

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

DEPARTAMENTO DE ECONOMIA

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ECONOMIA - PIMES

Mestrado Profissionalizante em Comércio Exterior e Relações Internacionais

**SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO COMÉRCIO
INTERNACIONAL POR MEIO DA LEI BRASILEIRA DE
ARBITRAGEM**

RONEY JOSÉ LEMOS RODRIGUES DE SOUZA

Recife, 2006.

Souza, Roney José Lemos Rodrigues de
Solução de controvérsias no comércio internacional
por meio da Lei Brasileira de Arbitragem / Roney José
Lemos Rodrigues de Souza. – Recife : O Autor, 2006.
165 folhas : tabelas.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal de
Pernambuco. CCSA. Economia, 2006.

Inclui bibliografia e anexos.

1. Comércio internacional. 2. Direito comercial
internacional. 3. Arbitragem comercial. I. Título.

382

CDU (1997)

UFPE

382

CDD (22.ed.)

CSA2006-027

UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO

CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

DEPARTAMENTO DE ECONOMIA

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ECONOMIA - PIMES

Mestrado Profissionalizante em Comércio Exterior e Relações Internacionais

SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NO COMÉRCIO INTERNACIONAL POR MEIO DA LEI BRASILEIRA DE ARBITRAGEM

RONEY JOSÉ LEMOS RODRIGUES DE SOUZA

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Economia da Universidade Federal de Pernambuco como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Economia.

Recife, 2006.

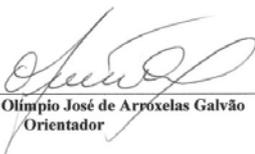
UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
DEPARTAMENTO DE ECONOMIA
PIMES/PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ECONOMIA

PARECER DA COMISSÃO EXAMINADORA DE DEFESA DE DISSERTAÇÃO DO
MESTRADO PROFISSIONAL EM ECONOMIA DE

RONY JOSÉ LEMOS RODRIGUES DE SOUZA

A Comissão Examinadora composta pelos professores abaixo, sob a presidência do
primeiro, considera o Candidato Roney José Lemos Rodrigues de Souza **APROVADO**.

Recife, 21/08/2006.



Prof. Dr. Olímpio José de Arroxelas Galvão
Orientador



Prof. Dr. Álvaro Barrantes Hidalgo
Examinador Interno



Prof. Dr. Bruno César Machado Torres Galindo
Examinador Externo/UFPE

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, pelo milagre da vida.

À Karina, minha esposa, companheira fiel de todas as horas.

Aos meus pais, Almir e Leide, exemplos de dignidade e perseverança.

Ao Professor Olímpio Galvão pela sua orientação, pela confiança no meu trabalho e nos meus esforços.

Aos Professores Álvaro Hidalgo e Écio Costa, pela iniciativa da realização do curso.

Aos amigos da ASCES – Associação Caruaruense de Ensino Superior e da FIR – Faculdade Integrada do Recife.

A todos os que me incentivaram e contribuíram de alguma forma nesse trabalho.

RESUMO

Com o advento da globalização, as relações contratuais privadas aumentaram consideravelmente no final do século XX, tornando necessária uma análise conjunta dos aspectos jurídicos e econômicos que lhe são inerentes. Concomitantemente, as controvérsias decorrentes de tais relações foram igualmente acentuadas, exigindo soluções céleres e seguras, consentâneas com o dinamismo do comércio internacional. Procurou-se demonstrar que o uso da arbitragem como mecanismo de resolução daí advindos revela-se extremamente adequado. De fato, os métodos alternativos de resolução de conflitos são um novo campo de procedimentos, que estão substituindo as formas tradicionais de resolver os problemas relacionados aos conflitos de direitos, sobretudo no âmbito do comércio internacional. Nesse sentido, a Lei Brasileira de Arbitragem atende as necessidades daqueles que vierem a propugnar pelos seus direitos, seja pela flexibilidade do procedimento, seja pela transparência do julgamento.

Palavras-chave: Comércio internacional – Direito dos contratos – Solução de controvérsias – Arbitragem.

ABSTRACT

The arrival of globalization to the world economic scenery brought along a relevant increase of private contractual relations, at the end of XX Century, which determined the need of joint analysis of legal and economical aspects related to the matter. At the same time, the resulting controversies have been equally increased, demanding for quick and safe decisions, adjusted to the dynamism of international commerce. This present thesis intended to demonstrate that the use of international private arbitration seems to be an extremely adequate mechanism to work out conflict solutions. Indeed, the use of alternative methods to find out conflict solving has proved to represent a new field of procedures, which have been substituting the traditional ways of solving legal conflicts, especially those ones related to the international commerce. In this sense, the Brazilian Law of Arbitration appears to be adequate to fulfil the needs of those who fight for their rights, wanting flexibility of procedures and transparency of judgement.

Key words: International commerce – Law of contracts – Resulting controversies – Arbitration.

LISTA DE TABELAS

Tabela 3.1. Opinião dos empresários quanto ao desempenho do Judiciário brasileiro.....	87
Tabela 3.2. Frequência com que diferentes partes privadas recorrem à Justiça para postergar o cumprimento de obrigações, por área do direito.....	88
Tabela 3.3. Litigiosidade – Congestionamento.....	90

SUMÁRIO

Introdução.....	10
1. O direito na economia globalizada.....	11
1.1. Relação entre direito e economia: uma análise econômica do direito.....	11
1.2. Reflexos jurídicos da globalização econômica.....	23
2. Contratos do comércio internacional.....	34
2.1. Caracterização dos contratos: função econômica e disciplina jurídica.....	34
2.2. Autonomia da vontade e liberdade contratual.....	50
2.3. Teoria dos contratos incompletos.....	60
2.4. Legislação aplicável aos contratos de comércio internacional.....	65
2.5. Competência para o julgamento dos litígios decorrentes dos contratos de comércio internacional.....	78
3. Solução dos conflitos comerciais internacionais por meio da arbitragem brasileira.....	83
3.1. Formas usuais de solução de conflitos no mundo contemporâneo.....	83
3.2. O Poder Judiciário e a crise do sistema processual.....	85
3.3. A lei brasileira de arbitragem.....	91
3.3.1. Requisitos de admissibilidade do juízo arbitral.....	91
3.3.1.1. Capacidade das partes.....	91
3.3.1.2. Disponibilidade do direito.....	92
3.3.2. Escolha da lei aplicável à arbitragem.....	93
3.3.3. Convenção de arbitragem: cláusula compromissória e compromisso arbitral.....	95
3.3.4 O árbitro.....	100

3.3.5. Procedimento arbitral.....	104
3.3.6. Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil.....	117
Conclusões.	127
Referências.....	129
Anexos.....	136

INTRODUÇÃO

O presente trabalho foi desenvolvido de forma a demonstrar a importância do estudo simultâneo dos fenômenos jurídico e econômico, buscando minimizar os efeitos do problema da insegurança jurídica, que preocupa os profissionais de ambas as áreas, sobretudo nesses tempos de globalização.

A escolha do tema solução de controvérsias no comércio internacional por meio da lei brasileira de arbitragem decorre da identificação das múltiplas dificuldades que o Poder Judiciário enfrenta, das quais é possível destacar as seguintes: a perda da confiança da opinião pública; a obsolescência e lentidão dos procedimentos legais; escassez de recursos financeiros; crescente litigiosidade nas relações sociais; procedimentos escritos burocráticos e embaraçados, e como resultante, uma progressiva congestão dos trâmites judiciais que, nas atuais condições, para serem colocados totalmente em dia, ocasionariam a suspensão, por vários anos, do processamento de novas ações judiciais.

O texto, portanto, foi estruturado em três partes. No primeiro capítulo, foi feita uma análise econômica do direito, apresentando os reflexos da globalização econômica no âmbito jurídico. No capítulo seguinte, discute-se a formalização dos negócios internacionais, mediante a celebração de contratos, traçando a sua caracterização. O terceiro e último capítulo versa sobre as questões da arbitragem, partindo-se primeiramente da demonstração da difícil situação do Poder Judiciário e das dificuldades suportadas pelas partes que dele necessitam para solução de conflitos. Finalmente, são enfatizados os aspectos relacionados à arbitragem, nas esferas legal e prática, sob a ótica da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996.

CAPÍTULO I

O DIREITO NA ECONOMIA GLOBALIZADA

1.1. RELAÇÃO ENTRE DIREITO E ECONOMIA: UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

O estudo das relações entre o direito e a economia não é recente. No final do século XVIII, Adam Smith e Jeremy Betham, o primeiro ao estudar os efeitos econômicos decorrentes da formulação das normas jurídicas, o outro ao associar legislação e utilitarismo, demonstravam a importância da análise interdisciplinar ou multidisciplinar de fatos sociais. Embora haja estudos anteriores, é a partir dos anos 60 do século passado que se inicia o desenvolvimento do movimento direito e economia ou *law and economics*, que vem se fortalecendo cada vez mais entre os profissionais do direito e da economia.

Contudo, a importância dos diálogos entre direito e economia ainda está longe de ser unanimidade.

Segundo Rachel Sztajn (2005, p. 74), os estudos de direito e economia ganharam forte impulso com a publicação de *The Problem of Social Cost*, de Ronaldo H. Coase, passa por Richard Posner, com *Economic Analysis of Law*, ambos professores da Universidade de Chicago, por *The Cost of Accidents* de Guido Calabresi, de Yale. Além deles, Henry Manne, George Stigler, Armen Alchian, Steven Medema, Oliver Williamson, entre outros, aprofundaram o diálogo.

Destaque-se que entre os economistas, Ronald Coase, em sua análise, despertou a comunidade científica para duas propostas teóricas de inegável relevância prática: a propriedade sobre recursos escassos deveria ser sempre

alocada, nas situações em que a negociação é muito dispendiosa, de acordo com a solução ótima preconizada pelo mercado; e o ordenamento jurídico contratual deveria estruturar-se de maneira a minimizar os custos de transação¹, prestigiando mecanismos simples, acessíveis, flexíveis e baratos de negociação privada.

Torna-se relevante, pois, a análise do direito, mediante o uso de métodos da economia para revelar contradições no sistema normativo, especialmente em relação a temas afetos a contratos, responsabilidade civil, propriedade e operações em mercados, abrangendo também questões relacionadas aos demais ramos do direito, tais como trabalhista, tributário, econômico, internacional, constitucional, administrativo, processual e até mesmo o penal, tendo, assim, uma atuação interdisciplinar.

O movimento direito e economia ou *law and economics* tem como ponto de partida conceitual a percepção de que todo indivíduo visa maximizar sua satisfação e seu interesse próprio. Isso porque à medida que o indivíduo obtém o maior bem, a sociedade é aquinhoadada com mais riqueza (GODOY, 2005, p. 61).

Certo é que tanto o direito quanto a economia exercem papel primordial na formação de instituições e organizações. Portanto, o direito e a economia, ao diminuírem suas diferenças, tornam-se essenciais um para o outro.

Nesse diapasão, é inegável que o crescimento econômico se pauta em instituições fortes de direito. O respeito às normas jurídicas que disciplinam os contratos, a propriedade, a livre concorrência e os direitos do credor, além de um sistema de solução de controvérsias eficaz e confiável, constituem elementos fundamentais para assegurar um desempenho econômico satisfatório, sobretudo

¹ Custos incorridos pelos agentes econômicos na procura, na aquisição de informação e na negociação com outros agentes com vistas à realização de uma transação, assim como na tomada de decisão acerca da concretização ou não da transação e no monitoramento e na exigência do cumprimento, pela outra parte, do que foi negociado.

nos países em desenvolvimento, que devem estar vinculados à segurança jurídica e à estabilidade econômica.

Saliente-se que a criação de riquezas, nas Economias modernas, depende, substancialmente, das trocas em mercados, exigindo-se ambiente legal apto a aumentar a capacidade das partes no que diz respeito à definição dos termos da troca que garantam a produção e a certeza quanto ao cumprimento dos acordos.

Conforme Pêrsio Arida (2005, p. 60), exploram-se quatro canais através dos quais a segurança jurídica contribui para estimular o crescimento: a redução dos custos de transação; o menor risco do investimento, em especial daquele em ativos específicos; a estabilidade das “regras do jogo” e, em particular, das políticas públicas; e a maior competitividade das exportações, através da redução dos custos de transação, da maior especialização e do uso de ativos mais orientados para o mercado externo.

Com efeito, o princípio da segurança jurídica é um dos mais importantes pilares sobre os quais se assenta o Estado de Direito. Ele tem como objetivo facilitar as interações humanas reduzindo a incerteza que as cerca, tanto em relação às interações já consumadas quanto aos efeitos jurídicos futuros das condutas e relações que são decididas no presente. Esse princípio se inspira, portanto, na confiança que deve ter o indivíduo de que os seus atos, quando amparados na norma vigente, produzirão os efeitos jurídicos nela previstos.

Fala-se, pois, na necessidade de dotar o Estado de instituições estáveis, pois a instabilidade decorrente, por exemplo, de alterações constantes e de modo discricionário das normas jurídicas ou a mera desobediência da lei por parte do próprio Estado ou de certos grupos que agem com vistas a promover a desordem institucional, estabelece um ambiente incompatível com a atuação dos agentes

econômicos, que sempre observam o nível de risco envolvido nas respectivas áreas de atuação.

Nesse contexto, é possível afirmar que a segurança jurídica é conjunto de condições que tornem possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida (SILVA, 2001, p, 435).

No direito, a segurança jurídica é assegurada por um amplo conjunto de princípios, entre os quais se destacam a irretroatividade da lei, o ato jurídico perfeito, o respeito aos direitos adquiridos e a coisa julgada.

Oportuno mencionar o entendimento de Ferraz Júnior (1991, p. 228) quando afirma que a doutrina da irretroatividade da lei serve ao valor da segurança jurídica: o que sucedeu já sucedeu e não deve, a todo o momento, ser juridicamente questionável sob pena de se instaurarem intermináveis conflitos. Essa doutrina, portanto, cumpre a função de possibilitar a solução de conflitos com o mínimo de perturbação social. Seu fundamento é ideológico e se reporta à concepção liberal do Direito e do Estado.

Vale dizer que a irretroatividade da lei decorre do princípio de que as leis são feitas para vigorar e decidir o futuro. Isto é: são feitas para reger situações que se apresentem a partir do momento em que entram em vigor. Só podem surtir efeitos retroativos quando elas próprias o estabeleçam (vedado em matéria penal, salvo a retroatividade benéfica ao réu), resguardados os direitos adquiridos e as situações consumadas, evidentemente, sob a vigência da lei anterior.

Posta a questão da irretroatividade da lei, convém distinguir entre a incidência de normas de competência e normas de conduta, com vistas a melhor explicitar a questão do direito adquirido e do ato jurídico. Normas de competência conferem

poder para estabelecer outras normas, qualificam certos atos sob certas condições como capazes de produzir certos efeitos. Já as normas de conduta estabelecem linhas de ação, às quais imputam conseqüências. Dessa forma, a incidência de uma norma de competência significa a aquisição do poder que ela confere, diante do atendimento ao pressuposto correspondente (por exemplo, tornar-se capaz para prática de atos da vida civil em sua plenitude, como casar, firmar contratos, ser empresário). Por sua vez, a incidência da norma de conduta significa a consumação de um ato por ela previsto ao que se imputa a conseqüência (por exemplo, vender uma propriedade).

Sob essa perspectiva, constata-se que o princípio do direito adquirido não protege o sujeito contra os efeitos retroativos de uma lei no que diz respeito à incidência de novas normas de conduta. Assim, protegida a aquisição do status de proprietário (incidência perfeita da norma de competência) nada obstará que o exercício de certos atos correspondentes ao direito adquirido (por exemplo, alugar o imóvel objeto do direito adquirido de propriedade) venha a ser atingido por lei posterior que proíba, por exemplo, o despejo do locatário para a subsequente locação por preço maior. Para isso existe o princípio do ato jurídico perfeito, isto é, o preceito segundo o qual o ato exercitado e consumado sob a norma de conduta da lei antiga não pode ser atingido pela lei posterior.

Note-se que são situações distintas reguladas por normas distintas: adquirir um direito significa tornar-se seu titular. Para isso foi preciso que se obedecessem às normas de conduta (que regulam a compra e venda, por exemplo), a partir do que a situação de proprietário está configurada (conforme normas de competência). Portanto, o princípio do direito adquirido protege a situação de titular já adquirida, ao passo que o princípio do ato jurídico perfeito protege o titular que exerceu o seu

direito conforme normas de conduta (por exemplo, a locação já consumada em um contrato perfeito e acabado). Em outras palavras, a situação de ser titular de um direito é regulada por normas de competência. A situação de exercer as faculdades correspondentes ao direito depende de normas de conduta. Para se vender um imóvel é preciso ser titular do direito de propriedade (normas de competência), mas para realizar a venda é preciso conformar-se às normas de conduta que disciplinam o ato de vender. Uma lei nova pode alterar as normas de competência que regulam a situação de ser titular, mas isto não atinge o ato de vender, se já foi a propriedade adquirida na vigência da lei antiga. Ou seja, uma lei nova pode alterar as normas de conduta que regulam o ato de vender, mas não o atingem se o ato já foi consumado, sendo ato jurídico perfeito.

Em sendo assim, tratando-se de contrato legitimamente celebrado, as partes têm o direito de vê-lo cumprido, nos termos da lei contemporânea ao seu nascimento, a regular, inclusive, os seus efeitos. Os efeitos do contrato ficam condicionados à lei vigente no momento em que foi firmado pelas partes. Aí, não há que invocar o efeito imediato da lei nova. Vê-se, portanto, que uma lei nova não pode estender-se, com a finalidade de regê-los, aos efeitos futuros de contratos anteriormente pactuados, pois, se tal situação se revelasse possível, o Estado passaria a dispor de um temível poder de intervenção na esfera das relações contratuais privadas em curso de execução, afetando, em seus aspectos essenciais, a própria causa geradora daquelas conseqüências jurídicas.

Apreciando um dos aspectos dessa complexa temática, no campo referente aos contratos e o direito superveniente, assim pronunciou-se o Supremo Tribunal Federal, órgão máximo do Poder Judiciário brasileiro, a quem compete, precipuamente, a guarda da Constituição Federal:

Os contratos submetem-se, quanto ao seu estatuto de regência, ao ordenamento normativo vigente à época de sua celebração. Mesmo os *efeitos futuros* oriundos de contratos *anteriormente* celebrados *não se expõem* ao domínio normativo de leis supervenientes. As conseqüências jurídicas que emergem de um ajuste negocial válido são regidas pela legislação em vigor no momento de sua pactuação. Os contratos – que se qualificam como atos jurídicos perfeitos – acham-se *protegidos*, em sua integralidade, *inclusive quanto aos efeitos futuros*, pela norma de salvaguarda constante do art. 5º., XXXVI, da Constituição da República. A incidência *imediate* da lei nova sobre os *efeitos futuros* de um contrato *preexistente*, precisamente por afetar a própria causa geradora do ajuste negocial, reveste-se de caráter retroativo (*retroatividade injusta de grau mínimo*), achando-se *desautorizada* pela cláusula constitucional que *tutela* a intangibilidade das situações jurídicas definitivamente consolidadas (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* nº 209.519. Relator Ministro Celso de Mello. Turma 01. Publicado no Diário de Justiça em 29-08-1997, PP-40244, Ementário Vol-01880-11, PP-02353, UF-SC).

Em sendo assim, a diferença entre direito adquirido e ato jurídico perfeito está em que aquele emana diretamente da lei em favor de um titular, enquanto o segundo decorre do negócio jurídico celebrado pelas partes com amparo na lei vigente.

Pode acontecer, entretanto, que a situação de ser proprietário ou o ato de realizar a venda ou a locação sejam controvertidos. Leva-se o conflito à Justiça, que decide sobre ele. Esta decisão torna as relações inatacáveis, constituindo pronunciamento final e definitivo sobre a questão, não cabendo, pois, mais nenhum recurso. A sentença substitui, como título concreto, os poderes e as vinculações realizadas, mas, até então, controvertidas. Diz-se, pois, que a sentença faz coisa julgada. O princípio da coisa julgada protege a relação controvertida e decidida contra a incidência da lei nova. Alterando-se por esta quer as condições de ser titular, quer de exercer os atos correspondentes, o que foi fixado perante o tribunal não pode ser mais atingido retroativamente.

Necessário destacar que os princípios em comento encontram previsão na legislação brasileira, especialmente na Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro –

Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, no artigo 6º. e seus respectivos parágrafos 1º, 2º. e 3º.².

Cabe lembrar, ainda, que, no Brasil, o ato jurídico perfeito, o respeito aos direitos adquiridos e a coisa julgada constituem direito individual assegurado pela Constituição Federal de 1988, precisamente no artigo 5º, inciso XXXVI, segundo o qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, cabendo salientar, outrossim, que ditos princípios não podem ser objeto de emenda constitucional tendente a abolí-los, nos termos do artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV, também do texto constitucional.

Indiscutível, pois, a relevância desse conjunto de princípios direcionados à segurança jurídica, que busca diminuir as incertezas das relações jurídicas, com base em dois outros elementos fundamentais. De um lado, o princípio da ficção do conhecimento obrigatório da lei, que significa que cabe às pessoas conhecer a norma, identificar o que é obrigatório, proibido e permitido, e, com base nesse conhecimento, definir seu comportamento e estruturar suas relações. De outro, que as relações jurídicas baseadas na norma devem ser protegidas pelo Poder Público, ou seja, a expectativa de que, atendo-se à legislação, o indivíduo contará com o apoio do Estado para proteger suas relações jurídicas e dele não sofrerá sanção, prevalecendo o princípio da legalidade, de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.³

² Artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

§ 1º. Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou.

§ 2º. Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixado, ou condição preestabelecida inalterável, a arbítrio de outrem.

§ 3º. Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba mais recurso.

³ Constituição Federal de 1988, Artigo 5º, inciso II.

No âmbito econômico percebe-se o interesse especial do investidor, por exemplo, na segurança jurídica, dada a necessidade de programar, em bases razoáveis de previsibilidade, suas expectativas em relação às implicações futuras de sua atuação jurídica. Com efeito, deve a norma dar ao indivíduo a possibilidade de calcular as conseqüências de suas ações. Isso requer, entre outras coisas, que a norma seja trazida a público clara e tempestivamente.

Há, portanto, duas dimensões subjacentes à segurança jurídica, a saber:

- i) A relativa à estabilidade ou eficácia *ex-post* da norma, salvo diante de fatos especialmente relevantes.
- ii) A atinente à previsibilidade ou eficácia *ex-ante* da norma, que se traduz, fundamentalmente, na exigência de que os indivíduos possam ter certeza e calculabilidade em relação aos efeitos jurídicos dos seus atos, das relações em que se envolvam, e dos atos a que estão submetidos.

A segurança jurídica se traduz, pois, por uma norma jurídica estável, certa, previsível e calculável, não apenas no que tange às relações jurídicas entre particulares, mas, principalmente, naquelas de que participa o Estado.

No Estado de direito, porém, a segurança jurídica não decorre apenas da estabilidade, certeza, previsibilidade e calculabilidade do ordenamento jurídico positivo, mas também do respeito a esses preceitos gerais na sua interpretação e aplicação pelo Judiciário.

Uma forma de abordar de forma sistemática a questão dos efeitos da segurança jurídica sobre o crescimento econômico consiste em analisar como ela afeta a expansão da capacidade de produção. Para isso, é necessário ter-se em conta que só há duas maneiras de se promover essa expansão: aumentando a

quantidade de insumos utilizada ou elevando a produtividade com que estes são empregados. O crescimento desse segundo componente, a produtividade total dos fatores, pode, por sua vez, resultar tanto do progresso tecnológico como do aumento da eficiência com que a tecnologia disponível é utilizada.

A análise econômica deve, então, considerar o ambiente normativo no qual os agentes atuam, para não correr o risco de chegar a conclusões equivocadas ou imprecisas, por desconsiderar a imposição da norma ao comportamento dos agentes econômicos.

Diante desse contexto é que sobressai a importância de recorrer a alguma espécie de avaliação ou análise econômica tanto na formulação quanto na aplicação de normas jurídicas visando a torná-las mais eficientes sob o ponto de vista econômico ⁴.

A formação da norma pressupõe uma condensação e uma exteriorização de valores políticos, econômicos, sociais, culturais, ambientais e até mesmo religiosos, que o legislador capta em uma dada realidade, em um certo momento, transformando-os em conteúdo da regra jurídica que elabora. É claro que ao elaborar uma norma, ao exteriorizar o seu conteúdo e ao promulgar um instrumento normativo, o legislador cede a certos grupos de pressão, que buscam incutir-lhes idéias, valores e conceitos que atendam ao mais variados interesses. Mas, posto o Direito, sancionado o instrumento normativo condensador daqueles valores, no momento de aplicar a norma, o intérprete irá percorrer o caminho inverso ao do legislador, cabendo, nesta fase, a identificação daqueles valores componentes da norma, para, então, dar-lhes aplicabilidade.

⁴ Eficiência significa a aptidão para obter o máximo ou o melhor resultado ou rendimento, com a menor perda ou o menor dispêndio de esforços; associa-se à noção de rendimento, de produtividade, de adequação à função.

O direito, pois, ao estabelecer regras de conduta que modelam as relações entre pessoas, deverá considerar os impactos econômicos que delas derivarão, os efeitos sobre a distribuição ou alocação de recursos e os incentivos que influenciam o comportamento dos agentes econômicos privados, com o fito de estimular a decisão de investir na produção de bens ou serviços para ofertá-los em mercados.

Todavia, isso não significa que os agentes econômicos devem atuar no mercado sem nenhum tipo de limite. Por maior que seja a pressão de tais agentes, dotados da força do capital, normas de ordem pública, cogentes, devem ser editadas sempre que o interesse público exigir, notadamente em razão do dano potencial que certas práticas podem causar à comunidade, tal como ocorreu, no Brasil, com o Código de Defesa do Consumidor.

É inegável, portanto, que a relação entre direito e economia provoca uma dicotomia entre justiça e eficiência, traduzida na tentativa de equilibrar os valores da livre iniciativa e livre mercado. Por isso, a análise dos mercados deve considerar duas vertentes: a liberal, em que a livre iniciativa e livre concorrência são vistas como favorecedoras das eficiências alocativa e produtiva, e a social, que impõe os limites mínimos necessários à preservação dos interesses dos consumidores, trabalhadores e meio ambiente.

Aliás, afirma Fábio Nusdeo (2005, p. 32) que:

A pressão dos fatos econômicos e dos interesses a eles ligados tenderá a moldar a legislação ou a forma de sua aplicação a fim de torná-la conveniente a tais interesses, o que não implica, necessariamente, a ilegitimidade dos mesmos. Daí uma velha expressão ou brocardo jurídico latino *ex facto ureter jus*: o direito fala - manifesta-se - pelos fatos; vale dizer, da realidade, não apenas na sua elaboração, mas também na sua aplicação.

Ante o acima exposto, revela-se indisputável que os fatos econômicos dependem diretamente das instituições jurídicas, ou seja, dos conjuntos de normas que os regem e vice-versa. Veja-se, por exemplo, o valor de dois terrenos idênticos,

com a mesma metragem e iguais características, inclusive distância do centro: um, localizado na Zona 1 do zoneamento urbano, não pode ser aproveitado em mais de 50% de sua área; o outro, situado na Zona 6 ou 8, onde se permite um aproveitamento de até várias vezes a sua área, além de praticamente não conter restrições ao tipo de uso, como, por exemplo, lojas, escritórios ou estacionamentos. Não existirá dúvida quanto ao segundo terreno ter o seu valor econômico muitas vezes superior ao do primeiro. Não há dúvida, igualmente, quanto a uma alteração do zoneamento - conjunto de normas jurídicas reguladoras do uso do solo urbano - provocar uma correspondente modificação do valor de ambos os terrenos e, também, possivelmente, na cotação das ações de companhias que se dediquem à sua exploração, como as loteadoras, construtoras, locadoras, prestadoras de serviços e outras que tais.

Conclui-se, pois, que direito e economia devem ser vistos não tanto como duas disciplinas apenas relacionadas, mas como uma espécie de verso e reverso da mesma moeda, sendo difícil dizer-se até que ponto o direito determina a economia, ou, pelo contrário, esta influi sobre aquele. Existe, isso sim, uma intrincada dinâmica de interação recíproca entre ambos, cristalizado-se na existência de uma relação de mútua determinação. As forças econômicas assumem uma importância significativa em sociedades organizadas sob o modelo capitalista de produção, influência que encaminha modificações freqüentes na ordem jurídica estabelecida, desde que estas não mais respaldem o desenvolvimento daquelas. No entanto, uma vez constituída nova ordem, tem ela presença ativa, orientadora e, muitas vezes, até inovadora, capaz de dirigir a evolução social, acelerar transformações e provocar reformas. Não mais se pode pensar num direito pairando sobre a sociedade, trôpego, ou ao sabor

dos fatos, mas num direito que tenha presença, que esteja inserido e seja constituído do modo de produção social (BRITO, 2002, p. 32).

1.2. REFLEXOS JURÍDICOS DA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA

Historicamente a convivência evidencia uma tendência própria da natureza humana, voltada à promoção de relações e intercâmbios, tanto no âmbito social como comercial. Não é, enfim, característica do homem manter-se isolado de seus semelhantes.

