², a aprovação, mediante proposta do Secretariado Permanente, do programa anual de harmonização do direito dos negócios¹²³, assim como aprovação dos orçamentos anuais da Corte Comum de Justiça e Arbitragem e do Secretariado Permanente.¹²⁴

¹²¹ Artigo 8º, 1 do Tratado da OHADA.

¹²² Artigo 4º do Tratado da OHADA.

¹²³ Artigo 11 do Tratado da OHADA.

¹²⁴ Artigo 45, 1 do Tratado da OHADA.

Este órgão reúne, pelo menos, uma vez por ano sendo esta reunião convocada pelo seu presidente, por sua própria iniciativa ou de um terço dos Estados-Partes. Para a qual é exigida, pelo menos, a presença de dois terços dos Estados-Partes¹²⁵. O presidente do Conselho é quem compete determinar a ordem dos trabalhos do Conselho de Ministros de acordo com a proposta do Secretariado Permanente.¹²⁶

As votações das decisões no âmbito do Conselho de Ministros seguem a regra de maioria absoluta dos Estados-Partes presentes e votantes, exceto para adoção dos atos uniformes e dispondo cada Estado-Parte de um voto, artigo 30 do Tratado da OHADA.

3. 2. Corte Comum de Justiça e Arbitragem (CCJA)

Como acontece em todas as organizações do gênero e, pelo fato mesmo de se tratar de um processo que visa harmonizar as diferentes legislações dos Estados-Partes, faz-se necessário no âmbito da OHADA a existência de um órgão com competência para interpretar de modo uniforme a aplicação das regras constantes do Tratado e dos instrumentos adotados pelos órgãos competentes da Organização. Assim, a Corte Comum de Justiça e Arbitragem da Organização para Harmonização em África do Direito dos Negócios constitui uma das quatro instituições previstas no artigo 3º do Tratado relativo à Harmonização do Direito dos Negócios em África para conhecer das questões relativas à aplicação do Tratado e os respectivos atos normativos, artigo 3º, 1.

A Corte Comum de Justiça e Arbitragem tem a sua sede em Abidjan, Côte D'Ivoire. A sua composição e atribuições são definidas pelo Tratado que é completado por um regulamento de processo, um regulamento de arbitragem e por um regulamento interno adotados pelo Conselho de Ministros nos termos dos artigos 8º e 26 do Tratado

¹²⁵ Artigo 28 do Tratado da OHADA.

¹²⁶ Artigo 29 do Tratado da OHADA.

da OHADA à 18 de abril de 1996 em N'Djamena, República do Tchad. A Corte Comum de Justiça e Arbitragem é composta, artigo 31, 1 do Tratado, por sete juízes eleitos por um período de sete anos renováveis uma vez, escolhidos entre os cidadãos dos Estados-Partes e eleitos, pelo Conselho de Ministros, para exercício de suas funções e respeitadas as seguintes condições:

- 1) Os magistrados tendo adquirido uma experiência judiciária mínima de quinze anos e exercido altas funções jurisdicionais;
- 2) Os advogados inscritos na Ordem dos Advogados de um dos Estados-Partes tendo no mínimo quinze anos de experiência profissional;
- 3) Os professores de Direito tendo no mínimo quinze anos de experiência profissional.

Somente dois membros da Corte podem pertencer às categorias mencionadas nos pontos 2 e 3.¹²⁷ Um sétimo dos membros da Corte é renovado cada ano e não pode ter mais do que um nacional de cada Estado-Parte. No nível interno, os membros da Corte elegem por um período de três anos e seis meses, não renováveis, o seu presidente e os seus dois vice-presidentes. Os juízes da CCJA são inamovíveis e cada um conserva o seu mandato até a data de entrada em função do seu sucessor.¹²⁸

Nos termos do artigo 3º do Regulamento do processo da CCJA, no momento de sua entrada em funções, todo e qualquer membro da Corte deve fazer, perante a Corte e em audiência pública, a seguinte declaração: "Declaro solenemente que exercerei bem e fielmente as minhas funções de juiz, com honra e imparcialidade, e que respeitarei escrupulosamente o segredo das deliberações". A sede da Corte Comum de Justiça e Arbitragem fica em Abidjan, República da Costa do Marfim.

¹²⁷ Artigo 31, 2 do Tratado da OHADA.

¹²⁸ Artigo 36 do Tratado da OHADA.

3. 2. 1. No exercício da sua função jurisdicional

No exercício da sua função jurisdicional a CCJA da OHADA é instituída para assegurar nos Estados-Partes a interpretação e aplicação comum do Tratado, dos regulamentos e dos atos uniformes adotados pelo Conselho de Ministros, artigo 14, 1 do Tratado.

O contencioso relativo à aplicação dos atos uniformes é da competência em primeira instância e em recurso das jurisdições nacionais dos Estados-Partes.¹²⁹ E, em caso de recurso de cassação em última instância, a CCJA pode ser acionada e, nesta condição, pronuncia sobre as decisões proferidas pelas jurisdições de apelação dos Estados-Partes em todos os processos que suscitam questões referentes à aplicação dos atos uniformes e de regulamentos previstos no Tratado a exceção das decisões que apliquem sanções penais.¹³⁰ A Corte, ainda, tem competência para pronunciar sobre qualquer decisão não susceptível de apelação proferida por qualquer jurisdição dos Estados-Partes em matéria de contencioso no âmbito do direito dos negócios da OHADA.

Em caso de anulação, a Corte decide sobre a causa invocando os fatos.¹³¹

Em matéria de cassação, a Corte Comum de Justiça e Arbitragem (CCJA) pode ser chamada a conhecer, tanto por via direta por uma das partes no processo, como por reenvio do processo por parte de uma jurisdição nacional, da matéria relativa às questões suscitadas pela aplicação dos atos uniformes e dos regulamentos.¹³²

A ação perante à CCJA tem como consequência a suspensão de todo e qualquer procedimento perante a jurisdição nacional contra a decisão atacada, sem, no entanto, prejudicar os processos executivos. Contudo, esse procedimento retoma seus

¹²⁹ Artigo 13 do Tratado da OHADA.

¹³⁰ Artigo 14, 3 do Tratado da OHADA.

¹³¹ Artigo 14, 5 do Tratado da OHADA.

¹³² Artigo 15 do Tratado da OHADA.

trâmites normais após o acórdão da CCJA declarando incompetente para conhecer da matéria.¹³³

A incompetência da CCJA pode ser suscitada *ex officio* ou por qualquer das partes em litígio *in limine litis*. Neste caso, a Corte tem um prazo de trinta dias subseqüentes para pronunciar sobre a sua incompetência.¹³⁴

Qualquer das partes em litígio perante uma jurisdição nacional, após ter suscitado a incompetência desta por desconhecimento da competência da CCJA, pode recorrer perante esta última num prazo de dois meses a contar da notificação da decisão contestada. A Corte, nestas condições, pronuncia-se sobre a sua competência por um acórdão que deve notificar tanto as partes quanto a jurisdição nacional em causa. Por outro lado, se a Corte decidir que a jurisdição nacional se declarou erradamente competente, a decisão proferida por esta última é considerada nula e sem qualquer efeito.¹³⁵

De lembrar que os acórdãos da CCJA têm força de caso julgado e força executiva e, por outro lado, são obrigatoriamente executados no território de cada um dos Estados-Partes, nas mesmas condições nacionais. É vedado, as jurisdições nacionais, proferir num mesmo processo, decisões contrárias a um acórdão da CCJA¹³⁶.

3. 2. 2. No exercício da sua função arbitral

No exercício da sua função não jurisdicional a CCJA é chamada para emitir parecer no âmbito da adoção dos atos uniformes pelo Conselho de Ministros¹³⁷. O prazo para esse pronunciamento é de trinta dias a contar a partir da data de recepção do pedido.¹³⁸ A outra função não jurisdicional exercida pela CCJA é a de ser

¹³³ Artigo 16 do Tratado da OHADA.

¹³⁴ Artigo 17 do Tratado da OHADA.

¹³⁵ Artigo 18 do Tratado da OHADA.

¹³⁶ Artigo 20 do Tratado da OHADA.

¹³⁷ Artigo 6º do Tratado da OHADA.

¹³⁸ Artigo 7º, 2, *in fine* do Tratado da OHADA.

consultada por qualquer Estado-Parte ou pelo Conselho de Ministros sobre qualquer matéria constante no Tratado ou nos textos adotados pela OHADA, assim como pelas jurisdições nacionais.¹³⁹

Finalmente, a CCJA conta com um centro de arbitragem e com um regulamento interno próprio. Em princípio, esta é apenas competente em face dos litígios emergentes da aplicação comum dos atos uniformes em matéria do direito dos negócios em que sejam partes os agentes econômicos ou empresas públicas ou privadas dos Estados-Partes e, excepcionalmente, quando uma das partes no contrato seja do Estado-Parte da OHADA e que tenham previsto a arbitragem na sua cláusula compromissória ou quando o contrato seja executado ou a executar total ou parcialmente no território de um ou vários Estados-Partes.¹⁴⁰

De realçar que a própria Corte não decide diretamente, apenas nomeia ou confirma os árbitros e durante o processo ela é informada do seu desenrolar¹⁴¹ e nos termos do artigo 24 do Tratado examina os projetos de sentença, ao qual só pode propor modificações de forma.

Assim, compete ao centro de arbitragem da Corte o estabelecimento da lista de seus árbitros a partir da qual são escolhidos pelas partes interessadas no desencadeamento desse meio alternativo de resolução de litígios em matéria de direito dos negócios.

Portanto, os Estados e outras coletividades públicas ou privadas podem igualmente recorrer à arbitragem como meio alternativo para a resolução de litígios em matéria de direito dos negócios sem, no entanto, poder invocar o seu próprio direito para contestar a arbitrabilidade de um litígio, a sua capacidade a contratar ou a validade de convenção de arbitragem.

As sentenças arbitrais pronunciadas no âmbito do Tratado da OHADA têm força de caso julgado no território dos Estados-Partes da mesma forma que tem as decisões proferidas pelas jurisdições nacionais.¹⁴²

¹³⁹ Artigo 14, 2 do Tratado da OHADA.

¹⁴⁰ Artigo 21, 1 do Tratado da OHADA.

¹⁴¹ Artigo 21, 2 do Tratado da OHADA.

¹⁴² Artigo 25, 1 do Tratado da OHADA.

3. 3. Secretariado Permanente

Órgão previsto no Tratado da OHADA e ligado ao Conselho de Ministros, artigo 3º, 2 do Tratado da OHADA.

O Secretariado Permanente assume funções administrativas da organização, essencialmente a de preparar os projetos de atos uniformes em concertação com os Governos dos Estados-Partes, artigo 6º do Tratado da OHADA. Para além de preparar os projetos de atos uniformes o programa anual de harmonização do direito dos negócios é, também, preparado e submetido à aprovação do Conselho de Ministros pelo Secretariado Permanente, artigo 11 do Tratado da OHADA.

Este órgão tem ainda as funções de propaganda, de dar a conhecer a organização e de publicação do Jornal Oficial da OHADA.

O Secretariado Permanente é dirigido por um Secretário Permanente, nomeado pelo Conselho de Ministros e por um período de quatro anos, renováveis uma vez.

Por conseguinte, é ao Secretário Permanente quem compete a nomeação de seus colaboradores de acordo com os critérios de recrutamento definidos pelo Conselho de Ministros e com respeito os limites orçamentais, artigo 40 do Tratado.

Igualmente seu orçamento anual é adotado pelo Conselho de Ministros, artigo 45, 1 do Tratado da OHADA. A sede do Secretariado Permanente fica em Yaoundé, República dos Camarões.

3. 4. Escola Regional Superior de Magistratura (ERSUMA)

A Escola Regional Superior de Magistratura surge no artigo 41 do Tratado da OHADA. Ligada a Secretariado Permanente, artigo 3º, 2 do Tratado da OHADA, a

ERSUMA assegura a formação e o aperfeiçoamento dos magistrados e dos auxiliares de justiça dos Estados-Partes no que diz respeito ao novo direito harmonizado dos negócios.

A ERSUMA é dirigida por um diretor nomeado pelo Conselho de Ministros. A sede da Escola fica em Porto-Novo, República do Benin.

4. Os atos das instituições da OHADA

4. 1. Natureza e classificação

O Tratado que institui a OHADA atribuiu aos órgãos comunitários o poder de adotar, no exercício das suas respectivas competências, uma série de atos normativos.

O complexo de tais normas jurídicas constitui o direito comunitário derivado e as chamadas fontes secundárias, porque, têm origem e fundamento nas fontes primárias contidas no Tratado instituidor e, mais especificamente, no artigo 5º do Tratado da OHADA.

Nos termos deste artigo, "os atos que têm como objetivo a adoção das disposições comuns previstas no artigo primeiro do presente Tratado têm a qualificação de atos uniformes".

Desta forma, é o próprio Tratado quem determinou que tipo de ato jurídico, neste caso atos uniformes, as instituições da OHADA podem expedir e qual é o órgão que tem tal competência, ou seja, esse órgão é o Conselho de Ministros, nos termos do artigo 4º do Tratado da OHADA.

Dispõe o artigo 4º do Tratado da OHADA:

"Os regulamentos para a aplicação do presente Tratado serão adotados, sempre que necessário, pelo Conselho de Ministros e por maioria absoluta".

Portanto, segundo o Tratado da OHADA apenas existe um tipo de ato normativo, atos uniformes, e a um único órgão, o Conselho de Ministros, compete a sua adoção e por maioria absoluta.

Os atos normativos da OHADA adotados pelo Conselho de Ministros denominam-se de atos uniformes por força do artigo 5º, 1 do Tratado e apresentam duas características, conforme o artigo 10 do Tratado da OHADA:

- 1) São diretamente aplicáveis;
- 2) São obrigatórios em todos os seus sentidos nos Estados-Partes e;
- 3) Têm incidência geral, acrescenta-se.

Por outro lado os atos uniformes podem incluir disposições penais.¹⁴³

Analisando cada uma dessas características vê-se que:

1) Aplicabilidade direta dos atos uniformes. O caráter de imediaticidade dos atos uniformes da OHADA reside no fato de que estes atos, os atos uniformes, ingressam nos ordenamentos dos Estados-Partes sem que qualquer processo jurídico interno ou qualquer ato de adaptação por parte dos Estados seja necessário, é o chamado caráter *self-executing* desses atos.

Umberto Forte ao analisar o assunto à luz dos regulamentos das Comunidades Europeias afirma que: "Os regulamentos nas Comunidades Europeias, segundo o Tratado, passam a integrar o sistema normativo de cada Estado-Membro por força da ordem de execução conexas à lei nacional de ratificação do próprio Tratado".¹⁴⁴ São, portanto, imediatamente eficazes em cada um dos Estados-Membros.

Para este autor o significado do termo "imediatamente" exclui a dependência, ainda que obrigatória, de uma atividade por parte dos Estados-Membros, tendo em vista a eficácia concreta dos regulamentos no interior de cada ordenamento jurídico.

Isso significa que, na prática, tal como sucede nos ordenamentos nacionais em que a Constituição representa a norma máxima na hierarquia das fontes, encontrando atuação e complemento nas disposições de lei ordinária, também assim acontece em relação aos atos uniformes, que resultam diretamente do Tratado institutivo, conferem direitos e impõem obrigações aos Estados-Partes, aos seus órgãos e às pessoas

¹⁴³ Artigo 5º, 2 do Tratado da OHADA.

¹⁴⁴ FORTE, Umberto. Op. cit. p. 94.

jurídicas de direito privado, e compelem os juízos nacionais a tutelarem o que neles vem estabelecido, da mesma forma que tutelam os direitos e as obrigações resultantes das legislações nacionais.

2) A obrigatoriedade nos Estados-Partes. É o segundo enunciado do artigo 10 do Tratado da OHADA. Estabelecendo que os atos uniformes são obrigatórios nos Estados-Partes em todos os seus elementos e revogam toda e qualquer disposição contrária do direito interno, anterior ou posterior.

Esta característica interpreta-se no sentido de que os atos uniformes são idôneos, capazes, de por si só estabelecerem preceitos susceptíveis de criar uma condição de sujeição a todos os destinatários.

3) Finalmente, a incidência geral, que implicitamente pode ser retirado do artigo em análise. Significa que os atos uniformes têm incidência geral, uma vez que, não indicam os seus destinatários e são susceptíveis de produzirem efeitos para um número potencialmente indeterminado de destinatários, sejam estes Estados-Partes ou pessoas físicas ou jurídicas operantes no âmbito do território dos Estados-Partes.

Como corolário do princípio da generalidade é o requisito da abstração, que reside no fato de prescindirem os atos uniformes de um caso concreto e de ser aplicável em qualquer espécie de fato abrangido por seu texto.

4. 2. Atos Uniformes (Elaboração, forma e entrada em vigor)

Os atos normativos da OHADA não são atos solitários, mas constituem o desfecho de um procedimento que consta dos artigos 5º a 12 do Tratado da OHADA.

O processo decisório inicia-se com a proposta do Secretariado Permanente em concertação com os Governos dos Estados-Partes, dependendo a adoção da deliberação unânime do Conselho de Ministros, após parecer da Corte Comum de Justiça e Arbitragem.¹⁴⁵ Assim, é da competência exclusiva do Conselho de Ministros a adoção dos atos uniformes.

¹⁴⁵ Artigo 6º do Tratado da OHADA.

Os projetos de atos uniformes são comunicados pelo Secretariado Permanente aos Governos dos Estados-Partes que dispõem de um prazo de noventa dias a contar da data de recepção dessa comunicação para enviar ao Secretariado Permanente as respectivas observações escritas.¹⁴⁶ Em seguida, o projeto de ato uniforme, acompanhado das observações dos Governos dos Estados-Partes e de um relatório do Secretariado Permanente, é enviado à Corte Comum de Justiça e Arbitragem que tem, por sua vez, um prazo de trinta dias a contar da data da recepção do pedido para dar o seu parecer.¹⁴⁷ O texto definitivo é adotado pelo Conselho de Ministros e por unanimidade dos representantes dos Estados-Partes presentes e votantes, após o parecer da Corte Comum da Justiça e Arbitragem.¹⁴⁸

Repare que, o artigo 8º, 2 do Tratado da OHADA é coincidente com o artigo 28 do Tratado quanto ao quorum constitutivo para adoção dos atos uniformes. Já quanto ao quorum deliberativo, o artigo 8º, 1 do Tratado especializa o artigo 30 do Tratado, na medida em que para outras decisões do Conselho de Ministros exige-se apenas a maioria absoluta, nos termos do artigo 30 do Tratado. Ainda segundo este artigo cada Estado-Parte tem um voto.

Os atos uniformes entram em vigor, salvo disposições especiais previstas pelo próprio ato uniforme, noventa dias depois da respectiva adoção pelo Conselho de Ministros e, são publicados no Jornal Oficial da OHADA bem como no Boletim Oficial, no caso da Guiné-Bissau.¹⁴⁹ Porém, a publicação dos atos uniformes no Jornal Oficial da OHADA é suficiente para desencadear o mecanismo da sua oponibilidade, do contrário, os Estados teriam uma via simples para bloquear a aplicação dos atos uniformes.

O artigo 9º, do Tratado contém uma regra no mínimo curiosa. Dispõe este artigo que:

¹⁴⁶ Artigo 7º, 1 do Tratado da OHADA.

¹⁴⁷ Artigo 7º, 2 do Tratado da OHADA.

¹⁴⁸ Artigo 8º, 1 do Tratado da OHADA.

¹⁴⁹ Artigo 9º, 1 do Tratado da OHADA.

Artigo 9º do Tratado da OHADA

1. Os atos uniformes entram em vigor noventa dias após a sua adoção, salvo modalidades especiais de entrada em vigor previstas por um ato uniforme.
2. Os atos uniformes são contestáveis durante os trinta dias úteis após a sua publicação no Jornal Oficial da OHADA. Eles são igualmente publicados no Jornal Oficial (no Boletim Oficial caso da Guiné-Bissau) dos Estados-Partes ou ainda por outros meios considerados apropriados.

Aqui, há uma curiosidade no sentido de o legislador da OHADA tentar conjugar a data de entrada em vigor, que se conta a partir da data da adoção do ato normativo pelo Conselho de Ministros, e a sua oponibilidade, que se conta a partir da data da publicação. Parece que o que se pretende é fazer coincidir a data da entrada em vigor com a data de oponibilidade. Ou seja, teria que ocorrer a publicação no máximo até sessenta dias após a adoção do ato uniforme.

Mas, se essa publicação, do ato uniforme, não se dar nos sessenta dias seguidos da adoção. O que acontece? Considerando que, só a publicação torna o ato uniforme aplicável, não bastando os noventa dias após a adoção.

Assim, conclui-se que, se a publicação se seguir imediatamente à adoção, ainda assim terão que decorrer noventa dias para que o ato uniforme seja aplicável. Ao contrário, se a publicação for posterior aos noventa dias após a adoção teremos um ato uniforme em vigor, mas não oponível. Pois, exige-se o decurso de trinta dias após a publicação.

Em verdade, não se compreende a razão de ser desta distinção entre a entrada em vigor e oponibilidade.

