

JULIANA DE QUEIROZ JUCÁ

CONTRATOS LOGÍSTICOS INTERNACIONAIS

Monografia apresentada para a conclusão
do Curso MBA em Gerenciamento de
Sistemas Logísticos, da Universidade
Federal do Paraná.

Orientador: Prof.º Darli Vieira

CURITIBA

2004

Aos meus colegas do Curso de MBA em Gerenciamento de Sistemas Logísticos, deixo a frase de F. Nietzsche “uma profissão é a espinha dorsal da vida”, e que esta os ajude a refletir buscando sempre atualização no trabalho, colaborando com o ajuste e crescimento do nosso país, no mundo globalizado,

Agradeço em primeiro lugar a Deus a oportunidade de concluir o Curso de MBA em Gerenciamento de Sistemas Logísticos, em segundo lugar a minha família pelo apoio e compreensão, em terceiro lugar a dedicação de todos os professores e, finalmente ao meu orientador que prontamente e pacientemente me atendeu.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	1
1	DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS	2
2	A CRIAÇÃO DOS MERCADOS COMUNS	8
2.1	BENEFÍCIOS DA INTEGRAÇÃO E EQUALIZAÇÃO DAS LEGISLAÇÕES DOS ESTADOS-MEMBROS	8
2.2	A INEXISTÊNCIA DE UM TRIBUNAL PARA RESOLVER OS CONFLITOS DO MERCOSUL.....	10
2.3	EFEITOS DA UNIFORMIZAÇÃO DAS PRÁTICAS E PRINCÍPIOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO.....	12
2.4	A "LEX MERCATÓRIA".....	13
3	DIREITO INTERNACIONAL E A APLICAÇÃO ESPACIAL DAS LEIS	16
3.1	FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL	16
3.1.1	Tratados e convenções.....	16
3.1.2	Código Bustamante	19
3.1.3	Convenção de Roma (da Comunidade Econômica Européia-CEE) ..	21
3.1.4	A convenção das Nações Unidas (Convenção de Viena) para a venda internacional de mercadorias.....	22
3.2	A ESCOLHA DA LEI DE REGÊNCIA E DO FORO NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS.....	23
4	PLANEJAMENTO, NEGOCIAÇÃO, CLÁUSULAS ESPECIAIS DE CONTRATOS INTERNACIONAIS	29
4.1	PLANEJAMENTO	29
4.2	A NEGOCIAÇÃO DE CONTRATOS E DEFINIÇÃO DE OBJETIVOS	31
4.3	FORMAÇÃO DOS CONTRATOS, ESTRATÉGIAS PRELIMINARES	34
4.3.1	Proposta e aceitação	34
4.3.2	Outros pontos preliminares.....	36

4.3.3	A linguagem a ser adotada pelo contrato.....	37
4.3.4	As cartas de intenção.....	38
5	SOLUÇÃO AMIGÁVEL DE CONFLITOS	40
5.1	CLÁUSULA ATRIBUTIVA DE JURISDIÇÃO E LEI DE REGÊNCIA DOS CONTRATOS.....	40
5.2	CLÁUSULAS DE FORÇA MAIOR.....	42
5.3	CLÁUSULAS DE RESCISÃO.....	43
5.4	CLÁUSULAS SOBRE FIXAÇÃO DE PREÇOS E COMISSÕES EM CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO.....	44
5.5	HARDSHIP CLAUSES.....	45
5.6	MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO E “AMIALE COMPOSITION”.....	49
5.7	FÓRMULAS PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS EM CONTRATOS INTERNACIONAIS.....	51
5.7.1	Adaptação	52
5.7.2	Minitrial.....	54
5.7.3	Solução litigiosa de conflitos.....	55
5.7.4	Arbitragem.....	58
5.7.4.1	O compromisso arbitral.....	61
5.7.4.2	Vantagens da arbitragem.....	63
5.7.4.3	As bases da jurisdição internacional na arbitragem.....	64
5.7.4.4	Tratados e convenções internacionais multilaterais sobre arbitragem.....	65
5.7.4.5	As instituições internacionais de arbitragem.....	68
5.7.4.6	Regras de arbitragem da Comissão das Nações Unidas para a legislação comercial internacional – UNCITRAL.....	69
5.7.4.7	Cláusula-modelo de arbitragem da <i>International Chamber of Commerce</i> (ICC).....	69
5.7.4.8	Regras de arbitragem da <i>American Arbitration Association</i> (AAA).....	71
5.7.4.9	A matéria das arbitragens internacionais.....	71
5.7.4.10	Regras sobre arbitragem no direito brasileiro.....	72
5.7.4.11	A arbitragem e a homologação de laudos arbitrais em outros países.....	74