Nas últimas décadas, as transformações ocorridas na natureza das articulações internacionais em vários níveis, moveram o mundo em direção a economia mundial cada vez mais sem fronteiras, tornando as economias nacionais altamente interdependentes (GALVÃO e VERGOLINO, 2004, p. 26).

Constata-se que, no mundo atual, nenhum país consegue obter um nível satisfatório de desenvolvimento se permanecer em total isolamento. Em vista deste e de outros fatores, assiste-se, nos últimos anos um aumento substancial das exportações e importações, com uma queda gradual de barreiras e de liberalização geral do comércio exterior, não apenas no campo estritamente mercantil, mas igualmente no movimento de recursos financeiros, transferências de tecnologia e investimento externo direto. À medida que esta tendência se generaliza e passa a abarcar um grande número de nações, ela recebe a denominação globalização, para significar os critérios de eficiência na produção, na comercialização e nos investimentos.

A expressão globalização tem sido amplamente utilizada para expressar, traduzir e descrever um vasto e complexo conjunto de processos interligados, com repercussões econômicas, jurídicas, sociais, culturais, políticas e ambientais.

No contexto econômico, a globalização apresenta três principais aspectos, a saber:

- i) a internacionalização das trocas econômicas de mercadorias, em outras palavras, a internacionalização do comércio;
- ii) a globalização de empresas, no sentido de se tornarem “empresas globais” com atuação no mundo inteiro, em virtude de fusões e aquisições; e
- iii) a globalização dos fluxos de capitais por meio do sistema financeiro internacional.

Constata-se, pois, que as atividades econômicas atravessaram as fronteiras dos mercados nacionais e redesenharam seus espaços. Nos dias atuais, pode-se comprar uma determinada matéria-prima em um certo país, fabricar o produto em outro e comercializar em outro país completamente diferente, por meio de um simples computador conectado à internet (SILVA, 2003, p. 436).

Referidos aspectos econômicos projetam seus efeitos sobre o direito, razão pela qual é possível afirmar que a globalização é um fenômeno que tem economistas e juristas como alguns dos seus principais atores, na medida em que é um processo caracterizado pela integração econômica internacional, cada vez mais regulamentado e dependente de contratos.

Assim, do ponto de vista jurídico, percebe-se que diante do policentrismo que hoje caracteriza a economia globalizada, o direito positivo e suas instituições perderam uma parte significativa de sua autonomia. Como foram concebidos para

atuar dentro de limites territoriais precisos, com base nos instrumentos monopolizados pelo Estado, seu alcance ou seu universo tende a diminuir na mesma proporção em que as barreiras geográficas vão sendo superadas pela expansão da microeletrônica, da informática, das telecomunicações e dos transportes. E quanto maior é a velocidade desse processo, mais os tribunais passam a ser atravessados pelas justiças emergentes, quer nos espaços infra-estatais quer nos espaços supra-estatais. Os espaços infra-estatais estão sendo polarizados por formas "inoficiais" ou não-oficiais de resolução dos conflitos - como usos, costumes, diferentes estratégias de mediação, negociação e conciliação, auto-composição de interesses e auto-resolução de divergências, arbitragens privadas. Já dos espaços supra-estatais têm sido polarizados pelos mais diversos organismos multilaterais (Banco Mundial, Fundo Monetário Internacional, Organização Mundial do Comércio), por conglomerados empresariais, por instituições financeiras, por entidades não-governamentais e por movimentos representativos de uma sociedade civil supranacional (FARIA, 2003).

As recentes transformações ocorridas na legislação brasileira identificam essa realidade. Em todas as áreas do direito fica muito claro o impacto da globalização em questões de Estado, Nação e Soberania, com reflexos intensos na vida cotidiana.

Considerando-se o propósito delineado no presente trabalho, interessa-nos, sobretudo, os efeitos da globalização econômica sobre apenas alguns ramos do direito, quais sejam: constitucional, civil, empresarial e processual civil.

No tocante ao direito constitucional, impende ressaltar que a Constituição Federal de 1988, Lei Maior que rege o Estado Brasileiro, foi concebida originalmente para satisfazer os anseios do momento, sintetizando a luta contra o autoritarismo

que chegava ao fim. Fechou-se um ciclo da história política do país. As questões políticas, portanto, chamavam a atenção da população. Naquele período os problemas econômicos eram tratados no ambiente midiático sob o prisma do combate à inflação.

Em muitas das emendas constitucionais até então aprovadas, de um total de cinquenta e duas, é possível identificar a influência do processo de globalização em diversas situações. Senão vejamos:

A emenda constitucional número 5, de 10 de outubro de 1995 suprimiu o monopólio estatal na distribuição do gás. No mesmo dia, a emenda constitucional de número 6 suprimiu benefícios para as empresas de capital nacional e a reserva de mercado no subsolo. E também no mesmo dia, a emenda constitucional de número 7 suprimiu reserva de mercado na navegação interna. E ainda também no mesmo dia, a emenda constitucional de número 8 suprimiu o monopólio estatal nas telecomunicações. Em 9 de novembro de 1995, a emenda constitucional de número 9 flexibilizou o monopólio estatal na produção de petróleo. A emenda constitucional de número 16, de 4 de junho de 1997, permitiu a reeleição do presidente da república, propiciando a continuidade, naquele instante, das reformas neoliberais. A emenda constitucional de número 19, de 4 de junho de 1998, alterou a estrutura e a filosofia da administração pública, para permitir o surgimento de uma administração gerencial, mais eficiente, flexível e preocupada com resultados, objetivando, dentre outras coisas, a possibilidade de demissão de servidores por mau desempenho ou se a folha de pagamentos superar 60 % da receita. A emenda constitucional de número 20, de 15 de dezembro de 1998 deu início à reforma da previdência social, introduzindo modificações como a instituição de um regime contributivo para a previdência dos servidores públicos, a exigência de idade mínima para

aposentadoria destes servidores e a substituição do critério do tempo de serviço pelo tempo de contribuição, para fins de aposentadoria em geral. Em 21 de março de 2000, a emenda constitucional número 27 possibilitou a desvinculação das receitas da União. Em 29 de maio de 2003 a emenda constitucional de número 40 revogou a limitação das taxas de juros reais a 12 % ao ano (GODOY, 2004, p. 98).

Trata-se de verdadeiro realinhamento constitucional, diante do novo panorama global, refletindo a preocupação do legislador com a eficiência e o lucro, indicando, outrossim, a paulatina concepção de um Estado mínimo, que passa a figurar, na maioria das vezes, como mero agente normativo e regulamentador, a quem cabe fiscalização, incentivo e planejamento, ficando a cargo das instituições privadas o desenvolvimento de atividades econômicas que antes eram exclusivamente públicas.

Já o direito civil brasileiro na era da globalização enfrenta uma série de problemas inteiramente novos que exige soluções adequadas, especialmente no âmbito dos contratos.

O desafio é ainda maior se consideramos que este ramo do direito sempre foi pensado como a expressão dos valores do homem comum, ou, para muitos, do grupo dominante de determinada sociedade em determinado espaço social, em suma, do direito interno (LÔBO, 1999).

O código civil de 2002 – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, cujo projeto iniciou a sua tramitação no ano de 1975, a despeito de vários avanços no tocante às associações, novas espécies contratuais, previsão de questões relacionadas às sociedades nacionais e estrangeiras, ainda não conseguiu contemplar essas questões novas, que avançam com incrível velocidade no quadro amplo das trocas

internacionais e do processo de globalização, com a proliferação do uso de tecnologias e o maior contato entre as culturas.

Esclareça-se que um código reúne em um só texto disposições relativas a uma ordem de interesse, podendo abranger a quase totalidade de um ramo, ou alcançar apenas uma parcela menor da ordem jurídica.

O código pretende, assim, representar um sistema homogêneo, unitário, racional, que aspira a ser uma construção lógica completa, erigida sob o alicerce de princípios que se supõem aplicáveis a toda realidade que o direito deve disciplinar.

Em verdade, é muito difícil para uma legislação codificada acompanhar a rapidez que envolve o trato dessas matérias, cabendo ao legislador recorrer a instrumentos legais mais dinâmicos que os códigos – embora, às vezes, sejam denominados "códigos", em homenagem à tradição, a exemplo do código do consumidor – dotados de natureza multidisciplinar.

Em matéria de direito empresarial é possível dizer que foi grande o avanço dos últimos tempos, sendo igualmente marcante a influência da globalização econômica.

A empresa, compreendida como atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços, incorporou-se ao ordenamento jurídico brasileiro com o advento do Código Civil de 2002, profundamente influenciado, particularmente nesse ponto, pelo *codice civile* italiano, que desde 1942, já conta com tal previsão.

Empresários são, portanto, propulsores da atividade econômica. São os agentes que organizam a produção. A intermediação, origem do Direito comercial, não é mais importante em si; interessa a intermediação vinculada à produção em massa, a produção para mercados, a intermediação em mercados, com o que é formada uma teia de relações contratuais, negócios dos mais variados tipos.

Exercer atividade empresarial implica manter relações jurídicas que podem ser divididas entre aquelas intra e as interempresariais, matéria contratual genericamente encarada como contratos de empresa. Nesse plano é que interessa apreender como aplicar à teoria dos contratos técnicas de teoria da decisão a fim de procurar explicações para algumas relações negociais, particularmente aqueles negócios de execução continuada e/ou de execução diferida em que a flexibilidade e o estímulo à revisão das cláusulas negociais, para preservação das operações econômicas, são fundamentais e devem ser estimulada para permitir a preservação das operações. Está-se, por certo, no campo da atividade econômica, particularmente da atividade empresarial (SZTAJN, 2004, p. 16).

Ainda no âmbito do direito empresarial, cumpre salientar que a recente edição da Lei que regula a recuperação judicial e extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária – Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, de um lado prestigiou a função social da empresa com vistas a evitar o seu fechamento, desde que a manutenção seja economicamente viável, assegurando a preservação da atividade produtiva e, por conseguinte, os postos de trabalho; e, de mais a mais, conferiu maior proteção aos credores comuns⁵, notadamente os que detenham garantia real, ou seja, cujo empréstimo esteja vinculado a um bem do devedor, oferecido em garantia de hipoteca⁶ por exemplo, na medida em que o crédito trabalhista, agora, tem a sua prioridade de pagamento limitada a 150 salários mínimos, passando-se em seguida a satisfação de créditos de outra natureza.

Por sua vez, o direito processual civil, nos últimos anos, vem passando por uma série de reformas, todas sistematicamente encadeadas para um único e

⁵ Créditos que não tenham natureza trabalhista ou tributária.

⁶ Hipoteca é um direito real de garantia de natureza civil, que grava coisa imóvel ou bem que a lei entende hipotecável, pertencente ao devedor ou a terceiro, sem transmissão de posse ao credor, conferindo a este o direito de promover a sua venda judicial, pagando-se, preferencialmente, se inadimplente o devedor.

proclamado desiderato: simplificar e desburocratizar o procedimento das causas cíveis, de modo a tornar mais célere, menos onerosa e mais eficaz a tarefa jurisdicional.

Dentre as alterações, a mais significativa, assim considerada a que apresenta maior relevância, pelo menos no âmbito do presente trabalho, e interfere decisivamente no cotidiano dos integrantes do Poder Judiciário e das pessoas que dele necessitam, é aquela que alterou a forma de execução dos títulos executivos judiciais.

Sob o ponto de vista legislativo, tal medida foi implementada em 23 de dezembro de 2005, por meio da Lei nº. 11.232, que alterou diversos dispositivos do atual Código de Processo Civil brasileiro – Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Antes de aludir aos principais aspectos da referida Lei nº. 11.232 de 2005, convém explicitar que a execução consiste num pedido formulado pelo credor ao Estado, especificamente ao Poder Judiciário, para que concretize o cumprimento de uma prestação inadimplida pelo devedor, reconhecida em sentença judicial ou em outro instrumento que a lei atribua a condição de título executivo⁷, através de atos coercitivos que importem em expropriação do patrimônio ou na imposição específica da obrigação inadimplida.

Na execução, a tarefa do Estado é basicamente de coação contra o devedor inadimplente, e não de atribuir razão a uma das partes envolvidas em um processo, mediante a prolatação de uma sentença. Portanto, na execução, não mais se discute o “mérito” da controvérsia, pois o direito já foi declarado. Resta, agora, efetivá-lo com

⁷Código de Processo Civil, Artigo 475-N. São títulos executivos judiciais: I – a sentença proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia; II – a sentença penal condenatória transitada em julgado; III – a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo; IV – a sentença arbitral; V – o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente; VI – a sentença estrangeira, homologada pelo Superior Tribunal de Justiça; VII – o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal.

brevidade e segurança, evitando-se a morosidade e a ineficiência, que vêm sendo consideradas por muitos como sinônimos de Poder Judiciário.

A principal inovação trazida pela Lei nº. 11.232/05 foi a extinção do “processo” de execução de título judicial que passou a ser apenas uma “fase” da ação que deu ensejo ao surgimento do referido título.

Com o novo texto deixa-se de exigir do vencedor a instauração de uma nova ação após o julgamento final e definitivo da lide para fazer valer aquilo que já está reconhecido pela sentença.

Vale anotar, por importante, que a nova lei processual alterou sobremaneira os meios de defesa na execução, inclusive com a instituição de novas e mais severas exigências para que possam ser admitidos o que, se bem aplicados, poderá diminuir o tempo do processo e o intuito protelatório de alguns devedores que mesmo após serem condenados preferem continuar discutindo imunemente, o que com a entrada da nova Lei em vigor tornar-se-á mais difícil e oneroso sob o aspecto econômico.

A desburocratização do processo, nesse particular, estimula o cumprimento voluntário dos termos da sentença que impõe a observância de uma obrigação de pagar quantia certa em favor do credor, em vista da previsão da aplicação de multa contra o devedor, somando-se ao principal devido, colocando-o num verdadeiro dilema, qual seja, ou paga ou será onerado financeiramente.

Porém, não se observando o cumprimento voluntário da sentença que impõe a obrigação de pagar quantia certa, cabe ao Estado atuar de forma substitutiva, mediante a realização do ato de constrição legal dos bens do devedor, tecnicamente denominado penhora, visando a satisfação dos legítimos interesses do credor.

Saliente-se que quando a sentença impuser a observância de uma obrigação de fazer, de não fazer ou de dar, a satisfação do credor ocorrerá através do uso das medidas de apoio, destacando-se a imposição de multa diária, a imissão de posse, a busca e apreensão e a interdição de estabelecimentos (MONTENEGRO FILHO, 2006, P. 5).

Resta aguardar pela melhoria dos serviços administrativos do Poder Judiciário, cuja implantação se mostra urgente, no menor espaço de tempo possível, para atender o clamor de insatisfação generalizada na sociedade com a qualidade da tutela jurisdicional, pois é extrema de dúvida que a demora na solução das questões colocados sob a sua apreciação, além de uma série de conseqüências negativas, sobretudo para a parte cujo direito foi violado, provoca, no cenário econômico, um aumento indesejável dos custos de transação.

Mais do que as pequenas alterações formais, porém, o que impulsionou os encarregados da revisão legislativa e tem transparecido da lição daqueles que souberam entender o espírito da reforma, foi o propósito de convocar todos os que têm o dever de aplicar o Código para os princípios modernos que dão sentido maior à garantia fundamental do devido processo legal.

Essa garantia, consagrada pela grande maioria das Constituições democráticas contemporâneas, visa muito mais do que simplesmente dotar o país de uma lei formal para regular o relacionamento entre os cidadãos e o Poder Judiciário. O que se tem como assegurado é de fato a ampla e irrestrita tutela a todo e qualquer Direito subjetivo ou interesse jurídico relevante que venha a envolver-se em situação litigiosa. E, para que essa proteção jurisdicional se realize, a doutrina já definiu que os jurisdicionados, indistintamente, têm de contar com instrumentos hábeis de acesso à Justiça. Não, porém, — repita-se — uma simples e formal lei

processual, mas, de todo um sistema, que possa ser qualificado como um processo justo. Não basta ter um caminho traçado na lei. É importante que tal caminho esteja realmente franqueado a todos, independentemente de seus meios e riquezas, e que seja hábil a conduzir o litigante a um resultado satisfatório, em termos de efeito jurídico material, com o menor custo possível e dentro de tempo mínimo.

É imprescindível, em síntese, implantar no Poder Judiciário um processo célere, barato, eficaz, apto a defender e realizar o direito material subjetivo com plena eficácia e desejável rapidez. É claro que um programa como este não se torna factível somente com alterações na lei processual. Por melhor que seja a lei, pequenos são os resultados práticos se sua aplicação permanece confiada a agentes despreparados e a organismos carentes de recursos e meios materiais compatíveis com a complexidade do encargo.

Por isso, muito mais urgente do que a reforma da legislação processual civil é, sem dúvida, a modernização dos serviços judiciários, para que afinal sejam colocados sob gerência e técnicas de administração consentânea com as atuais necessidades de uma prestação jurisdicional célere e segura. Isto, no entanto, ultrapassa a seara do jurista e do processualista, para localizar-se no âmbito da política e da administração, no seu mais profundo sentido.

CAPÍTULO II

CONTRATOS DO COMÉRCIO INTERNACIONAL

2.1. CARACTERIZAÇÃO DOS CONTRATOS: FUNÇÃO ECONÔMICA E DISCIPLINA JURÍDICA

Conforme já anteriormente afirmado, os fenômenos de intercâmbio de bens e de convivência entre os homens são derivados de sua própria natureza. São, por isso mesmo, anteriores à sua regulamentação jurídica e, ao longo da evolução das sociedades organizadas politicamente, continuam a inovar e surpreender.

Primeiro surgiu, diante da circulação de bens, a idéia de que seria possível e conveniente sujeitar as relações econômicas às normas jurídicas; depois se conceberam os meios e instrumentos necessários.

Certo é que o contrato, tal como o conceitua o direito contemporâneo, emergiu e se desenvolveu em época histórica relativamente recente, notadamente a partir da revolução francesa, marcada pelo liberalismo econômico gerado pela revolução industrial e pela queda do regime aristocrático até então dominante. Especificamente, a acepção clássica do contrato tem origem encontrada no *Code Civil* francês de 1804, elaborado na fase “napoleônica”, segundo o qual o contrato é convenção pela qual uma ou várias pessoas se comprometem em relação a uma ou a várias outras a dar, a fazer, ou a não fazer alguma coisa.

Nos dias atuais, a concepção de contrato, tradicionalmente expressa pelos juristas nacionais e internacionais, contempla e define, de acordo com os diversos sistemas legais adotados pelos países, um instrumento que pode ser traduzido como

a representação de um acordo de vontades entre partes capazes, que pode criar, extinguir ou modificar direitos e produzir efeitos de natureza patrimonial.

Com efeito, o vínculo contratual (vínculo jurídico) busca instalar uma situação de certeza e segurança jurídicas. Vale dizer: as partes devem acreditar que o vínculo jurídico que as une tem o condão de gerar responsabilidades; de maneira que se não houver o cumprimento do acordado, o prejudicado poderá utilizar os meios jurídicos apropriados a fim de obter o cumprimento da prestação ou a justa reparação pelo inadimplemento.

Identifica-se, na essência do contrato, uma promessa. Aliás, é característica da sociedade moderna que os agentes façam promessas continuadas, das mais variadas formas. Interessa ao sistema legal não apenas a formalização dessas promessas por meio de contratos - escritos ou não, mas também a garantia de que os direitos deles decorrentes poderão ser plena e eficazmente exercidos.

De acordo com a economia das organizações, um contrato significa uma maneira de coordenar as transações, provendo incentivos para os agentes atuarem de maneira coordenada na produção, o que permite planejamento de longo prazo e, em especial, permitindo que os agentes independentes tenham incentivos para se engajarem em esforços conjuntos de produção.

Ainda no âmbito econômico, a teoria da escolha contratual prevê que os contratos poderão variar em termos de eficiência, conforme o seu desenho defina incentivos para os agentes atingirem objetivos predefinidos. Os arranjos institucionais (contratos) somados ao ambiente institucional definirão diferentes mecanismos de incentivos, assim como os mecanismos para o descumprimento das promessas (SZTAJN, ZYLBERSZTAJN e AZEVEDO, 2005, P. 104).

Vê-se, pois, que o contrato não é apenas um conceito jurídico isolado da realidade sócio-econômica, mas, muito pelo contrário, representa um instrumento da operação econômica estabelecida entre as partes, que buscam estabelecer um padrão de comportamento, expresso na forma de um conjunto de direitos e obrigações.

Sob a ótica da relação existente entre o direito e economia, especialmente no tocante à análise econômica do contrato, verifica-se que a formalização jurídica deste nunca é constituída (com seus caracteres específicos e peculiares) como fim em si mesma, mas sim com vista e em função da operação econômica, da qual representa, por assim dizer, o invólucro ou a veste exterior, e prescindindo da qual resultaria vazia, abstrata, e, conseqüentemente, incompreensível: mais precisamente, com vista e em função do arranjo que se que dar às operações econômicas se querem tutelar e prosseguir (ROPPO, 1988, p. 9).

Günther Teubner (1993, p. 236) considera que há três níveis diferentes de formação do que chama de *sistema contratual*: 1) o nível das relações pessoais entre as partes contratantes (*nível de interação*); 2) o nível do mercado e da organização, que vai além do mero contrato individual (*nível institucional*); 3) o nível da inter-relação entre os grandes subsistemas sociais, como política, economia e direito (*nível social*).

Acrescenta esse mesmo autor (1993, p. 236) que:

Estes níveis devem ser entendidos não como patamares hierárquicos, mas antes como modos distintos de desenvolvimento do sistema tornados gradualmente independentes uns dos outros, que encontram no contrato, a que todos estão ligados, uma espécie de ponto comum.

No *plano da interação*, percebe-se que as normas contratuais formalizadas no acordo negocial precisam ser complementadas por um feixe de expectativas informais, cuja origem não pode decerto encontrar-se nas explícitas declarações de

vontade das partes, mas que, ao mesmo tempo, não podem ser simplesmente derivadas de uma interpretação *ex lege* das normas jurídicas estatais modeladoras do figurino contratual (TEUBNER, 1999, p. 239).

No *plano institucional*, estão em causa conexões designadamente com o mercado. Constata-se que os contratos estão integrados num contexto institucional mais vasto, que o direito contratual deve levar em conta. Deve-se buscar a adaptabilidade das obrigações contratuais às estruturas institucionais (o que o clássico direito dos contratos é incapaz de realizar), ora mediante a imposição de obrigações contratuais adicionais (anexas às estipuladas pelas partes), ora através da limitação de direitos decorrentes do contrato, com o emprego da técnica de legislar por cláusulas gerais (TEUBNER, 1999, pp. 240-241).

No *plano da sociedade*, afinal, são tratadas as exigências que o sistema social, no seu conjunto, põe para o contrato: a primazia ilimitada do consenso das partes não pode ser a única determinante da ordem contratual, quer se trate de questões de consciência individual, de proibições religiosas, de regulação política ou de controle econômico. Devido ao seu alto grau de indeterminação, a cláusula geral é particularmente adequada para a conciliação de envolventes sociais instáveis, portadoras de exigências permanentemente mutáveis e discrepantes (TEUBNER, 1999, p. 242).

Dentro desse contexto, a cláusula geral pode ser entendida como a formulação de uma hipótese legal que, em termos de grande generalidade, abrange e submete a tratamento jurídico todo um domínio de casos. Conceitualmente, contrapõe-se a uma elaboração casuística das hipóteses legais, que circunscreve particulares grupos de casos na sua especificidade própria. A grande vantagem da cláusula geral sobre o casuismo está em tornar possível, graças à sua generalidade

e abertura, regular um vasto número de situações, que talvez sequer pudessem ser previstas ao tempo da edição da lei respectiva, enquanto a técnica casuística enseja o risco de uma regulação fragmentária e provisória da matéria abrangida.

Acrescente-se que as cláusulas gerais podem ser basicamente de três tipos, a saber: a) disposições de tipo restritivo, configurando cláusulas gerais que delimitam ou restringem, em certas situações, o âmbito de um conjunto de permissões singulares advindas de regra ou princípio jurídico; b) de tipo regulativo, configurando cláusulas que servem para regular, com base em um princípio, hipóteses de fato não casuisticamente previstas na lei, como ocorre com a regulação da responsabilidade civil por culpa; e, por fim, c) de tipo extensivo, caso em que servem para ampliar uma determinada regulação jurídica mediante a expressa possibilidade de serem introduzidos, na regulação em causa, princípios e regras próprias de outros textos normativos (COSTA, 2000).

Nessa ordem de idéias, pode-se, finalmente, definir o contrato como meio pelo qual os direitos são estabelecidos, transferidos, outorgados ou cedidos, mediante promessa institucionalizada pelo sistema jurídico, sujeita que está à coerção, mas que é, sobretudo, estabelecida por mecanismos de incentivos entre agentes econômicos (SADDI, 2005, p. 147).

Cumprido esclarecer que o contrato de comércio internacional envolve a compra e venda, em geral, de mercadorias. Outrossim, evidencia-se em tais contratos um caráter bilateral, na medida em que cada um dos contratantes é simultânea e reciprocamente credor e devedor do outro, pois enquanto o vendedor assume a obrigação de transferir bem ou coisa alienável e de valor econômico, o comprador, por sua vez, assume a obrigação de pagar o preço determinado ou determinável em dinheiro. Portanto, o contrato de compra e venda é, também,

oneroso, pois as partes sofrem um sacrifício patrimonial, correspondente a um proveito almejado.

Normalmente, caracteriza-se a compra e venda como um contrato de execução instantânea, quando a prestação do comprador sucede à do vendedor, no mesmo instante, mas pode assumir características de contrato de execução duradora (continuada ou diferida). A execução é continuada em contratos de fornecimento (por exemplo, água e energia), pois a prestação de dar o preço é correspondente ao consumo realizado em cada período medido. É diferida quando o preço determinado é dividido em várias prestações.

No Brasil, tratando-se de compra e venda nacional o preço ajustado entre as partes contratantes tem que ser fixado em moeda de curso legal, ou seja, o Real. Porém, na compra e venda internacional é admitido o preço em moeda estrangeira, conforme prevê o art. 2º do Decreto-Lei nº 857, de 11 de setembro de 1969, relativamente à importação ou exportação de mercadorias e aos contratos de compra e venda de câmbio em geral. A lei nº 10.191, de 14 de fevereiro de 2001, que dispõe sobre medidas complementares ao plano real, estabelece que as estipulações de pagamento de quaisquer obrigações pecuniárias exequíveis no território nacional deverão ser feitas em real, pelo seu valor nominal. Salvo quanto à ressalva já referida, não mais se admite o pagamento do preço em contrato de compra e venda com ouro ou moedas estrangeiras, sob pena de nulidade da cláusula que o fixar.

É prudente destacar que na caracterização dos contratos de comércio internacional, formou-se na doutrina francesa duas correntes: a econômica e a jurídica.

Para a corrente econômica seria internacional o contrato que simplesmente permitisse um duplo trânsito de bens ou valores, do país para o exterior e vice-versa.

No Brasil prevaleceram os critérios caracterizadores da chamada corrente jurídica, mais abrangente que a primeira, em que a internacionalidade do contrato se verifica quando presente algum elemento de estraneidade, que pode ser o domicílio das partes, o local da execução de seu objeto ou outro equivalente.

Desta forma, pode-se dizer que o caráter internacional do contrato só poderá ser verificado mediante uma situação de fato, na qual seja possível determinar a intensidade do elemento estrangeiro na relação jurídica. Além disso, deve-se frisar que existem certos elementos formais que influem decisivamente na identificação do contrato internacional, como a redação, estilo, presença de cláusulas típicas, etc.

Acredita-se, pois, que um contrato caracteriza-se como internacional quando reflete, em sentido estrito, o comércio internacional, e, no sentido amplo, o intercâmbio entre os Estados e pessoas em diferentes territórios.

Engelberg (2003, p. 19), em síntese precisa, afirma que:

A diferença fundamental entre um contrato de direito interno e o contrato internacional está no fato de que no contrato internacional as cláusulas concernentes à conclusão, capacidade das partes e o objeto relacionam-se a mais de um sistema jurídico.

Já Luiz Olavo Baptista (1994, p. 24) apresenta definição mais elaborada dizendo que internacional é o contrato que, contendo elementos que permitam vinculá-lo a mais de um sistema jurídico, tem por objeto operação que implica o duplo fluxo de bens pela fronteira, ou que decorre diretamente de contrato dessa natureza.

Nessa linha de pensamento, chega-se à conclusão de que uma das notas características dos contratos do comércio internacional é a sua vinculação a um ou mais sistemas jurídicos estrangeiros, além de outros caracteres de estraneidade,

como o domicílio, a nacionalidade, a localização do estabelecimento das partes, a moeda utilizada, a procedência ou o destino dos bens ou direitos objeto do contrato, o lugar de conclusão.