CAPITULO III - O TRATADO RELATIVO À HARMONIZAÇÃO DO DIREITO DOS NEGÓCIOS EM ÁFRICA E A ORDEM JURIDICO DA GUINÉ-BISSAU

1. O Tratado da OHADA e a Constituição da Guiné-Bissau

Neste ponto, analisam-se as relações existentes entre as normas emanadas dos órgãos competentes da OHADA e as regras constitucionais editadas por um de seus Estados-Partes, no caso, a República da Guiné-Bissau. Considerando que o Direito da OHADA – o Tratado constitutivo e os atos uniformes – pressupõe uma limitação da competência das autoridades nacionais a favor dos órgãos comunitários. Ora, o primeiro problema que se coloca é de se saber qual o fundamento ou autorização constitucional para esta limitação de soberania, conducente a uma partilha ou transferência de funções soberanas dos órgãos estaduais para os órgãos das organizações supranacionais, nomeadamente a OHADA.

O problema é dos mais momentosos, pois se coloca *pari passu* com o desenvolvimento e consolidação desta organização e a inevitável colisão de suas normas jurídicas com o ordenamento nacional.

Na verdade esta questão pode ser considerada sob duas acepções distintas: a teórica, que consiste em tomar o bloco normativo interno, para efeito de deduzir-se a unidade ou a dualidade de tais sistemas jurídicos, com a existência ou não de hierarquia, em tese, entre os dois conjuntos, e a prática, resultante da solução de conflitos atuais, especificados, entre regras particularizadas de Direito Internacional e disposições singulares de direito interno. Enfim, qualquer solução prática trazida a um conflito dessa natureza fundamentar-se-á na supremacia do Direito Internacional ou do direito interno, tema estudado pelas teses monistas e dualistas, como se viu (item 4. 1).

É de recordar, por outro lado, que a Constituição guineense de 16 de maio de 1986 nada assinala quanto à hierarquia dos tratados e convenções internacionais, como foi visto (item 4. 1. 4. 1), e muito menos quanto à admissão da supranacionalidade das normas resultantes dos acordos internacionais de que faça parte. Aduzindo ser fundamentos da República a soberania¹⁵⁰, artigo 1º da CRGB. Este artigo é completado pelo artigo 2º, 1, da CRGB que estabelece que a soberania nacional reside no povo e tem como princípios de suas relações internacionais a independência nacional, a igualdade entre Estados, a não ingerência e não-alinhamento, artigo 18, 1 da CRGB.

Todavia, no artigo 18, 3 da CRGB se estabelece que a República da Guiné-Bissau participa nos esforços que realizam os Estados Africanos, na base regional ou continental, em ordem à concretização do princípio da Unidade Africana. A interpretação do artigo supracitado não permite concluir que há uma abertura constitucional para a admissão da supranacionalidade. Pois, mesmo que se faça uma interpretação construtiva deste dispositivo constitucional não é possível contornar o

¹⁵⁰É comum afirmar que o mundo passa por um fenômeno conhecido como globalização. Todavia, não se pode negar que a globalização é o traço mais relevante dos contornos assumidos pela atual estrutura internacional. Diante desta nova realidade, observa-se que, nos dias atuais, tem havido uma maior cooperação intergovernamental, e, como consequência, tem o conceito de soberania necessitado de reformulação, uma vez que os Estados não são auto-suficientes, ou seja, não operam individualmente nas relações internacionais, mas, sim, interdependentemente. A comunidade mundial tenta buscar soluções que conciliem o conceito de soberania com as necessidades de cooperação e integração entre os Estados Modernos

É importante mencionar, contudo, que o direito comunitário, tal como se apresenta na Europa, só se estabeleceu devido a limites impostos pelos tratados constitutivos da União Européia, como por exemplo o Tratado de Roma, de 1957, posteriormente o Tratado de Maastricht, de 1994, que reformulou as bases da cooperação previstas no Tratado de Roma.

O direito comunitário encontra fundamentos na teoria da soberania compartilhada. De acordo com esta teoria, os Estados-membros, quando buscam a integração, transferem parcelas de seu poder que passam a ser exercidas por todos da comunidade. Esta transferência permite que os Estados estendam suas influências aos demais da comunidade, bem como podem se colocar, de modo estratégico, como interlocutores em relação a outros países no cenário internacional.

Na soberania compartilhada, os Estados-membros não renunciam à sua soberania, tão-somente passam a exercê-la de forma compartilhada com os outros Estados naquelas matérias expressamente previstas nos tratados, estes, sim, são a base para a definição da distribuição de poderes (competências) entre a Comunidade e seus membros. Esta limitação, que é uma característica da soberania compartilhada, é assegurada pelo chamado princípio da subsidiariedade.

Em suma, neste modelo, não há perda da soberania, muito menos perda de parte desta, pois soberania não é algo que se possa ter em maior ou menor grau, se é Estado, logo é soberano. A soberania é uma condição do Estado. O que se propõe é o compartilhamento da soberania. Portanto, a Guiné-Bissau tem que tomar consciência de suas responsabilidades internacionalmente assumidas e abandonar a velha acepção do conceito de soberania.

obstáculo à supranacionalidade presente na Constituição guineense. Desta forma, a Guiné-Bissau afasta a idéia de uma unificação de qualquer natureza. Determinando, expressamente, a não aplicação pelos tribunais das normas incompatíveis com as disposições constitucionais e princípios nela consagrados, artigo 126, 1 da CRGB.

E, ainda, considerando que a supranacionalidade implica necessariamente em uma integração política, o que não está contemplada no texto constitucional da Guiné-Bissau, constata-se que a Carta guineense corresponde, sem dúvida alguma, a uma intransponível barreira à integração política e a supranacionalidade, somente vencível através da atuação do Poder Constituinte Derivado. O mesmo se diz, também, a respeito da admissibilidade de um tribunal supranacional, pois, o artigo 120, 1 da CRGB estabelece que o Supremo Tribunal de Justiça é a instância judicial suprema da República, reserva essa que colide diretamente com os artigos 14, 3, 4, e 5; 15; 16; 18 e 20 do Tratado da OHADA.

Portanto, tem-se, na Guiné-Bissau, um verdadeiro obstáculo constitucional ao estabelecimento da ordem supranacional da OHADA.

Desta forma, enquanto faltam normas constitucionais, na Guiné-Bissau, a hierarquia das disposições dos órgãos da OHADA em relação às normas jurídicas internas continuará dependendo, assim como sua incorporação, de acordo com os princípios e regras previstos na sua Constituição, neste caso, perante o silêncio da Constituição, deveria ser a Jurisprudência, principalmente do Supremo Tribunal de Justiça, a preencher este vazio que, no entanto, também não existe.

Portanto, a mesma situação se verifica também em relação às normas de outras organizações comunitárias de que a Guiné-Bissau é membro, nomeadamente a UEMOA e a CEDEAO que são, conforme seus tratados constitutivos, verdadeiras organizações de carácter supranacional.

Entretanto, considerando a hipótese da existência, na Constituição guineense, de preceitos que admitem a supranacionalidade das normas resultantes dos acordos internacionais em que participa a Guiné-Bissau, no caso, as normas da OHADA. Que tipo de relação se estabeleceria entre a Constituição e essas normas?

Vencida a barreira a supranacionalidade na Constituição da Guiné-Bissau as normas da OHADA passam a ocupar, na hierarquia das fontes, uma posição cimeira em

face às leis infraconstitucionais, por constituírem direito *sel executing*, ou seja, direito diretamente aplicável em todos os Estados-Partes, sem necessidade de qualquer ato interno - lei, decreto - de transformação.

Cumpra esclarecer, porém, que essa posição de primazia das normas da OHADA na hierarquia das fontes não tem valor supraconstitucional, ou seja, não deve prejudicar a supremacia da Constituição porque: a) a supremacia do direito da OHADA perante a Constituição tornaria supérfluas as próprias constituições; b) a eficácia derogatória, modificativa ou revogatória das normas da OHADA sobre as normas da Constituição da Guiné-Bissau equivaleria ao reconhecimento de um processo apócrifo de revisão contra as próprias normas constitucionais; c) a supremacia do direito da OHADA sobre o Direito Constitucional justificaria, em último caso, a possibilidade de superação dos limites de revisão, violando abertamente o artigo 127 da CRGB.

Por outro lado, existe um Tribunal da OHADA, a Corte Comum de Justiça e Arbitragem, para apreciar as questões suscitadas pelo Direito da OHADA. Coloca-se, porém, o problema de saber se os juízes e as partes em um processo a decorrer na Guiné-Bissau poderão suscitar o incidente da inconstitucionalidade em face do direito guineense. As normas da OHADA são normas internas para todos os efeitos, não estando previsto na Constituição qualquer regime privilegiado quanto ao seu controle. Ou seja, é possível argumentar com a idéia de as normas da OHADA, atos uniformes, não serem fontes de direito interno, mas fontes de um sistema jurídico autônomo. Por conseguinte, não existiria qualquer controle - incidental - de constitucionalidade incidente sobre os atos uniformes da OHADA.

Um eventual controle não significa necessariamente a aniquilação das normas da OHADA. Os juízes guineenses podem conhecer e julgar inaplicáveis as normas da OHADA eventualmente desconformes com as normas e princípios constitucionais. No entanto, os juízes devem também valorar a compatibilidade entre as normas da OHADA e as leis guineenses, fazendo prevalecer as primeiras sobre as segundas, independentemente da relação de sucessão de leis no tempo. Aqui os juízes guineenses julgarão inaplicáveis as normas internas conflitantes com as normas da OHADA por força do artigo 10 do Tratado da OHADA.

2. O Tratado da OHADA e as leis infraconstitucionais

2. 1. Harmonização ou uniformização de direito?

Sob uma capa de harmonização procede-se a uma verdadeira uniformização de direitos pela OHADA. Há que esclarecer que a estes dois termos, harmonização e uniformização, correspondem graus e formas diferentes de integração jurídica.

Harmonização é entendida como um processo de aproximação entre sistemas jurídicos de origem e inspiração diferentes que, embora respeitando os particularismos das legislações nacionais, procura reduzir as diferenças entre si, conferindo-lhes coerência mediante a supressão de contradições, de modo a alcançar os objetivos comunitários visados. As diretivas e as recomendações são as típicas técnicas jurídicas a que recorre, enunciando os resultados a atingir, sem impor os meios ou as formas a utilizar.

Ao invés, a uniformização consiste num método mais radical de integração jurídica, substituindo as legislações nacionais por um texto único, ou instaurando-o *ex-novo*, igual para todos os Estados-Partes, vinculando-os automática e obrigatoriamente.

Como nos casos dos Regulamentos comunitários da União Européia, dos atos normativos da União Económica e Monetária Oeste-Africana (UEMOA) bem como dos atos uniformes da OHADA que, por força do disposto no artigo 10 do Tratado, conhecem eficácia imediata e direta, dispensando, portanto, qualquer instrumento legislativo interno de aplicação que condicione a produção de efeitos nas esferas dos sujeitos de Direito, e obrigatório, em todos os seus elementos, nos Estados partes, independentemente de publicação nos respectivos Boletins Oficiais, derogando ainda toda e qualquer disposição de direito interno, anterior ou posterior, que lhes seja contrária, constituído, portanto, Direito supranacional com carácter supralegal.

Todavia, categoricamente, o que resulta das fontes constitutivas do Direito dos Negócios da OHADA, é a harmonização.

Esta, pela sua própria designação, é a Organização para *Harmonização* em África do Direito dos Negócios.

Simplemente, surge uma tendência espúria, mas muito expandida, que põe o acento tónico na *uniformização*.

Há aqui um erro, e um erro de conseqüências graves. Como visto, a uniformização é um processo nivelador, que ignora a diversidade de condições dos países a que se aplica. Impõe idênticas regras, mesmo em países como a Guiné-Bissau, que vivem em condições muito diferentes daquelas para quem as regras foram pensadas.

A uniformização desrespeita as finalidades dos acordos e, se imposta, não tem base de legitimação. Se o que se pretende é a integração regional, essa integração não necessita, de imediato, da uniformização. Necessita somente da compatibilidade das várias ordens jurídicas.

É necessário que não haja discrepância que tragam distorções e obstáculos ao fluxo de negócios. Mas isso se consegue com a harmonização, pelo menos nestes primeiros momentos da integração.

Em vez de uma cópia servil de precedentes exteriores há que verificar o que permite tornar compatíveis as realidades guineenses com as preocupações dos acordos. Quer dizer, deve haver um exercício de imaginação, de que resulte a criação de um direito harmonizado, sem quebra da identidade da ordem jurídica guineense.

Além do mais, a opção pela uniformização nesta fase de integração pode contribuir mais para retrocessos e criar mais dificuldades (inclusive constitucionais, como visto no caso guineense e em relação aos outros Estados-Partes sucede a mesma situação, seguramente) do que servir para pavimentar o sucesso da iniciativa.

3. A questão de conflito entre tratados

O direito da OHADA não é confrontado apenas com os direitos internos dos Estados-Partes, mas também com outros direitos resultantes de outros tratados internacionais dos quais são membros os Estados-Partes da OHADA, como por exemplo, os oito Estados-Membros da UEMOA¹⁵¹ (Benin, Burkina-Faso, Costa do Marfim, Guiné-Bissau, Mali, Senegal e Togo), alguns Estados-Membros da CEDEAO¹⁵², a CEMAC¹⁵³ e a CIMA¹⁵⁴ que são igualmente Estados-Partes da OHADA.

Portanto, coloca-se a questão de aplicação de tratados sucessivos sobre a mesma matéria, ou seja, o conflito de tratados.

A Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas (CDI) se ocupou do tema de 1953 a 1966 sob cinco ângulos distintos e acabou adotando o artigo 30 da Convenção de 1969, que seria repetido na Convenção sobre o Direito dos Tratados de Organizações Internacionais, de 1986.¹⁵⁵

Assim, a Convenção de Viena sobre Direito dos tratados, de 1969, regula a matéria no seu artigo 30 e esclarece que, quando um tratado estipula que está subordinado a um tratado anterior ou posterior ou que não deve ser considerado incompatível com esse outro tratado, as disposições deste último prevalecerão.

Na hipótese de todas as partes no tratado anterior serem igualmente partes no tratado posterior, o tratado anterior só se aplica na medida em que suas disposições sejam compatíveis com as do tratado posterior. Porém, quando ocorrer conflito entre

¹⁵¹ União Econômica e Monetária Oeste Africana criada em 10 de janeiro de 1994 para completar e reforçar a União Monetária Oeste Africana (UMOA) cujo Tratado constitutivo foi assinado a 14 de novembro de 1973. A adesão da Guiné-Bissau a UMOA aconteceu em 29 de janeiro de 1997 e, em seguida, a 2 de maio do mesmo ano a sua adesão a UEMOA, constituindo-se no seu 8º Estado-Membro. O Tratado da UEMOA começou a vigorar a primeiro de agosto de 1994, após a ratificação dos Estados-Membros.

¹⁵² Comunidade Econômica para o Desenvolvimento dos Estados da África Ocidental.

¹⁵³ Comunidade Econômica e Monetária da África Central.

¹⁵⁴ Conferência Internacional dos Mercados e de Segurança

¹⁵⁵ ACCIOLY, Hildebrando. Op. cit., p. 34.

dois tratados bilaterais aplica-se o tratado posterior, na hipótese de seus dispositivos serem incompatíveis.

Frisa Accioly ao tratar do assunto que a rigor não se pode falar em conflito mesmo quando os seus dispositivos parecem ser incompatíveis, pois, segundo, este autor, em caso da incompatibilidade entre os textos de dois tratados, a solução não consiste em considerar um deles como nulo, visto que através de uma interpretação judiciosa e de boa-fé é possível na maioria dos casos demonstrar que os dois textos podem ser mantidos.¹⁵⁶ Este entendimento é comungado por Celso de A. Mello ao lembrar que os conflitos porventura existentes entre dois tratados são na maioria das vezes resolvidos por meio de interpretação¹⁵⁷.

O conflito pode ocorrer, por sua vez, entre um tratado bilateral e um tratado multilateral ou entre dois ou mais tratados multilaterais, neste caso a complexidade aumenta, e a doutrina apresenta uma série de soluções que são igualmente de difícil conciliação, já que, conforme o caso aplica-se a *lex prior*, a *lex posterior*, a *lex specialis* ou busca-se a intenção legislativa.

Para Francisco Rezek a questão está na identidade da fonte da produção das normas, pois ensina que:

Quando tratados distintos dão origem à superposição normativa, há que indagar desde logo sobre a identidade ou não da fonte de produção das normas em causa. Deve-se saber, pois, preliminarmente, se esses tratados vinculam as mesmas partes. Em caso afirmativo, certos princípios secularmente consagrados na teoria geral do direito [...] oferecem solução do problema. Caso contrário, há conflito real, dificilmente resolúvel à base de iguais princípios, [...].¹⁵⁸

Neste caso, segundo o autor citado, havendo tratamentos distintos e inconciliáveis sobre o mesmo tema em dois ou mais acordos em que figuram as mesmas partes não se pode falar em conflito. Ressalta ainda que é a identidade da fonte de produção que faz com que se veja, no caso, fenômeno igual ao da concorrência de diplomas legais de igual origem e nível hierárquico, num sistema de direito interno. Portanto prevalece o posterior sobre o anterior, à base da convicção de

¹⁵⁶ ACCIOLY, Hildebrando. Op. cit., p. 35.

¹⁵⁷ MELLO, Celso de A. Ob.cit., p. 211.

¹⁵⁸ REZEK, Francisco. Op. cit., p. 99-100.

que o poder legiferante modificou a sua vontade. Destarte, remata o autor que "não é necessário que no pacto superveniente as partes expressamente declarem revogado - ou apenas modificado - o pacto anterior".¹⁵⁹

Deste modo, na hipótese de haver uma incompatibilidade, total ou parcial, entre o que dispõem as normas da OHADA e um outro tratado em que os contratantes não são os mesmos Estados pode ter solução na regra *lex posterior derogat priori*, ou ainda pela regra *lex specialis derogat generali*, quando se verifica que, independentemente da ordem cronológica, pretendem as partes excepcionar certo dispositivo de alcance geral em situações determinadas, para as quais previram disciplina especial.

Ainda, a regra *lex posterior derogat priori* tem aplicação no caso em que todas as partes no tratado anterior o são também no tratado posterior, agora ao lado de outras mais.

Isso se justifica, lembra Francisco Rezek, na medida em que a fonte de produção da norma a ser preterida se inscreve, por inteiro, no quadro daquela que responde pela norma a prevalecer.

Pode haver ainda casos de incompatibilidades entre dois textos em que os contratantes não são os mesmos Estados em ambos os tratados. Neste caso, a solução passa por:

- 1) Tratando-se de um tratado entre um Estado-Parte em ambos os tratados e um Estado-Parte somente no tratado mais recente se aplica o mais recente;
- 2) Tratando-se de um tratado entre um Estado-Parte em ambos os tratados e um Estado-Parte somente no tratado anterior se aplica o tratado anterior.

¹⁵⁹ REZEK, Francisco. Op. cit., p. 100.

4. As implicações da eficácia interna das normas da OHADA

4. 1. O princípio da plena eficácia dos atos uniformes da OHADA

4. 1. 1. O princípio de aplicabilidade direta e obrigatória

O princípio da aplicação direta e obrigatória dos atos uniformes da OHADA no ordenamento jurídico dos Estados-Partes está expressamente consagrado no artigo 10 do Tratado da OHADA. Nos termos deste artigo a vigência das normativas da OHADA na ordem jurídica interna da Guiné-Bissau dispensa qualquer instrumento de transformação ou recepção por parte das autoridades nacionais para que sejam aplicadas no território nacional.

Isto significa dizer que os atos uniformes passam a integrar a ordem interna guineense sem necessidade de serem transformados em norma do direito interno, através de uma lei aprovada pela Assembleia Nacional Popular, pois entram em vigor no âmbito interno da Guiné-Bissau com a capacidade plena de estabelecer regras, estipular obrigações e conferir direitos a todos como qualquer lei votada e aprovada pela Assembleia Nacional Popular.

E em função desse efeito direto dos atos uniformes da OHADA, os particulares podem reivindicar os seus direitos perante os juizes nacionais. Entretanto, a questão de aplicabilidade direta dos atos uniformes não é tão simples quanto parece ser, na medida em que além de constituir formalmente atos normativos, como tal publicado na forma legal, deverá também atender à natureza de atos normativos por seu conteúdo, para ter efeitos sobre as ordens jurídicas nacionais. Pois, é o conteúdo material do ato jurídico e não sua forma, que determina a natureza jurídica dos atos uniformes, e, por conseguinte, assegura sua aplicação direta na ordem interna dos Estados-Partes.

4. 1. 2. A primazia das normas da OHADA sobre qualquer norma do direito interno anterior ou posterior

As normas do direito da OHADA, os atos uniformes, constituem direito *self executing*, ou seja, direito diretamente aplicável em todos os Estados-Partes, sem necessidade de qualquer ato interno - lei, decreto - de transformação. E como alguns órgãos da OHADA têm a competência de editar atos normativos, de valor legislativo, pergunta-se se estes atos legislativos dos órgãos da OHADA derrogarão as leis guineenses internas com disciplina contrária e se, por sua vez, as leis internas poderão posteriormente adotar disposições contrárias aos atos normativos primários da OHADA.