5.7.4.12	Anteprojetos de lei sobre arbitragem internacional no Brasil.....	78
5.7.4.13	Cláusulas exoneratórias de responsabilidade nos contratos de adesão.....	80
5.7.4.14	Cláusulas sobre tributação.....	81
5.7.4.15	Cláusula de fixação do preço (estabilidade da moeda).....	82
5.7.4.16	Cláusula penal.....	83
5.7.4.17	Confidencialidade.....	84
5.7.4.18	A padronização de termos e símbolos em contratos internacionais	84
5.7.4.18.1	INCOTERMS.....	84
5.7.4.19	Crédito documentário.....	90
5.7.4.20	Regras padronizadas para garantias contratuais.....	92
6	AS TENDÊNCIAS NA REGULAÇÃO DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS.....	93
	CONCLUSÃO.....	96
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	98

INTRODUÇÃO

A facilidade de transporte e comunicação, característica principal das sociedades internacionais, aliada à absoluta necessidade de expansão dos mercados consumidores, têm determinado o estudo cada vez maior dos contratos internacionais.

A falta de doutrina, embasamento jurídico, para alicerçar esses contratos tem prejudicado um número significativo de empresas brasileiras, principalmente no setor de logística, esse carente de análises que orientem seus procedimentos contratuais.

Em muitos casos, pequenos erros, desconhecimentos e omissões na redação dos contratos podem representar grandes prejuízos, tendo em vista a forte tendência de terceirização de muitas atividades financeiros.

Um dos problemas mais comuns nos contratos internacionais é a falta de planejamento para definir os textos que definam cláusulas contratuais e garantam a aplicação da lei, no caso de ocorrer eventual contratempo - se no Brasil ou no país de origem da empresa envolvida no negócio.

O estabelecimento de relações comerciais entre países diversos faz surgir conflitos na interpretação das cláusulas contratuais, não só que se refere ao texto como também quanto à autoridade competente para dirimi-los.

Assim, busca-se fixar algumas regras e obrigações, acordadas e aceitas pelas partes envolvidas nos contratos, de forma a garantir o mínimo de segurança e vantagens, tais como amarrações contratuais (cláusulas estratégicas). Afinal, boa parte dos negócios internacionais são realizados entre empresas, sem anuência direta dos governos, mas exercem positiva e significativa influência na economia pública, gerando ingresso e fuga de capitais.

Pode-se concluir, que este tema muito há que ser explorado no Brasil.

O objetivo deste trabalho é a busca de informações, análise e fundamentação que contribuam, possibilitem a facilidade de clareza e entendimento dos contratos internacionais.

1 DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

O que sejam contratos internacionais encerra outro tipo de dificuldade de classificação, a partir de elementos que os distinguiram dos contratos internos ou "nacionais", nos quais se inserem outras regras de identificação além da mais comum delas, relativa ao domicílio das partes.

Além disso, nos diversos sistemas legais existem distinções de fundo e forma não só quanto à estrutura, mas, em especial, em relação à interpretação e solução de conflitos oriundos de tais contratos.

É sugestiva, neste sentido, por exemplo, a distinção quanto a certos atos a que a lei dá efeito e que não são contratos de ponto de vista formal, como a venda de uma mercadoria, em contraposição ao contrato propriamente dito, que encerraria um compromisso ou série de compromissos a serem futuramente cumpridos e que conteriam força executória.