Cumpra mencionar, ainda, que nos contratos internacionais, é bastante comum a introdução das *boiler-plate clauses* ou cláusulas-padrão, exemplificativa, mas não exclusivamente, a saber:

- i) Acordo integral (*entire agreement*): disposição contratual que estabelece a prevalência do instrumento em questão sobre todos os demais entendimentos anteriores, escritos ou orais, havidos entre as partes, relativos ao mesmo objeto;
- ii) Cessão (*assignment*): cláusula que veda a qualquer uma das partes ceder ou transferir a terceiros os direitos e obrigações decorrentes do contrato, no todo ou em parte, sem a prévia autorização por escrito da outra parte;
- iii) Aditamento (*amendment*): cláusula que determina que todos os aditamentos ou modificações ao contrato em questão deverão ser feitos por escrito, devendo o referido instrumento ser assinado pelas partes contratantes;
- iv) Sucessores (*successors*): disposição que estabelece que os direitos e obrigações decorrentes do contrato beneficiam e obrigam as partes e seus respectivos sucessores a qualquer título;
- v) Renúncia (*no waiver*): cláusula segundo a qual o não-exercício de determinado direito previsto no contrato ou em lei não representa a sua renúncia;

- vi) Independência das disposições (*severability*): disposição contratual que determina que a nulidade de determinada cláusula não invalida as demais nem o contrato como todo;
- vii) Idioma (*language*): quando, por determinação legal ou conveniência das partes, o contrato internacional for redigido em duas línguas, determinação daquela que deverá prevalecer; e
- viii) Notificações (*notices*): disposição que estabelece a forma em que serão realizadas as notificações, solicitações, exigências e determinações previstas no contrato e, eventualmente, o momento em que as mesmas serão consideradas feitas.

Frise-se, ademais, que nos contratos de comércio internacional, cujo objeto é a compra e venda de mercadorias, com o fito de fornecer padrões gerais de conduta entre exportador e importador, sobretudo no tocante às despesas e riscos envolvidos no negócio, é comum a utilização dos INCOTERMS (*International Commercial Terms*), sigla que em português representa a expressão Regras Internacionais para a Interpretação de Termos Mercantis. Importante mencionar que os INCOTERMS foram criados, em 1936, por uma entidade de privada de grande prestígio, a Câmara de Comércio Internacional (CCI).

A relevância da utilização dos INCOTERMS na compra e venda internacional reside no fato de que cada termo determina, de forma clara, o momento em que as obrigações passam do exportador para o importador.

O desenvolvimento dos INCOTERMS veio ao encontro da necessidade de se estabelecerem regras para o comércio internacional, evitando desentendimentos entre as partes envolvidas que, além de desconhecerem as práticas comerciais

adotadas em outro país, podiam interpretar de forma distinta os termos utilizados nos contratos.

Assim, desde 1936, a utilização dos INCOTERMS no comércio internacional tem aumentado, o que fez que a CCI atualizasse o seu texto por seis vezes, de forma a adequá-lo ao dinamismo existente nas práticas comerciais.

Conforme BIZELLI (2000), a atualização mais recente, em vigor desde 1º de janeiro de 2000, foi realizada por meio da Publicação 560 da CCI e é conhecida como INCOTERMS 2000. Os INCOTERMS 2000 listam 13 termos de três letras cada um, divididos nos Grupos E (EXW), F (FCA, FAZ e FOB), C (CFR, CIF, CPT e CIP) e D (DAF, DES, DEQ, DDU e DDP), que são assim denominados em razão da primeira letra dos termos neles contidos e pelas obrigações assumidas pelo exportador e pelo importador. Para que não haja qualquer confusão na utilização dos INCOTERMS é recomendável que se defina a cláusula utilizada e a qual das publicações dos INCOTERMS ela pertence, como por exemplo, cláusula "*FOB Incoterms 2000*".

As definições de cada cláusula dos INCOTERMS 2000 são as seguintes:

No Grupo "C" encontram-se as cláusulas que determinam que o transporte principal é de responsabilidade do exportador, ficando o importador responsável, em regra, por providenciar o desembaraço aduaneiro das mercadorias em seu país. Nesse Grupo estão as cláusulas *Cost and Freight* (CFR), *Cost, Insurance and Freight* (CIF), *Carriage Paid to* (CPT) e *Carriage and Insurance Paid to* (CIP).

Pela cláusula *Cost and Freight* (CFR), todas as despesas correm por conta do exportador até a chegada das mercadorias ao porto de destino indicado pelo importador. No entanto, o risco em caso de dano ou perda das mercadorias é do importador a partir do momento em que as mercadorias entram no navio no porto de

embarque. Assim, o exportador deve arcar com os custos para o transporte das mercadorias até o porto, bem como com as despesas de armazenagem, desembaraço aduaneiro para a exportação, embarque das mercadorias e o transporte principal. A responsabilidade do exportador pelos danos ou perda da mercadoria, no entanto, vai até o momento do embarque no porto de saída, passando o importador a correr todos os riscos a partir desse momento. Os custos a partir da chegada das mercadorias ao destino passam a ser exclusivos do importador. É uma cláusula utilizada para transporte marítimo ou fluvial de mercadorias.

Pela utilização da cláusula *Cost, Insurance and Freight* (CIF), o exportador arca com todas as despesas e também com os riscos de danos ou perda das mercadorias desde a saída do seu estabelecimento até a chegada ao país de destino. Assim, o exportador deve arcar com os custos para o transporte das mercadorias até o porto, despesas de armazenagem, desembaraço aduaneiro para a exportação, embarque das mercadorias e o transporte principal, ficando responsável até o desembarque das mercadorias no país de destino. O importador, a partir do desembarque das mercadorias, passa a arcar com todos os custos e correr os riscos de perda ou dano que as mercadorias podem sofrer. É uma cláusula utilizada para transporte marítimo ou fluvial de mercadorias.

A cláusula *Carriage Paid to* (CPT) tem características bastante semelhantes às da cláusula CFR. No entanto, é utilizada para transportes diversos do marítimo ou transportes multimodais (marítimo e ferroviário, por exemplo). Com a utilização da cláusula CPT, o exportador arca com todos os custos necessários para a chegada das mercadorias ao local indicado pelo importador, tais como o transporte local e principal, os custos de estadia, o frete, as despesas para o desembaraço necessário

para a exportação, enfim, todas as despesas existentes até o desembarque das mercadorias no local de destino. A responsabilidade do exportador cessa, entretanto, quando as mercadorias são entregues ao transportador, assumindo o importador, a partir desse momento, todos os riscos de perda ou dano que as mercadorias podem sofrer.

Pela utilização da cláusula *Carriage and Insurance Paid to* (CIP), bastante semelhante, aliás, à cláusula CPT, o exportador arca com todos os custos necessários para a chegada das mercadorias ao local indicado pelo importador, tais como o transporte local e principal, os custos de estadia, o frete, as despesas para o desembarço necessário para a exportação, enfim, todas as despesas existentes até o desembarque das mercadorias no local de destino. A responsabilidade do exportador inclui o pagamento do seguro pelo transporte da mercadoria e somente cessa com a chegada da mercadoria ao local indicado pelo importador. Portanto, se a mercadoria sofrer danos ou se perder durante o transporte, a responsabilidade será do exportador. O importador passa a arcar com todos os custos e com a responsabilidade pela mercadoria a partir do recebimento no local determinado.

No Grupo "D", encontram-se as cláusulas que determinam a responsabilidade do exportador até a chegada das mercadorias ao país do importador. São as chamadas cláusulas de chegada, em que as maiores responsabilidades correm por conta do exportador. Nesse Grupo estão as cláusulas *Delivered at Frontier* (DAF), *Delivered Ex Ship* (DES), *Delivered Ex Quay* (DEQ), *Delivered Duty Unpaid* (DDU) e *Delivered Duty Paid* (DDP).

A utilização da cláusula *Delivered at Frontier* (DAF) pressupõe o transporte terrestre das mercadorias (rodoviário ou ferroviário). O exportador é responsável por todos os custos, inclusive transporte, para a entrega das mercadorias ao importador

no ponto da fronteira que foi acordado. O exportador deve entregar as mercadorias ao importador livres para a exportação, arcando com todos os custos daí decorrentes. O importador deve arcar com os custos da importação das mercadorias e a sua responsabilidade começa a partir do recebimento das mercadorias do exportador no local da fronteira que foi acordado.

Já o uso da cláusula *Delivered Ex Ship* (DES) pressupõe o transporte marítimo ou fluvial da mercadoria. O exportador é responsável pelo pagamento de todas as despesas e assume todos os riscos de danos ou perda das mercadorias desde a sua saída do seu estabelecimento até o momento em que as mercadorias ficam prontas para desembarque no país de destino, quando a responsabilidade passa para o importador. Assim, o exportador deve arcar com os custos para o transporte das mercadorias até o porto, despesas de armazenagem, desembarço aduaneiro para a exportação, embarque das mercadorias e o transporte principal, ficando o importador responsável por todos os custos e despesas necessários ao desembarque, desembarço aduaneiro e transporte das mercadorias até o seu estabelecimento no país de destino.

Pela utilização da cláusula *Delivered Ex Quay* (DEQ), o exportador arca com todas as despesas e também com os riscos pela ocorrência de danos ou perda das mercadorias desde a sua saída do seu estabelecimento até o desembarque das mercadorias no cais do porto do país de destino. Assim, o exportador deve arcar com os custos para o transporte local e principal das mercadorias, despesas de armazenagem, desembarço aduaneiro para a exportação, embarque das mercadorias no porto de saída e desembarque das mercadorias no porto de destino. O importador passa a arcar com todos os custos e correr todos os riscos de perda ou da ocorrência de danos às mercadorias a partir do momento em que estas lhe

são entregues pelo exportador no cais do porto do país de destino. O importador arca com as despesas necessárias ao desembarço aduaneiro para a importação das mercadorias. É uma cláusula utilizada para transporte marítimo ou fluvial de mercadorias.

Uma vez adotada a cláusula *Delivered Duty Unpaid* (DDU), o exportador obriga-se a entregar a mercadoria ao importador no local por este designado no país de destino. Assim, o exportador arca com todas as despesas e responsabilidades para o transporte local e principal das mercadorias, armazenagem, desembarço aduaneiro para a exportação, embarque das mercadorias no local da saída, desembarque das mercadorias no local da chegada e transporte das mercadorias no país do importador até o estabelecimento deste. O importador, por sua vez, fica responsável pelo desembarço aduaneiro e pelo pagamento de todos os custos e despesas necessárias para tanto. Essa cláusula pode ser utilizada para qualquer meio de transporte, porém, quando se tratar de transporte marítimo, deve-se utilizar as cláusulas DES e DEQ.

De acordo com a cláusula *Delivered Duty Paid* (DDP), o exportador assume todos os custos e despesas necessárias para a entrega das mercadorias no local designado pelo importador. É a cláusula que prevê maiores obrigações ao exportador, ao contrário da cláusula EXW que prevê as maiores obrigações ao importador. Assim, o exportador assume todos os custos necessários para o transporte local e principal das mercadorias, armazenagem, desembarço aduaneiro para a exportação, embarque das mercadorias no local da saída, desembarque das mercadorias no local da chegada, desembarço aduaneiro necessário à importação e o transporte das mercadorias no país do importador até o estabelecimento deste. O exportador assume também todos os riscos no caso de ocorrência de danos ou

perda das mercadorias durante todo o trajeto desde o seu estabelecimento até o local de destino das mercadorias determinado pelo importador. Não há restrições ao uso da cláusula DDP em razão do transporte da mercadoria. No entanto, caso o transporte seja marítimo ou fluvial, recomenda-se o uso das cláusulas DES ou DEQ.

O Grupo "E" possui apenas a cláusula *Ex works* (EXW), por meio da qual as maiores obrigações correm por conta do importador das mercadorias, cabendo ao exportador a obrigação de produzir, embalar e disponibilizar as mercadorias ao importador.

A condição *Ex works* (EXW) significa "a partir do local produção". Com a utilização dessa cláusula, as partes convencionam que todos os custos e responsabilidades pela aquisição das mercadorias tais como transporte, frete, seguro, etc., correrão por conta exclusiva do importador. O exportador apenas disponibiliza as mercadorias ao importador no seu estabelecimento, ficando a cargo deste a retirada e o transporte das mercadorias, bem como todos os custos aduaneiros para a exportação. A responsabilidade pela perda ou pelos danos causados às mercadorias, a partir da saída do estabelecimento do exportador, é integralmente do importador.

No Grupo "F" encontram-se as cláusulas que determinam que o transporte principal é de responsabilidade do importador, ficando o exportador responsável até o momento da saída das mercadorias do seu país. Nesse Grupo estão as cláusulas *Free Carrier* (FCA), *Free Along side Ship* (FAS) e *Free on Board* (FOB).

Pela utilização da cláusula *Free Carrier* (FCA), o exportador obriga-se a entregar as mercadorias, totalmente liberadas para exportação, com o pagamento de todas as taxas e impostos necessários, no local indicado pelo importador. Ou seja, o exportador é responsável pelo transporte necessário à entrega das

mercadorias no local indicado pelo importador e por todos os custos necessários ao desembarço da mercadoria para a exportação. O importador, por sua vez, fica responsável pelo transporte principal das mercadorias e todas as demais despesas, arcando com todos os riscos pela perda ou por danos às mercadorias, a partir do momento em que estas lhe são entregues pelo exportador, livres para a exportação, no local indicado.

Por seu turno, uma vez adotada a cláusula *Free Along side Ship (FAS)*, o exportador fica responsável por todos os custos necessários à exportação até o momento em que as mercadorias estejam prontas para embarque no navio indicado pelo importador. Aqui também a responsabilidade pelo desembarço das mercadorias para a exportação fica totalmente por conta do exportador.

O importador assume todos os custos e riscos do transporte principal das mercadorias até o local do seu destino. É uma cláusula que somente é utilizada para os casos de transporte marítimo ou fluvial de mercadorias.

Já pela cláusula *Free on Board (FOB)*, o exportador obriga-se a entregar as mercadorias a bordo do navio indicado pelo importador. O exportador suporta todos os custos decorrentes do desembarço das mercadorias para a exportação, inclusive impostos, e fica responsável pela integridade das mercadorias até o momento em que estas são colocadas a bordo do navio indicado pelo importador, quando então a responsabilidade passa para o importador, cessando qualquer responsabilidade do exportador. O importador, por sua vez, arcará com todos os custos a partir do embarque das mercadorias, inclusive o do transporte principal, seguro e frete. É a cláusula mais utilizada nos negócios internacionais realizados por empresas brasileiras.

2.2. AUTONOMIA DA VONTADE E LIBERDADE CONTRATUAL

A autonomia privada representa um dos componentes primordiais da liberdade. Esta autonomia significa o poder do sujeito de auto-regulamentar seus próprios interesses e tem como matriz a concepção de ser humano como agente moral, dotado de razão, capaz de decidir o que é bom ou ruim para si, e que deve ter liberdade para guiar-se de acordo com estas escolhas, desde que elas não perturbem os direitos de terceiros nem violem os valores relevantes da comunidade.

De fato, negar ao homem o poder de decidir autonomamente como quer viver, em que projetos pretende se engajar, de que modo deve conduzir sua vida privada, é frustrar sua possibilidade de realização existencial. Todos possuem o inalienável direito de serem tratados como pessoas, e o tratamento como pessoa exige o reconhecimento da autonomia moral do agente, da sua ontológica liberdade existencial (SARMENTO, 2004, p. 189).

Os caminhos teóricos pelos quais transita a autonomia privada são tortuosos, cheios de altos e baixos, suscetíveis, com maior ou menor intensidade, às fixações doutrinárias ligadas às vicissitudes do processo histórico, influenciando as legislações e a jurisprudência, que, no presente contexto, é o resultado de decisões reiteradas e uniformes decorrentes de aplicação da lei ao caso concreto.

Em verdade, o princípio da autonomia privada, consagrado pela teoria clássica dos contratos, e até hoje ponto de grande discussão na teoria jurídica, deve sua construção a uma série de fatores que merecem ser explicados para melhor entendimento da concepção clássica de autonomia privada. Seguindo aqui a ordem apresentada por Cláudia Lima Marques (2002), verifica-se a influência do direito

canônico, da teoria do direito natural, das teorias de ordem política e a Revolução Francesa e das teorias econômicas e o Liberalismo.

Ao direito canônico deve-se a concepção da validade *per se* da promessa, com isto liberando o direito da formalidade existente no direito romano. De fato, como ensina Marques: “Para os canonistas, a palavra dada conscientemente criava uma obrigação de caráter moral e jurídico para o indivíduo” (MARQUES, 2002, p. 43).

A teoria do direito natural consiste na base teórico-filosófica fundamental para a concepção clássica do contrato. Kant contribuiu decisivamente para uma concepção voluntarista do contrato, onde a base do pensamento seria a autonomia privada do indivíduo, sujeito racional. Assim, não mais o pacto valeria por uma formalização ou não, mas valeria, sobretudo, por exprimir a vontade das partes pactuantes.

A autonomia privada, dentro do contexto da doutrina clássica dos contratos, também restou influenciada pela teoria do contrato social, pois o próprio Estado teria surgido de um acordo de vontades de homens livres, os quais limitavam sua liberdade em prol de uma convivência harmônica. Rousseau, aqui citado por Marques, afirmava que: “Já que nenhum homem possui uma autoridade natural sobre o seu semelhante, e uma vez que a força não produz nenhum direito, restam, portanto, os contratos (as convenções) como base de toda a autoridade legítima no meio dos homens” (MARQUES, 2002, p. 46). Assim, o Estado surge porque os homens possuem vontade autônoma e liberdade.

A Revolução Francesa, por sua vez, no aspecto jurídico restou estratificada pelo *Code Civil* de 1804. A base da estruturação sócio-econômica deslocou-se do *status* pessoal fundado na situação de família (aristocracia) para o dinamismo do

status grangeado pelas realizações individuais (aspirações da burguesia). A liberdade passou a ser a idéia-chave na ideologia dominante no século XIX, de sorte que a pessoa, independentemente de suas origens, poderia moldar sua vida e seus negócios a partir da livre escolha e de sua ampla liberdade de iniciativa (THEODORO JÚNIOR, 2000, P. 6).

A liberdade que se pretendia plena para justificar a ideologia contratual ao novo regime sócio-econômico correspondia a um corolário inevitável: a responsabilidade também plena dos contratantes pelas promessas contratuais assumidas. As pessoas eram livres para contratar ou não. Porém, uma vez firmado o contrato, este se transformava em lei para quem o celebrara, obrigando as partes ao cumprimento do acordado. Trata-se do princípio *pacta sunt servanda*.

Enfim, as teorias econômicas e o Liberalismo do século XIX decisivamente contribuíram para uma visão onde a liberdade contratual e a autonomia privada restassem privilegiadas. De fato, o contrato é visto como instrumento para a realização de interesses individuais daqueles que o contratam.

Portanto, verificadas as condições para o surgimento do dogma da autonomia privada na teoria clássica dos contratos, cumpre analisar a caracterização de tal autonomia nesta teoria, depreendendo-se as conseqüências para a noção clássica de contrato.

A vontade livre é a primeira necessidade para existência de uma real possibilidade de se contratar embasado na autonomia privada. Desta forma, existe a premissa de que as partes celebrantes de um contrato devem poder agir o mais livremente na escolha da forma, conveniência e modo de contratar. A restrição a tal liberdade pode apenas vir de lei, denominada então de lei imperativa, lei que teria como função justamente proteger a vontade dos indivíduos, como por exemplo, as

regras sobre capacidade. Roppo (1998, p. 33) apresenta de forma clara a idéia de uma a limitar a vontade livre quando:

Admitiam-se, por outro lado, limites à liberdade de contratar conexos com a exigência de tutelar sujeitos que, pelas suas condições psico-físicas, correriam o risco de ver aquela liberdade virar-se contra si próprios, não estando em condições de exercê-la de modo consciente e frutuoso para os seus interesses: daqui as incapacidades contratuais dos menores e dos diminuídos mentais.

Na teoria clássica, e daí de novo com Roppo (1998, p. 33), a redução da vontade livre era pensada tão somente como consequência de fatores biológicos, não havendo preocupação com fatores econômico-sociais, os quais não afetariam a psique dos indivíduos.

De fato, uma vez pactuados, já que pactuados através de vontade livre das partes, os contratos, no contexto da teoria clássica, têm força obrigatória - *pacta sunt servanda*, o que constitui, ainda hoje, um dos pilares do direito contratual. Nesse contexto, caberia ao Estado, apenas, a tarefa de dotar o contratante de mecanismos eficazes para dar cumprimento aos exatos termos da promessa realizada, sem interferir no conteúdo do contrato, mas somente para verificar se o negócio ocorrera num ambiente de plena e absoluta liberdade entre as partes, sem nada que pudesse comprometê-la.

Nesse cenário, a intervenção estatal na seara negocial era considerada, do ponto de vista microscópico, como elemento perturbador da liberdade individual, e do ponto de vista macroscópico, como prejudicial ao mercado, tido como *locus* natural onde deveriam se desenvolver as relações entre particulares, numa situação de formal e hipotética igualdade. Estas “perturbações”, decorrentes de algum esporádico intervencionismo estatal, só eram toleradas em caráter excepcional, já que representavam uma invasão dos poderes públicos numa esfera que não lhes pertencia, e que, se deixada à própria sorte e conduzida apenas por esta figura

mitológica da “mão invisível do mercado”, teria êxito maior. Enfim, a “ordem espontânea” da sociedade era preferida à “ordem artificial” constituída pelo Estado. (SARMENTO, 2004, p. 195).

Portanto, a discussão do contrato, nessa época, prendia-se em larga medida ao acordo de vontades, à averiguação da conformidade entre a vontade e declaração e aos vícios do consentimento⁸. Admitia-se o desfazimento do contrato, nas hipóteses em que o sujeito não se encontrava em condições de manifestar a vontade a salvo de qualquer restrição externa. Interessava-se determinar as circunstâncias em que o consentimento se exprimia, e, sobretudo, se era livre. A teoria dos vícios do consentimento, até hoje em vigor, reputa não constituída a obrigação, por exemplo, nas situações abaixo descritas:

- i) *Erro*, ou seja, a falsa idéia da realidade, capaz de conduzir o declarante a manifestar sua vontade de maneira diversa da que manifestaria se porventura melhor a conhecesse, quando, por exemplo, pensa estar adquirindo um colar de coral, quando, na verdade, compra um de plástico;
- ii) *Dolo*, que consiste no artifício ou expediente malicioso, empregado para induzir alguém à prática de um ato jurídico que o prejudica; e
- iii) *Coação*, configurada pela ameaça com que se constrange alguém à prática de um ato jurídico. Tais fatores exógenos à vontade do sujeito deturpam-na quando de sua manifestação num ato jurídico.

Importante realçar que a vontade das partes, aquela para o qual há interesse da teoria clássica dos contratos, é a vontade externada pelos agentes no momento da realização do negócio.

⁸ Desavença entre a vontade real e a exteriorizada no negócio jurídico.

A relevância dada à vontade empenhada pela teoria clássica tornou os contratos os instrumentos mais confiáveis e por excelência utilizados nas transações econômicas. De fato, sem os pilares introduzidos pela teoria clássica dos contratos, a regulação das atividades econômicas não teria atingido o patamar de sofisticação hoje alcançado.

A noção de liberdade contratual foi construída como projeção da liberdade individual, ao mesmo tempo em que se atribuía à vontade o papel de criar direitos e obrigações de forma inteiramente autônoma.

Assim, o sujeito de direito contrata *se quiser, com quem quiser e na forma que quiser*. A ordem jurídica reconhece os direitos e deveres gerados pela livre manifestação de vontade das pessoas, conferindo validade e eficácia ao contratado entre elas. O princípio da autonomia da vontade, nuclear no regime privado do direito dos contratos, desdobra-se em postulados como os seguintes:

Todos são livres para contratar ou não. Ninguém está obrigado a celebrar contrato contra a sua vontade. Assim, o sujeito de direito motiva-se a contratar exclusivamente pelo interesse que identifica, segundo seus próprios e subjetivos critérios, no resultado da troca em negociação. Se por qualquer motivo, ainda que emocional, irracional ou intuitivo, a pessoa não considera vantajoso o negócio porque toma a obrigação que assumiria por menos interessante que a prestação prometida pelo outro contratante ou simplesmente porque não o deseja, não há como obrigá-la a contratar.

Ademais, *todos são livres para escolher com quem contratar*. Em razão do princípio da autonomia da vontade, ninguém pode ser obrigado a contratar com quem não quer. Os motivos que se levam em conta para afastar a hipótese de contrato com determinado sujeito podem ser irracionais, emocionais ou intuitivos,

não interessa; se alguém simplesmente não quer vincular-se a certa pessoa, nada o pode forçar (COELHO, 2005, p. 9).

Aliás, na sociedade moderna, os contratos se submetem, não à idéia de livre arbítrio, mas ao *status* enquanto posição econômica ocupada pelo indivíduo no interior da sociedade. A instituição financeira, por exemplo, submetida ao cálculo econômico, não financia a compra do imóvel ou do automóvel para qualquer um, portanto, nem todos são convocados para contratar, mas apenas aqueles que possuem, pelo menos potencialmente, reservas financeiras (*status*) que lhes permitem assumir determinadas obrigações (ASSIS, 2005).

Por outro lado, os *contratantes têm ampla liberdade para estipular, de comum acordo, as cláusulas do contrato*. Em regra, os contratos devem ser instrumentos facilitadores das trocas e operações econômicas, o que, com um formalismo excessivo, pode ser dificultado. Como os sujeitos são livres para contratar ou não e para escolher com quem contratam, é conseqüência natural dessa ampla liberdade a possibilidade de as partes definirem, de comum acordo, os termos e condições do contrato, sem nenhuma restrição externa ao encontro de vontades, desde que observada a licitude do objeto do contrato, a capacidade das partes contratantes e a exigência de forma eventualmente exigida pela lei. Os contratos adquirem, pois, um caráter eminentemente particular, servindo especificamente para regular as trocas econômicas entre as partes. Em conseqüência do primado da liberdade de estipular as cláusulas contratuais, a lei atinente à matéria contratual desdobra-se em dispositivos na sua maioria de natureza supletiva, isto é, são normas aplicáveis na hipótese de omissão das partes, quanto à composição de determinado interesse comum, no contexto do contrato. Somente se as partes se esqueceram de detalhar

certo aspecto do negócio entabulado, incide a lei para suprir a omissão, definindo os direitos e deveres dos contratantes.

Pelo até então exposto, infere-se que a autonomia da vontade e a liberdade contratual são elementos indissociáveis ao contrato.

Na sociedade atual, a cada passo o indivíduo ingressa em relações negociais, consciente ou inconscientemente, para satisfação de suas necessidades e desejos e para adquirir e utilizar bens da vida e os serviços. O contrato é, pois, fenômeno cada vez mais onipresente na vida de cada um (LÔBO, 2003, p. 10).

Todavia, a atuação do Estado, antes limitada à condição de mero expectador diante das partes celebrantes de um contrato, passa a ser, nos dias atuais, muito mais ativa.

Certo é que, atualmente, o Estado continua a assegurar a autonomia da vontade e a liberdade contratual. Porém, atento ao dinamismo das relações contratuais, passou a interferir nos pactos privados, com o escopo de corrigir certas desigualdades. Isso porque, especialmente nos últimos vinte anos, com o incremento da atividade industrial, o avanço tecnológico e o aquecimento dos mercados de consumo, o princípio da igualdade formal dos integrantes do contrato começou a ceder diante de uma desigualdade real entre as partes.

De fato, nos dias de hoje, em que a massificação das relações contratuais alterou radicalmente o equilíbrio econômico do contrato, o acordo não mais é firmado sempre entre iguais, mas converteu-se, na grande maioria dos casos, em um negócio jurídico estandardizado, consubstanciado em um simples formulário previa e unilateralmente elaborado, em que a uma parte, geralmente mais fraca, incumbe aderir ou não à vontade da outra, normalmente mais forte, sem nenhuma possibilidade de discussão do seu conteúdo.

Desse modo, os contratos, de maneira geral, expressam a adesão de um dos contratantes às condições de negócio estabelecidas isoladamente pelo outro. O elemento essencial do contrato de adesão, portanto, é a inexistência de uma fase pré-negocial decisiva, a ausência de um debate prévio acerca das cláusulas contratuais, restando a outra parte a mera alternativa de aceitar ou rejeitar o contrato. Em vista dessa realidade, o direito dos contratos desenvolve mecanismos de proteção do aderente contra os eventuais abusos do estipulante. O exemplo mais significativo dessa proteção é o Código de Defesa do Consumidor – Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que prevê, por exemplo, a ineficácia de cláusulas de contrato de difícil compreensão⁹, partindo da presunção de que o consumidor é parte vulnerável na relação jurídica e, por conseguinte, merece tutela especial e diferenciada.

Ocorre que nem todas as relações contratuais estão abrangidas pela legislação consumerista. Logo, convém delinear claramente quem merece ou não esta tutela, ou seja, quem é o consumidor e quem não é. De acordo com o artigo 2º do referido código, consumidor é “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”.

Segundo Marques (2002, pp. 253-254), destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica. Não basta retirá-lo da cadeia produtiva, levá-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para fins profissionais, pois o bem seria novamente um instrumento de produção cujo

⁹ Artigo 46 do Código de Defesa do Consumidor: Os contratos que regulam as relações de consumo não obrigarão os consumidores, se não lhes for dada a oportunidade de tomar conhecimento prévio de seu conteúdo, ou se os respectivos instrumentos forem redigidos de modo a dificultar a compreensão de seu sentido e alcance.

preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu. Neste caso, não haveria a exigida destinação final do produto ou serviço.