Com adesão da Guiné-Bissau a OHADA, ela consentiu transferir-lhe, voluntariamente, alguns direitos e obrigações correspondentes às disposições do tratado constitutivo, aceitando, portanto, uma limitação efetiva e definitiva de sua soberania. Em consequência disso, as normas da OHADA, tanto o tratado constitutivo como o regramento dele derivado dotado de aplicabilidade direta, *self executing*, constituem uma nova fonte normativa da ordem jurídico-constitucional guineense, em posição separada relativamente aos atos legislativos internos, podendo afastar estes com base no princípio da especialidade ou da competência prevalecente.¹⁶⁰ Por outras palavras, a normativa da OHADA tem preferência relativamente à legislação nacional. Quando o princípio de especialidade não é suficiente, pode se argumentar no sentido da superioridade do Direito da OHADA que se traduz na força ativa dos atos uniformes, podendo revogar ou modificar leis internas, e na resistência passiva dos mesmos relativamente a leis posteriores internas, não podem ser revogados nem modificados.

¹⁶⁰Segundo Gomes Canotilho a prevalência das normas comunitárias sobre as normas conflitantes de carácter interno sem que a prevalência implique ab-rogação das normas precedentes ou invalidade das normas sucessivas designa-se por técnica da prevalência de aplicação. CANOTILHO, J. J. Gomes. Op. cit., p. 767.

5. As inovações introduzidas pelo ordenamento jurídico da OHADA na ordem interna guineense

O edifício jurídico, entretanto construído pela OHADA já se revela de considerável envergadura.

De fato, e até o momento, o exercício da competência normativa da OHADA materializou-se na adoção dos seguintes "atos uniformes", sugestivo *nomen juris* atribuído pelo artigo 5º do Tratado à produção legislativa da Organização:

- 1) Ato Uniforme sobre o Direito Comercial Geral, entrado em vigor o dia 1º de janeiro de 1998;
- 2) Ato Uniforme sobre o Direito das Sociedades Comerciais e dos Agrupamentos de Interesse Econômicos, entrado em vigor o dia 1º de janeiro de 1998;
- 3) Ato Uniforme sobre Organização das Garantias, entrado em vigor o dia 1º de janeiro de 1998;
- 4) Ato Uniforme sobre os Processos Simplificados de Recuperação de Créditos e das vias de Execução, entrado em vigor o dia 10 de julho de 1998;
- 5) Ato Uniforme sobre Organização dos Processos Coletivos de Apuramento do Passivo, entrado em vigor o dia 1º de janeiro 1999;
- 6) Ato Uniforme sobre a Arbitragem, entrado em vigor no dia 11 de junho 1999;
- 7) Ato Uniforme sobre o Sistema Contabilístico, entrado em vigor o dia 1º de janeiro 2001;
- 8) Ato Uniforme sobre o Transporte Rodoviário de Mercadorias entrado em vigor no dia 1º de janeiro de 2004.

Debalde se encontrará um critério científico que fundamente com rigor o reordenamento de regulações jurídicas reunidas sob a égide do chamado Direito dos Negócios, uma vez que esta arrumação legislativa cortou transversalmente o sistema jurídico, ao chamar a si vastos e importantes setores tanto do Direito Privado como Público, selecionados apenas pela *ratio* programática de interferirem precipuamente

com a atividade empresarial, a qual, por constituir a forma comum, senão exclusiva, de organização da vida econômica dos nossos dias, não pode, por isso, dar autonomia dogmática a qualquer ramo que o erija como objeto, antes convocando um extenso processo de reagrupamento interdisciplinar, de que é justamente exemplo o empreendimento normativo desencadeado pela OHADA.

Com efeito, e no que ao Direito Privado respeita, a ação reguladora da OHADA incidiu logo num primeiro momento no núcleo clássico do Direito Comercial, dispondo sobre o estatuto do comerciante e o registro comercial; arrendamento e estabelecimento comercial; intermediários do comércio e venda comercial. Estendeu-se também a uma nova disciplina das sociedades, campo em que introduziu profundas e importantes modificações, intervindo, por fim, numa área muito sensível do Direito Civil, como sejam as garantias, as quais ficaram sujeitas a um só regime jurídico, independentemente da natureza das obrigações garantidas.

Assim, no que tange, particularmente, a matéria comercial, tendo como pano de fundo o Tratado e os atos uniformes da OHADA. Apesar de passados doze anos desde a sua adesão a essa Organização, o direito interno da Guiné-Bissau não reflita ainda os princípios do Tratado, nem dos atos complementares aprovados.

Contudo, tanto os institutos gerais do Direito Comercial assim como aquelas normas relativas às sociedades comerciais e agrupamentos complementares de interesses econômicos não ficam submetidos exhaustivamente à disciplina convencionada. Mantêm-se em vigor as leis internas que não forem contrárias aos referidos atos uniformes. É o que estabelece os artigos 1º dos respectivos atos uniformes.¹⁶¹

Resulta que o Direito Comercial vigente na Guiné-Bissau não ficou revogado. Mas gerou-se uma grande complexidade, porque é necessária uma apurada tarefa de interpretação, mais uma comparação das duas ordens jurídicas, para apurar o que, do

¹⁶¹ Artigo 1º do AUDCG dispõe nos seguintes termos no que respeita às pessoas por ele abrangidas: "todo o comerciante continua sujeito às leis que não forem contrárias a este Ato Uniforme, que forem aplicáveis no Estado-parte onde se situa o seu estabelecimento ou sua sede" e, por sua vez, no mesmo sentido dispõe o artigo 1º do AUDSCAE estabelecendo que: "as sociedades comerciais e os agrupamentos complementares de interesses econômicos continuam, todavia, sujeitos às leis não contrárias ao presente Ato Uniforme que sejam aplicáveis no Estado-parte em que se situe a respectiva sede social".

Código Comercial, de 1888, das Leis das Sociedades por Quotas de 11 de abril de 1901¹⁶² e restante legislação comercial, continua ou não vigente.

Por maioria da razão, o Direito Civil guineense não foi atingido. O Direito Civil não é objeto de harmonização. Ficam igualmente intacto os princípios gerais de direito, assentes na Constituição e no Código Civil, que estruturam a ordem jurídica guineense.

Mas, também não funcionam limitações mecânicas. Determinar o que é civil ou comercial exige muitas vezes uma valoração, considerando que as fontes da OHADA traduzem freqüentemente um espírito diferente do direito vigente, o que exige operações delicadas de adequação do direito existente e das novas regras. No tocante ao Direito Público, instituiu-se uma nova regulamentação do Direito das Falências e introduziram-se substanciais alterações nas várias tramitações processuais que têm por objeto a recuperação de créditos, visando a sua simplificação e conseqüente aceleração, e criou-se ainda um corpo esparso de novos delitos econômicos que constituem o chamado Direito Penal dos Negócios.

Finalmente, deu-se um renovado impulso à Arbitragem, enquanto instrumento privilegiado de regulação dos litígios de ordem contratual procurando contornar a grave incapacidade de resposta da justiça Estadual, para resolvê-los com qualidade técnica e em tempo razoável.

Pretende-se com as próximas iniciativas legislativas intervir em domínios igualmente fundamentais do ordenamento, como o Direito da Concorrência e as relações laborais, estendendo-se mesmo ao próprio núcleo do sistema jurídico, com o projetado ato uniforme sobre o Direito dos Contratos, pelo que, concluída essa fase, quase toda a ordem jurídica privatística de expressão predominantemente patrimonial estará recomposta, enquanto áreas muito importantes do Direito Público já conhecem novos regimes jurídicos.

De ponto de vista comparativo entre o Direito da OHADA e o atual direito comercial vigente na Guiné-Bissau, cumpre considerar, apenas, do ponto de vista ilustrativo e exemplificativo um dos atos uniformes da OHADA, no caso, tratando-se do Ato Uniforme relativo ao Direito Comercial Geral.

¹⁶² Diplomas legais português materialmente recebidos na ordem jurídica guineense pela Lei nº 1/73 de 24 de setembro.

A) Estatuto do comerciante

Assim, o livro I do Ato Uniforme relativo ao Direito Comercial Geral (AUDCG) é dedicado ao Estatuto do Comerciante.

Há desde logo que acentuar que toda a disciplina estabelecida assenta na categorização subjetiva do operador económico.

Antes de mais, está em causa o próprio comerciante. Assim, "são comerciantes os que realizam atos de comércio e fazem desta a profissão habitual", artigo 2º do AUSCG. Esta opção é surpreendente. Pois, como afirma José de Oliveira Ascensão:

O Direito Comercial, desde o seu aparecimento, há dois séculos, revestiu-se nos países latinos, por influência francesa, de uma caracterização objetiva e não subjetiva. Não seria um direito de casta ou de classe, o direito dos comerciantes; seria um direito regulador de um tipo de atividade, ou seja, dos atos praticados por qualquer pessoa, comerciante ou não comerciante, salvo disposição especial.¹⁶³

Entretanto o ato uniforme assenta exclusivamente no operador económico. Não vem propriamente alterar, note-se, a disciplina existente, mas o domínio harmonizado é só o de esses operadores. O que regula é o regime de pessoas. Os atos ou atividades comerciais praticados por não comerciantes, e até os atos mistos, os que são comerciais só em relação a uma das partes não são sequer contemplados. Com isto não se altera o objeto do Direito Comercial guineense. Apenas se faz uma harmonização parcelar: o que respeita aos operadores económicos.

Nesta seqüência, também se regulam atos de comércio. Mas a disciplina que surge é limitada ao esclarecimento e regulação da atividade do comerciante. Os atos regulados são-no como atos dos comerciantes.

Outra grande dificuldade resulta daqui. A consistente em conciliar as duas visões, a subjetiva e a objetiva. É necessário apurar como se compatibiliza a visão meramente subjetiva dos atos uniformes com a disciplina mais ampla vigente no Direito Comercial guineense.

¹⁶³ ASCENSÃO, José de Oliveira. **O ato uniforme da OHADA sobre direito comercial geral e a ordem jurídica da Guiné-Bissau**. In V Jornadas Jurídicas: "Integração regional e a uniformização do direito dos negócios em África". Boletim da Faculdade de Direito de Bissau nº 6, 2004. p. 206-7.

Falou-se até agora, apenas, no operador econômico. Esse operador é, sobretudo o comerciante. Mas não é apenas o comerciante.

O ato uniforme no seu artigo primeiro menciona "Todo o comerciante, pessoa física ou coletiva, compreendendo todas as sociedades que têm como associado um Estado ou uma pessoa coletiva de direito público, bem como todo o agrupamento de interesses econômicos [...]".¹⁶⁴

Haveria assim duas categorias de sujeitos abrangidos:

- os comerciantes e;
- os agrupamentos de interesses econômicos.

Estas entidades deverão adaptar as condições de exercício às disposições harmonizadoras no prazo de dois anos. Se não o fizerem, a adaptação pode ser-lhes judicialmente imposta. Mas a ação prevista em juízo é apenas a dos interessados, artigo 1º do AUSCG.

1) Profissionalidade

A figura principal desta harmonização é a do comerciante. Passa por isso a ser fundamental saber quem é ou não comerciante. Como se referiu anteriormente, o conceito do comerciante consta do artigo 2º do AUSCG. Há assim dois requisitos principais para a atribuição da qualidade de comerciante:

- a prática de atos de comércio;
- como profissão habitual.

A noção nada tem de surpreendente. Está próxima da do artigo 13 do Código Comercial guineense, que refere:

- as pessoas que, tendo capacidade para a prática de atos de comércio, fazem desta profissão.

- as sociedades comerciais.

Não há muito a dizer a respeito das duas definições. Tirando dificuldades de interpretação e de sistematização, como as derivadas de se autonomizar ou não a

¹⁶⁴ Artigo 1º do AUSCG.

categoria das sociedades comerciais, não é de supor que surjam motivos que levem à alteração do entendimento corrente da definição.

Tão pouco cria problemas que a lei guineense refira apenas fazer profissão, e não fazer profissão habitual, como no artigo 2º do AUSCG.

A supressão foi consciente e intencional. Pensou-se que o qualificativo habitual, constante do Código Napoleão, era desnecessário, porque uma profissão é por natureza habitual. Por isso foi dispensado, melhorando-se a definição. Suscita-se a problemática geral da profissionalidade. Neste sentido, José de Oliveira Ascensão lembra que:

A profissionalidade não significa exclusividade, pode uma pessoa ter mais de uma profissão. E que não é necessário que a profissão principal seja a de comércio. Pode-se ter trabalho por conta de outrem e nas horas livres desempenhar atividade comercial. O que é necessário é que o comércio seja modo de vida, mesmo que em conjunto com outras atividades profissionais.¹⁶⁵

Por isso, a atividade comercial deverá dirigir-se a ser atividade lucrativa. Se não for assim, não poderá ser modo de vida, porque se não poderá viver disso.

Um último aspecto deverá ser acentuado, a partir da previsão dos atos de comércio formais, no artigo 4º, como a letra de câmbio e o *warrant*. Deste preceito resulta que devem ser considerados por si como de comércio, ainda que titulem meras operações civis. Mais difícil é admitir que atribuam por si a qualidade de comerciante a quem os pratica. Mas, viver de muitas letras, só por si, poderá representar que se vive de expedientes, como observa José Gabriel Pinto Coelho, mas viver de expedientes não é exercer a profissão de comércio.¹⁶⁶

2) Os atos de comércio como objeto

A final, apesar de protagonismo ter sido dado ao comerciante, e não ao ato de comércio, este reaparece na própria definição. O comerciante é tal em consequência dos atos de comércio que pratica. A noção de ato de comércio, não sendo o ponto de partida, não deixa de ser uma noção básica para a demarcação do Direito Comercial.

¹⁶⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. Ob. cit., 209.

¹⁶⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., 210.

O ato uniforme parece exprimi-lo, uma vez que o Capítulo I é epigrafado: "Definição do Comércio e dos Atos de Comércio". Mas a promessa não foi cumprida. Há a definição de comerciante, mas não há definição de ato de comércio.

O artigo 3º do AUDCG limita-se a uma enumeração dos atos de comércio, que é expressamente apresentada como exemplificativa. É ainda completada pelo artigo 4º do AUDCG, que prevê os atos de comércio formais. Mas nada nos traz quanto ao conceito e limites do ato de comércio. Esses deverão ser procurados na lei guineense vigente. Mantêm-se, assim, toda a problemática atual, nomeadamente a da distinção entre atos de comércio objetivos e subjetivos, da admissibilidade ou não da analogia, do significado do artigo 230 do Código Comercial, que qualifica como comerciais certas empresas [...]. Tudo isso são questões a que o ato uniforme não respeita sequer deixá-las inteiramente às leis nacionais também.

O significado do ato uniforme, neste domínio, limita-se assim a qualificar como comerciais certas categorias de atos de leis nacionais não podem deixar de acolher esses como atos de comércio.

Deste enunciado não constam os atos de comércio subjetivos, com tal. Nunca se diz que todos os atos dos comerciantes são, ou se pressupõem atos de comércio. Só se qualificam necessariamente como comerciais, "os contratos entre comerciantes, para as necessidades do seu comércio". Mas como o enunciado é expressamente apresentado como exemplo, nada impede que a Guiné-Bissau acolha a noção ampla do ato de comércio subjetivo¹⁶⁷. Repare-se, porém que o ato uniforme qualifica como comerciais todos os atos praticados pelas sociedades comerciais.

A delimitação destes atos oferece dificuldades. O artigo 3º do AUDCG abre logo com a compra de móveis ou imóveis para revenda. Aqui estaria o reduto básico do ato de comércio, que seria até independente da qualidade de comerciante de quem o praticar. Mas afinal, a venda comercial é especificamente regulada no Livro V, que abre com o artigo 202 do AUDCG. Este limita o âmbito da aplicação aos contratos de venda de mercadorias entre comerciantes. Por seu lado, o artigo 203 do AUDCG exclui certas categorias de vendas, e nomeadamente as vendas aos consumidores, entendidos

¹⁶⁷ Nas condições estabelecidas no artigo 2º do Código Comercial e nomeadamente se "o contrário do próprio ato não resultar"

como pessoas que atuam para fins alheios à sua atividade profissional. Para além de outras dificuldades de conjugação, parece que pode se concluir que pelo menos estas compras não são comerciais, ainda que o comprador tenha agido com a finalidade de revender.

Em geral, as operações previstas supõem a qualidade de comerciantes de quem as pratica, seja o caso das operações de banca. Isso está ainda conforme com a amplitude com que se atribui o qualificativo de comerciante aos intermediários de comércio, como o artigo 3º AUDCG enuncia e teremos oportunidade de aprofundar mais tarde. Deste modo toda a intermediação comercial, praticada profissionalmente, transforma o agente em comerciante. Surge, porém uma figura intrigante, que é a de locação de móveis. É considerada como ato de comércio, aqui independentemente da qualidade de comerciante do agente. Aparentemente, um ato isolado de locação de móvel seria considerado comercial, muito embora não baste para qualificar como comerciante o agente.

O artigo 3º AUDCG não se limita a prever como atos de comércio atos jurídicos. Prevê também atos materiais, como a exploração de minas, pedreira e de toda a jazida de recursos naturais. Com isto revela que continua a encarar a indústria como atividade comercial. Há uma semelhança com o artigo 230 do Código Comercial, que abrange também a indústria, embora não contemple expressamente a empresa mineira. A solução deixa agora de oferecer dúvidas, na ordem jurídica guineense.

De todo modo, vê-se que, embora sob a referência formal aos atos de comércio, também as empresas, no sentido do artigo 230 do Código Comercial, estão abrangidas. Há aqui outro elemento de aproximação.

A referência a meros atos fictícios surge ainda na previsão das operações de manufatura. Não parece, porém que tenham como consequência incluir o artesanato, pois faria incorrer este num estatuto rígido, que lhe não é adequado.

As telecomunicações e o transporte são igualmente abrangidos. No que a este último respeita, aparentemente, todo o transporte cai na previsão, independentemente da qualidade de comerciante do transportador¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Outros artigos referentes ao agente de transportes e o sujeitam às disposições reguladoras do contrato de transportes, são artigos 172 e 173 ambos do AUDCG.

3) Exclusões: incapacidade, incompatibilidade, inibição

O Capítulo II do AUDCG regula a capacidade de exercício do comércio. É excluído do exercício de atos de comércio a título de profissão habitual por quem não tem a capacidade de exercer o comércio.¹⁶⁹

Há coincidência com o que estabelece o Código Comercial guineense, que exige igualmente a capacidade para praticar atos de comércio, artigo 13, 1 do AUDCG. Este último esclarece ainda que a capacidade para a prática de atos de comércio coincide com a capacidade civil.

O artigo 7º do Ato Uniforme relativo ao Direito Comercial Geral exclui, não somente a aquisição da qualidade de comerciantes por quem não tiver capacidade, como a própria prática de atos de comércio. É de supor que isto não seja incompatível com a existência de exceções à incapacidade do menor, como acontece na lei guineense atual.

De fato, seria estranho proibir ao menor o exercício de pequenos atos, que estão compreendidos na sua capacidade natural, e nomeadamente, de atos que se baseiam nas economias que adquiriu.

Aparentemente haveria assim coincidência entre os dois normativos. Os problemas revelam-se, porém quando se leva a análise mais a fundo, e se pergunta se a exigência normal de capacidade exclui situações em que o incapaz adquire licitamente uma empresa em funcionamento. Assim, o menor que receber por herança de seus pais um estabelecimento valioso não deverá ser considerado comerciante, muito embora o comércio deva ser facticamente exercido pelo seu representante legal?

Ora, se a resposta afirmativa é possível perante a lei guineense atual, cujo texto coincide com o do ato uniforme, deve-se concluir que o mesmo acontecerá no âmbito deste. É questão de interpretação, e não de leitura literal. Mais uma vez, os atos da OHADA devem ser acolhidos e interpretados dentro da globalidade da ordem jurídica guineense, e não como elemento isolado e com um sentido completo por si¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Artigo 6º do AUDCG.

¹⁷⁰ A 2ª parte do do mesmo artigo 7º do AUDCG dispõe que o cônjuge do comerciante só adquire a qualidade de comerciante se praticar os atos previstos nos artigos 3º e 4º a título habitual e

Os artigos 8º e 9º do AUDCG regulam as incompatibilidades. Merecem louvor por terem distinguido incapacidade e incompatibilidade, mas é pena que tenham incluído a matéria no capítulo das incapacidades.

As incompatibilidades são inoponíveis a terceiros de boa fé. Segue-se a regra de quem age como comerciante, não tendo essa qualidade, não se pode prevalecer dela, mas fica pelo contrário sujeito a todos os inconvenientes que dela possam derivar. É uma regra também vigente na ordem jurídica guineense. Não há, portanto aqui nenhuma modificação do direito guineense atual a registrar.

No mesmo capítulo regulam-se ainda as *interdictions*, artigos 10 a 12 ambos do AUDCG.

Na versão portuguesa foi traduzido por inibição no artigo 10 do AUDCG, mas nos artigos 11 e 12 do AURDCG fala-se também em interdição.

José de Oliveira Ascensão considera esta dualidade de termos incompatíveis afirmando que:

Está mal, a interdição tem outro sentido, ligado à declaração de incapacidade. Aqui há uma proibição de exercício que nada tem que ver com a capacidade do sujeito, não deriva de razões naturais. Deveria ter-se escrito sempre inibição é paradigmática a inibição do falido, que é aliás referida. Já não é de aplaudir a consideração da inibição como sanção. A sanção pressupõe um ato ilícito, a inibição não, basta pensar que mesmo a falência pode ser casual. Na realidade há ainda uma incompatibilidade, entre o estado de falido e o exercício de comércio, para defesa antes da mais da confiança do mercado.¹⁷¹

E conclui, este autor, que por isso se estabelece a mesma consequência de o inibido prevaricador suportar as consequências desfavoráveis do ato como se fosse comerciante, mas não poder aproveitar as favoráveis.