Por sua vez, de acordo com o artigo 3º do aludido Código de Defesa do Consumidor, fornecedor é:

Toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Assim, quando numa dada relação contratual, as partes se apresentam como consumidor de um lado e fornecedor de outro, a teor dos dispositivos legais supra, ter-se-á uma autêntica relação de consumo, regida, por conseguinte, pelo Código de Defesa do Consumidor.

Ocorre que as normas aplicáveis aos contratos celebrados entre empresas não são, por certo, as mesmas que incidem sobre os contratos consumeristas que, em uma ótica despersonalizante, são padronizados mediante a adoção de cláusulas uniformes, forjadas pela necessidade do escoamento em massa da produção, e não pela vontade das partes. O regime jurídico do contrato de trabalho já há muito é inteiramente distinto daquele(s) aplicável (is) à circulação de outra(s) mercadoria(s) que não o trabalho (GRAU e FORGIONI, 2005, pp. 16-17).

Portanto, a tutela especial do Código de Defesa do Consumidor não se projeta em benefício do profissional, do empresário, que atua no mercado adquirindo bens para em seguida revendê-los auferindo o respectivo lucro. Nesse caso o objeto do contrato é insumo. Não há, pois, consumo do ponto de vista jurídico. Por conseguinte, o tratamento jurídico reservado ao empresário não merecerá, a princípio, tutela especial ou diferenciada. Todavia, evidentemente, os princípios da

boa-fé e da função social norteadores de todo e qualquer contrato, seja de natureza consumerista ou não, deverão ser observados.

No Brasil, os contratos que envolvem dois empresários se submetem ao regime do Código Civil, não sendo aplicável o Código de Defesa do Consumidor. A autonomia da vontade, nesse caso altamente prestigiada, permitirá maior grau de liberdade na elaboração das cláusulas.

Tratar em regimes diferenciados, de um lado, os contratos entre empresários e, de outro, entre empresários e consumidores é importante em razão dos custos envolvidos. Isso porque, na ótica do empresário – fornecedor de bens ou serviços, o nível de previsibilidade em torno da eficácia do contrato será menor nos contratos abrangidos pela relação consumerista. Haverá uma maior probabilidade de que, por exemplo, uma determinada cláusula seja considerada nula, à luz do Código de Defesa do Consumidor, e por isso não vincule a parte contratante, enquanto que se aplicável a legislação comum a cláusula seja inteiramente válida e eficaz. Assim, o cálculo empresarial que considerava a possibilidade de exigir da outra parte o cumprimento da prestação deverá ser alterado.

Esclareça-se que o contrato de comércio internacional abordado no presente trabalho envolve apenas a relação entre empresários, que estão, portanto, em condições de igualdade, admitindo-se, consoante será adiante demonstrado, a escolha da legislação aplicável.

2.3. TEORIA DOS CONTRATOS INCOMPLETOS

Mesmo em um contrato empresarial, celebrado entre partes iguais e inteiramente cientes das suas respectivas obrigações, nem sempre é possível

pressupor todos os acontecimentos ou eventos que poderão ocorrer. Trata-se de lacunas que serão preenchidas *ex post*, uma vez iniciado o cumprimento (ou não) do contrato. Tal situação é denominada de teoria dos contratos incompletos.

No Brasil, a legislação aplicável ao contrato empresarial, qual seja, o Código Civil Brasileiro – Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, em pelo menos três artigos - apenas para exemplificar, tratou da hipótese de “preenchimento” dos contratos incompletos, a saber: a imprevisão¹⁰, a resolução por onerosidade excessiva¹¹ e a lesão grave¹², todos tendo como pressuposto a boa-fé¹³.

Cumprido esclarecer que, no contexto contratual, a imprevisão consiste no desequilíbrio das prestações, em decorrência de acontecimentos posteriores à formação do negócio, independentemente da vontade das partes, de tal forma extraordinários e anormais que impossível se torna antevê-los.

Acrescente-se que a “teoria da imprevisão” somente interessa aos contratos de execução continuada ou diferida¹⁴, cujos efeitos se prolongam no tempo, revelando-se inútil nos contratos de consumação imediata nos quais os efeitos se esgotam num só instante, como, por exemplo, a troca de uma coisa por outra.

¹⁰ Artigo 317 do Código Civil Brasileiro: Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.

¹¹ Artigo 478 do Código Civil Brasileiro: Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

¹² Artigo 157 do Código Civil Brasileiro: Ocorre lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional.

§ 1º Aprecia-se a desproporção das prestações das prestações segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico.

§ 2º Não se decretará a anulação do negócio, se for oferecido suplemento suficiente, ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito.

¹³ Artigo 422 do Código Civil Brasileiro: Os contraentes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé.

¹⁴ O contrato de execução diferida é aquele em que o pagamento ou o cumprimento ocorre de uma vez só no futuro. O contrato de execução continuada ou de trato sucessivo é aquele em que o pagamento ou o cumprimento ocorre de forma periódica no aspecto temporal.

Some-se, ainda, a necessidade de serem observados os pressupostos básicos para a aplicação da referida teoria, quais sejam: a) superveniência de circunstância imprevisível; b) alteração da base econômica do contrato; c) onerosidade excessiva.

Diga-se, ademais, que o fundamento da teoria da imprevisão decorre da análise do contrato não como negócio isolado, mas como algo que se insere dentro de uma realidade e está sujeito às incertezas inevitáveis, próprias e imanentes do futuro. Assim, ela é utilizada a fim de retomar o equilíbrio das condições contratuais quando os contratantes não vislumbram mais a mesma realidade em que foi firmado o negócio.

Ao constatar a onerosidade excessiva em decorrência da imprevisão, a consequência jurídica estipulada pelo código civil brasileiro é a resolução do contrato, ou seja, o rompimento do vínculo obrigacional, mediante decisão judicial proferida em ação intentada pela parte cujo ônus está sendo suportado; permitindo-se, todavia, a manutenção da relação contratual se a outra parte propuser o restabelecimento do equilíbrio, modificando eqüitativamente as condições do negócio. Assim, constata-se que a legislação brasileira permite tanto a revisão do contrato, por meio do reajustamento das prestações, como a sua resolução.

Saliente-se que o pedido de resolução do contrato ou sua simples revisão objetivará as obrigações ainda não cumpridas, ou seja, aquelas que ainda se vencerão, pois as prestações já satisfeitas encontram-se extintas. A cessação de pagamentos, todavia, somente pode ocorrer com a propositura da ação a autorização judicial. Na pendência da demanda, em homenagem à boa-fé, deve o requerente depositar o valor que entender devido, permitindo-se o levantamento periódico da quantia pela outra parte.

Importa destacar, outrossim, que a teoria da imprevisão não é algo novo e nem tão pouco exclusivo da legislação brasileira como poderiam pensar alguns incautos. Segundo Rodrigues Júnior (2002, p. 59), no ano de 1937, realizou-se em Paris a “Semana Internacional do Direito”, durante a qual foi discutida a teoria da imprevisão, pela primeira vez em termos de direito comparado, analisando-se a legislação da quarenta e sete países sobre a revisão judicial dos contratos.

Veja-se, ademais, que não se confunde a aplicação da teoria da imprevisão com o vício da lesão, embora neste também se verifique a existência de desproporção manifesta entre as prestações pactuadas.

Da simples análise dos dois institutos, é possível identificar claras diferenças entre lesão e imprevisão, senão vejamos. A lesão ocorre desde o momento em que o contrato é celebrado, invalidando-o em virtude do abuso do poder econômico de um dos contratantes; enquanto a imprevisão pressupõe a existência de um contrato válido, que, por circunstância superveniente, onera excessivamente uma das partes, dando ensejo à resolução ou à revisão.

Certo é que a lesão verifica-se no contrato, mesmo naqueles paritários, ou seja, naqueles em que as partes discutem livremente suas cláusulas, quando, em determinadas situações, um dos contratantes, por premências várias, é colocado em situação de inferioridade. Esse agente perde a noção do justo e do real, e sua vontade é conduzida a praticar atos que constituem verdadeiros disparates, caracterizando atuação ilícita.

Pode-se, assim, concluir que a lesão é o prejuízo resultante da desproporção existente entre as prestações de um determinado negócio jurídico, em face do abuso da inexperiência, necessidade econômica ou leviandade de um dos declarantes (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2004, p. 370).

Observe-se que tanto a imprevisão, como a resolução por onerosidade excessiva e a lesão grave devem ser permeadas pelo elemento boa fé, informada por um núcleo valorativo, dentro do qual se visualiza a lealdade, a honestidade e, sobretudo, a confiança. No âmbito dos contratos, atua a boa-fé como regra de conduta dos sujeitos nas relações jurídicas obrigacionais, por meio da criação de uma série de deveres que devem estar presentes em todos os momentos, ou seja, antes, durante e após o vínculo obrigacional.

Acrescente-se, ainda, que o julgamento da eventual pretensão da parte contratante, no sentido de modificar ou desfazer o negócio jurídico, observará não apenas as disposições legais ora apontadas, mas, também, a hermenêutica contratual (que objetiva interpretar o contrato por sua finalidade), os usos e os costumes.

Dada a real possibilidade de complementação do contrato, diante de situações não previsíveis, o Estado de Direito prevê mecanismos de solução de disputas ou controvérsias mediante a intervenção do Poder Judiciário ou através da arbitragem, conforme será adiante analisado.

Aliás, conforme Venosa (2005, p. 499), a arbitragem encontra campo fértil para a revisão contratual, fazendo o árbitro o mesmo papel do juiz na seara ora tratada.

Dessa forma, justifica-se a necessidade de tribunais e árbitros eficientes, preparados e especializados, habilitados a assegurar o cumprimento das promessas, com mais e melhores benefícios econômicos, atendendo a eficiência contratual.

É prudente ressaltar que a preocupação com a eficiência tem maior relevância nos contratos de execução continuada ou diferida, cujos efeitos avançam no tempo -

entrega ou pagamento futuro. Trocas imediatas, ou seja, que se dão concomitantemente à entrega do objeto, não envolvem maiores riscos. Em um contrato de compra e venda, por exemplo, quando o preço é integralmente pago pelo comprador e a coisa é imediatamente entregue pelo vendedor, o eventual conflito girará basicamente em relação aos vícios ou defeitos da coisa. Portanto, nesses casos, o vendedor, ciente da boa qualidade do seu produto, poderá projetar os eventuais custos envolvidos com tais vícios ou defeitos; enquanto o comprador, que não possui informação plena quanto à qualidade, reduzirá o seu risco com a garantia concedida por determinado prazo.

Ora, negociar traz custos e a tendência natural do agente econômico é adotar o procedimento de transação que mais os reduza. A atuação no mercado pode ser cara; lidar com outras pessoas envolve riscos, que são inversamente proporcionais às informações detidas sobre a contraparte (FORGIONI, 2005, p. 314).

O fundamental é que o contrato pode contribuir para reduzir o risco, ou seja, aquilo que traz, ao mesmo tempo, a possibilidade de perda concomitantemente à de ganho, ônus imposto aos agentes econômicos. Essa é uma das funções mais importantes dos contratos, e permite alocar o risco à parte mais capaz de lidar com ele - ou porque exerce alguma influência sobre ele, ou porque assumiu um risco que oferece ganhos e perdas compensatórias (SADDI, 2005, p. 125).

2.4. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AOS CONTRATOS DE COMÉRCIO INTERNACIONAL

O comércio externo, exatamente por se compor de especializações e sub-especializações, submete-se a exigências instrumentais, que evoluem ao sabor dos

pactos e convenções, cuja natureza reflete necessidades concretas, nascidas de uma criatividade impositiva (STRENGER, 2003, p. 874).

Nesse contexto, a multiplicação e a diversidade de sistemas jurídicos constituem uma realidade inexorável. Cada Estado possui o seu ordenamento jurídico, em princípio aplicável dentro de suas fronteiras. Tal limitação não é absoluta, pois há relações que transcendem os limites de determinado Estado.

Daí o surgimento do tradicionalmente denominado conflito de leis no espaço, que em última análise significa a potencialidade de aplicação de mais de um sistema jurídico para regular determinada situação jurídica. A resolução do conflito, por meio da indicação do ordenamento aplicável, é tarefa do direito internacional privado, que é um direito interno, no sentido de que cada Estado tem o seu, podendo diferir dos demais.

O mecanismo de solução do conflito de leis não mudou substancialmente, desde quando foi desenvolvido, por volta do século XII, nos primórdios do direito internacional privado. Consiste na escolha da lei aplicável, tendo por base os elementos ou regras de conexão, que, conforme Strenger (2003, p. 349) são expressões legais de conteúdo variável, de efeito indicativo, capazes de permitir a determinação do direito que deve tutelar a relação jurídica em questão.

As obrigações convencionais ou contratos não estão infensos a ligarem-se a mais de um sistema jurídico, principalmente nos dias de hoje, em que o desenvolvimento tecnológico vem diuturnamente reduzindo distâncias e aumentando o relacionamento entre os países. Assim, os contratos internacionais privados, de natureza comercial ou não, que necessitam da interferência do direito internacional privado para a indicação dos direitos que deverão regê-los, são cada vez mais numerosos.

Portanto, questão importante em relação aos contratos internacionais e, em especial, aos contratos de comércio internacional, diz respeito a escolha da lei aplicável. Nesse particular, duas tendências se divisam: aqueles que, objetivando manter a unidade contratual e o espírito do direito a ser aplicado, pugnam pelo sistema unitário; e os outros que, apegando-se ao realismo, aceitam que o contrato internacional seja regido por mais de um sistema jurídico.

Nesse ponto, há, também, que se examinar a autonomia da vontade das partes e a possibilidade de escolherem livremente a lei reguladora do ajuste. Afinal, são os participantes da relação jurídica os mais interessados na definição clara de quais os princípios e normas devem regê-la. Todavia, o reconhecimento da autonomia da vontade, quando admitida, conduz, por sua vez, à inevitável possibilidade de deslocalização do contrato, tornando-o estranho às normas internas dos países das partes contratantes para submetê-lo a outro direito ou ao direito internacional, aos usos e costumes internacionais ou, ainda, aos princípios gerais de direito.

Segundo Magalhães (2005, p. 278) as regras clássicas de conflito de leis aplicadas pelos tribunais judiciais seguem os seguintes critérios: (a) a *lex loci contractus*, em que se presume que as partes tinham no espírito a lei do local onde celebram o contrato; (b) a *lex loci solutionis*, que tem por pressuposto a aplicação da lei do lugar da execução do contrato; (c) nos casos de mútuo, a lei pessoal do devedor tem sido acolhida por numerosos tribunais; (d) na venda de bens móveis, a lei do local onde o vendedor possui sua sede social ou a sede de suas principais atividades regula as obrigações por ele contraídas; (e) os contratos de agência ou de representação são regidos pela lei do local onde o agente ou o representante exerce

suas atividades; e (f) no contrato de trabalho, a lei do local da prestação laboral é a competente.

As duas primeiras hipóteses, quais sejam, a *lex loci contractus* e a *lex loci solutionis*, são consagradas pela grande maioria dos Estados. No Brasil, rege a matéria o artigo 9º¹⁵ da Lei de Introdução do Código Civil, o qual dispõe, em seu *caput*, que as obrigações são reguladas pela lei do país onde se constituíram. Vale dizer, pela lei do local onde o contrato foi concluído. Faz-se ressalva apenas quanto às formalidades essenciais previstas na legislação brasileira que devem ser observadas quando no Brasil a obrigação deva ser executada.

Esclareça-se que a regra geral do art. 9º da Lei de Introdução rege os contratos entre pessoas presentes. Relativamente aos contratos entre ausentes, ou seja, celebrado à distância, o elemento de conexão escolhido foi o da residência do proponente, nos termos do parágrafo 2º do citado artigo 9º. Assim, o lugar da residência da pessoa de onde se originou a proposta inicial determina o Direito a aplicar ao contrato. A razão de o direito brasileiro ter-se afastado do sistema domiciliar, ou seja, baseado no domicílio do contratante, é ser tal sistema rígido demais para ser aplicável aos contratos, a não ser no que se refere à capacidade para contrair obrigações. O elemento de conexão *residência* é mais consentâneo com a mobilidade dos negócios, devendo o mesmo ser considerado com elasticidade.

Há grande controvérsia entre os estudiosos do direito internacional privado sobre o alcance dessa norma, se imperativa, ou simplesmente supletiva. Ou seja,

¹⁵ Artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil: Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem.

§ 1º. Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato.

§ 2º. A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.

aplica-se em qualquer circunstância, ou apenas no silêncio do contrato, nas hipóteses em que as partes deixam de estabelecer a lei aplicável.

Com efeito, não há porque supor que, contrariando a regra geral de autonomia da vontade em matéria contratual, as partes fossem impedidas de escolher a lei mais adequada para reger seu contrato internacional. Naturalmente, a escolha da lei aplicável possui limitações, limitações essas que a própria lei brasileira se encarrega de delimitar quando afirma que não prevalecerão as disposições da lei estrangeira contrárias à ordem pública brasileira, aos bons costumes ou à soberania nacional¹⁶.

Nesse sentido, Luís Roberto Barroso (2003, p. 34), em síntese precisa, afirma que “em matéria contratual, onde vigora a autonomia da vontade, as partes podem simplesmente eleger a lei a ser aplicada, independentemente do local de celebração do ajuste”.

No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar a matéria, decidiu que “nos contratos internacionais, devem prevalecer os princípios gerais de direito internacional em detrimento da normatização específica de cada país”. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 712566 / RJ; Recurso Especial 2004/0180930-0. Relatora Ministra NANCY ANDRIGHI. 3ª. - TERCEIRA TURMA. Julgado em 18/08/2005. Publicado no Diário de Justiça em 05.09.2005 p. 407).

Tal entendimento encontra-se em absoluta consonância com o artigo 421 do Código Civil, que faz referência à liberdade de contratar, a qual será exercida em razão e nos limites da função social do contrato. Por sua vez, o artigo 78, também Código Civil, prevê que “nos contratos escritos poderão os contraentes

¹⁶ Artigo 17 da Lei de Introdução ao Código Civil: As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

especificar domicílio onde se exercitem ou cumpram os direitos e obrigações dele resultantes”.

Depreende-se, pois, que os dispositivos legais acima referidos prestigiam a autonomia da vontade, permitindo às partes eleger lei distinta da brasileira, ainda quando os contratos sejam firmados no Brasil. Essa interpretação é lógica e consistente, pois o local da assinatura do contrato pode não ter qualquer pertinência com as partes, com o objeto do contrato e com a relação negocial ajustada. É o que se verifica, por exemplo, na hipótese de um contrato firmado durante uma feira internacional realizada em um determinado país, no qual as partes estão apenas ocasionalmente.

Todavia, observa-se em parte da doutrina brasileira grande resistência em admitir a autonomia da vontade das partes na escolha da lei aplicável aos contratos internacionais. Entre tais autores, destaca-se a posição de Nádia de Araújo (2002, p. 212), segundo a qual “não se pode hoje afirmar a existência da autonomia da vontade para escolher a lei aplicável aos contratos internacionais no direito brasileiro, ante o *caput* taxativo do art. 9º da LICC¹⁷”.

Saliente-se que os defensores da obrigatória aplicação da lei do país onde a obrigação foi constituída asseveram que, para saber qual lei é essa, basta identificar o país onde as partes fisicamente assinaram o respectivo contrato. Ora, essa afirmação esvazia qualquer pretensão de tornar obrigatório o referido artigo 9º da Lei de Introdução ao Código Civil. Isso porque poderiam as partes se deslocar ao país cuja lei querem ver aplicada e, com isso, garantirem a aplicação de tal lei. Se as partes têm essa liberdade de escolha, é evidente que têm a liberdade de simplesmente apontar a lei aplicável no próprio contrato.

¹⁷ Lei de Introdução ao Código Civil

Destaque-se, ainda, que a polêmica em comento perde o sentido quando as partes adotam a arbitragem como mecanismo de solução de controvérsias. É que a norma precisa do art. 2º da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, que regula a arbitragem no Brasil, faculta às partes, de acordo com o parágrafo 1º, “escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública”.

Atente-se, ademais, para o fato de que o problema do direito aplicável a um contrato não surge só no momento em que eclode um litígio que dá ensejo a uma ação judicial. Por isso, as partes devem considerar o direito aplicável quando negociam o contrato e durante a sua execução, para saberem, designadamente, qual a forma a ser observada, se certas cláusulas são válidas, quais os direitos e obrigações que a lei associa à celebração de um contrato daquele tipo e como se resolvem problemas de interpretação e integração do contrato (PINHEIRO, 2001, p. 33).

Surge daí a questão do *dépeçage* ou fracionamento. Trata-se de um mecanismo pelo qual um contrato é dividido em diferentes partes, que serão, cada uma delas, submetidas a leis diferentes. Pode ocorrer em dois níveis. No primeiro, pelo próprio sistema de Direito Internacional Privado, pois a substância pode ser regida por uma lei, enquanto, por exemplo, a capacidade das partes, a forma e a execução, será regida por outra. No segundo, o *dépeçage* decorre da própria autonomia das partes que têm a faculdade de determinar mais de uma lei aplicável ao contrato (ARAÚJO, 2003, p. 440).

Por exemplo: em um contrato de transferência de propriedade de bem imóvel, a capacidade dos contratantes submete-se a sua lei pessoal; a forma, à lei da

redação; as obrigações das partes, à lei da autonomia da vontade; e a transferência do domínio, à lei da situação do imóvel.

O jurista, ao examinar cada um desses aspectos do contrato e a incidência de leis aplicáveis à avença, verifica que há necessidade do *dépeçage*, para que se possa adequar a vontade das partes a um só contrato. Para a adequação de sua vontade os próprios contratantes repartem os elementos contratuais entre as diversas leis, procurando respeitar a autoridade das leis vigentes nos vários países, evitando a ulterior invalidação do contrato internacional que pretendem levar a efeito.

A fim de evitar o fracionamento do contrato, subordinando-o a legislações diferentes, as partes envolvidas em uma negociação internacional, dotadas de reconhecida autonomia de vontade, vêm optando pela regência do pacto por meio da *lex mercatoria*.

Conforme Strenger (2003, p. 846):

A lex mercatoria é um conjunto de procedimentos que possibilita adequadas soluções para as expectativas do comércio internacional, sem conexões necessárias com os sistemas nacionais e de forma juridicamente eficaz.

Pode-se, pois, considerar a *lex mercatoria* como anacional, ou seja, um Direito corporativo autônomo, constituindo uma consolidação dos usos, costumes e de certas expectativas concernentes ao comércio internacional.

A *lex mercatoria* não concorre com a lei do Estado, nem constitui Direito supranacional que derroga o direito nacional, mas é um direito adotado, sobretudo, na arbitragem comercial internacional ou outra forma de resolução de controvérsias.

Havendo litígio solucionado por arbitragem, a efetividade da decisão não repousa no poder do Estado, mas na cooperação em que se integram as partes.

Ademais, as regras da *lex mercatoria*, desenvolvidas no comércio internacional embora nem sempre previstas nos ordenamentos jurídicos nacionais, não são necessariamente com estes colidentes, sendo com freqüência compatíveis com os princípios que norteiam o direito obrigacional. Portanto, poderão os tribunais dar-lhe efetividade, sejam fundamentados no princípio do *pacta sunt servanda* (o contrato é lei entre as partes) e no da boa-fé, seja na sua adequação aos princípios gerais de direito, exceto se configurada alguma violação à norma de ordem pública, quando então os julgadores estarão compelidos a afastar a incidência da *lex mercatoria*.

De acordo com Magalhães (2005, p. 283), algumas decisões judiciais na França dão alento a essa teoria, aplicada com maior vigor na Bélgica, cuja Corte de Cassação, acolhendo a autonomia ilimitada da vontade, declarou que o juiz, ao apreciar o mérito da controvérsia, não aplica as leis estrangeiras como tal, e sim, disposições legais estrangeiras invocadas e inseridas pelas partes em suas convenções e transformadas, em consequência, em disposições convencionais. De acordo com essa orientação, o contrato poderia submeter-se a princípios gerais de direito desenvolvidos pelos comerciantes internacionais, criando-se a denominada *lex mercatoria*.

Cumprido salientar que a *lex mercatoria* está em processo de permanente evolução, e isso em virtude da própria natureza do direito comercial, para o qual é inerente a tendência de constante renovação, sobretudo diante da globalização.

Frise-se, ainda, que os adeptos da *lex mercatoria* reconhecem que esta não constitui um corpo de regras jurídicas destinado a regulamentar o comércio em sua totalidade, de modo a perfazer, destarte, o verdadeiro direito do comércio internacional (RECHSTEINER, 2005, p. 74).

Não obstante, o cenário internacional atual favorece o processo contínuo na formação de regras uniformes de comércio internacional. Verifica-se no mundo inteiro a tendência dos Estados em consolidar, adotar ou introduzir mecanismos da Economia de mercado. Em nível mundial, a principal força propulsora dessa evolução é a Organização Mundial do Comércio (OMC), estabelecida desde 1º de janeiro de 1995 em Genebra, na Suíça, contando com a adesão de vários países e cuja meta principal é a liberalização gradual do comércio entre as nações.

O *Institut International pour l'Unification du Droit Privé* (UNIDROIT) foi fundado em Roma, em 1926, com o objetivo de preparar, gradualmente, a adoção de uma legislação de direito privado uniforme pelos diversos Estados. O Brasil depositou a carta de adesão referente ao estatuto orgânico do Instituto em 11 de janeiro de 1993.

Papel igualmente relevante vem sendo desempenhado pela Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL - *United Nations Commission on International Trade Law*, ou CNUDCI - *Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International*), fundada em 1968.

Diga-se, por oportuno, que ambas as entidades, a UNCITRAL (ou CNUDCI) e o UNIDROIT, exercem função central no processo de evolução das regras e práticas uniformes do comércio internacional e, conseqüentemente, contribuem para o fortalecimento *lex mercatoria*.

Imprescindível destacar que os trabalhos da UNCITRAL culminaram na adoção, durante a conferência diplomática realizada em Viena em 10 e 11 de abril de 1980, da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, a qual unificou as duas Convenções de Haia de 1964 e entrou em vigor na esfera internacional em 1º de janeiro de 1988. A maior

receptividade dessa convenção é evidenciada pelo fato de que não apenas os Estados para os quais ela entrou em vigor nessa data, mas também as dezenas de Estados que nestas últimas três décadas a ratificaram apresentam grande diversidade geográfica, econômica, social e jurídica.

Embora o Brasil não tenha ratificado a Convenção de Viena de 1980 (mesmo sendo os princípios nela contidos bem semelhantes àqueles previstos em nosso Código Civil), é de muita valia conhecer bem seu corpo de normas, pois ele pode vir a reger um contrato internacional de compra e venda de mercadorias firmado por parte domiciliada no País, nas seguintes hipóteses:

- i) Quando ambas as partes ao contrato decidirem nele incorporar as disposições da Convenção de Viena; e
- ii) Quando, através dos elementos de conexão, a lei de regência for aquela do Estado do domicílio da outra parte, Estado esse que tenha ratificado a Convenção de Viena e, assim, incorporado suas disposições em seu ordenamento jurídico.

A referida Convenção de Viena possui quatro partes. A primeira estabelece seu campo de aplicação, além de conter suas disposições gerais. A segunda trata da formação do contrato. A terceira cuida da compra e venda propriamente ditas, dispendo a respeito dos direitos e das obrigações do vendedor e do comprador. A quarta, por fim, contém artigos finais da Convenção relativos à sua entrada em vigor, às reservas e declarações permitidas, bem como à aplicação de suas disposições a operações internacionais de compra e venda envolvendo Estados com normas idênticas ou semelhantes sobre a matéria.

No que se refere ao campo de aplicação da Convenção de Viena, cabe destacar a sua incidência em contratos de compra e venda de mercadorias entre

partes que tenham seus estabelecimentos em Estados distintos, bem como em contratos de compra e venda ditos não puros, quais sejam, os de fornecimento de mercadorias a serem fabricadas ou produzidas, salvo se a parte que as encomendar tiver de fornecer parcela substancial dos materiais necessário à fabricação ou à produção. Ela somente não é aplicável a esse tipo de contrato quando a parcela preponderante das obrigações do fornecedor das mercadorias consistir no fornecimento de mão-de-obra ou de outros serviços.

Há também outros tipos de vendas às quais, por força de seu art. 2º., a Convenção não é aplicável, quais sejam:

- i) Vendas de mercadorias adquiridas para o uso pessoal, familiar ou doméstico, salvo se o vendedor, antes ou no momento da celebração do contrato, não souber nem devesse saber que as mercadorias foram adquiridas para tal uso;
- ii) Vendas em leilão;
- iii) Vendas realizadas em execução judicial ou ordenadas por lei;
- iv) Vendas de valores mobiliários, títulos de crédito e moeda;
- v) Vendas de navios, embarcações, aerobarcos e aeronaves;
- vi) Vendas de eletricidade.

Outrossim, ao consagrar o princípio internacional da autonomia da vontade das partes, a Convenção de Viena, em seu art. 6º, permite às partes excluírem sua aplicação e, salvo com relação ao seu art. 12, derogarem qualquer de suas disposições ou modificar-lhes os efeitos.

Cabe ressaltar, ainda, reconhecendo o perfil nacional de determinadas matérias, que deve ser preservado para que o objetivo maior da Convenção seja atingido, qual seja, a uniformidade das regras aplicáveis aos contratos internacionais

de compra e venda em todo o planeta, a Convenção de Viena restringe-se às questões relativas à formação do contrato, bem como aos direitos e deveres do vendedor e comprador dele oriundos. É assim que, nos termos de seu art. 4º, a Convenção de Viena também não trata:

- i) da validade do contrato ou de qualquer de suas cláusulas, bem como da validade dos usos; nem
- ii) dos efeitos que o contrato possa ter sobre a propriedade das mercadorias vendidas.

Ademais, vale também salientar que, por força do parágrafo 1º de seu art. 92, a Segunda Parte (Formação do Contrato) e a Terceira Parte (Compra e Venda de Mercadorias) da Convenção podem ter sua aplicação afastada se assim for declarado pelo Estado Contratante no momento de sua assinatura, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão.

Constata-se, pois que, modernamente, o direito internacional privado utiliza-se de dois métodos para resolver as relações jurídicas internacionais: o método uniformizador que uniformiza e soluciona e o método conflitual, que coordena e harmoniza, utilizando-se deste quando aquele se torna impossível. De um lado uniformiza as normas disciplinadoras do comércio internacional, por meio de tratados e convenções¹⁸, até onde isto seja aceitável para os países interessados. Por outro lado elabora fórmulas para solução dos conflitos, fórmulas que determinem as leis internas a serem aplicadas (DOLINGER, 2003, p. 41).

¹⁸ Tratados e Convenções Internacionais são acordos assinados por diversos países, sobre as mais variadas matérias, contendo normas que se aplicam a todos eles e aos seus respectivos cidadãos. Os tratados e convenções devem ser aprovados pelo Congresso Nacional, após o que as normas que eles registram passam a ter o mesmo valor da lei federal comum.

Analisada a questão da lei aplicável ao contrato, cumpre, agora, enfrentar a questão atinente ao local competente para discutir os litígios advindos da relação contratual.

Isso porque a lei que disciplina os direitos e obrigações entre as partes não é a mesma que orienta o procedimento a ser observado nas hipóteses de intervenção de um juiz ou árbitro para dirimir eventual conflito de interesses.

2.5. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DOS LITÍGIOS DECORRENTES DOS CONTRATOS DE COMÉRCIO INTERNACIONAL

Consoante Marcelo De Nardi (2002, p. 129), curial é constatar a existência de duas liberdades essenciais na contratação internacional: 1^o.) a de escolher a lei aplicável ao contrato; e, 2^o.) a de escolher o foro a que as partes submeter-se-ão para dirimir as disputas que possam surgir.

A primeira liberdade, já anteriormente analisada, é essencialmente de direito material. Refere-se, como visto, à forma de construção da relação jurídica, e abebera-se no princípio geral de direito, internacionalmente aceito, qual seja, a autonomia da vontade de contratar. A faculdade das partes nesse campo revela-se com intensidade variável, na medida da receptividade pelos ordenamentos jurídicos a que o contrato estiver conectado.

A segunda tem conotação nitidamente processual, e traduz-se em indicar o compromisso das partes de submeterem-se a certo órgão jurisdicional para exame dos litígios decorrentes do contrato, com o objetivo de prever o resultado de acordo com o prestígio da corte escolhida. Estreme de dúvidas tratar-se de avença privada,

ato jurídico vinculado à vontade das partes, e não de ato modificador da competência dos tribunais.

Nesse âmbito processual há duas opções para as partes, quais sejam, a cláusula arbitral ou compromissória ou a eleição de foro.

A cláusula arbitral ou compromissória significa a escolha das partes pela solução de eventuais controvérsias por meio de arbitragem, afastando o judiciário. Trata-se de cláusula que exclui a da eleição de foro, salvo para determinar a competência para eventuais discussões sobre incidentes da arbitragem. Há nítida tendência internacional em se conferir à cláusula arbitral caráter de compulsoriedade, afastando de vez o caráter de simples obrigação de fazer a ela dado por alguns direitos, inclusive o brasileiro, antes da edição da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Contribuiu para o fortalecimento dessa tendência a vigência de algumas convenções internacionais, a começar pelo Protocolo de Genebra, de 1923, como pelas que a seguiram, como a de Nova York de 1958, que a substituiu, e a de Genebra de 1961. No âmbito regional, a Convenção do Panamá também trilhou o mesmo caminho. Essas Convenções dispõem que a cláusula arbitral tem o mesmo efeito de compromisso e, portanto, torna obrigatória a instituição do juízo arbitral, conferindo, dessa forma efetividade à cláusula arbitral. A inserção da cláusula arbitral nos contratos internacionais constitui prática freqüente (MAGALHÃES, 2005, p. 291).

Se houver decisão por juiz arbitral no exterior, para que essa sentença arbitral possa ser executada no Brasil, imprescindível será que ocorra seu reconhecimento por meio de processo homologatório de sentença estrangeira, nos termos dos artigos 35 a 40, da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (DINIZ, 2005, p. 579).

Já a eleição de foro está ligada à competência judiciária dos Estados. Não basta às partes, contudo, escolherem o foro em que pretendem dirimir as divergências contratuais. É preciso verificar se o sistema jurídico escolhido admite a competência do juiz para o exame de relações que podem não ter contacto com o foro. Se a escolha da lei aplicável pode, em tese, não ter qualquer vinculação com os Estados nos quais as partes estão domiciliadas ou sediadas, por se tratar de matéria de direito privado incorporada ao contrato, o mesmo não ocorre com a cláusula de foro. Tem ela repercussão pública, pois se refere à competência do juiz, e, portanto, do Estado, escolhido como competente para solucionar controvérsias derivadas do contrato.

No Brasil, a cláusula de eleição de foro é permitida e amplamente utilizada. Mas há nuances, quando se analisa a cláusula em conjunto com as regras de competência internacional. Por serem territoriais as normas processuais de direito público, surge a dúvida quando há uma cláusula elegendo o foro estrangeiro, mas a competência brasileira é assegurada. No caso de competência exclusiva da justiça brasileira¹⁹, não há possibilidade de prevalência de cláusula de eleição do foro estrangeiro, razão pela qual a decisão eventualmente preferida pela justiça estrangeira não terá eficácia no território nacional. O problema surge quando há uma cláusula de eleição do foro estrangeiro e é competente concorrentemente, ou seja, de igual modo, a justiça brasileira²⁰.

¹⁹ Artigo 89 do Código de Processo Civil Brasileiro: Compete à autoridade judiciária brasileira, com exclusão de qualquer outra:

I – conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil;

II – proceder a inventário e partilha de bens, situados no Brasil, ainda que o autor da herança seja estrangeiro e tenha residido fora do território nacional.

²⁰ Artigo 88 do Código de Processo Civil Brasileiro: É competente a autoridade brasileira quando:

I – o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, estiver domiciliado no Brasil;

II – no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação;

III – a ação se originar de fato ocorrido ou ato praticado no Brasil.

Assim, em se tratando de competência concorrente, o ajuizamento de ação perante o juiz nacional, acerca de relação contratual internacional cujo instrumento respectivo contenha cláusula de eleição de foro estrangeiro, pode e deve ser por ele conhecida, estando presentes os elementos de conexão que impliquem sua competência, nos termos do artigo 88 do Código de Processo Civil brasileiro.

Trata-se do fenômeno da prorrogabilidade do foro do domicílio nas ações previsto no artigo 114 do Código de Processo Civil Brasileiro²¹, consentâneo com o princípio da efetividade, segundo o qual o juiz brasileiro deve, em tese e de maneira geral, julgar quando sua sentença tiver a possibilidade de ser executada, ou seja, tenha o condão de compelir a parte vencida a cumpri-la, pois caso contrário de nada adiantaria arvorar-se de competência inútil (GRECO FILHO, 2002, p. 187).

Não é difícil intuir, porém, que podem surgir dificuldades na aplicação, no foro, de lei emanada de outro sistema jurídico. Para neutralizar certos inconvenientes, praticamente todos os países estabeleceram uma grande categoria de limitação à aplicação do Direito estrangeiro. Essa restrição se consubstancia em um instituto amplo e de difícil apreensão conceitual que é a ordem pública.

Consoante Strenger (2003, p. 431), por ordem pública em direito internacional privado pretendem os jurisperitos designar toda aquela base social, política de um Estado, que é considerada inarredável para a sua sobrevivência.

No Brasil, o princípio da ordem pública encontra-se expresso no artigo 17 da Lei de Introdução ao Código Civil²².

²¹ Artigo 114 do Código de Processo Civil Brasileiro. Prorrogar-se-á a competência se dela o juiz não declinar na forma do parágrafo único do art. 112 desta Lei ou o réu não opuser exceção declinatória nos casos e prazos legais.

²² Artigo 17 da Lei de Introdução ao Código Civil: As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

Note-se que diante da impossibilidade de se reconhecer eficácia à lei estrangeira, por violação à ordem pública, há consenso doutrinário de que se deva aplicar, à espécie, a *lex fori*, ou seja, a lei do local do foro. A exclusão da lei estrangeira deverá ser o mais estrita possível, aproveitando-se a parte remanescente que possa ser aceita no foro.

CAPÍTULO III

SOLUÇÃO DOS CONFLITOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS POR MEIO DA ARBITRAGEM

3.1. FORMAS USUAIS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS NO MUNDO CONTEMPORÂNEO

Desde os tempos históricos da Justiça de mão-própria, em que o lesado, por si ou por intermédio do grupo, vingava a ofensa a direito próprio, a técnica de composição dos conflitos de interesses vem se sofisticando e ganhando novas dimensões, com o Estado sendo erigido árbitro do uso lícito da força na composição dos conflitos.

Para a composição desses conflitos, todavia, em qualquer das suas dimensões, tornou-se de rigor a experimentação da via organizada do processo: seja para a auto-composição por intermédio da submissão à pretensão alheia; seja pela desistência, por abandono da lide; seja por intermédio da transação, em que as partes abdicam parcialmente dos seus interesses em prol da supressão da lide; seja pela composição jurisdicional da lide, via Estado, modernamente Estado de direito.

Assim, a base da composição da lide, desse ponto de vista, passou a ser o processo.

O processo pode realizar-se à margem de qualquer atividade estatal, como ocorre com a chamada mediação, que leva à conciliação espontânea, na qual é relevante a atividade dos interessados na busca da solução comum. Pode, também, realizar-se à custa da intervenção estatal, materializada na decisão judicial, dotada de sanção típica das manifestações de qualquer dos poderes do Estado. E pode,

finalmente, em meio aos dois pólos, situar-se na forma paraestatal, ou seja, sob os auspícios e a garantia do Estado, mas com a decisão delegada a particular, cujas decisões se estatizam uma vez proferidas, inclusive com sanções típicas da solução estatal.

Aqui se colocam os parâmetros em função dos quais surgem as três formas de solução de conflitos essenciais ao entendimento do que ora se expõe:

- i) a mediação, como técnica de negociação processualizada, em que o terceiro, alheio à demanda e isento, em relação às partes, tenta conseguir a composição do litígio, de forma amigável, sem entrar no mérito da questão, diferenciando-se, pois, da arbitragem;
- ii) a arbitragem, que consiste em um meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial.
- iii) a sentença judicial, provinda de magistrado inserido entre os agentes públicos da atividade jurisdicional do Estado, ou seja, emanada do Poder Judiciário, após a tramitação de um processo judicial, de acordo com todas as regras e condições estabelecidas na legislação processual, sob pena de nulidade do ato em razão da inobservância da forma.

Em resumo: em matéria de solução de conflitos intersubjetivos de interesses, é possível, com base na lei vigente, a composição particular, composição paraestatal e composição estatal da lide.

Segundo Capelletti (1988, p. 82), o juízo arbitral é uma instituição antiga caracterizada por procedimentos relativamente informais, julgadores com formação

técnica ou jurídica e decisões vinculatórias sujeitas a limitadíssima possibilidade de recurso.

Todavia, no Brasil, a grande maioria da população sequer conhece outra forma de solução legal de conflitos que não seja por meio de um processo conduzido perante o Poder Judiciário.

Evidentemente, somente com uma estrutura material e humana ágil e eficaz seria possível suportar tamanha carga de atividade, de modo a assegurar ao cidadão uma resposta rápida a pretensão deduzida mediante o processo judicial.

3.2. O PODER JUDICIÁRIO E A CRISE DO SISTEMA PROCESSUAL

Não é de hoje que se ouve falar que o processo brasileiro está em crise e que existe um descompasso entre o instrumento e a rápida, segura e cabal prestação da tutela por parte do Poder Judiciário.

Lamentavelmente, a demora na solução dos litígios sob a apreciação do Poder Judiciário tem se revelado uma constante, justificando-se, perfeitamente, as severas críticas lançadas pelo indivíduo que busca o processo para defender ou proteger seus respectivos interesses.

Ora, se a tarefa estatal deveria produzir seus efeitos de maneira a proporcionar ao cidadão a obtenção de um resultado semelhante ao que alcançaria acaso pudesse, por seus próprios meios, realizar concreta e efetivamente suas pretensões, como aceitar a demora na entrega da prestação jurisdicional, sobretudo quando há o desembolso de custas processuais?

Certo é que a demora na solução da lide provoca a total descrença no Poder Judiciário, e, por conseqüência, estimula o uso da força na solução dos conflitos,

passando a ser cada vez mais freqüente a prática da vulgarmente denominada “justiça pelas próprias mãos”.

Segundo Armando Castelar Pinheiro (2003), o insucesso em se produzir decisões com presteza é freqüentemente citado como um importante problema dos sistemas judiciais em todo o mundo. Isto, por sua vez, causa dois tipos de problemas inter-relacionados. Por um lado, a morosidade reduz o valor presente do ganho líquido (recebimento esperado menos os custos), significando que o sistema judicial só em parte protege os direitos de propriedade. Em economias com inflação alta, se os tribunais não adotarem mecanismos de indexação adequados, o valor do direito em disputa pode despencar para zero com bastante rapidez. Pode haver, assim, uma tensão entre conciliar justiça e eficiência, quando se procura ao mesmo tempo alcançar decisões rápidas, bem informadas, que permitam amplo direito de defesa e que ao mesmo tempo incorram em custos baixos.

Pesquisa nacional junto a médios e grandes empresários realizada pelo IDESP (Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo) mostra que no Brasil a morosidade é o principal problema do judiciário (Tabela 3.1) nove em cada dez entrevistados consideraram a justiça ruim ou péssima nesse quesito. A avaliação é negativa também em relação aos custos de acesso, ainda que menos do que a respeito da agilidade, e levemente positiva em relação à imparcialidade das decisões judiciais.

Tabela 3.1: Opinião dos Empresários Quanto ao Desempenho do Judiciário Brasileiro

	Agilidade		Imparcialidade		Custos	
	Freqüência	%	Freqüência	%	Freqüência	%
Bom Ótimo ^e	7	1,2	157	26,1	90	15,0
Regular	48	8,1	267	44,4	232	38,5
Ruim Péssimo ^e	540	90,8	154	25,6	250	41,5
Sem Opinião	0	0,0	24	4,0	30	5,0
Total	595	100.0	602	100.0		100.0

Fonte: Pinheiro (2000)

Ademais, há um efeito secundário, mas não menos relevante, da lentidão da justiça: ela encoraja a ida ao Poder Judiciário pelos litigantes de má-fé, ou seja, a utilização do processo judicial não para defesa de um direito ou imposição do respeito a um contrato, mas para impedir que isso aconteça ou pelo menos protelar o cumprimento de uma obrigação, iniciando nas primeiras instâncias e chegando a última delas. Isso significa que há um círculo vicioso na morosidade, com um grande número de ações que abarrotam o Poder Judiciário, contribuindo para a sua lentidão, estando lá apenas porque ele é lento.

O dano que é imposto àquele que reivindica o bem e o benefício que é gerado à parte que o mantém indevidamente no seu patrimônio são proporcionais à demora da justiça.

É exatamente por isso que o processo judicial brasileiro tem se revelado um ótimo negócio, ou um excelente “investimento econômico”, para o réu que não tem razão. (MARINONI, 2000, p. 183).

Tabela 3.2: Frequência com que diferentes partes privadas recorrem à Justiça para postergar o cumprimento de obrigações, por área do direito.

Esfera da Justiça	Muito frequente	Algo frequente	Pouco frequente	Nunca ou quase nunca ocorre	Não sabe/sem opinião	Não respondeu
Trabalhista	25,4	18,6	20	18,8	12	5,3
Tributária federal	51,3	23,5	6,1	1,8	11,9	5,5
Tributária estadual	44,7	27,8	8,0	1,3	12,3	5,9
Tributária municipal	40,1	25,9	11,9	2,4	13,4	6,3
Comercial	27,8	34,5	16,5	6,1	14,2	6,9
Propriedade Industrial	8,1	17,5	29,3	9,2	27,8	8,1
Direitos do Consumidor	8,6	17,5	33,5	21,3	13,4	5,7
Meio Ambiente	8,1	17,9	29,8	20,0	17,9	6,2
Inquilinato	20,2	30,8	22,4	8,0	11,7	6,9
Mercado de Crédito	32,7	27,5	13,8	3,8	15,9	6,3

Fonte: Pinheiro (2003)

Com efeito, um Poder Judiciário forte, independente, ágil no desempenho da sua principal missão, qual seja, o julgamento de ações, estimula o crescimento econômico, sob vários aspectos.

Todavia, inquestionável é a circunstância em que se encontra o Poder Judiciário brasileiro, o qual não consegue reduzir o tempo da prestação e efetivação de sua tutela estatal, de forma sintonizada com os valores segurança e justiça da decisão.

Certo é que a ausência de garantia de cumprimento dos contratos, sob o ponto de vista da coerção estatal, pode alterar a decisão do empresário em

desenvolver determinados negócios, deixar de explorar economias de escala, combinar insumos ineficientemente, não alocar sua produção entre clientes e mercados da melhor forma ou deixar recursos ociosos. De nada adianta um contrato bem redigido e amparado da legislação aplicável se não foi possível conferir eficácia às cláusulas livremente estipuladas. Além disso, as empresas tendem a se verticalizar, incorporando atividades que poderiam ser mais bem desenvolvidas por agentes econômicos especializados. Outrossim, a eficiência também é comprometida pelo consumo de recursos escassos no próprio processo de litígio.

O custo esperado de recorrer ao judiciário (ou a outras formas de resolução de disputas) não depende apenas das taxas pagas à justiça, mas compreende também as despesas incorridas pela parte durante o processo judicial. Deve ser avaliada, ainda, a probabilidade de se vencer a demanda e de como os custos do litígio são distribuídos entre quem ganha e quem perde a causa.

Um sistema de resolução de conflitos caracteriza-se como justo quando a probabilidade de vitória é próxima a um para o lado certo e a zero para o lado errado. A parcialidade é claramente ruim, e difere da imprevisibilidade porque distorce o sentido da justiça de uma forma intencional e determinista. A possibilidade de êxito na pretensão da parte é negativamente influenciada com a parcialidade.

Portanto, o descrédito e a desconfiança pesam sobre o Poder Judiciário com ênfase cada vez maior, a ponto de afastar a realização de investimentos no País, especialmente pelas empresas internacionais. Ou seja, as variações na qualidade dos sistemas legais e judiciais são importantes determinantes do ritmo de crescimento e do desenvolvimento econômico dos países.

Por outro lado, o Poder Judiciário, em particular, tem uma importante função enquanto protetor do cidadão e do investidor privado da expropriação estatal.

Quando essa missão é adequadamente exercida, a política e os compromissos públicos passam a ser dotados de maior credibilidade. O judiciário também pode estimular o crescimento reduzindo a instabilidade da política econômica. Políticas econômicas voláteis e altamente arbitrárias, ao desestabilizarem as “regras do jogo”, desencorajam o investimento e a produção. Um bom sistema judicial contribui para reduzir a instabilidade das políticas ao garantir o cumprimento de compromissos legislativos e constitucionais e ao limitar o arbítrio governamental.

Frise-se, ainda, que a morosidade da Justiça é perceptível diante das altas taxas de congestionamento, calculada levando-se em conta o número de processos em tramitação somados aos processos propostos no ano dividindo-se pelos processos julgados em um ano, que beira o percentual de 60%, de acordo com pesquisa realizada pelo STF - Supremo Tribunal Federal e publicada no ano de 2005.

Tabela 3.3. Litigiosidade – Congestionamento.

Âmbito	2º instância	1º instância
Justiça Federal	76,23%	81,37%
Justiça do Trabalho	20,56%	62,97%
Justiça Estadual	57,84%	75,45%
Supremo Tribunal Federal	58,67%	
Superior Tribunal de Justiça	31,12%	
Tribunal Superior do Trabalho	69,10%	
Total	59,26%	

Fonte: http://www.stf.gov.br/seminario/pdf/a_justica_em_numeros.pdf

Métodos alternativos de resolução de conflitos, como a arbitragem, podem ser preferidos, conseqüentemente, não só porque são mais rápidos, mas também porque os árbitros podem estar mais bem preparados para interpretar a questão em disputa.

Assim, a arbitragem, como meio processual para a solução dos conflitos, sem a presença do Poder Judiciário, visa consolidar os anseios daqueles que estão insatisfeitos com a demora na entrega da prestação jurisdicional, não só porque

contribui para aumentar o grau de discórdia com o seu semelhante, mas, também, pelo fato de lhe ser negado o direito constitucional de ver o seu direito reconhecido em tempo razoável de ser possível o seu gozo e a sua fruição.

3.3. A LEI BRASILEIRA DE ARBITRAGEM

3.3.1. Requisitos de admissibilidade do juízo arbitral

Para que se viabilize a instauração e o desenvolvimento válido e regular de um juízo arbitral e, portanto, hábil para produzir efeitos órbita jurídica e no plano fático, impõe-se a observância dos requisitos mínimos previstos na Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

3.3.1.1. Capacidade das partes

Consoante dispõe a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, em seu artigo 1º, a arbitragem pode ser utilizada por pessoas capazes quando o conflito versar sobre direitos patrimoniais disponíveis.

Há que se dizer, assim, que apenas as pessoas absolutamente capazes, nos termos da legislação civil – pessoas físicas não abrangidas pelas previsões contidas nos artigos 3º²³ do Código Civil e pessoas jurídicas regularmente constituídas – podem sujeitar conflitos à arbitragem.

23 Artigo 3º do Código Civil Brasileiro. São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

I - os menores de dezesseis anos;

II - os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;

III - os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

3.3.1.2. Disponibilidade do direito

Veja-se, ademais, que o legislador não se contentou em fixar a limitação do objeto litigioso às questões pertinentes a direitos patrimoniais, exigindo a disponibilidade jurídica, a teor do disposto no referido artigo 1º.

Como, a respeito de tais bens litigiosos, os respectivos titulares têm ampla e irrestrita disponibilidade, não se entrevê obstáculo sério a que disponham também dos meios tradicionais de sua tutela. A arbitragem, nessa ordem, é meio alternativo de composição de conflito acerca de bens disponíveis, como são outros meios não judiciais, a teor da mediação, da transação e da conciliação. Atua, portanto, num terreno de relações jurídicas onde a liberdade ou a autonomia da vontade se revela serena e soberana.

Portanto, os direitos indisponíveis, ou seja, insuscetíveis de negociação ou renúncia pelos respectivos titulares (assim, por exemplo, o direito à liberdade, à honra, à intimidade, a alimentos; todos aqueles inerentes ao estado e à capacidade das pessoas) não poderão ser submetidos à arbitragem.

Dúvidas poderão surgir a respeito dos direitos da personalidade, que não obstante sejam indisponíveis podem gerar reflexos patrimoniais, como se verifica, por exemplo, com a violação da privacidade, o dano à imagem, controvérsias relativas aos direitos autorais, dentre tantas outras.

Nesses casos, a controvérsia e a pretensão dos interessados giram em torno da obtenção do ressarcimento pelos danos sofridos, razão pela qual poderão utilizar a arbitragem diante do caráter eminentemente patrimonial da lide.

3.3.2. Escolha da Lei aplicável à arbitragem

A inserção da arbitragem nos quadros normativos do direito deriva da autonomia da vontade das partes, que normalmente estabelece as regras que deverão reger a relação jurídica, seja no tocante aos aspectos substantivos, isto é, aplicadas às questões de fundo do contrato ou da controvérsia, ou procedimentais, ou seja, que disciplinam os atos das partes e do árbitro no processo.

Estabelece o artigo 2º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes, as quais fica assegurada a escolha das regras de direito que serão aplicadas na solução da controvérsia, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

O aludido artigo 2º prevê, ainda, que as partes poderão convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

Vê-se, pois, que é dada às partes a possibilidade de optarem pelo uso da equidade, de maneira a conferir ao árbitro poderes para julgar independentemente da previsão legal, libertando-o das exigências da legalidade estrita, devendo dar à causa a solução que, a seu juízo, represente a justiça do caso concreto.

Note-se que o árbitro de equidade pode, até, decidir com base no direito objetivo, se entender que esta é a solução mais justa para o litígio que lhe foi submetido. Tal não altera a natureza da arbitragem neste caso, que é de equidade, por se ter permitido expressamente ao árbitro que buscasse a solução que lhe parecesse a mais justa para o caso concreto, ainda que esta não fosse a mais adequada nos termos do direito substancial em tese aplicável à hipótese (CÂMARA, p. 22).

Bobbio (1995, p. 173) identifica três tipos de equidade, a saber: substitutiva, integrativa e interpretativa: a primeira ocorre quando o julgador estabelece uma regra que supre a falta de uma norma legislativa. Na equidade integrativa a norma existe, mas é demasiadamente genérica e, portanto, não define com precisão todos os elementos e efeitos jurídicos. Fala, ainda, de equidade interpretativa quando o julgador define, com base em critérios equitativos, o conteúdo de uma norma legislativa que já existe e é completa.

Com efeito, a solução do litígio por equidade é a que se obtém pela consideração harmônica das circunstâncias concretas, do que pode resultar um ajuste da norma à especificidade da situação a fim de que a solução seja justa.

Diferentemente da arbitragem de equidade, na arbitragem de direito o conflito deverá ser composto com base nas normas de direito objetivo, devendo o árbitro se pautar pela estrita observância da legalidade na solução a ser dada à lide que lhe é submetida. Em outros termos: deverá árbitro, na arbitragem de direito, analisar os fatos que lhe são submetidos e a eles aplicar as normas jurídicas que regulem a relação jurídica daí decorrente.

Destaque-se, outrossim, que é possível às partes optarem pela aplicação dos princípios gerais de direito, dos usos e costumes e das regras internacionais de comércio.

Decidindo de conformidade com os usos e costumes, ou seja, da prática pública e geral, reiterada em constância e uniformidade, de um modo de agir, acompanhada da convicção de sua obrigatoriedade jurídica, estará o árbitro dispensado de aplicar as regras estritas do direito nacional.

Aliás, conforme já assinalado no presente trabalho, a clareza do artigo 2º da Lei brasileira de arbitragem, afasta qualquer dúvida quanto à possibilidade de

escolha, pelas partes, da legislação aplicável ao contrato firmado, razão pela qual nada obsta o uso das regras do comércio internacional, isto é, a *lex mercatoria*.

Nesse sentido, correta a visão de J. E. Carreira Alvim (2000, p. 206) quando afirma que a abertura dos mercados fará dessas regras (usos e costumes) o principal instrumento de resolução arbitral dos litígios internacionais, concluindo que “como as normas de direito interno nem sempre unem os interesses do comércio internacional, encontrarão os interessados, nas regras de internacionais do comércio, uma forma de prevenir-se quanto a eventuais conflitos”.

O certo é que, conforme Garcez (2001, p. 189), os dispositivos contidos no referido artigo 2º oferecem um largo espectro às partes para a escolha e seleção das normas e regras que deverão presidir a arbitragem, sendo presumível que esta faculdade se estenda também aos árbitros na falta de escolha pelas partes, desde que não se infrinjam os bons costumes ou a ordem pública.

3.3.3. Convenção de arbitragem: cláusula compromissória e compromisso arbitral

No presente trabalho, já foi suficientemente demonstrado que as partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral. Acrescente-se, agora, que isso se dá por meio da convenção de arbitragem, assim entendida como a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Os dois instrumentos podem ser utilizados para viabilizar a arbitragem, embora possuam, cada qual, finalidades distintas. Em outros termos, o legislador brasileiro conferiu funções diversas à cláusula compromissória e ao compromisso

arbitral. A primeira é necessariamente prévia ao litígio, enquanto a segunda surge após o nascimento da lide.

Segundo o previsto no art. 4º, da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996:

A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

Trata-se de um negócio jurídico sujeito ao implemento de condição suspensiva, qual seja, o efetivo surgimento da controvérsia; se esta não surgir, o negócio jurídico não se constitui, pela falta de objeto.