A boa fé do terceiro presume-se sempre.

Também aqui, não há alteração sensível a anotar.

independentemente dos praticados pelo seu cônjuge. O Ato Uniforme está completamente deslocado, pois não há incapacidade nenhuma e a doutrina exarada é óbvia. Mas, de todo modo, a matéria da repercussão da atividade comercial sobre o cônjuge está omissa no Ato Uniforme, portanto, é regulada exclusivamente pelas leis nacionais.

¹⁷¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 215.

4) Prova e prescrição.

Têm-se seguidamente os capítulos relativos à escrituração mercantil, artigos 13 a 17 ambos do AURDCG e à prescrição, artigo 18 do AUDCG.

No que respeita à escrituração mercantil, apenas interessam os efeitos em matéria de prova.

O artigo 5º do Ato Uniforme relativo ao Direito Comercial Geral dispõe que os atos de comércio se podem provar por todos os meios no que respeita aos comerciantes. Como habitualmente, é só a disciplina do comerciante que é harmonizada. Que acrescentam a isto os artigos 13 a 17 do AUDCG, relativo à escrituração mercantil? O artigo 15 do AUDCG dispõe que os livros de contabilidade, devidamente organizados, podem ser admitidos pelo juiz para constituir prova entre comerciantes. Há uma ambigüidade nesta disposição, pois se fica sem saber se este efeito é estabelecido por lei ou se depende da discricionariedade do juiz.

Em qualquer caso, em que relação está este preceito com o do artigo 5º do AUDCG?

O artigo 5º do AUDCG, por sua redação, parece conter uma regra bilateral, e que, além disso, não se limita às relações entre comerciantes. Um não comerciante tem contra o comerciante a faculdade de provar o ato de comércio por qualquer meio. Mas o comerciante também o poderá fazer, uma vez que a regra não é estabelecida, contra os comerciantes. Poderá provar o ato por qualquer meio, quer seja entre comerciantes quer em relação a não comerciantes.

Para Oliveira Ascensão "um dos efeitos principais, se não o principal, que se pode retirar da escrituração mercantil é o respeitante à prova. A escrituração mercantil, se devidamente arrumada, constitui meio de prova".¹⁷²

Mas o artigo 15 do AUDCG limita essa prova às relações entre comerciantes. Pelo ato uniforme, um não comerciante não está sujeito ao valor qualificado desta prova, que se retira da escrituração organizada do comerciante.

Portanto, o ato de comércio em que intervém um comerciante pode provar-se por qualquer meio, artigo 5º do AUDCG, mas só contra uma contraparte comerciante o

¹⁷² ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 217.

ato uniforme impõe o valor tarifado que atribui à escrituração mercantil devidamente organizada.

Têm-se a seguir no que respeita à prescrição, que as obrigações resultantes do exercício do comércio entre comerciantes, ou entre comerciantes e não comerciantes, prescrevem no prazo de cinco anos, se não estiverem sujeitas a prescrições mais curtas, artigo 18 do AUDCG.

Estabelece-se assim um prazo curto de prescrição, que pode ser ainda reduzido por regra especial¹⁷³. Neste caso, porém, não há restrição às relações entre comerciantes. A regra aplica-se também às relações entre comerciantes e não comerciantes. Em qualquer caso, a regra é bilateral, vale tanto no que for favorável como no desfavorável ao comerciante. A prescrição é sempre de cinco anos, seja quem for que a invoque.

5) Registro do comércio e do crédito mobiliário

É esta a epígrafe do Livro II do Ato Uniforme sobre o Direito Comercial Geral.

É composto pelos artigos 19 a 68 que regulam longa e pormenorizadamente esta matéria.

Sem se enredar no pormenor, procurar-se-á analisar apenas os traços mais importantes sobre o tema.

O objeto do registro é determinado no artigo 19 do AUDCG, através de uma enumeração. Esse elenco poderia ser taxativo ou exemplificativo. Pois, as finalidades do diploma levam a concluir que aqueles fatos não podem deixar de ser objetos do registro, mas cada país pode considerar outros ainda sujeitos a registro. Esta exigência adicional em nada prejudica as finalidades de harmonização.

A base do registro é a matrícula do comerciante, que é, aliás, longamente disciplinada logo no artigo 19, 1º do AUDCG. Isto é consentâneo com o papel nuclear atribuído ao operador económico. O registro respeita a este, e por referência a cada operador se inscrevem os fatos respectivos.

¹⁷³ Será o caso de prescrição da responsabilidade delitual, que é de 3 anos, artigo 498 do Código Civil guineense.

O estatuto dos agrupamentos complementares de interesses econômicos não é muito claro. O artigo 19 do AUDCG refere o Ato Uniforme relativo ao Direito das Sociedades Comerciais e aos Agrupamentos complementares de Interesses Econômicos. Por sua vez, o artigo 27 do AUDCG contempla o mesmo ato, mas traduz indevidamente por agrupamento de interesse econômico em vez de agrupamento complementar de interesses econômicos. Prevê o registro da constituição das pessoas coletivas naquele ato disciplinas.

Mas é do artigo 38 do AUDCG que resulta a sujeição ao registro dos agrupamentos complementares de interesses econômicos, ao estabelecer que a prescrição da qualidade de comerciante de pessoa inscrita no Registro não se aplica aos agrupamentos complementares de interesses econômicos.

As sucursais de entidades com sede no estrangeiro estão igualmente sujeitas a registros, nos termos dos artigos 19 e 29 do AUDCG.

O registro é organizado na Secretaria do Tribunal competente do local em que o comércio é exercido, sob fiscalização judicial, artigo 22 e 25 do AUDCG. É das regras mais infelizes deste ato uniforme. A harmonização exige apenas a existência de um registro, pouco importante se esse registro funciona à sombra de um tribunal ou tem uma estrutura independente. O desvio é tão grande, em relação às finalidades da harmonização, que há que perguntar se a regra deve ser tomada como vinculativa ou como meramente indicativa, e se um sistema de registro autônomo, como o que funciona na Guiné-Bissau, precisa de qualquer transformação para satisfazer as finalidades do ato uniforme.

Como já se referiu, o registro tem como núcleo a matrícula do operador econômico. Esta é regulada longamente, nos artigos 25 a 43 do AUDCG. Entre os efeitos da matrícula está a atribuição de uma presunção – relativa - da qualidade de comerciante, artigo 38 do AUDCG, já referido. Formalizou-se assim esta qualidade. Sem registro, as pessoas a ele sujeitas não podem invocar a qualidade de comerciante, embora não possam também excepcionar a falta dele se a outra parte invocar contra elas a qualidade real de comerciante para tirar daí as conseqüências que lhe forem favoráveis, artigo 39 do AUDCG. Ressalva-se o caso de os terceiros estarem de má fé, art. 40 do AUDCG.

Indicam-se depois os atos sujeitos ao registro, nos artigos 44 do AUDCG e seguintes. Aparecem aí figuras menos habituais, como o penhor de existências (estoque) e o próprio penhor de estabelecimento comercial.

Toda a disciplina é estabelecida em termos de grande burocratização e pormenor. Por exemplo, o artigo 22 do AUDCG determina que todas as declarações são feitas em quatro exemplares segundo formulários fornecidos pela Secretaria. Traduz uma visão muito anômala do que significa a harmonização.

Mais ainda, a burocratização leva a que a omissão das formalidades prescritas seja penalmente punida, artigo 43 do AUDCG¹⁷⁴, neste sentido, Oliveira Ascensão assevera que "há uma grave deturpação do significado ético da reação penal".¹⁷⁵

Deixando de parte muitas outras observações singulares que se poderia tecer, não se pode omitir uma observação de fundo de ordem geral.

Todo o sistema de registro representa uma burocratização da vida comum, incompatível com as condições da Guiné-Bissau.

Tudo o que se estabelece atingirá uma franja de aproximadamente 1% da população. Ignora, e atira até para a ilicitude criminal, a generalidade dos que praticam atividade comercial.

Não se pode supor que a Guiné-Bissau vá aplicar as suas escassas disponibilidades a criar um complexo, custoso e improdutivo sistema de registro comercial.

Não se pode supor que as pessoas, para praticarem os seus negócios comuns do dia-a-dia, passem a ficar condicionadas a uma burocracia asfixiante, que absorveria seguramente os míseros ganhos da labuta diária.

Não se sabe, nem interessa saber, a que país corresponde à visão burocrática que se consagra no ato uniforme.

Mas, pode se afirmar, sem grande risco, que não corresponde a nenhum país signatário do tratado da OHADA. Por outro lado, pode se afirmar com toda a certeza que não corresponde à vida da Guiné-Bissau.

¹⁷⁴ O preceito é completado pelo artigo 68, do Ato Uniforme relativo às Garantias Mobiliárias, que incrimina as prestadas de forma fraudulenta ou que incluam indicações inexatas dadas de má-fé.

¹⁷⁵ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 220.

Sendo assim, e para que a Guiné-Bissau não assuma na OHADA a posição de infrator contumaz, e os seus operadores económicos a de criminosos, porque não recorrem ao registo, neste caso, faz-se necessário promover rapidamente à revisão dos acordos. Para que os textos ganhem um mínimo de verossimilhança e a harmonização proclamada possa ser afinal uma realidade.

6) Firma

A situação específica da firma exige alguma observação.

Está-se habituado à categoria geral da firma, como o nome sob o qual o comerciante exerce o comércio. Todo o comerciante tem uma firma. Mas o ato uniforme não adota esse carácter geral a referentemente a firma.

Há que distinguir as pessoas singulares e as pessoas coletivas.

Às pessoas singulares respeita o artigo 25 do AUDCG. Aí se reclama o nome, primeiro e ainda, se necessário, o nome que utiliza no exercício do seu comércio bem como o nome ou a insígnia do estabelecimento. Deixando o nome e a insígnia do estabelecimento, vê-se, segundo José de Oliveira Ascensão que "realmente há sempre um nome que se usa no exercício do comércio. Simplesmente, esse ou é o nome próprio, ou é um nome adotado para o exercício comercial".¹⁷⁶ Isto é a firma. Vai-se acolher a mesma realidade da onipresença da firma, sob uma apresentação técnica diferente.

As pessoas coletivas estão previstas no artigo 27 do AUDCG. Para estas exige-se a denominação social primeiro e caso existam, a firma, a sigla e o nome e a insígnia de estabelecimento, segundo. Portanto, o que existe sempre é a denominação social, a que eventualmente acresce a firma e outros elementos que não interessa agora examinar.

Aqui se tem realmente que proceder a uma difícil interpretação. A denominação social poderia ser ou não englobada na figura da firma, é mais uma questão

¹⁷⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 222.

classificatória. Mas o que cria dificuldades é a eventual cumulação da denominação social e da firma. Isso não está previsto na lei atual guineense.

Porém, a firma, nestes casos, só é inscrita caso exista. Como na ordem jurídica guineense nunca há uma firma diferente da denominação social, a previsão fica preenchida pela negativa. Só a denominação social é inscrita no registro, dê-se-lhe ou não na ordem interna a designação de firma. Não há, nem o ato uniforme obriga a criar, uma categoria firma que seja diversa da denominação social.

B) Estabelecimento comercial

1) Arrendamento comercial

Embora um tanto fora do lugar, faz-se necessário uma breve referência ao arrendamento comercial.

Vem regulado no Livro III do Ato Uniforme relativo ao Direito Comercial Geral, epigrafado "Arrendamento comercial e estabelecimento comercial".

Interessa mais o estabelecimento comercial, artigos 103 do AUDCG e seguintes, contudo para seguir a ordem do ato uniforme começa-se por analisar o arrendamento comercial. Para Oliveira Ascensão "o arrendamento comercial pode ser caracterizado grosso modo como o contrato de arrendamento de imóveis para fins comerciais, usando comercial em sentido amplo".¹⁷⁷ Mas o artigo 69 do AUDCG faz uma distinção artificial, uma vez que só aplica as disposições que harmonizam o arrendamento comercial aos arrendamentos celebrados em cidades de mais de 5000 habitantes. Resta aos Estados-Partes da OHADA, se o quiserem fazer, aplicar as disposições sobre arrendamento comercial, conformes ao ato uniforme, a todas as hipóteses de arrendamento comercial ou não.

O arrendamento comercial não se extingue, nem pela alienação do imóvel, nem pelo falecimento de qualquer das partes, artigos 78 e 79 do AUDCG. São regras que não trazem dificuldades de adaptação.

¹⁷⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 223.

Admite-se a transmissão da posição de arrendatário, que deve ser comunicada ao senhorio, artigo 86 a 88 ambos do AUDCG. Já o subarrendamento não autorizado é proibido, artigos 89 e 90 do AUDCG.

O ato uniforme regula ainda as condições e formas de renovação do contrato, artigos 91 a 99 do AUDCG.

Nada disto é surpreendente. O que se poderia observar é que as regras internas sobre arrendamento comercial pouco têm que ver com as necessidades de harmonização do direito dos negócios interafricano.

2) O estabelecimento como universalidade de fato

Os artigos 103 do AUDCG e seguintes regulam o estabelecimento comercial.

Conforme a noção dada pelo artigo 103 do AUDCG "o estabelecimento comercial é constituído por um conjunto de meios que permite ao comerciante atrair e conservar uma clientela". Agrupa diversos elementos móveis, corpóreos e incorpóreos.

O artigo 104 do AUDCG acrescenta que "o estabelecimento compreende obrigatoriamente a clientela e a insígnia ou o nome comercial". Mas a insígnia, segundo José de Oliveira Ascensão, é facultativa, pelo que não concorre para a noção e o mesmo pode se dizer do nome comercial, nos termos dos artigos 25, 4 e 27, 2 ambos do AUDCG. Destarte, o único elemento essencial que resta é a clientela.

A noção não satisfaz, porém, porque há já estabelecimento mesmo antes de haver funcionamento, e, portanto de haver clientela. Pois, afirma José de Oliveira Ascensão que "a chamada locação de estabelecimento comercial pode recair sobre um estabelecimento como conjunto de bens com aptidão funcional, mas que não funcionou ainda nunca".¹⁷⁸

As contradições não terminam por aqui. O artigo 105 do AUDCG prevê que o estabelecimento compreenda ainda, além dos elementos anteriormente citados, as instalações. Mas as instalações são, sempre ou quase, imóveis. Isso é contraditório com a afirmação do artigo 103 do AUDCG, que o estabelecimento é um conjunto de

¹⁷⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 225.

móveis. Igualmente se refere o direito ao arrendamento, cujo objeto é um imóvel e as decorações, *aménagements*, que são integrantes ou pertencças de imóveis.

A afirmação do artigo 103 do AUDCG só faz sentido se considerar-se que significa que o estabelecimento está sujeito ao regime das coisas móveis, e não propriamente que é em si um conjunto de móveis.

A questão só não é mais grave porque, na realidade, como assegura José de Oliveira Ascensão, "a caracterização do estabelecimento é matéria doutrinária, e não de definição legal. Os franceses assentam na clientela, os italianos no *aviamento*, o *common law no good will* [...]".¹⁷⁹ Há que deixar a doutrina desenvolver esta figura, e na lei somente procurar os ditames sobre o regime legal a ser adotado.

Procurando avançar por este caminho, o que aparece em primeiro lugar é o estabelecimento como um conjunto de coisas: é um complexo de bens ou coisa complexa, que permite o desempenho de uma função produtiva que não poderia ser conseguida com os elementos isolados.

Por isso, o estabelecimento comercial tem como tal uma mais valia sobre a soma dos componentes. Essa mais valia é a resultante da aptidão produtiva que caracteriza o conjunto.

A unidade funcional do estabelecimento justifica que sobre ele recaia um direito de conjunto. Por isso o artigo 114 do AUDCG refere a cessão do estabelecimento comercial, que submete às regras sobre a venda. E o artigo 116 do AUDCG dispõe que esta abrange necessariamente os elementos previstos no artigo 104 do AUDCG. Quaisquer que sejam as dificuldades de interpretação deste, aponta os elementos que representam o núcleo da unificação do estabelecimento. Neste sentido ainda, o artigo 123 do AUDCG assegura ao comprador a posse pacífica da coisa vendida, em caso de cessão de estabelecimento. Além dos elementos essenciais, compõem ainda o estabelecimento os elementos facultativos, que são contemplados no artigo 105 do AUDCG. Este preceito não é, porém, taxativo, pois todo o elemento que concorra para a aptidão funcional do estabelecimento pode ser englobado neste.

Quais são os elementos que estão abrangidos então por um ato de alienação? O artigo 116 do AUDCG recorre a uma delimitação formal. São os designados

¹⁷⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 225.

expressamente no ato de cessão. Torna-se assim menos importante determinar em abstrato o que compõe ou não o estabelecimento, uma vez que o âmbito do bem alienado resulta da referência específica, e não de análise conceitual.

O que foi dito até aqui permite enquadrar o estabelecimento na categoria das coisas. O estabelecimento é coisa. É uma coisa complexa, formada pelo conjunto de bens aptos ao desempenho de uma função produtiva. Isto permite, por outro lado, conceber ainda o estabelecimento com uma universalidade de fato. O estabelecimento, em bloco, pode ser tomado como uma coisa só por força da sua aptidão funcional, artigo 206 do Código Civil guineense. Ensina Oliveira Ascensão que:

A unidade do estabelecimento explica a prática de atos jurídicos que atinjam o conjunto. Mas essa unidade não apaga a autonomia dos elementos singulares que o compõem. Esses continuam a ser coisas, objeto de direito autônomos. Coexistem assim direitos sobre as coisas singulares com o direito sobre o conjunto.

Por isso, podem as coisas singulares também ser alienadas separadamente. Podem-no ser produtos da fábrica, os frigoríficos da loja de gelados, os escaparates da livraria [...]. O limite está na manutenção da aptidão funcional. Se esta não pode ser já realizada com os elementos remanescentes, o estabelecimento extingue-se, só restarão elementos isolados.¹⁸⁰

3) A universalidade de direito.

Até agora é visto o estabelecimento como coisa. Mas, o estabelecimento é também uma universalidade de fato. Mas não é esta a única consideração a fazer. Pode-se questionar se o estabelecimento é formado por coisas ou por situações jurídicas?

Oliveira Ascensão leciona que "sem dúvida que as coisas formam o estabelecimento. É das coisas, combinadas entre si, que resulta a aptidão funcional do estabelecimento. Mas o estabelecimento só se compreende totalmente se tivermos em atenção o regime que imprime às situações jurídicas que gera".¹⁸¹

Por sua vez o ato uniforme não distingue estas categorias. Assim, o artigo 105 do AUDCG refere indistintamente coisas, como o material ou o mobiliário, e situações

¹⁸⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 227.

¹⁸¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 228.

jurídicas como o direito ao arrendamento, as licenças de exploração e os direitos industriais. Mas o significado destes é muito diferente segundo Oliveira Ascensão.

Para este autor o estabelecimento pode também ser encarado como um complexo de situações jurídicas, que se desenvolvem em torno do núcleo, indispensável, do direito que recai sobre a universalidade de fato. Esse direito pode ser de propriedade ou de locação, como esclarece o artigo 106 do AUDCG; poderia ser outro, no caso o usufruto. Sustenta que a universalidade de direito é um complexo de situações jurídicas que são aglutinadas pela capacidade de desempenho funcional do estabelecimento e que são susceptíveis de vicissitudes comuns. Podem assim ser objeto de uma cessão global, dado o nexó genético e funcional entre eles existente.

4) Locação ou cessão de exploração de estabelecimento comercial.

O ato uniforme contempla duas vicissitudes no caso de cessão exploracional de estabelecimento comercial.

Os artigos 106 a 114 do AUDCG regulam a locação de estabelecimento comercial. É a figura que habitualmente é designada como cessão de exploração de estabelecimento comercial.

Antes de mais, há que não confundir o arrendamento ou locação comercial com a locação de estabelecimento comercial. O primeiro recai sobre um espaço, um imóvel, como referido anteriormente. A locação que interessa analisar agora recai sobre um estabelecimento.

O artigo 106 do AUDCG começa por esclarecer que o estabelecimento pode ser explorado diretamente ou dado em locação. Neste último caso o terceiro passa a explorar o estabelecimento à sua conta e risco.

O locatário torna-se comerciante, artigo 107 do AUDCG. Alarga-se deste modo os círculos dos comerciantes.

Continua a manifestar-se o extremo formalismo do ato uniforme. Deve haver inscrição e publicidade, artigo 107 do AUDCG. A qualidade de locatário do estabelecimento deve ser indicada em toda a documentação do locatário, pois, a omissão é penalmente punida, artigo 108 do AUDCG.

O locador, por seu lado, deve ter sido comerciante ou gerente ou diretor de uma sociedade, e ainda ter explorado pelo menos durante um ano o estabelecimento a locar.

Tudo implicações cuja aplicabilidade na Guiné-Bissau é mais que duvidosa.

A grande questão que se suscitava em caso de locação dum estabelecimento era a da determinação do destino das dívidas que oneravam o estabelecimento como se afirmou anteriormente, o ato uniforme resolve a questão formalmente.

As dívidas do locador podem ser imediatamente exigíveis, se perigar a condição do credor, artigo 112 do AUDCG.

O titular do estabelecimento é solidariamente responsável pelas dívidas contraídas até o momento da publicação do contrato de locação artigo 113 do AUDCG.

A extinção do contrato de locação torna imediatamente exigível as dívidas contraídas pelo locatário, artigo 114 do AUDCG.