Ressalte-se que a cláusula compromissória deve ter forma escrita, podendo constar do próprio contrato a que se refere ou de ato separado que a ele faça menção. Tratando-se de contrato de adesão, no qual uma das partes limita-se a assinar instrumento elaborado prévia e unilateralmente pela outra, exige-se condições especiais para a previsão da arbitragem: a cláusula que a contempla somente será válida se o aderente ou tomar a iniciativa na previsão da sua instituição, ou concordar expressamente com esta, por escrito em documento anexo ou em cláusula destacada, com a assinatura ou visto especial para esta previsão.

De tal cláusula pode constar a referência às regras de alguma entidade especializada em arbitragem, ou a algum órgão arbitral institucional, caso em que a arbitragem deverá ser instituída de acordo com tais regras. Alude-se, nesse passo, à cláusula compromissória cheia e à vazia. Cheia será a cláusula em que estão determinados todos os elementos essenciais para a instituição da arbitragem (podendo ainda prever outros requisitos, facultativos para a instalação do juízo arbitral); vazia será a cláusula em que tais elementos não estão contemplados, ficando sua estipulação diferida para o momento em que a arbitragem efetivamente se mostre necessária, ou seja, para serem fixados no compromisso arbitral.

Impende salientar que a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que é inserida, de modo que a nulidade deste não importa a daquela, conforme artigo 8º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Tal previsão revela-se extremamente útil, na medida em que, muitas vezes, pode o árbitro ser convocado a decidir, precisamente, sobre a nulidade do contrato em que se previu a arbitragem, criando-se situação constrangedora se outra fosse a solução legal.

No compromisso arbitral, efetivamente, regula-se o presente, pois seu pressuposto é a existência de litígio.

De acordo com o artigo 9º, da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996:

Compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

É no compromisso que se estipulam todos os elementos necessários à constituição e ao desenvolvimento da arbitragem. Pode ser judicial, isto é, celebrado por termo em um processo em curso, na pendência de demanda a respeito de litígio em que é oferecida a solução arbitral à questão, ou extrajudicial, realizado por escrito particular, desde que assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

É curial frisar que a cláusula compromissória não se resume a uma promessa de contrair compromisso, mas, ao contrário, vincula o próprio contrato e as partes envolvidas imediatamente à arbitragem.

Não se trata, como pensa Câmara (2005, p. 28), de um mero contrato preliminar, gerador de obrigação de fazer para os contratantes, cujo descumprimento ocasiona a necessidade de se obter, na via judicial, uma tutela específica, para ver

lavrado o compromisso arbitral, com fundamento no artigo 7^o²⁴ da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Com efeito, o procedimento de que trata o referido artigo 7^o diz respeito apenas às cláusulas compromissórias que não contenham o elemento mínimo para que se possa instituir o tribunal arbitral (ou seja, o modo de nomear os árbitros), pois não sendo essa a hipótese a instituição da arbitragem não dependerá de intervenção judicial (CARMONA, 2004, p.144).

Para afastar dúvidas quanto à possibilidade de instauração da arbitragem independentemente de compromisso arbitral, deve-se evitar as cláusulas compromissórias vazias ou incompletas. Isso porque a falta de consenso entre os autores brasileiros quanto à instituição do juízo arbitral as levará às barras dos tribunais antes mesmo de iniciarem o processo (arbitral) para a solução do conflito de interesses.

Como se vê, da forma como disciplinado pela lei de arbitragem, prevista a cláusula compromissória num determinado contrato, em ocorrendo qualquer controvérsia a respeito do teor do mesmo, as partes não podem recorrer ao Poder Judiciário para solucioná-la, mas, sim, devem se sujeitar à decisão a ser proferida pelo árbitro escolhido para solucionar o compromisso arbitral então surgido.

Note-se, porém, que tão logo se editou a atual Lei brasileira de arbitragem (Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996), surgiram vozes condenando-a em razão de suposta ofensa à garantia constitucional de inafastabilidade de qualquer litígio da apreciação do Poder Judiciário, prevista na Constituição Federal, em seu artigo 5^o, inciso XXXV.

24 Artigo 7^o, Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

Não se pode olvidar que o aludido princípio constitucional teve o intuito de demonstrar o repúdio da sociedade pátria aos abusos cometidos durante períodos de ditadura, ou seja, representa uma garantia destinada a assegurar a intervenção do Poder Judiciário, sempre que houver violação de um direito do cidadão, com a observação de outros princípios constitucionais, como o do contraditório e da tutela jurisdicional.

Mas, em real verdade, o que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelece é que: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Não estabelece que as partes interessadas não excluam da apreciação judicial suas questões ou conflitos. Não determina que os interessados deverão sempre levar ao Judiciário suas demandas.

Embora se reconheça que a instituição do juízo arbitral é uma espécie de justiça privada, não se pode confundir a natureza privatística da justiça arbitral com a autotutela privada, o fazer justiça com as próprias mãos, prática vedada pelo ordenamento jurídico, que constitui, inclusive, crime de exercício arbitrário das próprias razões. Aliás, é para obviar essa autotutela que a lei, entre outros motivos, faculta às partes a instituição da jurisdição privada por meio do compromisso arbitral (NERY JÚNIOR, 2000, p. 82).

Com efeito, a intensidade de tal discussão – a inconstitucionalidade da Lei de arbitragem – já arrefeceu, em razão da pacificação promovida pelo Supremo Tribunal Federal na análise de casos envolvendo arbitragens.

Pode-se dizer que o julgamento do recurso de Agravo Regimental pelo Supremo Tribunal Federal – abaixo transcrito, oriundo do Reino da Espanha, em que foram figuraram como partes litigantes de um lado a sociedade estrangeira *MBV Commercial And Export Management Establiment* e do outro a Resil Industria e

Comércio LTDA., tornou-se uma espécie de *leadind case* para a arbitragem no Brasil, posto que “absorveu” todas as expectativas, pré-conceitos, desconfianças e dúvidas sobre as relações entre a arbitragem, a Constituição Federal do Brasil e a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, tornando-se cada movimento processual um ato denso de reflexão e discussão sobre o tema (SILVA, 2003, p. 181).

[...] Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri). 3. Lei de Arbitragem (L. 9.307/96): constitucionalidade, em tese do juízo arbitral; discussão incidental da constitucionalidade de vários dos tópicos da nova lei, especialmente acerca da compatibilidade, ou não, entre a execução judicial específica para a solução de futuros conflitos da cláusula compromissória e a garantia constitucional da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário (CF, art. 5º, XXXV). Constitucionalidade declarada pelo plenário, considerando o Tribunal, por maioria de votos, que a manifestação de vontade da parte na cláusula compromissória, quando da celebração do contrato, e a permissão legal dada ao juiz para que substitua a vontade da parte recalcitrante em firmar o compromisso não ofendem o artigo 5º, XXXV, da CF. Votos vencidos, em parte - incluído o do relator - que entendiam inconstitucionais a cláusula compromissória - dada a indeterminação de seu objeto - e a possibilidade de a outra parte, havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, recorrer ao Poder Judiciário para compelir a parte recalcitrante a firmar o compromisso, e, conseqüentemente, declaravam a inconstitucionalidade de dispositivos da Lei 9.307/96 (art. 6º, parág. único; 7º e seus parágrafos e, no art. 41, das novas redações atribuídas ao art. 267, VII e art. 301, inciso IX do C. Pr. Civil; e art. 42), por violação da garantia da universalidade da jurisdição do Poder Judiciário. Constitucionalidade - aí por decisão unânime, dos dispositivos da Lei de Arbitragem que prescrevem a irrecorribilidade (art. 18) e os efeitos de decisão judiciária da sentença arbitral (art. 31). (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pedido de Homologação de Sentença Estrangeira SE-AgR 5206 / EP - Espanha. Agravo regimental na sentença estrangeira. Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Julgado em 12/12/2001. Publicado no Diário de Justiça em 30/04/2004, pp. 00029, EMENT VOL-02149-06 PP-00958).

3.3.4. O árbitro

O árbitro é, inegavelmente, o mais importante sujeito no processo arbitral. Trata-se do terceiro, estranho à lide, a quem se confere o poder decisório sobre a mesma.

Importa salientar que a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, em seu artigo 13, ao disciplinar a figura do árbitro, estabelece que qualquer pessoa capaz e que goze da confiança das partes pode exercer esse múnus público, independentemente de formação específica, qualidade própria ou outra condição especial. Mais importante, pois, do que a qualificação possuída pelo árbitro, importa que nele convirja a confiança dos sujeitos que pretendem submeter certo litígio à arbitragem. Essa característica é essencial à própria função da arbitragem.

Pode-se, portanto, definir o árbitro como “toda pessoa natural que, sem estar investida da judicatura pública, é eleita por duas ou mais pessoas para solucionar conflito entre elas surgido, prolatando decisão de mérito” (FIUZA, 1995, p. 120).

De fato, a renúncia à jurisdição tradicional e mesmo a impossibilidade de insurgir-se contra a decisão arbitral (pela inexistência, no processo arbitral, da figura do recurso) faz com que se ponha sobre os ombros do árbitro severa responsabilidade, que somente pode ser bem desenvolvida se essa pessoa tiver a plena confiança das partes. Mais que isso, este crédito pode tornar-se fundamental para compelir as partes a aceitar a decisão arbitral, evitando-se o máximo possível submeter à sentença arbitral a posterior execução frente ao Poder Judiciário.

A lei, por outro lado, autoriza a formação de um tribunal arbitral, composto por mais de um árbitro. Não é, então, necessário que as partes designem apenas uma pessoa para decidir sua controvérsia. A faculdade é certamente elogiável, seja porque permite que cada qual dos interessados indique alguns dos julgadores, seja porque permite a formação de corpo de árbitros que reúna pessoas com formações ou especializações diferentes, oferecendo órgão multidisciplinar para o julgamento de questões de maior complexidade.

Não poderão funcionar como árbitros as pessoas que possuam, com as partes ou com o litígio, qualquer comprometimento, apuradas segundo as causas de impedimento e suspeição previstas pelo Código de Processo Civil brasileiro, de aplicação subsidiária à Lei arbitral.

Assim é que árbitro estará impedido de atuar quando (artigo 134 do Código de Processo Civil):

- i) for parte;
- ii) tiver intervindo no processo arbitral como mandatário da parte, oficiado como perito ou prestado depoimento como testemunha;
- iii) for cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau do advogado de qualquer das partes que esteja atuando no processo arbitral;
- iv) quando cônjuge, parente, consangüíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau; e
- v) quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

De outro lado, considerar-se-á suspeito o árbitro quando (artigo 135 do Código de Processo Civil):

- i) amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;
- ii) alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;
- iii) herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;
- iv) receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;

- v) interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Havendo qualquer desses motivos, compete ao árbitro apontá-lo desde logo, a fim de que a parte o substitua, se assim entender conveniente. Do mesmo modo, cumpre a ele, diante dessa causa, recusar sua nomeação, sob pena de poder ser responsabilizado futuramente por isso.

A parte, por seu turno, não pode – após estar ciente da causa de impedimento ou de suspeição do árbitro – e tendo aceito, apesar disso, sua indicação, pretender recusá-lo. A recusa, em tais casos, apenas pode dar-se por razão superveniente à nomeação, admitindo-se a recusa por fato anterior apenas quando a parte não tiver nomeado diretamente o árbitro ou quando o motivo para recusa deste somente veio a ser conhecido ulteriormente, nos termos do artigo 14, § 2º, da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Para as hipóteses em que o árbitro (ou os árbitros) não possa desempenhar sua atividade por qualquer razão – por exemplo, em caso de seu falecimento – prevê a lei a indicação de árbitro(s) substituto(s). Este deverá ser indicado no compromisso celebrado ou, sendo omissa esta pactuação, cumprirá às partes acordarem o modo de sua escolha. Não havendo acordo a respeito e não tendo estabelecido as partes algum critério para a escolha deste substituto, será necessário recorrer-se ao Poder Judiciário para a eleição deste ou – caso as partes tivessem pactuado não aceitar substituto – para a solução judicial da controvérsia, a teor do disposto no artigo 16, §§ 1º e 2º, da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

A lei de arbitragem equipara o árbitro a um servidor público para fins penais, conforme o artigo 17 da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Significa isso dizer que o árbitro, em agindo de forma ilícita, sujeita-se às penas previstas para os tipos específicos contemplados como crimes contra a Administração Pública praticados

por funcionários públicos. Assim, por exemplo, pode o árbitro ser sujeito ativo de crimes como o de corrupção passiva, prevaricação ou concussão (ARENHART, 2005).

3.3.5. Procedimento arbitral

A Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 regula, nos artigos 19 a 22, o procedimento arbitral. Cumpre, de logo, ressaltar que procedimento, no âmbito arbitral, é uma seqüência ordenada de atos, todos encadeados logicamente, em que cada um deles é conseqüência do anterior e causa do posterior. O processo é o aspecto extrínseco do processo, ou seja, a forma pela qual o processo se apresenta no mundo fenomênico. A arbitragem manifesta-se, extrinsecamente, como um procedimento realizado em contraditório, motivo pelo qual se pode falar aqui em processo arbitral.

É preciso, porém, dizer que a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, regula tão-somente um procedimento a ser observado supletivamente, deixando ao alvitre dos interessados – ou, subsidiariamente, ao do árbitro – a eleição do rito a ser seguido (artigo 21 e seu parágrafo primeiro). De fato, desde que obedecidas as diretrizes estabelecidas pelo § 2º, do art. 21, qualquer procedimento utilizado é tido como válido, mormente porque estabelecido em concordância com o interesse das partes.

Constata-se, por oportuno, que o princípio da autonomia das partes é, sem dúvida, o mais relevante para a arbitragem. Isso porque, as partes possuem total liberdade para escolher ou não a instância arbitral, e quando a escolha recai sobre a arbitragem, ele assegura aos sujeitos no processo, uma ampla liberdade para

estabelecer as regras procedimentais e outras questões, moldando-as conforme as suas particulares necessidades.

Vai daí que o procedimento da arbitragem é de livre escolha dos interessados. Esta liberdade apenas é restringida pela exigência de que sejam sempre respeitados os princípios – que, aliás, têm *status* constitucional – do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu livre convencimento. Tais princípios constituem, como cediço, o núcleo da garantia do devido processo legal, assegurado no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, que deve ser respeitado em qualquer espécie de processo, judicial ou não. De fato, se ninguém pode ser privado de seus bens sem o devido processo legal, é certo que esta regra – que não apresenta condicionante qualquer – não se pode aplicar, exclusivamente, às atuações estatais tendentes a esta privação de bens, mas também à iniciativa privada que conduza ao mesmo resultado.

Não se pode, por conta disso, conceber – ainda com a concordância das partes do processo arbitral – o estabelecimento de procedimento que não admita, ou que restrinja o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Com efeito, o princípio do contraditório significa a garantia de participação efetiva das partes no desenvolvimento de toda a demanda, através da possibilidade de influírem, com condições de igualdade, em todos os elementos que estejam relacionados com o objeto da causa e que, em qualquer fase do trâmite processual, figurem como potencialmente relevantes para o convencimento do órgão julgador. Destarte, ao passo que o contraditório diz respeito à garantia de participação no processo, em nível de ação e de defesa, a ampla defesa corresponde à extensão do exercício dessa participação. A defesa a que se refere este princípio é o conjunto de

provas que ambas as partes podem produzir e juntar ao processo, buscando convencer o tribunal arbitral de que sua argumentação é correta.

A Comissão Relatora da Lei de Arbitragem não se olvidou do estatuído no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, tendo como parâmetro os valores supremos da justiça e igualdade e a vinculação com a solução pacífica de controvérsias (LEMES, p. 76, 1999).

A inobservância do princípio da igualdade, aqui compreendida como a equiparação das partes relativamente à fruição e ao exercício de direitos, assim como a sujeição a deveres e obrigações no processo, acarretará a nulidade do processo arbitral e a sentença dela decorrente.

Logo, o árbitro deve assegurar tratamento igualitário a ambos os litigantes, com o escopo de conduzir a resultados efetivamente justos. A igualdade existente no processo arbitral é aquela tomada na sua acepção substancial ou realista, a qual considera as condições pessoais das partes, os poderes econômicos, a qualidade das suas representações e os meios de que dispõem para estabelecer o enfrentamento, para que, havendo desigualdades, o tribunal arbitral dispense-lhes tratamento que atinja o equilíbrio e a isonomia (ALVES, 2005).

De outro lado, não se pode sequer pensar em arbitragem se não se tem na figura do árbitro uma pessoa equidistante do litígio. Por imparcialidade, todavia, não se deve tomar a sua neutralidade. Árbitro neutro é o árbitro passivo, que não se interessa nem se esforça por dar a solução mais adequada ao litígio posto à sua apreciação. Não é isso que se quer, evidentemente. Não se pretende que o árbitro seja sujeito passivo, que espera, contemplativo, pelas provas e elementos trazidos pelas partes, sem poderes para buscar a melhor solução à controvérsia. O artigo 22 da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, a propósito, dota claramente o árbitro de

poderes instrutórios de ofício, o qual pode buscar então, mesmo ausente requerimento específico das partes, as provas que entender necessárias ao desenvolvimento de sua função.

Em matéria de prova, tem o árbitro (ou o tribunal arbitral) amplos poderes instrutórios. Todos os meios de prova podem ser realizados no procedimento arbitral, de ofício ou a requerimento de qualquer dos interessados. A colheita da prova oral (depoimento das partes e oitiva de testemunhas) será feita por termo (assinado pelo depoente – ou a seu rogo – e pelo árbitro) em data e local previamente comunicados por escrito às partes. Não comparecendo a parte ao ato de seu depoimento, sua ausência será considerada como elemento probatório por ocasião da sentença; faltante a testemunha, solicitará o árbitro à autoridade judiciária sua condução coercitiva, bastando para isso a prova da existência da convenção de arbitragem, nos termos do artigo 22, § 2º da Lei de arbitragem.

A fim de garantir a imparcialidade do árbitro, autoriza a Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, em seu artigo 20, que as partes apontem qualquer causa de impedimento ou de suspeição, cujas hipóteses já foram apontadas, através de exceção, a ser deduzida na primeira oportunidade que o interessado tiver para falar no procedimento, após instituída a arbitragem. O prazo em questão não deve ser visto como peremptório, ou seja, será sempre possível argüir-se o impedimento ou a suspeição do árbitro, mesmo após aquele momento primeiro. Assim deve ser porque é pressuposto fundamental da arbitragem a imparcialidade do árbitro, de forma que ausente esta, nula será sempre a decisão arbitral, não se cogitando na hipótese de convalidação do ato por conta de coisa julgada (que sequer existe no instituto). Aliás, é bom notar que a própria lei ressalva a possibilidade de reexame da questão da imparcialidade do árbitro em juízo, posteriormente, exatamente a indicar que não há

qualquer preclusão sobre esta questão, segundo o artigo 20, § 2º da Lei arbitral. Acolhida a exceção, o árbitro será substituído – na forma estipulada pelo compromisso arbitral ou segundo os critérios indicados no artigo 16, § 2º. Caso contrário, rejeitada a argüição, seguirá o procedimento seu curso, sendo possível ao interessado impugnar a imparcialidade do árbitro na via judicial, por meio da ação de que trata o art. 33 da Lei de arbitragem.

Impõe a Lei de arbitragem, ainda, o respeito ao princípio do livre convencimento do árbitro. Por livre convencimento não se deve entender a plena liberdade do árbitro em formar sua convicção, com qualquer elemento (presente ou não nos autos do procedimento arbitral), independentemente de justificação das razões que formam seu entendimento. Em verdade, o princípio que realmente informa a arbitragem é o do convencimento motivado, também chamado de persuasão racional do árbitro. De fato, o princípio em questão é o mesmo estabelecido no art. 131, do Código de Processo Civil, que impõe que a formação da convicção se dê, apenas, com os elementos presentes nos autos do processo arbitral, sem que se permita que o julgador possa valer-se de elementos outros, de que tem conhecimento, mas que não foram trazidos ao debate em contraditório. Mais que isso, este princípio impõe que o árbitro justifique sempre as razões que o levaram a dar maior valor a certa prova, em detrimento de outra (em sentido contrário).

De fato, não se concebe possa o árbitro decidir sem fundamentar as razões do seu convencimento. A motivação da decisão arbitral é elemento que se impõe não apenas porque decorre necessariamente da garantia do devido processo legal – que, como visto acima, é inerente também ao processo arbitral – mas ainda por expressa previsão legal, contemplada no artigo 26, inciso II, da Lei 9.307, de 23 de

setembro de 1996. A fundamentação, por óbvio, não pode limitar-se ao exame das questões de direito debatidas, mas há de estender-se também (e com muito maior frequência e intensidade) à matéria de fato trazida ao exame do árbitro. Daí a razão pela qual a menção ao livre convencimento deve ser vista como indicação, em realidade, ao princípio do convencimento motivado do árbitro.

Outro aspecto relevante no tocante ao procedimento arbitral diz respeito a conciliação. De fato, como preceitua o artigo 21, § 4º, da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, compete sempre ao árbitro – e independentemente da existência ou não de previsão a respeito no compromisso arbitral – tentar, ao início do procedimento, conciliar as partes. Sempre será, com efeito, mais desejável a auto-composição do conflito se comparada com qualquer forma de heterocomposição. A tônica da solução dos conflitos, hoje, é posta na pacificação social, de forma que sempre se prefere a solução amigável, proposta pelas próprias partes, à decisão imposta por terceiro.

A Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, também trata do instituto da revelia, não lhe atribuindo, porém, idênticos efeitos aos previstos pelo Código de Processo Civil. Limita-se a lei a dispor que a revelia da parte não impedirá a prolação da sentença arbitral. Não há, porém, qualquer imposição de efeitos materiais ou processuais decorrentes da revelia, que deverão, para incidir, estar previstos no compromisso arbitral.

Poderá, ainda, suceder que, no curso da arbitragem, sobrevenha questão referente a direito indisponível, que seja prejudicial ao exame do litígio submetido à arbitragem. Presente esta questão prejudicial – cuja apreciação compete exclusivamente ao Poder Judiciário, por força da intrínseca ligação da arbitragem, exclusivamente, a questões de direitos que admitem transação – cumprirá ao árbitro

remeter as partes ao órgão jurisdicional competente para a solução do tema, suspendendo o curso da arbitragem. Julgada a questão (por sentença ou acórdão transitado em julgado) terá prosseguimento a arbitragem, tomando-se a decisão judicial como pressuposto para o exame do litígio sujeito ao juízo arbitral, consoante dispõe o artigo 25 e seu parágrafo único, da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Da mesma forma que a arbitragem italiana a arbitragem brasileira termina por decisão capaz de produzir os efeitos da sentença judicial, o que tem preciso significado no terreno da interpretação (RICCI, 2004, p. 191).

Denomina-se, pois, sentença arbitral o ato do árbitro ou do tribunal arbitral que decide a controvérsia, submetida à arbitragem. É ato em tudo assimilado à sentença judicial, com a única ressalva de que não pode conter, entre seus efeitos, qualquer expressão de *imperium*, por não se tratar de ato estatal.

Com efeito, o julgamento contido na sentença arbitral pode revestir-se de qualquer eficácia que não se situe no exercício de *imperium* estatal. Desse modo, esta sentença pode ser declaratória, constitutiva ou condenatória.

Conquanto a sentença arbitral tenha, substancialmente, o mesmo valor da sentença judicial, substituindo-a, sendo verdadeiro julgamento de mérito, constituindo, pois, título executivo judicial, a realização de tais atos executivos, necessários para compelir o vencido ao cumprimento da decisão, não podem ser praticados pelo juízo arbitral.

Portanto, muito embora tenha plena aptidão para “dizer o direito”, não poderá o juízo arbitral utilizar-se dos meios coercitivos que são típicos do Poder Judiciário.

Por isso, não havendo atendimento dos termos da sentença arbitral, pelo vencido, restará ao vencedor buscar perante o Poder Judiciário a efetivação do seu

Direito, pois de nada adiantaria reconhecer um direito. A execução, nesse diapasão, por ser o momento da entrega do bem jurídico, é essencial para uma prestação jurisdicional que pretenda ser efetiva e célere.

Já foi dito no item 1.2. do presente trabalho que a Lei nº 11.232/05 alterou substancialmente a forma de execução dos títulos executivos judiciais, dentre os quais se destaca a sentença arbitral, a fim de atender as exigências da celeridade e da eficiência.

Nos termos da nova lei, o devedor condenado ao pagamento de quantia certa terá o prazo de 15 (quinze) dias para efetuar o pagamento, sob pena de sofrer uma multa de 10% (dez por cento) sobre o montante da condenação, sendo ainda - e desde que requerido pelo credor - expedido mandado de penhora e avaliação.

Com a penhora, o Estado “invade” a esfera patrimonial do devedor inadimplente, individualizando bens que serão oportunamente utilizados na satisfação do credor.

Intimado o executado da efetivação da penhora ainda poderá apresentar uma impugnação no prazo de 15 (quinze) dias, que versará apenas sobre as matérias relacionadas no artigo 475-L do Código de Processo Civil, ou seja, i) falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia; ii) inexigibilidade do título; iii) penhora incorreta ou avaliação errônea; iv) ilegitimidade das partes; v) excesso de execução; e vi) qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença.

Todavia, ao contrário do que ocorre nos embargos à execução, esta impugnação não terá, a princípio, o condão de suspender a fase executória do

processo, sendo facultado ao juiz atribuir tal efeito suspensivo, nos termos do novel artigo 475-M do Código de Processo Civil.

Diga-se, ainda, que a sentença arbitral opera seus efeitos não apenas em relação às partes, entre as quais é dada, mas, à semelhança do que ocorre com a sentença judicial, é impositiva também frente aos sucessores das partes, a teor do artigo 31 da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Obviamente, e mais uma vez do mesmo modo do que ocorre com a sentença judicial, pode a sentença arbitral operar efeitos (naturais e reflexos) em face de terceiros, não podendo, porém, ser exigida em relação a terceiros, nem sendo estes efeitos indiscutíveis para terceiros.

A sentença arbitral também poderá revestir-se de caráter meramente homologatório. Efetivamente, quando as partes, no curso da arbitragem, chegarem a algum acordo a respeito do litígio, poderão elas solicitar ao árbitro (ou ao tribunal arbitral) homologação desta transação por sentença, mesmo para que se revista ela da eficácia de título executivo, à semelhança da sentença arbitral condenatória.

A sentença arbitral deve ser prolatada no prazo previsto pela convenção de arbitragem; em sendo omissa este pacto, o prazo para a sentença será de 6 meses, contados da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro, consoante preceitua o artigo art. 23 da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. O descumprimento desse prazo – desde que a parte interessada haja notificado o árbitro, concedendo-lhe prazo de 10 dias para a entrega da sentença – acarreta a extinção do compromisso arbitral e, conseqüentemente, a nulidade daquele julgamento, a teor do disposto no artigo 32, inciso VII, da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Porém, o prazo poderá ser prorrogado por acordo das partes com o árbitro, tantas vezes quantas correspondam ao interesse dos litigantes.

Ademais, exige o artigo 24 da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que a sentença arbitral seja dada em documento escrito, que contenha os requisitos do artigo 26 da mesma Lei. Assim, deverá esta sentença (de forma semelhante ao que ocorre com a sentença judicial) conter relatório, fundamentação e dispositivo, além de indicar a data e o local em que foi dada e de estar assinada pelo árbitro ou pelos árbitros que a elaboraram. No relatório, é obrigatória a menção aos nomes dos litigantes, sendo o espaço para que os árbitros apresentem uma síntese do litígio a eles submetido. Na fundamentação da sentença arbitral, deverão os árbitros avaliar as questões de fato e de direito componentes das razões do litígio, indicando as razões que os levam a decidir de tal ou qual forma. É nesse momento que se estabelecem as premissas do julgamento, com o exame dos argumentos trazidos pelas partes, das provas produzidas e dos elementos relevantes para a formação do convencimento dos árbitros. Impõe a lei, também, que na fundamentação haja expressa menção de que a decisão se funda em equidade, quando este for o caso, segundo estabelece o artigo 26, inciso II, da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Estabelecidas as razões do julgamento (os motivos que levam à determinada conclusão), passa-se ao dispositivo da sentença arbitral, que é o local em que os árbitros resolvem os pedidos que lhes foram apresentados, oferecendo a solução à controvérsia sujeita à arbitragem. Se necessário, também nesse momento se há de fixar prazo para o cumprimento da sentença arbitral pelas partes. Ainda na sentença arbitral deverá ser decidido a respeito das despesas e custas referentes à arbitragem. Compete aos árbitros imputar esta responsabilidade às partes, segundo critérios de equidade ou de acordo com a previsão contida na convenção de arbitragem.

A sentença arbitral – no caso de ser proferida por tribunal arbitral – é tomada por maioria de votos, prevalecendo, no caso de dissidência invencível, o voto do presidente do tribunal, conforme o artigo 24, § 1º, da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Poderá o árbitro vencido, se assim entender necessário, declarar seu voto em separado, o que, todavia, não alterará a substância da decisão, nem terá repercussões em termos de eficácia da decisão ou de impugnabilidade da sentença.