5) A transmissão ou trespasse do estabelecimento.

Os artigos 115 a 136 do AUDCG regulam a cessão do estabelecimento comercial, habitualmente fala-se em trespasse. Qualificam-na como uma venda. Por ela, transmite-se a titularidade de um estabelecimento, seja qual for o tipo de ligação do estabelecimento ao imóvel em que se encontra. Uma vez que o estabelecimento que se baseia num direito sobre um bem que tem a potencialidade de desempenho de uma função produtiva, artigo 116 do AUDCG determina que a cessão tenha necessariamente por objeto o estabelecimento tal como definido no artigo 104 AUDCG.

Abrange ainda os elementos que forem expressamente indicados. Isso não impede que outros elementos do estabelecimento sejam desafectados e por ventura sejam transmitidos separadamente a terceiros.

Também aqui o ato uniforme envereda por uma formalização muito rigorosa, nos artigo 117 AUDCG e seguintes. A omissão ou inexatidão dos elementos indicados pode implicar a nulidade, conforme dispõe o artigo 119 do AUDCG, se afetar substancialmente a consistência do estabelecimento. Porém, esta pretensa nulidade deve ser pedida dentro de um ano.

É possível que se não trate de nulidade, nem sequer de anulabilidade, mas simplesmente de uma causa de resolução. É pelo menos a solução dada pelo art. 124, que declara a evicção parcial, ou os encargos não declarados, ou os vícios ocultos como causa de resolução da venda, se forem essenciais.

A questão da adesão das dívidas ao estabelecimento é objeto também aqui de solução expressa. As dívidas do estabelecimento devem ser relacionadas. Por outro lado, o preço da venda não é entregue ao vendedor até decorrerem 30 dias da publicação da cessão, para dar possibilidade de os interessados suscitarem oposição, artigo 125 do AUDCG.

Se se suscitarem oposições, os artigos 127 do AUDCG e seguintes regulam o procedimento subsequente, de maneira a permitir a eventual satisfação dos credores pelo preço da venda. É importante o artigo 131 do AUDCG, que permite aos credores exercer a preferência sobre o estabelecimento depositando o preço da venda, acrescido de um sexto.

Reciprocamente, os artigos 134 a 136 do AUDCG estabelecem a proteção do vendedor, para o caso de o preço não lhe ser efetivamente pago. Pode nomeadamente resolver o contrato nesse caso, artigo 135 do AUDCG.

Procura-se assim estabelecer um equilíbrio entre as varias posições em conflitos. Porém, isso faz-se à custa de uma burocratização que só torna o sistema acessível a uma faixa muito limitada da população.

Prevêem-se também obrigações emanadas da transmissão. O artigo 123 do AUDCG admite cláusulas de não concorrência. Estas devem ser limitadas, mas podem sê-lo quer no tempo, quer no espaço.

Daqui resulta que pode haver uma cláusula de não concorrência perpétua, desde que limitada no espaço.

Por exemplo, um técnico informático pode vincular-se perpetuamente a não exercer a sua profissão na cidade de Bissau ou de Gabú.

É muito grave, pois, impor alguém que não exerça para sempre a sua profissão, no caso na cidade onde tem efetivas possibilidades de exercê-la, o que

contraria os direitos fundamentais, nomeadamente ao livre exercício de sua profissão¹⁸².

O artigo 123 do AUDCG dispõe ainda que o vendedor deve assegurar ao comprador a posse pacífica da coisa, é a palavra usada, vendida e, em especial, garanti-lo contra os direitos que terceiros possam invocar sobre o estabelecimento. O vendedor é assim colocado numa posição de garante que é condizente com a sua responsabilidade na constituição daquela situação.

6) A empresa.

No Código Comercial a noção de empresa foi aproveitada para dilatar o âmbito dos atos de comércio, através da previsão de uma pluralidade de atividades que seriam comerciais, mesmo que um ato isolado do mesmo tipo o não fosse, artigo 230 Código Comercial. Este preceito sofre o impacto da caracterização dos comerciantes pelo ato uniforme, mas não perde importância e mantém todo o seu significado como disposição que permite ampliar o núcleo dos atos de comércio.

Além disso, a empresa é uma realidade sociológica, como unidade produtiva que é tomada como básica no Direito da Concorrência, no Direito da Economia e parcialmente no Direito do Trabalho. É indispensável para a boa compreensão do princípio da função social. E manifesta-se em várias vicissitudes pela prevalência outorgada pela ordem jurídica ao interesse da empresa sobre a apetência do lucro ou os interesses individuais.

Nomeadamente, o interesse objetivo da empresa não é redutível ao interesse da sociedade, ou ao das maiorias dos sócios.

Esclarece Oliveira Ascensão que:

A empresa não se confunde com o estabelecimento, quer este seja visto como universalidade de fato quer como universalidade de direito. Como universalidade de fato, porque a empresa não é coisa. Como universalidade de direito, porque a empresa não é um complexo de situações jurídicas, é uma

¹⁸² Contudo, haverá que verificar se os princípios gerais, que são contrários às vinculações perpetuam, permitem a denúncia, decorridos um tempo razoável.

realidade sociológica, cujo significado é explicar a índole das funções que as regras jurídicas destinam a servir.¹⁸³

C) Intermediários de comércio

1) A representação

A problemática da distinção entre mandato e representação. O ato uniforme desconhece a distinção, aperfeiçoada há mais de um século, entre mandato e representação.

À luz do direito guineense atual:

- mandato é o contrato pelo qual alguém se obriga a praticar atos jurídicos para outrem;

- representação é o nexó jurídico que permite que alguém pratique atos jurídicos que se inscrevem diretamente na esfera jurídica alheia;

- procuração é o ato unilateral de outorga a outrem de poderes de representação.

Que dizer então, perante o desconhecimento destes conceitos pelo ato uniforme? O esquema claro e aperfeiçoado do Código Civil terá de ser abandonado?

Decerto que não. O legislador dá soluções, e não construções jurídicas. O ato uniforme confunde, até há contradições, realidades diferentes. A jurisprudência e a doutrina devem integrá-las na sistemática correta do Código Civil.

Neste contexto, José de Oliveira Ascensão apresenta a seguinte conclusão:

- a procuração é o instrumento da representação voluntária
- é um negócio jurídico unilateral
- cujo autor é o representado
- e que atribui a outrem poderes de representação.

Por seu lado o representante:

- atua ostensivamente em nome do representado;
- celebra nessa qualidade negócio com terceiros.

Daqui resulta que por força da representação:

- os negócios são juridicamente havidos como do representado
- o representante é agente, mas não é parte nesses negócios;
- o terceiro fica automaticamente em relação jurídica com o representado.

¹⁸³ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 234.

Por isso falamos de uma relação triádica na representação, em que há:

- a relação representado/representante
- a relação representante/terceiro
- a relação terceiro/ representado.¹⁸⁴

Mas como entender a remissão do ato uniforme para as regras do mandato?

Em nada prejudica uma vez a confusão desfeita. A vinculação do representante a praticar aqueles atos jurídicos em nome do representado resulta normalmente de mandato.¹⁸⁵ O que significa que a referência ao mandato vê um aspecto diferente, a eventual relação jurídica que existe entre representado e representante. Essa relação comanda a relação entre eles, mas não é constitutiva da representação: a relação fonte é, no fundamental, inoponível ao terceiro.

O ato aniforme confundiu a procuração e o mandato. A integração na ordem jurídica guineense, à luz do Código Civil, permite repor a realidade das coisas.

O artigo 149 do AUDCG contém outra infelicidade, que, todavia é igualmente superável nos quadros da concepção guineense já exposta. Diz-se aí que, quando o intermediário age por conta de um representado nos limites dos seus poderes, os seus atos vinculam apenas o intermediário e o terceiro:

- se o terceiro não conhecia e nem devia conhecer a qualidade do intermediário;

- se as circunstâncias não indiciam que o intermediário só entendeu vincular-se a si mesmo.

Estas condições são alternativas e não cumulativas, o que o ato uniforme não esclarece.

É claro que se alguém demonstra que age em nome próprio, não funciona a representação, pois esta tem como condição essencial o agir em nome de outrem.

Por outro lado, o representante deve manifestar que age em nome de outrem. Por isso, se a outra parte não tem conhecimento dessa qualidade, também não funciona a representação. É tudo conforme.

¹⁸⁴ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 244.

¹⁸⁵ Mas pode resultar de outro negócio jurídico também.

O que se não pode é pretender que negócios celebrados sem se verificarem os requisitos da representação passam a vincular o representante perante o terceiro. É isto, antes de mais, para defesa do terceiro.

Este pode ter pretendido um negócio com o representado ou pretendo representado, mas não estar nada interessado numa relação com o representante, por exemplo, por não confiar nele. As conseqüências de um ato do representante sem observância dos requisitos necessários têm de se examinar tipo por tipo, não se podendo partir do princípio que a conseqüência é sempre a vinculação pessoal daquele.

2) Atuação sem poderes.

Uma das questões mais grave suscitadas pelo instituto da representação consiste na determinação das conseqüências da chamada representação sem poderes.

A este propósito, dispõe o artigo 151 do AUDCG que "quando o intermediário age sem poderes, ou além dos seus poderes, os seus atos não vinculam nem o representado nem o terceiro".

Que o terceiro não fica vinculado, resulta do que foi exposto acima. O que é agora importante é observar que o pretendo representado não fica igualmente vinculado.

A regra é perfeitamente compreensível. É inadmissível que uma pessoa esteja a qualquer momento sujeito a ficar vinculado quando o não admitiu. Ou praticou o ato de autonomia de designar um representante, ou os atos de outrem não o atingem.

Por isso, sobre o terceiro recai o ônus de controlar os poderes do pretendo representante, sob pena de no futuro ficar frustrado. Só lhe restaria então responsabilizar civilmente o representante, artigo 153 do AUDCG, o que pode na prática ser de todo insuficiente.

O ato praticado sem poderes é ineficaz em relação ao representado, se não for ratificado por este. A solução é conforme com o Ato Uniforme relativo ao Direito Comercial Geral, artigo 152. Acrescenta-se que o ato ratificado produz os mesmos efeitos que se tivesse sido celebrado com os poderes necessários, o que é

possivelmente excessivo. Há que ressaltar os direitos, entretanto eventualmente adquiridos por terceiros. Esta ressalva consta do artigo 268, 2 do Código Civil.

Mas o artigo 151 do AUDCG não refere apenas a atuação sem poderes. Fala ainda na atuação "além dos poderes". Quer dizer, nessa hipótese há efetivamente uma procuração, mas que não abrangia aquele ato. Por exemplo, permitia arrendar e ele vendeu.

O artigo 151 do AUDCG equipara as duas situações. Mas isso só se compreende se tomar em conta ainda a seguinte distinção, como demonstra José de Oliveira Ascensão. Segundo ele "podem estar em causa poderes ou instruções".¹⁸⁶

Uma vez que, continua o autor, "além dos poderes há também as meras instruções, que respeitam ao modo de exercício dos poderes e à sua oportunidade".¹⁸⁷ O representante deve cumprir-las, é o que resulta do artigo 147 do AUDCG, com referência a todo o intermediário, como ficou exposto.

Observa este autor que ao contrário dos poderes, as instruções não se destinam a ser levadas ao conhecimento do terceiro. E, são por isso, em muito dos casos, desconhecidas por este.

Portanto, haverá que distinguir. Os artigos 151 a 153 do AUDCG, quando referem o excesso dos poderes, só integram no caso da representação os verdadeiros poderes, e não as meras instruções.

Oliveira Ascensão diz a respeito que "os poderes têm de representar algo de que o terceiro se poderia aperceber. Por isso, se este não satisfaz o ônus da indagação, não pode pretender que o principal fique vinculado".¹⁸⁸

Situação diferente é a das meras instruções. Estas, diz José de Oliveira Ascensão, "não prejudicam a eficácia do negócio que venha, não obstante, a ser celebrado em seu desrespeito, porque não se destinam a ser conhecidas".¹⁸⁹

A esta consequência faz exceção o artigo 269 do Código Civil, relativo ao abuso de representação, se o terceiro conhecia ou devia conhecer o abuso, já se não

¹⁸⁶ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 248.

¹⁸⁷ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 248.

¹⁸⁸ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 248.

¹⁸⁹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 248.

poderá prevalecer do ato celebrado. Trata-se de uma manifestação do princípio geral da boa fé, vigente aqui como em outros domínios.

A solução é também expressa no artigo 242 do Código Comercial, embora a propósito do mandato, em que se refere a inoponibilidade a terceiros de instruções que o mandatário tenha recebido em separado do mandante, "salvo provando que tinham conhecimento delas ao tempo do contrato", diz parte final do citado artigo.

Conclui-se, assim, que também neste domínio, o regime estabelecido no ato uniforme é compatível com o direito vigente. O abuso de representação é diferente do excesso de representação e não está previsto no ato uniforme, mas também não é excluído por este. A legislação guineense atual continua a ser aplicável neste caso.

3) A aparência da representação.

Há ainda outra regra muito importante, constante da segunda parte do artigo 151 do AUDCG. Prevê-se aí que, não obstante a falta ou o excesso dos poderes, se o comportamento do representado induzir o terceiro a crer, razoavelmente e de boa fé, que o intermediário tem o poder de agir por conta do representado, este último não pode prevalecer-se em relação ao terceiro da falta de poderes do intermediário.

Tem-se aqui um caso de proteção da confiança. Estas hipóteses não são o normal. Devem basear-se em previsão específica, por contrariarem princípios gerais sobre titularidade e legitimidade e, no caso, o princípio de que não há representação sem outorga de poderes pelo representado ou por lei. Mas aqui, é o próprio comportamento de quem é protegido que justifica o desvio, pois é ele que leva o terceiro a acreditar na existência de poderes. Seja o caso de o principal escrever ao terceiro, dizendo que "o meu procurador irá visitá-lo", quando afinal não outorgou procuração nenhuma.

Observa José de Oliveira Ascensão¹⁹⁰, a respeito, que no direito português também há previsão semelhante em matéria de contrato de agência, justamente, na seqüência da diretriz comunitária sobre a matéria. No entanto, discute-se da sua

¹⁹⁰ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 250.

extensibilidade a outras situações, e nomeadamente se é aplicável no Direito Civil. Mas, neste caso, concluiu o autor que esta vinculatividade é um princípio geral do Direito Comercial não extensiva ao Direito Civil, por regerem neste princípio mais regido da titularidade e legitimidade que não dão abertura a semelhante extensão.

O mesmo parece de entender na ordem jurídica guineense. A regra do artigo 151 do AUDCG pode ser generalizada no Direito Comercial, mas é antecipado fundar nela uma regra de Direito Civil, pois este é alheio até agora a uma proteção generalizada de estado de aparência ou da confiança. Não é de se esquecer ainda que o artigo 3º do Código Comercial manda resolver situações lacunosas pelos casos análogos da lei comercial, e só na falta destes remete para o Direito Civil como direito subsidiário.

Haverá assim que admitir duas orientações diferentes, uma no Civil e outra no Comercial.

4) A extinção ou modificação da procuração.

Outra situação delicada é a resultante da extinção ou modificação de procuração.

A matéria da extinção da procuração está enquadrada nos artigos 156 a 159 do AUDCG, sob a epígrafe "Cessação do mandato do intermediário". Importa examinar apenas o que respeita aos efeitos da extinção da procuração sobre o negócio celebrado. Por extensão, fala-se também da modificação desta. Como é natural, não é o mandato, mas sim a procuração, que está aqui em causa.

O artigo 158 do AUDCG dispõe que "a cessação do mandato conferido ao intermediário não produz efeitos em relação a terceiros, salvo se conheciam ou deviam conhecer esta cessação".

Há aqui também um caso de representação sem poderes. Mas a solução agora é diferente. A eficácia do ato celebrado não é posta em causa, salvo se o terceiro conhecia ou devia conhecer esta cessação.

À situação é assimilável a modificação da procuração. Se esta deixou de comportar aquele poder, há excesso de poderes. Todavia, a eficácia da procuração mantém-se tendencialmente.

Por que esta diferença? Por que foi o representante quem criou, em seu benefício, a situação de representação. Se os terceiros têm conhecimento da existência da procuração e confiam na persistência desta, não devem ser surpreendidos por alterações com que não pudessem contar. Existe assim um risco da procuração, que funciona em prejuízo do representado.

É esta, aliás, a situação atualmente vigente na Guiné-Bissau. O artigo 266, 1 do Código Civil dispõe que as modificações e a revogação da procuração devem ser levadas ao conhecimento de terceiros por meios idôneos, sob pena de lhes não serem oponíveis senão quando se mostre que delas tinham conhecimento no momento da conclusão do negócio.

A questão passa a ser então a da determinação da maneira de dar conhecimento. Se a procuração foi outorgada para um negócio com terceiro determinado, há que avisar esse terceiro. Se for geral, haverá que recorrer aos meios de dar conhecimento ao público em geral através de anúncio público, por exemplo.

O ato uniforme prevê também a cessação abusiva do mandato, quer por parte do mandante quer do mandatário, artigo 156 do AUDCG. Interessa apenas o que respeita à representação.

Quando se pode qualificar um negócio extintivo como abusivo? Deverá haver circunstâncias especiais que permitam esta qualificação. Assim, seria abusiva a revogação da agência que levasse ao desaproveitamento total das despesas de instalação, ou a revogação pelo agente tão súbita que não desse à outra parte a possibilidade de substituição.

Em qualquer caso, a consequência é a sujeição a perdas e danos. Não há aqui imposição de efeitos negociais que estejam fora da autonomia das partes.

5) O negócio consigo mesmo.

O Ato Uniforme relativo ao Direito Comercial Geral não regula em geral o negócio consigo mesmo. Apenas no seu artigo 162, a propósito do comissário, dispõe que este não pode comprar para si as mercadorias que está encarregado de vender, nem vender as suas próprias mercadorias ao comitente.

Mas o comissário não é um representante. Como se passarão as coisas na representação, nomeadamente no contrato de agência?

O princípio do direito atual é o do artigo 261 do Código Civil. O negócio é em princípio anulável. A razão não está em qualquer pretensa impossibilidade lógica de celebração de "negócio consigo mesmo", mas no perigo que se cria para o representado se há conflito de interesses próprios com os interesses do representado.

Sendo assim, o citado artigo 162 do AUDCG pode ser encarado como portador de um princípio geral. Todos os negócios em que o representante fique sujeito à tentação de sacrificar os interesses do representado devem considerar-se proibidos. A regra vigente não encontra nenhum obstáculo no ato uniforme, pelo que se deve considerar que se mantém.

Porém, afirma José de Oliveira Ascensão que:

Se o objetivo da proibição é evitar o perigo derivado da mistura de interesses, o princípio da proibição cessa quando esse perigo não se verificar. Assim se passa quando o preço estiver sujeito a cotações oficiais, por exemplo. O mesmo acontece quando o representado autorizar a celebração do negócio chamado consigo mesmo.¹⁹¹

Mas tudo isso consta já do artigo 261 do Código Civil. Portanto, não há nenhuma alteração a anotar neste domínio.

¹⁹¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. Op. cit., p. 253.

CONCLUSÃO

Constata-se que o conceito do tratado oferece na doutrina tanto brasileira como estrangeira uma dificuldade de conceituação, ou seja, não existe uma definição precisa e pacífica do conceito do tratado internacional. No entanto, todas as definições se recolhem ao núcleo comum, no sentido de defini-lo como um acordo de vontades entre sujeitos de Direito Internacional, regido pelo direito das gentes.

A Constituição guineense de 16 de maio de 1984 não dispõe de normas sobre a exata posição que ocupam as normas internacionais no seu ordenamento jurídico e muito menos quanto a admissão da supranacionalidade. Considera ser fundamentos da República a soberania nacional e tem como princípios de suas relações internacionais a independência nacional, a não ingerência e não-alinhamento.

Assim a solução de eventuais conflitos resultará da atividade jurisdicional, especialmente da orientação adotada pelo Supremo Tribunal da Justiça. Geralmente, é o que acontece nos países onde há omissão constitucional. Pode-se afirmar, deste modo, que a Guiné-Bissau adota a teoria dualista.

As características essenciais do direito comunitário estão presentes na OHADA, pois constitui um ordenamento jurídico autônomo em face do direito interno dos Estados-Partes, o seu caráter supranacional, a eficácia e a aplicação direta e obrigatória de suas normas nos ordenamentos jurídicos dos Estados-Partes sem a necessidade de transformação, é assegurada pelo artigo 10 do Tratado. E ainda, dispõe da personalidade jurídica interna e internacional conferindo-lhe a existência própria, caráter permanente, vontade distinta daquela de seus integrantes, bem como autonomia de atuação, cujo exercício se dá através de seus órgãos.

O objetivo principal desta organização comunitária é a integração jurídica do chamado Direito dos Negócios, globalmente considerado, tal como o seu âmbito material está delimitado no artigo 2º do Tratado, adotando regras comuns, simples e ajustadas à situação das respectivas economias, implantando procedimentos judiciais

apropriados e encorajando o recurso à arbitragem, como meio alternativo à justiça estatal, para a resolução dos litígios emergentes das relações contratuais. Contudo, reconhece no seu preâmbulo que o objetivo final é a integração econômica.

A OHADA apresenta a seguinte estrutura institucional: um Conselho de Ministros, constituído pelos Ministros da Justiça e das Finanças dos Estados-Partes que assegura a competência legislativa da Organização, é assistido por um Secretariado Permanente, ao qual está ligada a Escola Regional Superior de Magistratura, destinada a preparar os magistrados na tarefa de interpretação e aplicação comum do direito comunitário e, finalmente, uma Corte Comum de Justiça e Arbitragem (CCJA), composta por sete juízes e cuja competência é de assegurar nos Estados-Partes a interpretação e aplicação comum do direito dos negócios uniformizado.

Ao celebrarem o Tratado da OHADA os Estados-Partes consentiram transferir para esta nova organização internacional, voluntariamente, parte de suas soberanias. Em consequência desse consentimento, dado pelos Estados-Partes, as normas da OHADA, tanto o tratado constitutivo como o regramento dele derivado dotado de aplicabilidade direta, *self executing*, constituem uma nova fonte normativa da ordem jurídico-constitucional dos direitos nacionais das partes e têm preferência relativamente às legislações nacionais.

Assim, com o ato de adesão da Guiné-Bissau a esta organização (OHADA) o seu Direito, tanto o tratado fundacional como o regramento dele derivado, cria-se um ordenamento jurídico original, de carácter supranacional, que se integra ao sistema jurídico guineense, de modo que, havendo incompatibilidade entre as regras jurídicas da OHADA e as regras do direito interno guineense, nas matérias de regulação comum, têm primazia as primeiras para que sejam estas últimas anteriores ou posteriores. Isso se deve ao fato de as regras comunitárias constituírem um ordenamento aceito sobre a base da reciprocidade, da igualdade e da solidariedade por parte dos Estados-Partes como expresso no artigo 10 supracitado.

As eventuais dúvidas levantadas quanto à validade interna dessas normas na Guiné-Bissau não se procedem, na medida em que o Tratado constitutivo da OHADA constitutivo foi validamente aprovado pelo Conselho de Estado, pela Resolução nº 1/94, enquanto Órgão Legislativo do Estado da Guiné-Bissau, nos termos do artigo 133 da

CRGB, que substitui a Assembléia Nacional Popular nos intervalos das suas reuniões, assumindo na plenitude as suas competências.

Contudo, coloca-se a questão da supranacionalidade. Pois, considerando que a supranacionalidade implica necessariamente em uma integração política, situação não prevista no texto constitucional da Guiné-Bissau, constata-se, neste particular, que a Carta guineense corresponde, claramente, a uma intransponível barreira constitucional à integração política e a supranacionalidade no âmbito da OHADA, somente vencível através da atuação do Poder Constituinte Derivado. O mesmo pode se dizer, também, a respeito da admissibilidade de um tribunal supranacional que se instituiu igualmente no âmbito dessa organização. O que significa dizer que, diante da atual Constituição da Guiné-Bissau, não é de admitir a constitucionalidade do caráter supranacional desses órgãos.

Destarte, no tocante ao tema das relações internacionais do Estado da Guiné-Bissau mostra-se inevitável e urgente a realização de uma reforma constitucional, de modo a deparar as dúvidas e perplexidades existentes, e assim criando condições para assumir plenamente as suas obrigações internacionais.

Com isso, deve existir no texto constitucional, uma norma onde depois de se afirmar que as normas do Direito Internacional são parte integrante do direito interno, se acrescentar ainda que essas normas, do Direito Internacional, prevalecem sobre as leis, criando, de forma direta, direitos e obrigações para o Estado, suas instituições e pessoas físicas e jurídicas do seu território.

Assim, a Guiné-Bissau poderá cumprir na plenitude os compromissos assumidos no âmbito do Tratado de Port-Louis de 17 de outubro de 1993.

Finalmente, é de observar que não há conflitos apenas entre o Tratado da OHADA e o direito interno guineense, existe possibilidade de conflitos entre esse tratado e o Tratado da UEMOA e CEDEAO. Neste caso a solução será doutrinária, adotando conforme o caso a regra *lex prior*, a regra *lex posterior*, a *lex specialis* ou busca-se a intenção legislativa.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando. **Manual de Direito Internacional Público**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

ARAÚJO, Luís Ivani de Amorim. **Curso de Direito Internacional Público**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

_____. **Curso de Direito Internacional Público**. 10. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ARAÚJO, João Hermes Pereira de. **A processualística dos atos internacionais**. Rio de Janeiro: Ministério das Relações Exteriores, 1958.

ARIOSI, Mariângela F.. **As relações entre o Direito Internacional e o Direito interno . Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 498, 17 nov. 2004. Disponível em: <<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5940>>>. Acesso em: 15 ago. 2006.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O ato uniforme da OHADA sobre direito comercial geral e a ordem jurídica da Guiné-Bissau**. In V Jornadas Jurídicas: "Integração regional e a uniformização do direito dos negócios em África", p. 202-253. Boletim da Faculdade de Direito de Bissau, n. 6, 2004.

BAHIA, Saulo José Casali. **Tratados internacionais no direito brasileiro**. São Paulo: Forense, 2000.

_____. **A Supranacionalidade no MERCOSUL**. In Mercosul: lições do período de transitoriedade, Coord.: Celso Ribeiro Bastos e Cláudio Finkelstein, São Paulo: Celso Ribeiro Bastos, 1998, p. 193-208.

_____. **As variantes política, econômica e jurídica na implementação e cumprimento dos acordos do Brasil com o FMI e a atuação do Poder Judiciário**. In O Brasil e os acordos econômicos internacionais. Roberto Luiz Silva (Coord.), São Paulo: ERT, 2003. pp 193-208.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso do Direito Constitucional**. 20. ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

BASTOS, Celso Ribeiro, FINKELSTEIN, Cláudio. **A Institucionalização do Mercosul e a Harmonização das Normas**. *In* Mercosul: lições do período de transitoriedade, Cood.: Celso Ribeiro Bastos e Cláudio Finkelstein, São Paulo: Celso Ribeiro Bastos, 1998, p. 9-27.

BOAVENTURA, Edivaldo M. **Metodologia da pesquisa**: monografia, dissertação, tese. São Paulo: Atlas, 2004.

_____. **Como ordenar as idéias**. 8. ed. São Paulo: Ática, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed.. atual. São Paulo: Malheiros, 1994.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

BOLETIM n° 6 da Faculdade de Direito de Bissau. **Integração Regional e a Uniformização do Direito dos Negócios em África**, Jun. de 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 5 de outubro de 1988**. 31. ed. *in* Coleção Saraiva Legislação "obra coletiva de autoria da Ed. Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Wind e Lívia Céspedes". São Paulo: Saraiva, 2003.

CANOTILHO, José J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria Geral**. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CARRAZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

CASELLA, Paulo Barbosa. **Comunidade européia e seu ordenamento jurídico**. São Paulo: LTR, 1994.

_____. **Modalidades de Harmonização, Unificação e Uniformização do Direito - O Brasil e as Convenções Internacionais de Direito Internacional Privado**. *In* Integração jurídica interamericana: as Convenções Internacionais de Direito Internacional Privado (CIDIPs) e o direito brasileiro, Coord.: Paulo B. Casella e Nadia de Araújo, São Paulo: LTr, 1998, p. 77-106.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial**. v. 2, 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

COELHO, Inocêncio Martins. **Interpretação Constitucional**. Porto Alegre: Grafile, 1997.

CORRÊA, Antonio. **Mercosul: soluções de conflitos pelos juízes brasileiros**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

COSTA, José A. Fontoura. **Normas do Direito Internacional: aplicabilidade uniforme do direito uniforme**. São Paulo: Atlas, 2000.

FEIJÓ, Ricardo. **Metodologia e filosofia da ciência: aplicação na teoria social e estudo de caso**. São Paulo: Atlas, 2003.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA, Daniel Lopes. **A ordem jurídica da União Econômica e Monetária Oeste Africano (UEMOA)**. In V Jornadas Jurídicas: "Integração regional e a uniformização do direito dos negócios em África", pp 104-113. Boletim da Faculdade de Direito de Bissau nº 6, 2004.

FORTE, Umberto. **União europeia: comunidade econômica europeia (direito das comunidades europeias e harmonização fiscal)**. São Paulo: Malheiros, 1994.

FRAGA, Mirtô. **O conflito entre tratado internacional e a norma de direito interno: estudo analítico da situação do tratado na ordem jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2003.

GARCIA JUNIOR, Armando Álvares. **Conflito entre normas do Mercosul e direito interno: como resolver o problema?: o caso brasileiro**. São Paulo: LTR, 1997.

_____. **Conflito entre Normas do Mercosul e Direito Interno**. In Mercosul: lições do período de transitoriedade, Cood.: Celso Ribeiro Bastos e Cláudio Finkelstein, São Paulo: Celso Ribeiro Bastos, 1998, p. 29-42.

GUINÉ-BISSAU. **Constituição** (1984). Bissau: Imprensa Nacional, 1994.

_____. **Código Comercial e legislação complementar**. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1983.

_____. **Código Civil**. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1974.

GRAU, Eros Roberto. **Direito, conceitos e normas jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

_____. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo** (parte I). 13. ed. Petrópolis: Vozes, 2004.

ISSA-SAYEGH, Joseph. **Droit des Sociétés Commerciales OHADA: droit commun et régimes particuliers**. In V Jornadas Jurídicas: "Integração regional e a uniformização do direito dos negócios em África", p. 267-281. Boletim da Faculdade de Direito de Bissau n. 6, 2004.

_____. **La fonction juridictionnelle de la Cour Commune de Justice et d' Arbitrage de l' Organisation pour L' Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires**. In V Jornadas Jurídicas: "Integração regional e a uniformização do direito dos negócios em África", pp 521-537. Boletim da Faculdade de Direito de Bissau n° 6, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

LOBO, Maria Teresa de Carmo. **A experiência da integração do Mercosul**. In V Jornadas Jurídicas: "Integração regional e a uniformização do direito dos negócios em África", pp 183-199. Boletim da Faculdade de Direito de Bissau n° 6, 2004.

LUBISCO, Nídia Maria Lienet; VIEIRA, Sônia Chagas. **Manual de estilo acadêmico: monografias, dissertação e tese**. 2. ed. Salvador: EDUFBA, 2003.

MAIDAGI, Mainassara. **Fonctionnement de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage de L' OHADA**. In V Jornadas Jurídicas: "Integração regional e a uniformização do direito dos negócios em África", pp 50-61. Boletim da Faculdade de Direito de Bissau n° 6, 2004.

MARINHO, Ilmar Penna. **Características essenciais do novo Direito Internacional Público**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1947.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito Internacional constitucional: Constituição de 1988**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

_____. **Curso de Direito Internacional Público**. 13. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MENDONÇA, Paulo Roberto Soares. **A tópicos e o Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

NUNES, Luiz Antônio Rizzato. **Manual da monografia jurídica**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

OHADA: **Ato Uniforme relativo ao Direito das Sociedades Comerciais e do agrupamento Complementar de Interesse Econômico**, adotado pelo Conselho de Ministros da OHADA em Cotonou, Benin, a 17 de Abril de 1997, com início de vigência a partir de primeiro de janeiro de 1998.

_____. **Ato Uniforme relativo ao Direito Comercial Geral**, adotado pelo Conselho de Ministros da OHADA em Cotonou, Benin, a 17 de abril de 1997, com o início de vigência a partir de primeiro de janeiro de 1998.

_____. **Regulamento do processo da Corte Comum de Justiça e de Arbitragem da OHADA** aprovado em N'Djamena a 18 de abril de 1996.

PALMER, Richard. **Hermenêutica**. Lisboa: Edições 70, 1986.

PERELMAN, Chaim; LBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

RANGEL, Vicente Marotta. **Direito e relações internacionais / textos coligidos e ordenados**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Direito dos tratados**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. **Direito Internacional Público: curso elementar**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIBEIRO, Patrícia Henrique. **As relações entre Direito Internacional e o direito interno: conflito entre o ordenamento brasileiro e normas do Mercosul**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ROSS, Alf. **Direito e justiça**. Bauru: EDIPRO, 2003.

SALOMON, Délcio Vieira. **Como fazer uma monografia**. 9. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SANTO, João Espírito. **Constituição da Sociedade de Responsabilidade Limitada; o Agrupamento de Interesses Econômico: caracterização e regime jurídico; funcionalidade econômica**. *In* V Jornadas Jurídicas: "Integração regional e a uniformização do direito dos negócios em África", p. 295-323. Boletim da Faculdade de Direito de Bissau n. 6, 2004.

SCHLEIERMACHER, Friedrich D. E. **Hermenêutica**: arte e técnica da interpretação. Bragança Paulista: Editora Universitária São Francisco, 2003.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. **Conferência de Viena sobre os direitos dos tratados**. Rio de Janeiro: Ministério das Relações Exteriores, 1971.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

SILVA, Luciano Nascimento. **A Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal e os tratados internacionais: estudo sobre o Direito dos Tratados e o Direito Constitucional brasileiro**. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 213, 4 fev. 2004. Disponível em: <<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4785>>>. Acesso em: 24 ago. 2006

TRATADO Relativo à Harmonização do Direito dos Negócios em África, adotado em 17 de outubro de 1993. Port-Louis, Ilhas Maurícios.

VIEITO, Aurélio Agostinho Verdade. **Da Hermenêutica Constitucional**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 1994.

VICENTE, Dario Moura. **Arbitragem OHADA**. *In V Jornadas Jurídicas: "Integração regional e a uniformização do direito dos negócios em África"*, pp 473-492. Boletim da Faculdade de Direito de Bissau nº 6, 2004.

ANEXOS

ANEXO A

TRATADO RELATIVO À HARMONIZAÇÃO EM ÁFRICA DO DIREITO DOS NEGÓCIOS, CELEBRADO EM PORT-LOUIS A 17 DE OUTUBRO DE 1993. TEXTO OFICIAL

PARTE DISPOSITIVA

Article 1

Le présent Traité a pour objet l'harmonisation du droit des affaires dans les Etats Parties par l'élaboration et l'adoption de règles communes simples, modernes et adaptées à la situation de leurs économies, par la mise en oeuvre de procédures judiciaires appropriées, et par l'encouragement au recours à l'arbitrage pour le règlement des différends contractuels.

Article 2

Pour l'application du présent traité, entrent dans le domaine du droit des affaires l'ensemble des règles relatives au droit des sociétés et au statut juridique des commerçants, au recouvrement des créances, aux sûretés et aux voies d'exécution, au régime du redressement des entreprises et de la liquidation judiciaire, au droit de l'arbitrage, au droit du travail, au droit comptable, au droit de la vente et des transports, et toute autre matière que le Conseil des Ministres déciderait, à l'unanimité, d'y inclure, conformément à l'objet du présent traité et aux dispositions de l'article 8.

Article 3

La réalisation des tâches prévues au présent traité est assurée par une organisation dénommée Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) comprenant un Conseil des Ministres et une Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

Le Conseil des Ministres est assisté d'un Secrétariat Permanent auquel est rattachée une Ecolerégionale supérieure de la Magistrature.

Article 4

Des règlements pour l'application du présent Traité seront pris chaque fois que de besoin, par le Conseil des ministres, à la majorité absolue.

Article 5

Les actes pris pour l'adoption des règles communes prévues à l'article premier du présent Traité sont qualifiés "actes uniformes".

Les actes uniformes peuvent inclure des dispositions d'incrimination pénale. Les Etats Parties s'engagent à déterminer les sanctions pénales encourues.

Article 6

Les actes uniformes sont préparés par le Secrétariat Permanent en concertation avec les gouvernements des Etats Parties. Ils sont délibérés et adoptés par le Conseil des ministres après avis de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

Article 7

Les projets d'actes uniformes sont communiqués par le Secrétariat permanent aux gouvernements des Etats Parties, qui disposent d'un délai de quatre-vingt dix jours à compter de la date de la réception de cette communication pour faire parvenir au Secrétariat permanent leurs observations écrites.

A l'expiration de ce délai, le projet d'acte uniforme, accompagné des observations des Etats Parties et d'un rapport du Secrétariat permanent, est immédiatement transmis pour avis par ce dernier à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage. La Cour donne son avis dans un délai de trente jours à compter de la date de la réception de la demande de consultation.

A l'expiration de ce nouveau délai, le Secrétariat permanent met au point le texte définitif du projet d'acte uniforme, dont il propose l'inscription à l'ordre du jour du plus prochain Conseil des ministres.

Article 8

L'adoption des actes uniformes par le Conseil des ministres requiert l'unanimité des représentants des Etats Parties présents et votants.

L'adoption des actes uniformes n'est valable que si les deux tiers au moins des Etats Parties sont représentés.

L'abstention ne fait pas obstacle à l'adoption des actes uniformes.

Article 9

Les actes uniformes entrent en vigueur quatre-vingt-dix jours après leur adoption sauf modalités particulières d'entrée en vigueur prévues par l'acte uniforme lui-même. Ils sont opposables trente jours francs après leur publication au journal officiel de l'OHADA. Ils sont également publiés au journal officiel des Etats Parties ou par tout autre moyen approprié.

Article 10

Les actes uniformes sont directement applicables et obligatoires dans les Etats Parties, nonobstant toute disposition contraire de droit interne, antérieure ou postérieure.

Article 11

Le Conseil des Ministres approuve sur proposition du Secrétaire permanent le programme annuel d'harmonisation du droit des affaires.

Article 12

Les actes uniformes ne peuvent être modifiés que dans les conditions prévues par les articles 7 à 9 ci-dessus, à la demande de tout Etat Partie.

Article 13

Le contentieux relatif à l'application des actes uniformes est réglé en première instance et en appel par les juridictions des Etats Parties.

Article 14

La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage assure dans les Etats Parties l'interprétation et l'application communes du présent Traité, des règlements pris pour son application et des actes uniformes.

La Cour peut être consultée par tout Etat Partie ou par le Conseil des ministres sur toute question entrant dans le champ de l'alinéa précédent. La même faculté de solliciter l'avis consultatif de la Cour est reconnue aux juridictions nationales saisies en application de l'article 13 ci-dessus.

Saisie par la voie du recours en cassation, la Cour se prononce sur les décisions rendues par les juridictions d'Appel des Etats Parties dans toutes les affaires soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes et des règlements prévus au présent Traité à l'exception des décisions appliquant des sanctions pénales.

Elle se prononce dans les mêmes conditions sur les décisions non susceptibles d'appel rendues par toute juridiction des Etats Parties dans les mêmes contentieux.

En cas de cassation, elle évoque et statue sur le fond.

Article 15

Les pourvois en cassation prévus à l'article 14 ci-dessus sont portés devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, soit directement par l'une des parties à l'instance,

soit sur renvoi d'une juridiction nationale statuant en cassation saisie d'une affaire soulevant des questions relatives à l'application des actes uniformes.

Article 16

La saisine de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage suspend toute procédure de cassation engagée devant une juridiction nationale contre la décision attaquée. Toutefois cette règle n'affecte pas les procédures d'exécution.

Une telle procédure ne peut reprendre qu'après arrêt de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage se déclarant incompétente pour connaître de l'affaire.

Article 17

L'incompétence manifeste de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage peut être soulevée d'office ou par toute partie au litige in limine litis. La Cour se prononce dans les trente jours.

Article 18

Toute partie qui, après avoir soulevé l'incompétence d'une juridiction nationale statuant en cassation estime que cette juridiction a, dans un litige la concernant, méconnu la compétence de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage peut saisir cette dernière dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision contestée.

La Cour se prononce sur sa compétence par un arrêt qu'elle notifie tant aux parties qu'à la juridiction en cause.

Si la Cour décide que cette juridiction s'est déclarée compétente à tort, la décision rendue par cette juridiction est réputée nulle et non avenue.

Article 19

La procédure devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage est fixée par un Règlement adopté par le Conseil des ministres dans les conditions prévues à l'article 8

ci-dessus publié au journal officiel de l'OHADA. Il est également publié au journal officiel des Etats Parties ou par tout autre moyen approprié.

Cette procédure est contradictoire. Le ministère d'un avocat est obligatoire. L'audience est publique.

Article 20

Les arrêts de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ont l'autorité de la chose jugée et la force exécutoire. Ils reçoivent sur le territoire de chacun des Etats Parties une exécution forcée dans les mêmes conditions que les décisions des juridictions nationales. Dans une même affaire, aucune décision contraire à un arrêt de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ne peut faire l'objet d'une exécution forcée sur le territoire d'un Etat Partie.

Article 21

En application d'une clause compromissoire ou d'un compromis d'arbitrage, toute partie à un contrat, soit que l'une des parties ait son domicile ou sa résidence habituelle dans un des Etats Parties, soit que le contrat soit exécuté ou à exécuter en tout ou partie sur le territoire d'un ou plusieurs Etats Parties, peut soumettre un différend d'ordre contractuel à la procédure d'arbitrage prévue par le présent titre.

La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage ne tranche pas elle-même les différends. Elle nomme ou confirme les arbitres, est informée du déroulement de l'instance, et examine les projets de sentences, conformément à l'article 24 ci-après.

Article 22

Le différend peut être tranché par un arbitre unique ou par trois arbitres. Dans les articles suivants, l'expression "l'arbitre" vise indifféremment le ou les arbitres.

Lorsque les parties sont convenues que le différend sera tranché par un arbitre unique, elles peuvent le désigner d'un commun accord pour confirmation par la Cour. Faute

d'entente entre les parties dans un délai de trente jours à partir de la notification de la demande d'arbitrage à l'autre partie, l'arbitre sera nommé par la Cour.