Concluída a sentença arbitral, dela será dada ciência às partes, através do envio de cópia da decisão, pessoalmente (com recibo), por via postal ou por qualquer outro meio de comunicação (mediante prova do seu recebimento). A partir desta ciência, terá início o prazo para o cumprimento da decisão.

A sentença arbitral não se sujeita a recurso de qualquer espécie, nem à homologação judicial, conforme estabelece o artigo 18 da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Poderá, porém, a parte interessada requerer ao árbitro (ou ao tribunal arbitral) no prazo de 5 dias, contados da ciência da sentença arbitral, com comunicação ao seu adversário, que corrija eventual erro material contido naquela decisão ou até mesmo que esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição ali presente ou mesmo supra possível omissão verificada. Apresentado o requerimento de esclarecimento/retificação da sentença, deverão os árbitros a seu respeito pronunciar-se em 10 dias, aditando a sentença se for o caso, e comunicando as partes após, de forma idêntica à comunicação referente à sentença.

Em princípio, a sentença arbitral corresponderá à solução da controvérsia a ser utilizada pelas partes. Ainda que as partes não se satisfaçam com esta decisão, ou mesmo que pudessem opor-se – por algum vício material ou formal – a ela, por terem optado pela arbitragem, renunciaram à solução da lide pelo Poder Judiciário, a ele não podendo recorrer para revisar a deliberação arbitral.

Excepcionalmente, porém, admite-se que a parte interessada possa buscar, junto ao Poder Judiciário o reconhecimento da nulidade da sentença arbitral. De fato, alguns vícios comprometem tão diretamente a função e o desenvolvimento da arbitragem, que não será possível considerar-se o resultado obtido como a intenção das partes ou como o objetivo do Estado (ao autorizá-la como meio alternativo de pacificação social). Assim é que o artigo 32, da Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996, arrola as situações que implicam nulidade da sentença arbitral. Será nula esta decisão sempre que:

- i) for nulo o compromisso;
- ii) emanou de quem não podia ser árbitro;
- iii) não contiver os requisitos do art. 26 da mesma Lei;
- iv) for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;
- v) não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;
- vi) comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;
- vii) proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta mesma Lei; e
- viii) forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, da Lei arbitral.

A nulidade da sentença arbitral – e *a fortiori* da convenção de arbitragem, quando for o caso – poderá ser pleiteada ao Poder Judiciário, nos termos do artigo 33 da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, a ser proposta no prazo de até 90 dias contados da data da ciência da prolação da sentença arbitral (ou do seu aditamento). Decidindo o caso, o juiz, se procedente o pedido, declarará a nulidade da sentença proferida (ou da convenção havida), determinando, quando for o caso,

que nova sentença seja dada. Obviamente, somente será caso de nova sentença arbitral quando a nulidade da primeira não tiver por fundamento a vedação da arbitragem sobre a questão ou a impossibilidade atual da sua renovação. Eventualmente, também, poderá ocorrer que o magistrado anule o procedimento arbitral (total ou parcialmente) determinando, antes da prolação de nova sentença arbitral, a repetição de atos a partir do momento em que ocorreu o vício.

Impende notar que deve ser priorizada a manutenção da sentença arbitral, aproveitando a parte boa e sanando a irregularidade apresentada, tudo no intuito de preservar ao máximo o processo arbitral perfilhado.

Importa observar que a análise efetuada pelo juiz da ação de anulação de sentença arbitral é de verificar se ocorreram os motivos relacionados no artigo 32, não podendo reformular a sentença arbitral para dar-lhe outro entendimento ou exarar outra decisão. O objetivo da demanda é de desconstituir a sentença arbitral definitivamente ou determinar que o árbitro ou tribunal arbitral profira nova sentença, apenas e tão-somente diante de alguma das hipóteses acima relacionadas.

Nesse sentido, já decidiu o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais que inexistente nulidade da sentença arbitral se presentes se encontram a fundamentação e o dispositivo sentencial, resolvendo, plenamente, a questão submetida a julgamento, “não se afastando dos limites da lide e não contendo, quanto ao seu aspecto formal, os vícios que lhe imputa a parte vencida”. (Processo 2.0000.00.404886-4/000(1) - Relator: Teresa Cristina da Cunha Peixoto Data do julgamento: 03/12/2003 – publicado em: 07/02/2004).

3.3.6. Reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras no Brasil

É inegável que nos dias de hoje, com a globalização econômica e a superação das fronteiras entre os diversos países, tem sido bastante freqüente a prolatação de sentenças arbitrais no exterior. Não por outra razão, a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, prevê a possibilidade da sentença arbitral estrangeira ser reconhecida e executada no Brasil, conforme adiante será explicitado.

Podem os interessados, portanto, utilizar os institutos de arbitragem internacionais (muitos dos quais com inequívoca tradição e autoridade) para a decisão da controvérsia.

Nesse contexto, convém destacar que consoante o artigo 34 da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, a sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil conforme os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo os dispositivos legais nela previstos.

Logo a seguir, o parágrafo único do mesmo artigo apresenta o conceito, adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, de sentença arbitral estrangeira, ao afirmar que “considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”.

Constata-se, pois, que a Lei de arbitragem adotou um critério puramente geográfico para definir a sentença arbitral estrangeira, e diferenciá-la da nacional (CÂMARA, 2005, p. 156).

Certo é que o reconhecimento e a execução de sentença estrangeira constituem mecanismos de salvaguarda e proteção de direitos que se efetivam com a sentença homologatória, mas diferem quanto ao seu conteúdo finalístico.

Enquanto com o requerimento de reconhecimento de sentença estrangeira o sujeito atua na retaguarda, defendendo o direito de que é titular e que pretende ter assegurada sua defesa em outro país, no pedido de execução o interessado age de forma pró-ativa, no *front*, visando o exercício de um direito concreto e válido ainda pendente de cumprimento pelo obrigado (MARTINS, 1999, p. 438).

Por meio do reconhecimento da sentença estrangeira busca o interessado obter a chancela do Estado para torná-la eficaz no território no qual deva ser cumprida e, pois, afastar toda e qualquer dúvida quanto ao mérito da decisão proferida na forma e nos termos do país de origem, evitando, por conseguinte, discussões relacionadas ao direito utilizado para pôr fim à contenda.

Em sendo assim, pode-se atribuir natureza preventiva ao reconhecimento da sentença arbitral estrangeira, pois o requerente almeja anteparo, de modo a proteger o seu direito de potenciais controvérsias em torno de questões já enfrentadas, conferindo, pois, eficácia plena à decisão; ao passo que a execução possui nítido caráter coercitivo, permitindo à parte a utilização dos meios legais necessários à satisfação do direito reconhecido na decisão.

A principal fonte sobre reconhecimento e cumprimento de sentenças arbitrais estrangeiras é certamente a Convenção de Nova Iorque de 1958, que disciplina minuciosamente a questão. O princípio geral da convenção é o de que cada Estado membro reconhecerá a sentença arbitral como vinculante e, conseqüentemente, o executará de acordo com as suas próprias regras processuais.

A inovação e a importância desse princípio residem no fato de ter sido abolida a necessidade do reconhecimento judicial da sentença arbitral tanto no país em que foi proferido, quanto no país em que ela deva ser executada, ou seja, o denominado “duplo *exequatur*”. Assim, nos Estados que ratificaram a Convenção, qualquer sentença arbitral oriunda de outro Estado membro será reconhecida e executada tal como uma sentença nacional (DOLINGER e TIBÚRCIO, 2003, 81).

Saliente-se que somente após quarenta e quatro anos após ter sido aberta à assinatura pelos Estados na Secretaria Geral das Nações Unidas, a Convenção de Nova Iorque foi finalmente promulgada no Brasil. Em 23 de julho de 2002, o Presidente da República assinou o Decreto Executivo 4.311, por meio do qual a referida Convenção - que havia sido aprovada pelo Congresso Nacional brasileiro no dia 25 de abril de 2002, mediante o Decreto Legislativo 52 - enfim entrou em vigor.

De fato, a tão aguardada promulgação da Convenção de Nova Iorque significa, pois, um sinal inequívoco da adequação do Brasil às modernas regras do direito comercial internacional, além de representar uma importante contribuição para a melhor inserção das empresas brasileiras no cenário mundial.

Por sua vez, a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, em seu artigo 35, preceitua que para ser reconhecida ou executada, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal.

Frise-se que com o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, publicada no Diário Oficial da União do dia 31 do mesmo mês, a competência exclusiva para a homologação da sentença estrangeira foi transferida do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça.

Portanto, atualmente, a eficácia da sentença arbitral proferida no exterior é obtida por meio de homologação pelo Superior Tribunal de Justiça, a quem cabe, exclusivamente, decidir acerca do pedido.

Esta homologação será procedida na forma ditada pela legislação processual para a homologação de sentenças judiciais estrangeiras - artigos 483 e 484, do Código de Processo Civil brasileiro, bem como as normas internas do Superior Tribunal de Justiça.

Em sendo assim, a parte interessada na homologação de sentença arbitral estrangeira deverá solicitá-la, ao Superior Tribunal de Justiça, em petição escrita, que obedeça aos requisitos essenciais de qualquer petição inicial, nos termos do artigo 282, do Código de Processo Civil brasileiro, a ser instruída com o original da sentença arbitral estrangeira (ou cópia certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e guarnecida por sua tradução oficial) bem como com o original da convenção de arbitragem havida, ou seu equivalente (ou ainda cópia destes elementos, também devidamente certificados e acompanhados de tradução oficial), tudo de acordo com o artigo 37 da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Ressalte-se que a principal função do Superior Tribunal de Justiça no processo de homologação é observar se o julgado proferido no estrangeiro encontra-se em consonância com a ordem pública brasileira. Desse modo, não será homologada a sentença estrangeira que ofenda a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes, consoante dispõe o artigo 17 da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, cujo inteiro teor – diga-se por oportuno – encontra-se transcrito na nota 16 do presente trabalho.

Acrescente-se que a ordem pública, como elemento exógeno às leis, tem sido classificada como de primeiro, de segundo e de terceiro grau (DOLINGER e TIBÚRCIO, 2003, 104).

Assim, identifica-se por primeiro grau de ordem pública aquele de âmbito interno, que estabelece, por exemplo, a invalidade de cláusulas contratuais que firam princípios basilares do ordenamento jurídico. Por sua vez, o segundo grau designaria a ordem pública de direito internacional privado, que é aquela ordem que impede a aceitação de leis, atos e decisões estrangeiros contrários à ordem pública interna e, conseqüentemente, produz efeitos no plano internacional. Por fim, o terceiro grau da ordem pública é o que estabelece os princípios universais, nos vários setores do direito internacional, bem como nas relações internacionais, servindo aos mais altos interesses da comunidade mundial, às aspirações comuns da humanidade.

Justifica-se a preocupação com a ordem pública na mesma medida em que se pugna pela livre circulação das sentenças arbitrais e pelo amplo reconhecimento de seus efeitos, independentemente do local de origem da decisão (ALMEIDA, 2003, pp. 164-165).

Infere-se, pois, que caberá ao juiz brasileiro, diante do caso concreto, e tendo em vista a orientação sócio-política e filosófica da sociedade, e do ordenamento jurídico, afirmar se a sentença arbitral estrangeira submetida a pedido homologatório, ofende, ou não, a ordem pública brasileira.

Ademais, ao apreciar pedido homologatório, ocupa-se o Superior Tribunal de Justiça com a análise das questões processuais.

Portanto, devem ser diferenciados, no processo de homologação da sentença estrangeira, os requisitos materiais – que dizem respeito aos fundamentos da decisão, dos processuais, relacionados aos requisitos formais do pedido.

O Supremo Tribunal Federal, quando ainda detinha competência para apreciar pedidos de homologação de sentença arbitral estrangeira, posicionava com extrema cautela, sobretudo no tocante aos requisitos materiais, a fim de assegurar a tutela da ordem pública, conforme se depreende do julgado abaixo:

SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM. COMPETÊNCIA NÃO DEMONSTRADA. HOMOLOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O requerimento de homologação de sentença arbitral estrangeira deve ser instruído com a convenção de arbitragem, sem a qual não se pode aferir a competência do juízo prolator da decisão (Lei 9.307, artigos 37, II, e 39, II; RISTF, artigo 217, I).

2. Contrato de compra e venda não assinado pela parte compradora e cujos termos não induzem a conclusão de que houve pactuação de cláusula compromissória, ausentes, ainda, quaisquer outros documentos escritos nesse sentido. Falta de prova quanto à manifesta declaração autônoma de vontade da requerida de renunciar à jurisdição estatal em favor da particular.

3. Não demonstrada a competência do juízo que proferiu a sentença estrangeira, resta inviabilizada sua homologação pelo Supremo Tribunal Federal. Pedido indeferido. (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. SEC 6753 / UK - Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte. Sentença Estrangeira Contestada. Relator(a): Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 13/06/2002. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: Diário de Justiça 04.10.2002, pp-00096. Ementário vol. 02085-02 pp-00317)

Por sua vez, o Superior Tribunal de Justiça, dotado da competência atribuída pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, em decisão proferida recentemente, de igual modo, negou pedido de homologação de sentença arbitral por entender violada a ordem pública, manifestando-se a corte especial nos seguintes termos:

PROCESSUAL CIVIL. SEC - SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA. HOMOLOGAÇÃO. DESCABIMENTO. ELEIÇÃO DO JUÍZO ARBITRAL. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA DA PARTE REQUERIDA. OFENSA A PRINCÍPIO DE ORDEM PÚBLICA. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO.

1. PLEXUS COTTON LIMITED, sociedade constituída e existente de acordo com as leis da Inglaterra, com sede em Liverpool, Inglaterra, requer a homologação de SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA,

proferida por LIVERPOOL COTTON ASSOCIATION - LCA, que condenou SANTANA TÊXTIL LTDA. a pagar à requerente a quantia de U\$D 231.776,35 (duzentos e trinta e um mil, setecentos e setenta e seis dólares e trinta e cinco centavos), além de determinar o faturamento de parte da mercadoria ou o equivalente a 2.204.600 libras líquidas, em razão de descumprimento de contrato firmado entre as partes.

2. Na hipótese em exame, consoante o registrado nos autos, não restou caracterizada a manifestação ou a vontade da requerida no tocante à eleição do Juízo arbitral, uma vez que não consta a sua assinatura nos contratos nos quais se estabeleceu a cláusula arbitral.

3. A inequívoca demonstração da manifestação de vontade de a parte aderir e constituir o Juízo arbitral ofende à ordem pública, porquanto afronta princípio insculpido em nosso ordenamento jurídico, que exige aceitação expressa das partes por submeterem a solução dos conflitos surgidos nos negócios jurídicos contratuais privados a arbitragem.

4. No caso em exame, não houve manifestação expressa da requerida quanto à eleição do Juízo Arbitral, o que impede a utilização desta via jurisdicional na presente controvérsia.

5. Pedido de homologação a que se nega deferimento. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Pedido de Homologação de Sentença Estrangeira SEC 967 / EX; Sentença Estrangeira Contestada 2005/0053998-0. Relator Ministro José Delgado. Corte Especial. Julgado em 15/02/2006. Publicado no Diário de Justiça em 20/03/2006, p. 175.).

Conquanto não seja tarefa do Poder Judiciário brasileiro apreciar o mérito da sentença arbitral estrangeira, uma vez detectada ofensa à ordem pública, caracterizada por grave vício de manifestação de vontade da parte, que sequer chegou a externar a intenção de submeter o litígio à arbitragem, pois ausente a assinatura no contrato em que contém a cláusula arbitral, dúvida não há quanto ao acerto das decisões proferidas tanto pelo Supremo Tribunal Federal como pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido do indeferimento do pedido de homologação levado a efeito pelo interessado.

Porém, em decisão ainda mais recente, o Superior Tribunal de Justiça, verificando, então, a ausência de ofensa à ordem pública, e, diante da presença dos requisitos processualmente exigidos, homologou pedido de sentença arbitral estrangeira, nos termos abaixo:

SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA. CONDENAÇÃO DE EMPRESA BRASILEIRA AO CUMPRIMENTO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. REQUISITOS FORMAIS PARA O DEFERIMENTO

DO PEDIDO DE HOMOLOGAÇÃO OBSERVADOS. RECONHECIMENTO DA ARBITRAGEM COMO MEIO LEGAL DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS DE DIREITOS DISPONÍVEIS. LEI N. 9307/96. AUSÊNCIA, IN CASU, DE AFRONTA A PRINCÍPIOS DE ORDEM PÚBLICA.

I - Não viola a ordem pública brasileira a utilização de arbitragem como meio de solução de conflitos, tanto que em plena vigência a Lei n. 9307/96 (Lei de Arbitragem), não se podendo afirmar, de outro turno, ter a ora requerida eleito esta via alternativa compulsoriamente, como sugere, até mesmo porque sequer levantou indício probatório de tal ocorrência.

II - *Ex vi* do parágrafo único do art. 39 da Lei de Arbitragem brasileira, "não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa."

III - Ademais, é farto o conjunto probatório, a demonstrar que a requerida recebeu, pela via postal, não somente a citação, como também intimações objetivando o seu comparecimento às audiências que foram realizadas, afinal, à sua revelia.

IV - Observados os requisitos legais, inclusive os elencados na Resolução n. 9/STJ, de 4/5/2005, relativos à regularidade formal do procedimento em epígrafe impossibilitado o indeferimento do pedido de homologação da decisão arbitral estrangeira.

V - Pedido de homologação deferido, portanto. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Pedido de Homologação de Sentença Estrangeira SEC 874 / EX; Sentença Estrangeira Contestada 2005/0034908-7. Relator Ministro Francisco Falcão. Corte Especial. Julgado em 19/04/2006. Publicado no Diário de Justiça em 15.05.2006, p. 142).

Infere-se, pois, que a tendência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o ato homologatório da sentença arbitral estrangeira limita-se à análise dos seus requisitos formais, não havendo que se falar no exame do mérito tratado na decisão em que se busca a produção dos efeitos no território pátrio. Isso significa dizer que o objeto da delibação na ação de homologação de sentença estrangeira não se confunde com aquele do processo que deu origem à decisão alienígena.

Nesse sentido, Pontes de Miranda (1998, pp. 79-80) afirma que:

A ação que emana da pretensão à homologação não é a ação da causa em que se proferiu a sentença homologanda. É ação fundada em documento, com o fito de conferir a esse título a produção de eficácia de sentença dentro do país. A maior parte dos requisitos são pressupostos processuais, porque se prescinde de qualquer indagação do mérito da ação primitiva.

Saliente-se que além das hipóteses de indeferimento acima apontadas, é possível que o Superior Tribunal de Justiça negue a homologação para o

reconhecimento de sentença arbitral estrangeira, com fundamento em alguma das hipóteses previstas no artigo 38 da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, a saber:

i) Incapacidade das partes na convenção de arbitragem. Nesse ponto, a análise deve ser feita sob o prisma da lei escolhida pelas partes, prestigiando, assim, a autonomia da vontade (CARMONA, 2004, p. 369).

ii) Invalidade da convenção de arbitragem segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida. Referida hipótese envolve tanto as questões de forma quando as de conteúdo. Quanto à forma, a lei escolhida pelas partes, ou, na falta dela, a lei do local em que a sentença arbitral deverá ser proferida, ditará as regras. No que se refere ao conteúdo, os maiores problemas estão relacionados à natureza da matéria decidida pelo juízo arbitral. Por exemplo, no Brasil, a arbitragem somente poderá dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

iii) Ausência de notificação do réu da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou violação do princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa. Aqui, são duas situações distintas. A primeira revela alijamento de uma das partes do processo arbitral; enquanto a segunda provoca prejuízo para o direito de defesa. De fato, se a arbitragem é instaurada por meio de cláusula compromissória, prevendo as partes que um órgão arbitral institucional indique o árbitro único, não sendo o litigante informado deste ato, o processo arbitral correrá em contumácia, não por vontade do demandado, mas por absoluto desconhecimento da existência de tribunal arbitral constituído para a decisão de determinada controvérsia. Em relação ao princípio do contraditório, trata-se de verificar se os atos processuais foram regularmente informados às partes e se

foi-lhes permitido exercer o direito de fazer valer as próprias razões, conforme as regras adotadas pelos próprios litigantes.

iv) Sentença arbitral proferida além dos limites da convenção de arbitragem, não sendo possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem. Assim, poderá a decisão homologanda ser impugnada em virtude do excesso praticado pelo árbitro na decisão, admitindo-se, todavia, o reconhecimento, pelo Superior Tribunal de Justiça, da parte da sentença que esteja em consonância com a convenção de arbitragem.

v) Constituição do tribunal arbitral em desacordo com o pactuado no compromisso arbitral ou cláusula compromissória. A hipótese permite a defesa do réu, no procedimento homologatório, limite-se à correta instituição do tribunal arbitral, seja quanto à forma, seja quanto ao número de árbitros, seja quanto a sua qualificação técnica.

vi) Sentença arbitral estrangeira que ainda não esteja apta a vincular as partes, eis que suscetível de impugnação no âmbito do próprio procedimento arbitral; ou tenha sido anulada ou esteja suspensa, em virtude de medida cautelar.

Por fim, é de se dizer que, ainda que negado o reconhecimento de eficácia, no Brasil, da sentença arbitral estrangeira, por vícios formais, poderá a parte interessada intentar novamente demanda em que pretenda ver tal eficácia reconhecida, bastando para isto que esteja sanado o vício anteriormente existente. Nos demais casos de denegação, já anteriormente apontados, não haverá, por óbvio, a possibilidade de renovação do pedido ao Superior Tribunal de Justiça, com base na mesma sentença arbitral estrangeira.

CONCLUSÕES

A análise Econômica do Direito apresenta-se como uma realidade inexorável, notadamente diante da busca pela segurança jurídica no âmbito das relações privadas, onde se encontra a força propulsora da atividade produtiva.

Foi demonstrado que no âmbito dos contratos de comércio internacional a autonomia da vontade dos contratantes vem ganhando espaço, a fim de permitir o estabelecimento de regras próprias, alheias ao ordenamento jurídico nacional de determinado país.

Constatou-se que a desestruturação do modelo tradicional de solução de conflitos, ou seja, por meio da intervenção do Poder Judiciário, considerada a carga processual avassaladora, impede respostas seguras e céleres e exige o uso de sistemas alternativos de controvérsias.

Com efeito, deve-se estimular o uso da arbitragem para solução dos eventuais conflitos decorrentes de contratos internacionais, pois, diante da taxatividade da norma arbitral acima aludida, afasta-se qualquer dúvida quanto à possibilidade das partes livremente escolherem o Direito aplicável.

A adoção e implementação de um instituto como a arbitragem para solução de conflitos denota clara tendência de aprimoramento das relações comerciais internacionais. Reflete uma adequação ante um quadro, inexorável e inadiável, de formação de blocos econômicos, fusões empresariais e desenvolvimento de mercados consumidores, que garantam a prosperidade regional e o mútuo desenvolvimento social.

A arbitragem possibilita a submissão das lides internacionais aos árbitros escolhidos de comum acordo pelas partes (e, portanto não sujeitos a uma estrutura

judiciária nacional – que poderia vir a ser parcial e morosa), com custos muito menores e com a vantagem adicional de sigilo, tecnicismo e celeridade.

O instituto da arbitragem pode ser o caminho que possibilitará ao Brasil uma melhor preparação para as exigências e desafios da globalização, principalmente no que se refere ao dinamismo das atividades comerciais. Para minimizar os riscos de a arbitragem ser questionada no Poder Judiciário, deve ser cuidadosamente redigida a cláusula compromissória da arbitragem em contratos, bem como o respectivo compromisso arbitral, destacando, para que fique inequivocamente configurada plena autonomia da vontade das partes, o fato de as mesmas, de comum acordo e voluntariamente, estarem se submetendo à arbitragem, abrindo mão de recorrer ao Poder Judiciário. Pode ser estipulada uma multa para a parte que violar os termos do compromisso arbitral.

A prática internacional demonstra que os acordos promovidos por meio de mediação de profissionais especializados leva a uma eficácia substancialmente maior do que as decisões emanadas do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

1. Livros e Artigos

ALMEIDA, Ricardo Ramalho. *A exceção de ofensa à ordem pública na homologação de sentença arbitral estrangeira*. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (coord.). *Arbitragem interna e internacional: questões de doutrina e da prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ALVES, Laerte Meyer de Castro. *Princípios gerais do processo arbitral internacional*. Jus Navigandi, Teresina, a. 10, n. 998, 26 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8116>>. Acesso em: 01 mai. 2006.

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Tratado geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

ARENHART, Sergio Cruz. *Breves observações sobre o procedimento arbitral*. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 770, 12 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7161>>. Acesso em: 01 mai. 2006.

ARIDA, Pérsio. *A pesquisa em direito e economia: em torno da historicidade da norma*. In: ZYLBERSTAJN, Decio; SZTAJN, Raquel (orgs.). *Direito & economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

ARAÚJO, Nádia de. *Direito internacional privado: teoria e prática brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro*. In: RODAS, João Grandino (coord). *Contratos internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ASSIS, Olney Queiroz. *Princípio da autonomia da vontade x princípio da boa-fé (objetiva)*. Uma investigação filosófica com repercussão na teoria dos contratos. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 593, 21 fev. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6349>>. Acesso em: 01 mai. 2006.

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Teoria geral dos contratos típicos e atípicos*. São Paulo: Atlas, 2002.

- BAPTISTA, Luiz Olavo. *Dos contratos internacionais – Uma visão teórica e prática*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BIZELLI, João dos Santos. *Incoterms 2000. Regras oficiais da CCI – Câmara de Comércio Internacional, autorizado pela ICC publicação nº 560*. São Paulo: Aduaneiras, 2000.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Macio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BRITO, Calor Aberto de. *Controle de ato de concentração: intervenção do Estado na criação da AMBEV*. João Pessoa: Editora Universitária/UFPB, 2002.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem: Lei nº 9.307/96*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CAPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. São Paulo: Atlas, 2004.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- COSTA, Judith Hofmeister Martins. *O Direito Privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, a. 4, n. 41, mai. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=513>>. Acesso em: 01 mai. 2006.
- DE NARDI, Marcelo. *A lei e o foro de eleição em contratos internacionais: uma visão brasileira*. In: RODAS, João Grandino (coord). *Contratos internacionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. *Tratado teórico e prático dos contratos*, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2005.

DOLINGER, Jacob. *Direito internacional: parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. TIBÚRCIO, Carmen. *Direito internacional privado: arbitragem comercial internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ENGELBERG, Esther. *Contratos internacionais do comércio*. São Paulo: Atlas, 2003.

FARIA, José Eduardo. *Direitos humanos e globalização: notas para uma discussão*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141997000200004>. Acesso em 17 mar. 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito - técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1991.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Arbitragem: jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FIUZA, Cezar. *Teoria geral da arbitragem*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

FORGIONI, Paula A. *Contrato de distribuição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil – parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GALVÃO, Olímpio José de Arroxelas; Vergolino, José Raimundo Oliveira. *O comércio e a inserção competitiva do nordeste no exterior e no Brasil*. Fortaleza: Banco do Nordeste, 2004.

GARCEZ, José Maria Rossani. *A arbitragem internacional e a lei brasileira*. In: PUCCI, Adriana Noemi (coord.). *Aspectos atuais da arbitragem: coletânea de artigos sobre arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense: 2001.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *Notas introdutórias para uma tentativa de análise econômica da constituição brasileira*. In: Revista da Faculdade de Direito de Caruaru, vol. 36. Caruaru: Associação Caruaruense de Ensino Superior, 2005.

_____. *Globalização e direito: a mundialização do capital e seus efeitos no modelo normativo brasileiro*. In: Revista da Faculdade de Direito de Caruaru, vol. 36. Caruaru: Associação Caruaruense de Ensino Superior, 2004.

GRAU, Eros; FORGIONI, Paula. *O Estado, a empresa e o contrato*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, Volume 1. São Paulo: Saraiva, 2002.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Princípios contratuais*. In: LÔBO, Paulo Luiz Netto e LYRA JÚNIOR, Eduardo Messias Gonçalves de (orgs.). *A teoria do contrato e o novo código civil*. Recife: Nossa Livraria, 2003.

_____. *Características atuais do contrato de compra e venda*. Jus Navigandi, Teresina, a. 10, n. 1041, 8 mai. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8372>>. Acesso em: 25 mai. 2006.

_____. *As relações de Direito Civil nos processos de integração*. Jus Navigandi, Teresina, a. 3, n. 34, ago. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1627>>. Acesso em: 27 dez. 2004.

MAGALHÃES, José Carlos de. *Direito econômico internacional*. Curitiba: Juruá, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata da sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS, Pedro A. Batista. *A recepção nacional às sentenças arbitrais prolatadas no exterior*. In: MARTINS, Pedro A. Batista; LEMES, Selma M. Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto (orgs.). *Aspectos fundamentais da lei da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Cumprimento da sentença e outras reformas processuais: leis nºs 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006, comentadas e em confronto com as disposições do CPC de 1973*. São Paulo: Atlas, 2006.

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na constituição federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PINHEIRO, Luís de Lima. *Direito internacional privado: introdução e direito de conflitos*. Coimbra: Almedina, 2001.

PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito e Economia: A relação de cooperação e confronto entre duas ciências*. Fev. 2003. Disponível em: <http://www.econ.puc-rio.br/gfranco/direito_e_economia_num_mundo_globalizado.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2006.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

RECHSTEINER, Beat Walter. *Direito Internacional Privado: teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 2005.

RICCI, Edoardo Flavio. *Lei de arbitragem brasileira: oito anos de reflexões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

RODRIGUES JÚNIOR, Otavio Luiz. *Revisão judicial dos contratos: autonomia da vontade e teoria da imprevisão*. São Paulo: Atlas, 2002.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

SADDI, Jairo, PINHEIRO, Armando Castelar. *Direito, economia e mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

SILVA, Eduardo Silva da. *Arbitragem e direito de empresa: dogmática e implementação da cláusula compromissória*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Roberto Luiz. *Direito processual comunitário e da integração*. In: MERCADANTE, Araminta e MAGALHÃES, José Carlos de (coord.). *Solução e prevenção de litígios internacionais, volume III*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

STRENGER, Irineu. *Direito internacional privado*. São Paulo: Ltr, 2003.

SZTAJN, Rachel; ZYLBERSZTAJN, Decio e AZEVEDO, Paulo Furquim de. *Economia dos contratos*. In: ZYLBERSTAJN, Decio; SZTAJN, Raquel (orgs.). *Direito & economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SZTAJN, Rachel. *Law and economics*. In: ZYLBERSTAJN, Decio; SZTAJN, Raquel (orgs.). *Direito & economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

_____. *Teoria jurídica da empresa: atividade empresária e mercados*. São Paulo: Atlas, 2004.

TEUBNER, Günther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Direitos do consumidor: a busca de um ponto de equilíbrio entre as garantias do código de defesa do consumidor e os princípios gerais do direito civil e do direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2005.

WALD, Arnold. *Obrigações e contratos*. São Paulo: Saraiva, 2004.

2. Jurisprudência

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Pedido de Homologação de Sentença Estrangeira SE-AgR 5206 / EP - Espanha. Agravo regimental na sentença estrangeira. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Julgado em 12/12/2001. Publicado no Diário de Justiça em 30/04/2004, pp. 00029, Ementário vol-02149-06 pp-00958.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. SEC 6753 / UK - Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte. Sentença Estrangeira Contestada.

Relator(a): Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 13/06/2002. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: Diário de Justiça 04.10.2002, pp-00096. Ementário vol. 02085-02 pp-00317.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 209.519. Órgão Julgador: 1º. Turma. Relator Ministro Celso de Mello. Publicado no Diário de Justiça em 29-08-1997, PP-40244, Ementário vol-01880-11, pp-02353, UF-SC

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Pedido de Homologação de Sentença Estrangeira SEC 967 / EX; Sentença Estrangeira Contestada 2005/0053998-0. Relator Ministro José Delgado. Órgão julgador: Corte Especial. Julgado em 15/02/2006. Publicado no Diário de Justiça em 20/03/2006, p. 175.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Pedido de Homologação de Sentença Estrangeira SEC 874 / EX; Sentença Estrangeira Contestada 2005/0034908-7. Relator Ministro Francisco Falcão. Órgão julgador: Corte Especial. Julgado em 19/04/2006. Publicado no Diário de Justiça em 15.05.2006, p. 142.

ANEXOS

Presidência da República
Casa Civil
Subchefia para Assuntos Jurídicos

LEI Nº 9.307, DE 23 DE SETEMBRO DE 1996.

Dispõe sobre a arbitragem.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Capítulo I

Disposições Gerais

Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

Art. 2º A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.

§ 1º Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.

§ 2º Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio.

Capítulo II

Da Convenção de Arbitragem e seus Efeitos

Art. 3º As partes interessadas podem submeter a solução de seus litígios ao juízo arbitral mediante convenção de arbitragem, assim entendida a cláusula compromissória e o compromisso arbitral.

Art. 4º A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.

§ 1º A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

§ 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Art. 5º Reportando-se as partes, na cláusula compromissória, às regras de algum órgão arbitral institucional ou entidade especializada, a arbitragem será instituída e processada de acordo com tais regras, podendo, igualmente, as partes estabelecer na própria cláusula, ou em outro documento, a forma convencionada para a instituição da arbitragem.

Art. 6º Não havendo acordo prévio sobre a forma de instituir a arbitragem, a parte interessada manifestará à outra parte sua intenção de dar início à arbitragem,

por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, convocando-a para, em dia, hora e local certos, firmar o compromisso arbitral.

Parágrafo único. Não comparecendo a parte convocada ou, comparecendo, recusar-se a firmar o compromisso arbitral, poderá a outra parte propor a demanda de que trata o art. 7º desta Lei, perante o órgão do Poder Judiciário a que, originariamente, tocara o julgamento da causa.

Art. 7º Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

§ 1º O autor indicará, com precisão, o objeto da arbitragem, instruindo o pedido com o documento que contiver a cláusula compromissória.

§ 2º Comparecendo as partes à audiência, o juiz tentará, previamente, a conciliação acerca do litígio. Não obtendo sucesso, tentará o juiz conduzir as partes à celebração, de comum acordo, do compromisso arbitral.

§ 3º Não concordando as partes sobre os termos do compromisso, decidirá o juiz, após ouvir o réu, sobre seu conteúdo, na própria audiência ou no prazo de dez dias, respeitadas as disposições da cláusula compromissória e atendendo ao disposto nos arts. 10 e 21, § 2º, desta Lei.

§ 4º Se a cláusula compromissória nada dispuser sobre a nomeação de árbitros, caberá ao juiz, ouvidas as partes, estatuir a respeito, podendo nomear árbitro único para a solução do litígio.

§ 5º A ausência do autor, sem justo motivo, à audiência designada para a lavratura do compromisso arbitral, importará a extinção do processo sem julgamento de mérito.

§ 6º Não comparecendo o réu à audiência, caberá ao juiz, ouvido o autor, estatuir a respeito do conteúdo do compromisso, nomeando árbitro único.

§ 7º A sentença que julgar procedente o pedido valerá como compromisso arbitral.

Art. 8º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

Art. 9º O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.

§ 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

§ 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

Art. 10. Constará, obrigatoriamente, do compromisso arbitral:

I - o nome, profissão, estado civil e domicílio das partes;

II - o nome, profissão e domicílio do árbitro, ou dos árbitros, ou, se for o caso, a identificação da entidade à qual as partes delegaram a indicação de árbitros;

III - a matéria que será objeto da arbitragem; e

IV - o lugar em que será proferida a sentença arbitral.

Art. 11. Poderá, ainda, o compromisso arbitral conter:

I - local, ou locais, onde se desenvolverá a arbitragem;

II - a autorização para que o árbitro ou os árbitros julguem por equidade, se assim for convencionado pelas partes;

III - o prazo para apresentação da sentença arbitral;

IV - a indicação da lei nacional ou das regras corporativas aplicáveis à arbitragem, quando assim convencionarem as partes;

V - a declaração da responsabilidade pelo pagamento dos honorários e das despesas com a arbitragem; e

VI - a fixação dos honorários do árbitro, ou dos árbitros.

Parágrafo único. Fixando as partes os honorários do árbitro, ou dos árbitros, no compromisso arbitral, este constituirá título executivo extrajudicial; não havendo tal estipulação, o árbitro requererá ao órgão do Poder Judiciário que seria competente para julgar, originariamente, a causa que os fixe por sentença.

Art. 12. Extingue-se o compromisso arbitral:

I - escusando-se qualquer dos árbitros, antes de aceitar a nomeação, desde que as partes tenham declarado, expressamente, não aceitar substituto;

II - falecendo ou ficando impossibilitado de dar seu voto algum dos árbitros, desde que as partes declarem, expressamente, não aceitar substituto; e

III - tendo expirado o prazo a que se refere o art. 11, inciso III, desde que a parte interessada tenha notificado o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, concedendo-lhe o prazo de dez dias para a prolação e apresentação da sentença arbitral.

Capítulo III

Dos Árbitros

Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

§ 1º As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.

§ 2º Quando as partes nomearem árbitros em número par, estes estão autorizados, desde logo, a nomear mais um árbitro. Não havendo acordo, requererão as partes ao órgão do Poder Judiciário a que tocaria, originariamente, o julgamento da causa a nomeação do árbitro, aplicável, no que couber, o procedimento previsto no art. 7º desta Lei.

§ 3º As partes poderão, de comum acordo, estabelecer o processo de escolha dos árbitros, ou adotar as regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada.

§ 4º Sendo nomeados vários árbitros, estes, por maioria, elegerão o presidente do tribunal arbitral. Não havendo consenso, será designado presidente o mais idoso.

§ 5º O árbitro ou o presidente do tribunal designará, se julgar conveniente, um secretário, que poderá ser um dos árbitros.

§ 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.

§ 7º Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral determinar às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias.

Art. 14. Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-se-lhes, no que couber, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil.

§ 1º As pessoas indicadas para funcionar como árbitro têm o dever de revelar, antes da aceitação da função, qualquer fato que denote dúvida justificada quanto à sua imparcialidade e independência.

§ 2º O árbitro somente poderá ser recusado por motivo ocorrido após sua nomeação. Poderá, entretanto, ser recusado por motivo anterior à sua nomeação, quando:

a) não for nomeado, diretamente, pela parte; ou

b) o motivo para a recusa do árbitro for conhecido posteriormente à sua nomeação.

Art. 15. A parte interessada em argüir a recusa do árbitro apresentará, nos termos do art. 20, a respectiva exceção, diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, deduzindo suas razões e apresentando as provas pertinentes.

Parágrafo único. Acolhida a exceção, será afastado o árbitro suspeito ou impedido, que será substituído, na forma do art. 16 desta Lei.

Art. 16. Se o árbitro escusar-se antes da aceitação da nomeação, ou, após a aceitação, vier a falecer, tornar-se impossibilitado para o exercício da função, ou for recusado, assumirá seu lugar o substituto indicado no compromisso, se houver.

§ 1º Não havendo substituto indicado para o árbitro, aplicar-se-ão as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, se as partes as tiverem invocado na convenção de arbitragem.

§ 2º Nada dispondo a convenção de arbitragem e não chegando as partes a um acordo sobre a nomeação do árbitro a ser substituído, procederá a parte interessada da forma prevista no art. 7º desta Lei, a menos que as partes tenham declarado, expressamente, na convenção de arbitragem, não aceitar substituto.

Art. 17. Os árbitros, quando no exercício de suas funções ou em razão delas, ficam equiparados aos funcionários públicos, para os efeitos da legislação penal.

Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

Capítulo IV

Do Procedimento Arbitral

Art. 19. Considera-se instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários.

Parágrafo único. Instituída a arbitragem e entendendo o árbitro ou o tribunal arbitral que há necessidade de explicitar alguma questão disposta na convenção de arbitragem, será elaborado, juntamente com as partes, um adendo, firmado por todos, que passará a fazer parte integrante da convenção de arbitragem.

Art. 20. A parte que pretender argüir questões relativas à competência, suspeição ou impedimento do árbitro ou dos árbitros, bem como nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, deverá fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de se manifestar, após a instituição da arbitragem.

§ 1º Acolhida a arguição de suspeição ou impedimento, será o árbitro substituído nos termos do art. 16 desta Lei, reconhecida a incompetência do árbitro ou do tribunal arbitral, bem como a nulidade, invalidade ou ineficácia da convenção de arbitragem, serão as partes remetidas ao órgão do Poder Judiciário competente para julgar a causa.

§ 2º Não sendo acolhida a arguição, terá normal prosseguimento a arbitragem, sem prejuízo de vir a ser examinada a decisão pelo órgão do Poder Judiciário competente, quando da eventual propositura da demanda de que trata o art. 33 desta Lei.

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

§ 2º Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.

§ 3º As partes poderão postular por intermédio de advogado, respeitada, sempre, a faculdade de designar quem as represente ou assista no procedimento arbitral.

§ 4º Competirá ao árbitro ou ao tribunal arbitral, no início do procedimento, tentar a conciliação das partes, aplicando-se, no que couber, o art. 28 desta Lei.

Art. 22. Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

§ 1º O depoimento das partes e das testemunhas será tomado em local, dia e hora previamente comunicados, por escrito, e reduzido a termo, assinado pelo depoente, ou a seu rogo, e pelos árbitros.

§ 2º Em caso de desatendimento, sem justa causa, da convocação para prestar depoimento pessoal, o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença; se a ausência for de testemunha, nas mesmas circunstâncias, poderá o árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente, comprovando a existência da convenção de arbitragem.

§ 3º A revelia da parte não impedirá que seja proferida a sentença arbitral.

§ 4º Ressalvado o disposto no § 2º, havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa.

§ 5º Se, durante o procedimento arbitral, um árbitro vier a ser substituído fica a critério do substituto repetir as provas já produzidas.

Capítulo V

Da Sentença Arbitral

Art. 23. A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro.

Parágrafo único. As partes e os árbitros, de comum acordo, poderão prorrogar o prazo estipulado.

Art. 24. A decisão do árbitro ou dos árbitros será expressa em documento escrito.

§ 1º Quando forem vários os árbitros, a decisão será tomada por maioria. Se não houver acordo majoritário, prevalecerá o voto do presidente do tribunal arbitral.

§ 2º O árbitro que divergir da maioria poderá, querendo, declarar seu voto em separado.

Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral.

Parágrafo único. Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem.

Art. 26. São requisitos obrigatórios da sentença arbitral:

I - o relatório, que conterà os nomes das partes e um resumo do litígio;

II - os fundamentos da decisão, onde serão analisadas as questões de fato e de direito, mencionando-se, expressamente, se os árbitros julgaram por equidade;

III - o dispositivo, em que os árbitros resolverão as questões que lhes forem submetidas e estabelecerão o prazo para o cumprimento da decisão, se for o caso; e

IV - a data e o lugar em que foi proferida.

Parágrafo único. A sentença arbitral será assinada pelo árbitro ou por todos os árbitros. Caberá ao presidente do tribunal arbitral, na hipótese de um ou alguns dos árbitros não poder ou não querer assinar a sentença, certificar tal fato.

Art. 27. A sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso, respeitadas as disposições da convenção de arbitragem, se houver.

Art. 28. Se, no decurso da arbitragem, as partes chegarem a acordo quanto ao litígio, o árbitro ou o tribunal arbitral poderá, a pedido das partes, declarar tal fato mediante sentença arbitral, que conterà os requisitos do art. 26 desta Lei.

Art. 29. Proferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem, devendo o árbitro, ou o presidente do tribunal arbitral, enviar cópia da decisão às partes, por via postal ou por outro meio qualquer de comunicação, mediante comprovação de recebimento, ou, ainda, entregando-a diretamente às partes, mediante recibo.

Art. 30. No prazo de cinco dias, a contar do recebimento da notificação ou da ciência pessoal da sentença arbitral, a parte interessada, mediante comunicação à outra parte, poderá solicitar ao árbitro ou ao tribunal arbitral que:

I - corrija qualquer erro material da sentença arbitral;

II - esclareça alguma obscuridade, dúvida ou contradição da sentença arbitral, ou se pronuncie sobre ponto omitido a respeito do qual devia manifestar-se a decisão.

Parágrafo único. O árbitro ou o tribunal arbitral decidirá, no prazo de dez dias, aditando a sentença arbitral e notificando as partes na forma do art. 29.

Art. 31. A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

I - for nulo o compromisso;

II - emanou de quem não podia ser árbitro;

III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei;

IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem;

V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;

VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;

VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e

VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Art. 33. A parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei.

§ 1º A demanda para a decretação de nulidade da sentença arbitral seguirá o procedimento comum, previsto no Código de Processo Civil, e deverá ser proposta no prazo de até noventa dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento.

§ 2º A sentença que julgar procedente o pedido:

I - decretará a nulidade da sentença arbitral, nos casos do art. 32, incisos I, II, VI, VII e VIII;

II - determinará que o árbitro ou o tribunal arbitral profira novo laudo, nas demais hipóteses.

§ 3º A decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser argüida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil, se houver execução judicial.

Capítulo VI

Do Reconhecimento e Execução de Sentenças

Arbitrais Estrangeiras

Art. 34. A sentença arbitral estrangeira será reconhecida ou executada no Brasil de conformidade com os tratados internacionais com eficácia no ordenamento interno e, na sua ausência, estritamente de acordo com os termos desta Lei.

Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.

Art. 35. Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal.

Art. 36. Aplica-se à homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, no que couber, o disposto nos arts. 483 e 484 do Código de Processo Civil.

Art. 37. A homologação de sentença arbitral estrangeira será requerida pela parte interessada, devendo a petição inicial conter as indicações da lei processual, conforme o art. 282 do Código de Processo Civil, e ser instruída, necessariamente, com:

I - o original da sentença arbitral ou uma cópia devidamente certificada, autenticada pelo consulado brasileiro e acompanhada de tradução oficial;

II - o original da convenção de arbitragem ou cópia devidamente certificada, acompanhada de tradução oficial.

Art. 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que:

I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes;

II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida;

III - não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa;

IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem;

V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória;

VI - a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.

Art. 39. Também será denegada a homologação para o reconhecimento ou execução da sentença arbitral estrangeira, se o Supremo Tribunal Federal constatar que:

I - segundo a lei brasileira, o objeto do litígio não é suscetível de ser resolvido por arbitragem;

II - a decisão ofende a ordem pública nacional.

Parágrafo único. Não será considerada ofensa à ordem pública nacional a efetivação da citação da parte residente ou domiciliada no Brasil, nos moldes da convenção de arbitragem ou da lei processual do país onde se realizou a arbitragem, admitindo-se, inclusive, a citação postal com prova inequívoca de recebimento, desde que assegure à parte brasileira tempo hábil para o exercício do direito de defesa.

Art. 40. A denegação da homologação para reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira por vícios formais, não obsta que a parte interessada renove o pedido, uma vez sanados os vícios apresentados.

Capítulo VII

Disposições Finais

Art. 41. Os arts. 267, inciso VII; 301, inciso IX; e 584, inciso III, do Código de Processo Civil passam a ter a seguinte redação:

"Art. 267....."

VII - pela convenção de arbitragem;"

"Art. 301....."

IX - convenção de arbitragem;"

"Art. 584....."

III - a sentença arbitral e a sentença homologatória de transação ou de conciliação;"

Art. 42. O art. 520 do Código de Processo Civil passa a ter mais um inciso, com a seguinte redação:

"Art. 520....."

VI - julgar procedente o pedido de instituição de arbitragem."

Art. 43. Esta Lei entrará em vigor sessenta dias após a data de sua publicação.

Art. 44. Ficam revogados os arts. 1.037 a 1.048 da Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, Código Civil Brasileiro; os arts. 101 e 1.072 a 1.102 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil; e demais disposições em contrário.

Brasília, 23 de setembro de 1996; 175º da Independência e 108º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Nelson A. Jobim

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 24.9.1996

Presidência da República

Casa Civil

Subchefia para Assuntos Jurídicos

DECRETO Nº 4.311, DE 23 DE JULHO DE 2002

Promulga a Convenção sobre o
Reconhecimento e a Execução de
Sentenças Arbitrais Estrangeiras.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o art. 84, inciso VIII, da Constituição,

Considerando que o Congresso Nacional aprovou o texto da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, por meio do Decreto Legislativo nº 52, de 25 de abril de 2002;

Considerando que a Convenção entrou em vigor internacional em 7 de junho de 1959, nos termos de seu artigo 12;

DECRETA:

Art. 1º A Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, apensa por cópia ao presente Decreto, será executada e cumprida tão inteiramente como nela se contém.

Art. 2º São sujeitos à aprovação do Congresso Nacional quaisquer atos que possam resultar em revisão da referida Convenção, assim como quaisquer ajustes complementares que, nos termos do art. 49, inciso I, da Constituição, acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Art. 3º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Brasília, 23 de julho de 2002; 181º da Independência e 114º da República.

FERNANDO HENRIQUE CARDOSO

Celso Lafer

Este texto não substitui o publicado no D.O.U. de 24.7.2002

CONVENÇÃO SOBRE O RECONHECIMENTO E A EXECUÇÃO DE
SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS FEITA EM NOVA
YORK, EM 10 DE JUNHO DE 1958.

Artigo I

1. A presente Convenção aplicar-se-á ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais estrangeiras proferidas no território de um Estado que não o Estado em que se mencione o reconhecimento e a execução de tais sentenças, oriundas de divergências entre pessoas, sejam elas físicas ou jurídicas. A Convenção aplicar-se-á igualmente a sentenças arbitrais não consideradas como sentenças domésticas no Estado onde se mencione o seu reconhecimento e a sua execução.

2. Entender-se-á por "sentenças arbitrais" não só as sentenças proferidas por árbitros nomeados para cada caso mas também aquelas emitidas por órgãos arbitrais permanentes aos quais as partes se submetam.

3. Quando da assinatura, ratificação ou adesão à presente Convenção, ou da notificação de extensão nos termos do Artigo X, qualquer Estado poderá, com base em reciprocidade, declarar que aplicará a Convenção ao reconhecimento e à execução de sentenças proferidas unicamente no território de outro Estado

signatário. Poderá igualmente declarar que aplicará a Convenção somente a divergências oriundas de relacionamentos jurídicos, sejam eles contratuais ou não, que sejam considerados como comerciais nos termos da lei nacional do Estado que fizer tal declaração.

Artigo II

1. Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem.

2. Entender-se-á por "acordo escrito" uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas.

3. O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável.

Artigo III

Cada Estado signatário reconhecerá as sentenças como obrigatórias e as executará em conformidade com as regras de procedimento do território no qual a sentença é invocada, de acordo com as condições estabelecidas nos artigos que se seguem. Para fins de reconhecimento ou de execução das sentenças arbitrais às quais a presente Convenção se aplica, não serão impostas condições

substancialmente mais onerosas ou taxas ou cobranças mais altas do que as impostas para o reconhecimento ou a execução de sentenças arbitrais domésticas.

Artigo IV

1. A fim de obter o reconhecimento e a execução mencionados no artigo precedente, a parte que solicitar o reconhecimento e a execução fornecerá, quando da solicitação:

a) a sentença original devidamente autenticada ou uma cópia da mesma devidamente certificada;

b) o acordo original a que se refere o Artigo II ou uma cópia do mesmo devidamente autenticada.

2. Caso tal sentença ou tal acordo não for feito em um idioma oficial do país no qual a sentença é invocada, a parte que solicitar o reconhecimento e a execução da sentença produzirá uma tradução desses documentos para tal idioma. A tradução será certificada por um tradutor oficial ou juramentado ou por um agente diplomático ou consular.

Artigo V

1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que:

a) as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram, ou, na ausência de

indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida;
ou

b) a parte contra a qual a sentença é invocada não recebeu notificação apropriada acerca da designação do árbitro ou do processo de arbitragem, ou lhe foi impossível, por outras razões, apresentar seus argumentos; ou

c) a sentença se refere a uma divergência que não está prevista ou que não se enquadra nos termos da cláusula de submissão à arbitragem, ou contém decisões acerca de matérias que transcendem o alcance da cláusula de submissão, contanto que, se as decisões sobre as matérias suscetíveis de arbitragem puderem ser separadas daquelas não suscetíveis, a parte da sentença que contém decisões sobre matérias suscetíveis de arbitragem possa ser reconhecida e executada; ou

d) a composição da autoridade arbitral ou o procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu; ou

e) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida.

2. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que:

a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem; ou

b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.

Artigo VI

Caso a anulação ou a suspensão da sentença tenha sido solicitada à autoridade competente mencionada no Artigo V, 1. (e), a autoridade perante a qual a sentença está sendo invocada poderá, se assim julgar cabível, adiar a decisão quanto a execução da sentença e poderá, igualmente, a pedido da parte que reivindica a execução da sentença, ordenar que a outra parte forneça garantias apropriadas.

Artigo VII

1. As disposições da presente Convenção não afetarão a validade de acordos multilaterais ou bilaterais relativos ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais celebrados pelos Estados signatários nem privarão qualquer parte interessada de qualquer direito que ela possa ter de valer-se de uma sentença arbitral da maneira e na medida permitidas pela lei ou pelos tratados do país em que a sentença é invocada.

2. O Protocolo de Genebra sobre Cláusulas de Arbitragem de 1923 e a Convenção de Genebra sobre a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1927 deixarão de ter efeito entre os Estados signatários quando, e na medida em que, eles se tornem obrigados pela presente Convenção.

Artigo VIII

1. A presente Convenção estará aberta, até 31 de dezembro de 1958, à assinatura de qualquer Membro das Nações Unidas e também de qualquer outro Estado que seja ou que doravante se torne membro de qualquer órgão especializado das Nações Unidas, ou que seja ou que doravante se torne parte do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, ou qualquer outro Estado convidado pela Assembléia Geral das Nações Unidas.

2. A presente Convenção deverá ser ratificada e o instrumento de ratificação será depositado junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas.

Artigo IX

1. A presente Convenção estará aberta para adesão a todos os Estados mencionados no Artigo VIII.

2. A adesão será efetuada mediante o depósito de instrumento de adesão junto ao Secretário-Geral das Nações Unidas.

Artigo X

1. Qualquer Estado poderá, quando da assinatura, ratificação ou adesão, declarar que a presente Convenção se estenderá a todos ou a qualquer dos territórios por cujas relações internacionais ele é responsável. Tal declaração passará a ter efeito quando a Convenção entrar em vigor para tal Estado.

2. A qualquer tempo a partir dessa data, qualquer extensão será feita mediante notificação dirigida ao Secretário-Geral das Nações Unidas e terá efeito a partir do nonagésimo dia a contar do recebimento pelo Secretário-Geral das Nações Unidas de tal notificação, ou a partir da data de entrada em vigor da Convenção para tal Estado, considerada sempre a última data.

3. Com respeito àqueles territórios aos quais a presente Convenção não for estendida quando da assinatura, ratificação ou adesão, cada Estado interessado examinará a possibilidade de tomar as medidas necessárias a fim de estender a aplicação da presente Convenção a tais territórios, respeitando-se a necessidade, quando assim exigido por razões constitucionais, do consentimento dos Governos de tais territórios.

Artigo XI

No caso de um Estado federativo ou não-unitário, aplicar-se-ão as seguintes disposições:

a) com relação aos artigos da presente Convenção que se enquadrem na jurisdição legislativa da autoridade federal, as obrigações do Governo federal serão as mesmas que aquelas dos Estados signatários que não são Estados federativos;

b) com relação àqueles artigos da presente Convenção que se enquadrem na jurisdição legislativa dos estados e das províncias constituintes que, em virtude do sistema constitucional da confederação, não são obrigados a adotar medidas legislativas, o Governo federal, o mais cedo possível, levará tais artigos, com recomendação favorável, ao conhecimento das autoridades competentes dos estados e das províncias constituintes;

c) um Estado federativo Parte da presente Convenção fornecerá, atendendo a pedido de qualquer outro Estado signatário que lhe tenha sido transmitido por meio do Secretário-Geral das Nações Unidas, uma declaração da lei e da prática na confederação e em suas unidades constituintes com relação a qualquer disposição em particular da presente Convenção, indicando até que ponto se tornou efetiva aquela disposição mediante ação legislativa ou outra.

Artigo XII

1. A presente Convenção entrará em vigor no nonagésimo dia após a data de depósito do terceiro instrumento de ratificação ou adesão.

2. Para cada Estado que ratificar ou aderir à presente Convenção após o depósito do terceiro instrumento de ratificação ou adesão, a presente Convenção entrará em vigor no nonagésimo dia após o depósito por tal Estado de seu instrumento de ratificação ou adesão.

Artigo XIII

1. Qualquer Estado signatário poderá denunciar a presente Convenção mediante notificação por escrito dirigida ao Secretário-Geral das Nações Unidas. A denúncia terá efeito um ano após a data de recebimento da notificação pelo Secretário-Geral.

2. Qualquer Estado que tenha feito uma declaração ou notificação nos termos do Artigo X poderá, a qualquer tempo a partir dessa data, mediante notificação ao Secretário-Geral das Nações Unidas, declarar que a presente Convenção deixará de aplicar-se ao território em questão um ano após a data de recebimento da notificação pelo Secretário-Geral.

3. A presente Convenção continuará sendo aplicável a sentenças arbitrais com relação às quais tenham sido instituídos processos de reconhecimento ou de execução antes de a denúncia surtir efeito.

Artigo XIV

Um Estado signatário não poderá valer-se da presente Convenção contra outros Estados signatários, salvo na medida em que ele mesmo esteja obrigado a aplicar a Convenção.

Artigo XV

O Secretário-Geral das Nações Unidas notificará os Estados previstos no Artigo VIII acerca de:

- a) assinaturas e ratificações em conformidade com o Artigo VIII;
- b) adesões em conformidade com o Artigo IX;
- c) declarações e notificações nos termos dos Artigos I, X e XI;
- d) data em que a presente Convenção entrar em vigor em conformidade com o Artigo XII;

e) denúncias e notificações em conformidade com o Artigo XIII.

Artigo XVI

1. A presente Convenção, da qual os textos em chinês, inglês, francês, russo e espanhol são igualmente autênticos, será depositada nos arquivos das Nações Unidas.

2. O Secretário-Geral das Nações Unidas transmitirá uma cópia autenticada da presente Convenção aos Estados contemplados no Artigo VIII.