Lorsque trois arbitres ont été prévus, chacune des parties - dans la demande d'arbitrage ou dans la réponse à celle-ci - désigne un arbitre indépendant pour confirmation par la Cour. Si l'une des parties s'abstient, la nomination est faite par la Cour. Le troisième arbitre qui assume la présidence du tribunal arbitral est nommé par la Cour, à moins que les parties n'aient prévu que les arbitres qu'elles ont désignés devraient faire choix du troisième arbitre dans un délai déterminé. Dans ce dernier cas, il appartient à la Cour de confirmer le troisième arbitre. Si, à l'expiration du délai fixé par les parties ou imparti par la Cour, les arbitres désignés par les parties n'ont pu se mettre d'accord, le troisième arbitre est nommé par la Cour.

Si les parties n'ont pas fixé d'un commun accord le nombre des arbitres, la Cour nomme un arbitre unique, à moins que le différend ne lui paraisse justifier la désignation de trois arbitres. Dans ce dernier cas, les parties disposeront d'un délai de quinze jours pour procéder à la désignation des arbitres.

Les arbitres peuvent être choisis sur la liste des arbitres établie par la Cour et mise à jour annuellement. Les membres de la Cour ne peuvent pas être inscrits sur cette liste.

En cas de récusation d'un arbitre par une partie, la Cour statue. Sa décision n'est pas susceptible de recours.

Il y a lieu à remplacement d'un arbitre lorsqu'il est décédé ou empêché, lorsqu'il doit se démettre de ses fonctions à la suite d'une récusation ou pour tout autre motif, ou lorsque la Cour, après avoir recueilli ses observations, constate qu'il ne remplit pas ses fonctions conformément aux stipulations du présent titre ou du règlement d'arbitrage, ou dans les délais impartis. Dans chacun de ces cas, il est procédé conformément aux deuxième et troisième alinéas.

Article 23

Tout tribunal d'un Etat Partie saisi d'un litige que les parties étaient convenues de soumettre à l'arbitrage se déclarera incompétent si l'une des parties le demande, et renverra le cas échéant à la procédure d'arbitrage prévue au présent Traité.

Article 24

Avant de signer une sentence partielle ou définitive, l'arbitre doit en soumettre le projet à la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

Celle-ci ne peut proposer que des modifications de pure forme.

Article 25

Les sentences arbitrales rendues conformément aux stipulations du présent titre ont l'autorité définitive de la chose jugée sur le territoire de chaque Etat Partie au même titre que les décisions rendues par les juridictions de l'Etat.

Elles peuvent faire l'objet d'une exécution forcée en vertu d'une décision d'exequatur.

La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage a seule compétence pour rendre une telle décision.

L'exequatur ne peut être refusé que dans les cas suivants:

- 1°) si l'arbitre a statué sans convention d'arbitrage ou sur une convention nulle ou expirée;
- 2°) si l'arbitre a statué sans se conformer à la mission qui lui avait été conférée;
- 3°) lorsque le principe de la procédure contradictoire n'a pas été respecté;
- 4°) si la sentence est contraire à l'ordre public international.

Article 26

Le Règlement d'arbitrage de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage est fixé par le Conseil des ministres dans les conditions prévues à l'article 8 ci-dessus. Il est publié au Journal Officiel de l'OHADA. Il est également publié au Journal Officiel des Etats Parties ou par tout autre moyen approprié.

Article 27

Le Conseil des ministres est composé des ministres chargés de la Justice et des ministres chargés des Finances.

La présidence est exercée à tour de rôle par chaque Etat Partie pour une durée d'un an, dans l'ordre suivant: Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Comores, Congo, Côte-d'Ivoire, Gabon, Guinée Equatoriale, Mali, Niger, Sénégal, Tchad, Togo.

Si un Etat Partie ne peut exercer la présidence du Conseil des ministres pendant l'année où elle lui revient, le Conseil désigne, pour exercer cette présidence, l'Etat venant immédiatement après dans l'ordre prévu ci-dessus.

Article 28

Le Conseil des ministres se réunit au moins une fois par an sur convocation de son Président, à l'initiative de celui-ci, ou du tiers des Etats Parties. Il ne peut valablement délibérer que si les deux tiers au moins des Etats Parties sont représentés.

Article 29

Le Président du Conseil des ministres arrête l'ordre du jour du Conseil sur la proposition du Secrétaire permanent.

Article 30

Les décisions du Conseil des ministres autres que celles prévues à l'article 8 ci-dessus sont prises à la majorité absolue des Etats Parties présents et votants. Chacun des Etats dispose d'une voix.

Article 31

La Cour Commune de Justice et d'Arbitrage est composée de sept juges élus pour sept ans renouvelables une fois, parmi les ressortissants des Etats Parties, dans les fonctions et sous les conditions suivantes :

1°) les magistrats ayant acquis une expérience judiciaire d'au moins quinze années et exercé de hautes fonctions juridictionnelles ;

2°) les avocats inscrits au Barreau de l'un des Etats Parties, ayant au moins quinze ans d'expérience professionnelle ;

3°) les professeurs de droit ayant au moins quinze ans d'expérience professionnelle.

Seuls deux membres de la Cour peuvent appartenir aux catégories visées aux paragraphes 2 et 3 ci-dessus.

La Cour est renouvelée par septième chaque année.

La Cour ne peut comprendre plus d'un ressortissant du même Etat.

Article 32

Les membres de la Cour sont élus au scrutin secret par le Conseil des ministres sur une liste de personnes présentées à cet effet par les Etats Parties.

Chaque Etat Partie peut présenter deux candidats au plus.

Article 33

Le Secrétaire permanent invite les Etats Parties à procéder, dans un délai d'au moins quatre mois, avant les élections, à la présentation des candidats à la Cour.

Le Secrétaire permanent dresse la liste alphabétique des personnes ainsi présentées et la communique un mois au moins avant les élections aux Etats Parties.

Article 34

Après leur élection, les membres de la Cour font la déclaration solennelle de bien et fidèlement remplir leurs fonctions en toute impartialité.

Article 35

En cas de décès d'un membre de la Cour, le Président de la Cour en informe immédiatement le Secrétaire permanent, qui déclare le siège vacant à partir de la date du décès.

En cas de démission d'un membre de la Cour ou si, de l'avis unanime des autres membres de la Cour, un membre a cessé de remplir ses fonctions pour toute autre cause qu'une absence de caractère temporaire, ou n'est plus en mesure de les remplir, le Président de la Cour, après avoir invité l'intéressé à présenter à la Cour ses observations orales en informe le Secrétaire Permanent, qui déclare alors le siège vacant.

Dans chacun des cas prévus ci-dessus, le Conseil des ministres procède, dans les conditions prévues aux articles 32 et 33 ci-dessus, au remplacement du membre dont le siège est devenu vacant, pour la fraction du mandat restant à courir, sauf si cette fraction est inférieure à six mois.

Article 36

Les membres de la Cour sont inamovibles.

Tout membre de la Cour conserve son mandat jusqu'à la date d'entrée en fonction de son successeur.

Article 37

La Cour élit en son sein, pour une durée de trois ans et demi non renouvelable, son Président et ses deux Vice-Présidents. Les membres de la Cour dont le mandat restant à courir à la date de l'élection est inférieur à cette durée peuvent être élus pour exercer ces fonctions jusqu'à l'expiration dudit mandat. Ils peuvent être renouvelés dans ces fonctions s'ils sont élus par le Conseil des ministres pour exercer un nouveau mandat de membre de la Cour. Aucun membre de la Cour ne peut exercer des fonctions politiques ou administratives. L'exercice de toute activité rémunérée doit être autorisé par la Cour.

Article 38

La durée du mandat des sept juges nommés simultanément pour la constitution initiale de la Cour sera respectivement de trois ans, quatre ans, cinq ans, six ans, sept ans, huit ans et neuf ans. Elle sera déterminée pour chacun d'eux par tirage au sort effectué en Conseil des ministres par le Président du Conseil. Le premier renouvellement de la Cour aura lieu trois ans après la constitution initiale de celle-ci.

Article 39

Le Président de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage nomme le greffier en chef de la Cour après avis de celle-ci, parmi les greffiers en chefs ayant exercé leurs fonctions pendant au moins quinze ans et présentés par les Etats Parties.

Il pourvoit, sur proposition du greffier en chef, aux autres emplois de la Cour.

Le secrétariat de la Cour est assuré par le greffier en chef.

Article 40

Le Secrétaire permanent est nommé par le Conseil des ministres pour une durée de quatre ans renouvelables une fois.

Il nomme ses collaborateurs conformément aux critères de recrutement définis par le Conseil des ministres et dans la limite des effectifs prévus au budget. Il dirige le Secrétariat permanent.

Article 41

Il est institué une Ecole régionale supérieure de la Magistrature qui concourt à la formation et au perfectionnement des magistrats et des auxiliaires de justice des Etats Parties.

Le Directeur de l'Ecole est nommé par le Conseil des ministres.

L'organisation, le fonctionnement, les ressources et les prestations de l'Ecole sont définis par un règlement du Conseil des ministres pris sur le rapport du directeur de l'Ecole.

Article 42

Le français est la langue de travail de l'OHADA.

Article 43

Les ressources de l'OHADA sont composées notamment :

- a) des cotisations annuelles des Etats Parties ;
- b) des concours prévus par les conventions conclues par l'OHADA avec des Etats ou des organisations internationales ;
- c) de dons et legs.

Les cotisations annuelles des Etats Parties sont arrêtées par le Conseil des ministres. Le Conseil des ministres approuve les conventions prévues au paragraphe b) et accepte les dons et legs prévus au paragraphe c).

Article 44

Le barème des tarifs de la procédure d'arbitrage instituée par le présent Traité ainsi que la répartition des recettes correspondantes sont approuvés par le Conseil des ministres.

Article 45

Les budgets annuels de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage et du Secrétariat permanent sont adoptés par le Conseil des ministres.

Les comptes de l'exercice clos sont certifiés par des commissaires aux comptes désignés par le Conseil des ministres. Ils sont approuvés par le Conseil des ministres.

Article 46

L'OHADA a la pleine personnalité juridique internationale. Elle a en particulier la capacité :

- a) de contracter ;
- b) d'acquérir des biens meubles et immeubles et d'en disposer ;
- c) d'ester en justice.

Article 47

Afin de pouvoir remplir ses fonctions, l'OHADA jouit sur le territoire de chaque Etat Partie des immunités et privilèges prévus au présent titre.

Article 48

L'OHADA, ses biens et ses avoirs ne peuvent faire l'objet d'aucune action judiciaire, sauf si elle renonce à cette immunité.

Article 49

Les fonctionnaires et employés du Secrétariat permanent, de l'Ecole Régionale Supérieure de la Magistrature et de la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage, ainsi que les juges de la Cour et les arbitres désignés par cette dernière jouissent dans l'exercice de leurs fonctions des privilèges et immunités diplomatiques. Les juges ne peuvent en outre être poursuivis pour des actes accomplis en dehors de l'exercice de leurs fonctions qu'avec l'autorisation de la Cour.

Article 50

Les archives de l'OHADA sont inviolables où qu'elles se trouvent.

Article 51

L'OHADA, ses avoirs, ses biens et ses revenus ainsi que les opérations autorisées par le présent Traité sont exonérés de tous impôts, taxes et droits de douane. L'OHADA est également exempte de toute obligation relative au recouvrement ou au paiement d'impôts, de taxes ou de droits de douane.

Article 52

Le présent Traité est soumis à la ratification des Etats signataires conformément à leurs procédures constitutionnelles.

Le présent Traité entrera en vigueur soixante jours après la date du dépôt du septième instrument de ratification. Toutefois, si la date de dépôt du septième instrument de ratification est antérieure au cent quatre-vingtième jour qui suit le jour de la signature du Traité, le Traité entrera en vigueur le deux cent quarantième jour suivant la date de sa signature.

A l'égard de tout Etat signataire déposant ultérieurement son instrument de ratification, le Traité et les actes uniformes adoptés avant la ratification entreront en vigueur soixante jours après la date dudit dépôt.

Article 53

Le présent Traité est, dès son entrée en vigueur, ouvert à l'adhésion de tout Etat membre de l'OUA et non signataire du Traité. Il est également ouvert à l'adhésion de tout autre Etat non membre de l'OUA invité à y adhérer du commun accord de tous les Etats Parties.

A l'égard de tout Etat adhérent, le présent Traité et les actes uniformes adoptés avant l'adhésion entreront en vigueur soixante jours après la date du dépôt de l'instrument d'adhésion.

Article 54

Aucune réserve n'est admise au présent Traité.

Article 55

Dès l'entrée en vigueur du Traité, les institutions communes prévues aux articles 27 à 41 ci-dessus seront mises en place. Les Etats signataires du Traité ne l'ayant pas encore ratifié pourront en outre siéger au Conseil des ministres en qualité d'observateurs sans droit de vote.

Article 56

Tout différend qui pourrait surgir entre les Etats Parties quant à l'interprétation ou à l'application du présent Traité et qui ne serait pas résolu à l'amiable peut être porté par un Etat Partie devant la Cour Commune de Justice et d'Arbitrage.

Si la Cour compte sur le siège un juge de la nationalité d'une des parties, toute autre partie peut désigner un juge ad hoc pour siéger dans l'affaire. Ce dernier devra remplir les conditions fixées à l'article 31 ci-dessus.

Article 57

Les instruments de ratification et les instruments d'adhésion seront déposés auprès du gouvernement du Sénégal, qui sera le gouvernement dépositaire.

Article 58

Tout Etat ratifiant le présent Traité ou y adhérant postérieurement à l'entrée en vigueur d'un amendement au présent Traité devient par là-même partie au Traité tel qu'amendé.

Le Conseil des ministres ajoute le nom de l'Etat adhérent sur la liste prévue avant le nom de l'Etat qui assure la présidence du Conseil des Ministres à la date de l'adhésion.

Article 59

Le gouvernement dépositaire enregistrera le Traité auprès du Secrétariat de l'OUA et auprès du Secrétariat des Nations-Unies conformément à l'article 102 de la charte des Nations-Unies.

Article 60

Le gouvernement dépositaire avisera sans délai tous les Etats signataires ou adhérents

- a) des dates de signature ;
- b) des dates d'enregistrement du Traité ;
- c) des dates de dépôt des instruments de ratification et d'adhésion ;
- d) de la date d'entrée en vigueur du Traité.

Article 61

Le présent Traité peut être amendé ou révisé si un Etat Partie envoie à cet effet une demande écrite au Secrétariat permanent de l'OHADA. L'amendement ou la révision doit être adopté dans les mêmes formes que le Traité.

Article 62

Le présent Traité a une durée illimitée. Il ne peut, en tout état de cause, être dénoncé avant dix années à partir de la date de son entrée en vigueur.

Toute dénonciation du présent Traité doit être notifiée au gouvernement dépositaire et ne produira d'effet qu'une année après la date de cette notification.

Article 63

Le présent Traité, rédigé en deux exemplaires, en langue française, sera déposé dans les archives du gouvernement de la République du Sénégal qui remettra une copie certifiée conforme à chacun des autres Etats Parties signataires.

En foi de quoi les chefs d'Etat et plénipotentiaires soussignés ont apposé leur signature au bas du présent Traité.

ANEXO B

TRATADO RELATIVO À HARMONIZAÇÃO EM ÁFRICA DO DIREITO DOS NEGÓCIOS, CELEBRADO EM PORT-LOUIS A 17 DE OUTUBRO DE 1993. TEXTO TRADUZIDO PARA PORTUGUÊS L

PREÂMBULO

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DO BENIM

O PRESIDENTE DO ALTO-VOLTA

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DOS CAMARÕES

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA CENTRO-AFRICANA

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA FEDERAL ISLÂMICA DAS COMORES

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DO CONGO

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DA COSTA DO MARFIM

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DO GABÃO

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DA GUINÉ EQUATORIAL

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DO MALI

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DO NÍGER

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DO SENEGAL

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DO CHADE

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA DO TOGO

Partes Contratantes no Tratado Relativo à Harmonização do Direito dos Negócios em África,

DETERMINADAS a realizar novos progressos no sentido da unidade africana e a estabelecer um clima de confiança favorecendo as economias dos respectivos países com o objetivo de criar um novo pólo de desenvolvimento em África

REAFIRMANDO o seu compromisso a favor da instituição de uma Comunidade Económica Africana

CONVENCIDAS que pertencer à zona franca, fator de estabilidade económica e financeira, constitui um trunfo importante para a realização progressiva da respectiva

integração econômica e que esta integração deve igualmente ser perseguida num âmbito africano mais amplo

CONSCIENTES que a realização dos seus objetivos presume a instauração nos respectivos Estados de um direito dos negócios harmonizado, simples, moderno e adaptado de modo a facilitar a atividade das empresas.

CONSCIENTES de que è essencial que este direito seja aplicado diligentemente, em condições adequadas, de modo a garantir a segurança jurídica das atividades econômicas, a favorecer o desenvolvimento destas últimas e a incentivar o investimento

DESEJOSAS de promover a arbitragem como instrumento de resolução dos conflitos contratuais

DECIDIDAS a realizar em comum esforços renovados a fim de melhorar a formação de magistrados e auxiliares de justiça ;

Acordam no seguinte:

TÍTULO I DISPOSIÇÕES GERAIS

Artigo Primeiro

O presente tratado tem por objeto a Harmonização do Direito dos Negócios nos Estados-Partes através da elaboração e adoção de regras comuns simples, modernas e adaptadas à situação das respectivas economias, através da instauração de processos judiciais apropriados e pelo incentivo ao recurso à arbitragem para a resolução dos conflitos contratuais.

Artigo 2

Para aplicação do presente tratado, entram na alçada do direito dos negócios o conjunto das regras relativas ao direito das sociedades e ao estatuto jurídico dos comerciantes, às cobranças de dívidas, às garantias e vias de execução, ao regime de recuperação das empresas e de liquidação judicial, ao direito de arbitragem, ao direito do trabalho, ao direito contabilístico, ao direito da venda e dos transportes e todas as

outras matérias que o conselho dos Ministros decidiria por unanimidade incluir, de acordo com o objeto do presente tratado e o disposto no artigo 8.

Artigo 3

A realização dos trabalhos previstos no presente tratado é assegurada por uma organização denominada "Organização para a Harmonização em África do Direito dos Negócios" (OHADA), constituída por um Conselho de Ministros e um Tribunal Comum de Justiça e Arbitragem.

O Conselho de Ministros è assistido por um Secretariado Permanente ao qual está ligada uma Escola Regional Superior de Magistratura.

Artigo 4

Os regulamentos para a aplicação do presente tratado serão adotados, sempre que necessário, pelo Conselho de Ministros e por maioria absoluta.

TÍTULO II OS ACTOS UNIFORMES

Artigo 5

Os atos que têm como objetivo a adoção das disposições comuns previstas no artigo primeiro do presente tratado têm a qualificação de " atos uniformes".

Os atos uniformes podem incluir disposições penais.

Os Estados Partes obrigam-se a determinar as sanções penais incorridas.

Artigo 6

Os atos uniformes são preparados pelo Secretariado Permanente em concertação com os Governos dos Estados-Partes e são deliberados e adotados pelo Conselho de Ministros após parecer do Tribunal Comum de Justiça e Arbitragem

Artigo 7

Os projetos de atos uniformes são comunicados pelo Secretariado Permanente aos Governos dos Estados-Partes que têm um prazo de noventa dias a contar da data de recepção da comunicação para fazer chegar ao Secretariado Permanente as respectivas observações escritas.

Expirado este prazo, o projeto de ato uniforme, acompanhado das observações dos Estados-Partes e de um relatório do Secretariado Permanente, é imediatamente transmitido por este último ao Tribunal Comum de Justiça e Arbitragem para que este se pronuncie. O Tribunal dá o seu parecer num prazo de trinta dias a contar da data de recepção do pedido.

Expirado este novo prazo, o Secretariado Permanente prepara o texto definitivo do projeto de ato uniforme e propõe a sua inserção na ordem de trabalhos do Conselho de Ministros mais próximo.

Artigo 8

A adoção dos atos uniformes pelo Conselho de Ministros exige a unanimidade dos representantes dos Estados-Partes presentes e votantes.

A adoção dos atos uniformes só é válida se um mínimo de dois terços dos Estados Partes se encontram representados.

A abstenção não representa um obstáculo à adoção de atos uniformes.

Artigo 9

Os atos uniformes entram em vigor noventa dias após a sua adoção, salvo modalidades especiais de entrada em vigor previstas por um ato uniforme.

Os atos uniformes são contestáveis durante os trinta dias úteis após a sua publicação no Jornal Oficial da OHADA. Eles são igualmente publicados no Jornal Oficial (ou Boletim Oficial) dos Estados-Partes ou ainda por outros meios considerados apropriados.

Artigo 10

Os atos uniformes são diretamente aplicáveis e obrigatórios nos Estados Partes, não obstante toda e qualquer disposição contrária de direito interno, anterior ou posterior.

Artigo 11

O Conselho de Ministros aprova mediante proposta do Secretariado Permanente, o PROGRAMA ANUAL DE HARMONIZAÇÃO DO DIREITO DOS NEGÓCIOS.

Artigo 12

Os atos uniformes só podem ser modificados nas condições previstas pelos artigos 7 a 9 e mediante pedido de qualquer um dos Estados-Partes.

TÍTULO III

CONTENCIOSO RELATIVO À INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DOS ACTOS UNIFORMES

Artigo 13

O contencioso relativo à aplicação dos atos uniformes é da competência, em primeira instância e em recurso, das jurisdições dos Estados-Partes.

Artigo 14

O Tribunal Comum de Justiça e Arbitragem assegura nos Estados-Partes a interpretação e a aplicação comuns do presente tratado, dos regulamentos destinados à sua aplicação e dos atos uniformes.

O Tribunal pode ser consultado por todo e qualquer Estado-Parte ou pelo Conselho de Ministros sobre todas as questões fazendo parte do domínio de aplicação da alínea precedente. Esta mesma faculdade de solicitar o parecer consultivo do Tribunal é igualmente atribuída às jurisdições nacionais a que se tenha recorrido em aplicação do disposto no artigo 13.

Em caso de recurso de anulação em última instância, o Tribunal pronuncia-se sobre os decisões das jurisdições de recurso dos Estados Partes em todos os processos em que

se levantem questões relativas à aplicação dos atos uniformes e dos regulamentos previstos no presente tratado, com exceção das decisões que apliquem sanções penais.

O Tribunal pronuncia-se nas mesmas condições sobre as decisões que não são susceptíveis de recurso pronunciadas pelos tribunais dos Estados Partes no âmbito do mesmo contencioso.

Em caso de anulação, ele invoca os fatos e decide sobre a causa.

Artigo 15

Os processos de anulação previstos no artigo 14 são da competência do Tribunal Comum de Justiça e Arbitragem e são interpostos quer diretamente por uma das partes no processo quer por uma jurisdição nacional que, no quadro de um processo em que são levantadas questões relativas à aplicação dos atos uniformes e pedida anulação, o envia diretamente ao Tribunal.

Artigo 16

O pedido perante o Tribunal Comum de Justiça e Arbitragem suspende todo e qualquer pedido de anulação perante um tribunal nacional contra a decisão atacada. No entanto, esta regra não afeta os processos executivos.

O acórdão do Tribunal Comum de Justiça e Arbitragem declarando-se incompetente para julgar põe fim à suspensão.

Artigo 17

A questão da incompetência do Tribunal Comum de Justiça e Arbitragem pode ser levantada pelo próprio tribunal ou por uma das partes do litígio "*in limine litis*". O Tribunal pronuncia-se num prazo de trinta dias.

Artigo 18

Qualquer parte num processo que, tendo levantado a questão da incompetência de um tribunal nacional em matéria de anulação, considera que este último não tomou em consideração a competência do Tribunal Comum de Justiça e Arbitragem, pode, num

prazo de dois meses a contar da data em que é notificada da decisão contestada, interpor o processo correspondente perante o Tribunal Comum de Justiça e Arbitragem.

O tribunal pronuncia-se sobre a sua competência por acórdão de que notifica as partes e o tribunal em questão.

Se o tribunal decide que a jurisdição nacional se declarou erradamente competente, a decisão tomada por esta última é considerada nula e sem qualquer efeito.

Artigo 19

O processo perante o Tribunal Comum de Justiça e Arbitragem é definido por um regulamento adotado pelo Conselho de Ministros segundo as condições previstas no artigo 8 e publicado no Jornal Oficial da OHADA, sendo igualmente publicado no Jornal Oficial (ou Boletim Oficial) dos Estados Partes ou por qualquer outro meio apropriado.

O processo é contraditório. A representação por advogado é obrigatória. A audiência é pública.

Artigo 20

Os acórdãos do Tribunal Comum de Justiça e Arbitragem têm força de caso julgado e força executiva. São obrigatoriamente executados no território de cada um dos Estados Parte, nas mesmas condições nacionais.

Num mesmo processo, nenhuma decisão contrária a um acórdão do Tribunal Comum de Justiça e Arbitragem pode ser objeto de execução obrigatória no território de um Estado Parte

TÍTULO IV ARBITRAGEM

Artigo 21

Em aplicação de uma cláusula compromissória ou de um compromisso de arbitragem qualquer parte de um contrato pode submeter um litígio contratual ao processo de arbitragem previsto no presente título, para tal sendo necessário que uma das partes

tenha o seu domicílio ou residência habitual num dos Estados-Parte ou que o contrato seja executado ou a executar totalmente ou parcialmente no território de um ou vários Estados Partes.

O Tribunal Comum de Justiça e Arbitragem não decide diretamente ; nomeia ou confirma os árbitros, é informado do desenrolar do processo e examina os projetos de sentenças, de acordo com o artigo 24.

Artigo 22

O litígio pode ser resolvido por um árbitro único ou por três árbitros. Nos artigos seguintes, a expressão "árbitro" significa indistintamente o ou os árbitros. Quando as partes decidem que o litígio será resolvido por um árbitro único, podem escolhê-lo de comum acordo para ser confirmado pelo tribunal. Caso não haja acordo entre as partes num prazo de trinta dias a contar da notificação do pedido de arbitragem à outra parte, o árbitro será nomeado pelo tribunal.

Quando foram previstos três árbitros, cada uma das partes -- no pedido de arbitragem ou na resposta ao mesmo -- indica um árbitro independente para ser confirmado pelo tribunal. Se uma das partes se abstém, a nomeação é feita pelo tribunal. O terceiro árbitro, que assume a presidência do tribunal arbitral, é nomeado pelo tribunal, salvo se as partes tinham previsto que os árbitros que elas escolheram deveriam escolher o terceiro árbitro num prazo determinado. Neste último caso, cabe ao tribunal confirmar o terceiro árbitro. Se, expirado o prazo fixado pelas partes ou dado pelo tribunal, os árbitros designados pelas partes não chegam a acordo, o terceiro árbitro é nomeado pelo tribunal.

Se as partes não fixaram de comum acordo o número de árbitros, o tribunal nomeia um árbitro único salvo se o litígio lhe parece justificar a nomeação de três árbitros. Neste último caso, as partes dispõem de um prazo de quinze dias para proceder à designação dos árbitros.

Os árbitros podem ser escolhidos na lista dos árbitros feita pelo tribunal e atualizada anualmente. Os membros do tribunal não podem fazer parte desta lista.

Caso uma das partes recuse um dos árbitros, o tribunal decide e a sua decisão não é susceptível de recurso. Substitui-se um árbitro quando ele faleceu ou tem um

impedimento, quando ele se demite das suas funções na seqüência de uma recusa ou por qualquer outro motivo ou quando o tribunal, depois de o ter ouvido, constate que ele não exerce as suas funções de acordo com o estipulado no presente título ou no regulamento de arbitragem ou dentro dos prazos. Em cada um destes casos, procede-se de acordo com o estipulado na segunda e terceira alíneas.

Artigo 23

Qualquer tribunal do Estado Parte a quem seja entregue um processo decorrente de litígio que as partes tinham decidido submeter a arbitragem, declarar-se-á incompetente se uma das partes o requer e enviará o litígio para ser tratado no quadro do processo de arbitragem previsto no presente tratado.

Artigo 24

Antes de assinar uma sentença parcial ou definitiva, o árbitro deve submeter o projeto ao Tribunal Comum de Justiça e Arbitragem. Este último só pode propor modificações de forma.

Artigo 25

As sentenças arbitrais pronunciadas de acordo com o estipulado no presente título têm força de caso julgado no território de cada Estado Parte ao mesmo título que as decisões pronunciadas pelas jurisdições nacionais. As sentenças podem ser objeto de execução obrigatória na seqüência de uma decisão de reconhecimento de sentença.

O Tribunal Comum de Justiça e Arbitragem é o único com competência para proferir este tipo de decisão.

O reconhecimento de sentença só pode ser recusado nos casos seguintes :

- 1°) Se o árbitro decidiu sem convenção de arbitragem ou no âmbito de uma convenção nula ou cujo prazo limite tenha expirado.
- 2°) Se o árbitro decidiu sem respeitar a missão que lhe tinha sido confiada
- 3°) Quando o princípio do processo contraditório não foi respeitado
- 4°) Se a sentença é contrária à ordem pública internacional.

Artigo 26

O regulamento de arbitragem do Tribunal Comum de Justiça e Arbitragem é fixado pelo Conselho de Ministros nas condições previstas no artigo 8, é publicado no Jornal Oficial da OHADA e igualmente publica de no Jornal Oficial (ou Boletim Oficial) dos Estados Partes ou por todo e qualquer outro modo apropriado.

TÍTULO V AS INSTITUIÇÕES

Artigo 27

O Conselho de Ministros compõe-se dos Ministros encarregados da Justiça e dos Ministros encarregados das Finanças.

A presidência é exercida alternadamente por cada Estado Parte, pelo período de um ano e na ordem seguinte:

Bénim, Alto-Volta, Camarões, Congo, Costa do Marfim, Gabão, Guiné Equatorial, Mali, Níger, Senegal, Chade e Togo.

Se um Estado Parte não pode exercer a presidência do Conselho de Ministros no ano que lhe compete o Conselho designa para exercer a presidência o Estado que vem imediatamente depois na lista acima citada.

Artigo 28

O Conselho de Ministros reúne pelo menos uma vez por ano e segundo convocatória do seu presidente, por sua iniciativa ou de um terço dos Estados-Partes. As deliberações do Conselho só são válidas se dois terços dos Estados Partes, no mínimo, se encontram presentes.

Artigo 29

O Presidente do Conselho de Ministros determina a ordem de trabalhos do Conselho de acordo com a proposta do Secretariado Permanente.

Artigo 30

As decisões do Conselho de Ministros (à exceção das previstas no artigo 8) são tomadas por maioria absoluta dos Estados Partes presentes e votantes. Cada estado tem um voto.

Artigo 31

O Tribunal Comum de Justiça e Arbitragem compõe-se de sete juizes eleitos por um período de sete anos renováveis uma vez, escolhidos entre os nacionais dos Estados Partes e eleitos para as funções e nas condições seguintes :

- 1) os magistrados tendo adquirido uma experiência judiciária mínima de quinze anos e exercido altas funções jurisdicionais.
 - 2) os advogados inscritos na Ordem dos Advogados de um dos Estados-Partes tendo no mínimo quinze anos de experiência profissional
 - 3) os professores de direito tendo no mínimo quinze anos de experiência profissional
- Só dois membros do Tribunal podem pertencer às categorias mencionadas nos parágrafos 2 e 3

Cada ano, um sétimo do Tribunal é renovado.

O Tribunal não pode ter mais do que um nacional de cada estado.

Artigo 32

Os membros do Tribunal são eleitos por escrutínio secreto pelo Conselho de Ministros e escolhidos numa lista de pessoas apresentada pelos Estados-Partes com este fim.

Cada Estado Parte pode apresentar no máximo dois candidatos.

Artigo 33

O Secretariado Permanente convida os Estados Partes a proceder, num prazo de pelo menos quatro meses antes das eleições, à apresentação dos candidatos ao Tribunal.

O Secretariado Permanente faz a lista alfabética das pessoas apresentadas e comunica-a, pelo menos um mês antes das eleições, aos Estados-Partes.

Artigo 34

Depois das eleições, os membros do Tribunal fazem a declaração solene de exercer fielmente e imparcialmente as funções que lhes são confiadas.

Artigo 35

Em caso de falecimento de um membro do Tribunal, o Presidente do Tribunal informa imediatamente o Secretariado Permanente que declara o lugar vago a partir da data do falecimento.

Em caso de demissão de um membro do Tribunal ou se, por parecer unânime dos outros membros do Tribunal, um membro deixou de exercer as suas funções por razão diferente de ausência temporária ou deixou de as poder exercer, o Presidente do Tribunal, depois de ter convidado o interessado a apresentar ao Tribunal as suas observações orais, informa o Secretariado Permanente que declara então o lugar vago. Em cada um dos casos acima previstos, o Conselho de Ministros procede, nas condições previstas nos artigos 32 e 33, à substituição do membro cujo lugar ficou vago, pela fração de mandato que resta salvo se esta fração é inferior a seis meses.

Artigo 36

Os membros do Tribunal são inamovíveis.

Cada membro do Tribunal conserva o seu mandato até à data de entrada em função do seu sucessor.

Artigo 37

O Tribunal elege entre os seus membros e por um período de três anos não renovável o seu Presidente e os seus dois Vice-Presidentes. Os membros do Tribunal de que o tempo de mandato restante na data da eleição é inferior a este período podem ser eleitos para exercer estas funções até à expiração do dito mandato. Eles podem ser reconduzidos nas suas funções se são eleitos pelo Conselho de Ministros para exercer um novo mandato de membro do Tribunal. Nenhum membro do Tribunal pode exercer funções políticas ou administrativas. O exercício de uma actividade remunerada deve ser autorizado pelo Tribunal.

Artigo 38

A duração do mandato dos sete juizes nomeados simultâneamente para a constituição inicial do Tribunal será, respectivamente, de três anos, quatro anos, cinco anos, seis anos, sete anos, oito anos e nove anos, e será determinada para cada um deles por tiragem à sorte efectuada em Conselho de Ministros pelo Presidente do Conselho. A primeira renovação do Tribunal terá lugar três anos depois da sua constituição inicial.

Artigo 39

O Presidente do Tribunal Comum de Justiça e Arbitragem nomeia o escrivão chefe do Tribunal depois de o ouvir e entre os que exerceram este cargo durante pelo menos quinze anos e apresentados pelos Estados Partes.

De acordo com proposta do escrivão chefe o Presidente escolhe os outros funcionários do Tribunal. O secretariado do Tribunal é assegurado pelo escrivão chefe.

Artigo 40

O Secretário Permanente é nomeado pelo Conselho de Ministros e por um período de quatro anos renováveis uma vez.

Ele nomeia os seus colaboradores de acordo com os critérios de recrutamento definidos pelo Conselho de Ministros e com os limites orçamentais.

Ele dirige o Secretariado Permanente.

Artigo 41

Institui-se uma Escola Regional Superior de Magistratura que contribui para a formação e aperfeiçoamento dos magistrados e auxiliares de justiça dos Estados Partes.

O director da Escola é nomeado pelo Conselho de Ministros.

A organização, o funcionamento, os recursos e as prestações da Escola são definidos por regulamento do Conselho de Ministros redigido com base no relatório do director da Escola.

Artigo 42

A língua francesa é a língua oficial de trabalho da OHADA.

TÍTULO VI DISPOSIÇÕES FINANCEIRAS

Artigo 43

Os recursos financeiros da OHADA compõem-se nomeadamente:

- a) das quotas anuais dos Estados,
- b) das participações previstas pelas convenções concluídas entre a OHADA e Estados ou organismos internacionais,
- c) doações e legados.

As quotas anuais dos Estados Partes são decididas pelo Conselho de Ministros. O Conselho de Ministros aprova as convenções previstas no parágrafo b) e aceita as doações e legados previstos no parágrafo c).

Artigo 44

A tabela de custas dos processos de arbitragem instituídos pelo presente tratado bem como a distribuição das receitas correspondentes são aprovadas pelo Conselho de Ministros.

Artigo 45

Os orçamentos anuais do Tribunal Comum de Justiça e Arbitragem e do Secretariado Permanente são adotados pelo Conselho de Ministros.

As contas do exercício findo são certificadas por revisores de contas designados pelo Conselho de Ministros e aprovadas igualmente pelo Conselho de Ministros.

TÍTULO VII ESTATUTO, IMUNIDADES E PRIVILÉGIOS

Artigo 46

A OHADA tem plena personalidade jurídica internacional. Ela tem capacidade para :

- a) contratar
- b) adquirir bens móveis e imóveis e dispor dos mesmos

c) comparecer em juízo.

Artigo 47

Para poder exercer as suas funções a OHADA beneficia no território de cada Estado Parte das imunidades e privilégios previstos no presente título.

Artigo 48

A OHADA, os seus bens e haveres, não podem ser objeto de nenhum processo judicial salvo se ela renuncia a esta imunidade.

Artigo 49

Os funcionários e empregados do Secretariado Permanente, da Escola Regional Superior de Magistratura e do Tribunal Comum de Justiça e Arbitragem, bem como os juízes do Tribunal e os árbitros designados por este último beneficiam, no exercício das respectivas funções, de privilégios e imunidades diplomáticos. Para além disso, os juízes só podem ser julgados por atos realizados fora do âmbito de exercício das respectivas funções mediante autorização do Tribunal.

Artigo 50

Os arquivos da OHADA são invioláveis independentemente do lugar onde se encontrem.

Artigo 51

A OHADA, os seus haveres, bens e rendimentos bem com as operações autorizadas pelo presente tratado, são isentos de todo e qualquer imposto, taxa e direitos alfandegários. A OHADA está igualmente isenta de toda e qualquer obrigação relativa à cobrança ou pagamento de impostos, taxas ou direitos alfandegários.

TÍTULO VIII CLÁUSULAS PROTOCOLARES

Artigo 52

O presente tratado fica sujeito a ratificação pelos Estados Partes de acordo com os respectivos processos constitucionais.

O presente tratado entrará em vigor sessenta dias após a data de depósito do sétimo instrumento de ratificação. No entanto, se a data de depósito do sétimo instrumento de ratificação é anterior a um prazo de cento e oitenta dias a contar da data de assinatura do tratado este último entra em vigor duzentos e quarenta dias após a data de assinatura.

Em relação a qualquer outro Estado signatário que deposita posteriormente o respectivo instrumento de ratificação, o tratado e os atos uniformes adotados antes da ratificação entrarão em vigor sessenta dias depois da data dos referido depósito.

Artigo 53

Desde a sua entrada em vigor o presente tratado é aberto à adesão de todos os Estados membros da OUA e não signatários do tratado. Ele é igualmente aberto à adesão de qualquer outro estado que não seja membro da OUA mas que seja convidado a aderir pelo conjunto dos Estados-Partes.

Em relação aos estados aderentes, o presente tratado e os atos uniformes adotados antes da adesão entrarão em vigor sessenta dias depois da data de depósito do instrumento de adesão.

Artigo 54

Nenhuma reserva ao presente tratado é admitida.

Artigo 55

Desde a entrada em vigor do tratado as instituições comuns previstas nos artigos 27 a 41 entrarão em funcionamento. Os Estados signatários do tratado que ainda o não

tenham ratificado poderão participar no Conselho de Ministros na qualidade de observadores e sem direito de voto.

Artigo 56

Todo e qualquer litígio que possa surgir entre os Estados Partes quanto à interpretação ou à aplicação do presente tratado e que não seja resolvido extrajudicialmente pode ser objeto de processo judicial apresentado por um Estado Parte perante o Tribunal Comum de Justiça e Arbitragem.

Se o Tribunal tem um juiz da nacionalidade de uma das partes, qualquer outra parte pode designar um juiz *ad hoc* para estar presente no processo, devendo este último preencher as condições fixadas pelo artigo 31.

Artigo 57

Os instrumentos de ratificação e os instrumentos de adesão serão depositados junto do governo do Senegal, que será o governo depositário.

Artigo 58

Os Estados que ratificam ou aderem ao presente tratado depois da entrada em vigor de emenda ou modificação do tratado tornam-se partes do tratado corrigido.

O Conselho de Ministros acrescenta o nome do estado aderente na lista prevista pelo artigo 27 e imediatamente antes do nome do estado que assume a Presidência do Conselho de Ministros na data da adesão.

Artigo 59

O governo depositário registrará o tratado junto do Secretariado da OUA e do Secretariado das Nações Unidas de acordo com o artigo 102 da carta das Nações Unidas.

Artigo 60

O governo depositário avisará imediatamente os Estados signatários ou aderentes :

a) das datas de assinatura

- b) das datas de registro do tratado
- c) das datas de depósito dos instrumentos de ratificação e adesão
- d) da data de entrada em vigor do tratado.

TÍTULO IX REVISÃO E DENÚNCIA

Artigo 61

O presente tratado pode ser corrigido ou revisto se um Estado Parte envia neste sentido um pedido escrito ao Secretariado Permanente da OHADA. A emenda ou a revisão devem ser adotadas da mesma forma que o tratado.

Artigo 62

O presente tratado tem uma duração ilimitada. Ele pode, no entanto, ser denunciado durante os dez anos que se seguem à sua entrada em vigor. Toda e qualquer denúncia do presente tratado deve ser notificada ao governo depositário e só produzirá efeito um ano após a data de notificação.

Artigo 63

O presente tratado, redigido em dois exemplares e em língua francesa será depositado nos arquivos do governo da República do Senegal que entregará uma cópia autenticada a cada um dos governos dos outros Estados-Partes signatários.

Fazendo este texto fé, foi assinado pelos chefes de Estados abaixo assinados no presente tratado.

O Presidente da República do Bênim Senhor Nicéphore SOGLO

O Presidente do Alto-Volta Senhor Blaise COMPAORE

Pelo Presidente da República dos Camarões Senhor Paul BIYA, Ministro dos Negócios Estrangeiros

O Presidente da República Centro-Africana Senhor Ange-Félix PATASSE

O Presidente da República Federal Islâmica das Comores Senhor SAID MOHAMED DJOHAR

O Presidente da República do Congo Senhor Pascal LISSOUBA

Pelo Presidente da República da Costa do Marfim Senhor Alassane Dramane OUATTARA, Primeiro Ministro

Pelo Presidente da República do Gabão Senhor Casimir Oyé MBA, Primeiro Ministro

O Presidente da República da Guiné-Equatorial General Téodoro, OBIANG NGUEMA MBASOGO

O Presidente da República do Mali Senhor Alpha Oumar KONARE

O Presidente da República do Níger Senhor Mahamane OUSMANE

Pelo Presidente da República do Senegal Senhor Moustapha NIASSE, Ministro de Estado, dos Negócios Estrangeiros e Senegaleses do Exterior

O Presidente da República do Chade Coronel Idriss DEBY

O Presidente da República do Togo Senhor Gnassingbé EYADEMA