O conceito de contrato, que, razoavelmente, pode ser expresso como a representação de um acordo de vontades entre partes capazes, que possa criar, extinguir ou modificar direitos e produzir efeitos de natureza patrimonial, acha-se contemplado e definido, de distintas formas, de acordo com os diversos sistemas legais adotados pelos países.

No direito brasileiro, o que seja um contrato acha-se atualmente definido por seus sinais exteriores, de acordo como disposto no arts. 82, 85 e 1.079 de nosso Código Civil de 1916. Contrato significaria, assim, a manifestação de vontade, tácita ou expressa, em que se revelaria a intenção de duas ou mais partes, capazes para contrair direitos e obrigações, tendo objeto lícito e forma contemplada ou não defesa em lei.

Na expressão de Sir Frederick POLLOCK apud MELLO (1994), professor de *Jurisprudence* no início do século, na Universidade de Oxford, encontramos uma definição de contrato nos padrões anglo-saxônicos: "O primeiro e mais essencial elemento de um contrato é o consenso entre as partes. Deve existir o encontro de duas mentes numa única e mesma intenção. Mas para que este consenso possa produzir um contrato que a lei reconheça, outras condições devem ser atendidas".

"O contrato", segundo ele, "deve ser, na antiga expressão inglesa, *an act in law*, ou seja, deve versar sobre matéria capaz de produzir efeitos legais. Ela deve

relacionar-se com obrigações e direitos que possam ser tratados por uma corte de justiça”.

Numa definição mais sintética, mas igualmente clássica, do que representaria um contrato no direito norte-americano, WILLISTON apud MELLO (1994) refere-se a que esta representaria “um compromisso ou série de compromissos, cuja quebra encontra remédio na lei, cuja *performance* a lei, de alguma maneira, reconhece como dever”.

O art. 1.101 do Código Civil francês define contrato como uma convenção pela qual uma ou várias pessoas obrigam-se, umas perante as outras, a dar, a fazer ou não fazer algo.

Não existe dúvida de que o conjunto de obrigações enfeixadas no contrato, que encerra complexos encadeamentos jurídicos nos diversos sistemas legais modernos, assenta-se nos conceitos do Direito Romano, refletidos, de forma proeminente, no princípio inserido no art. 1.134 do Código Napoleão, de 1804, que declara, dogmaticamente, constituir ele lei entre as partes. Este princípio, da força obrigatória dos contratos, é uma decorrência imediata da função social deles, refletindo o enorme poder que a ordem jurídica concede aos indivíduos ao emitirem suas declarações de vontade imbuídas do poder criativo de direitos e obrigações, vigorando em todos os sistemas legais adotados pelos países civilizados.

Um mundo politicamente dividido em unidades independentes, com uma população em expansão e economias interdependentes, os mecanismos do comércio internacional se estabelecem e se aperfeiçoam constantemente. Nada reflete melhor a dinâmica desses mecanismos do que a prática dos contratos internacionais comerciais, que se distinguem dos demais por vários elementos, inclusive porque, gradualmente, vêm requerendo outras normas de regência que escapam às figurações doutrinárias clássicas, as quais se vêm mostrando cada vez menos adequadas para as exigências deste comércio.

Inicialmente, vale lembrar que, malgrado toda a padronização e o dirigismo contratual, que estabelecem restrições à prevalência da vontade das partes em benefício dos interesses coletivos ou da proteção de minorias, o princípio da autonomia da vontade representa, em realidade, a força motriz do sistema contratual no campo internacional. É devido a ela que costumeiramente se atribui a jurisdição e se admite, mediante a aplicação de algumas regras de conexão, a escolha da lei de

regência nos contratos internacionais, assim como se escolhem os remédios contratuais para as crises que, de outra forma, levariam à resolução desses contratos.

Na caracterização dos contratos internacionais formaram-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 chama corrente jurídica, mais abrangente que a primeira, em que a internacionalidade do contrato se verifica quando contenha algum "elemento de estraneidade", que pode ser o domicílio das partes, o local da execução de seu objeto ou outro equivalente.

Outra definição do que constituiria um contrato internacional comercial, segundo Prof. Irineu STRENGER (1992, p. 596): "São contratos internacionais do comércio, todas as manifestações bi ou plurilaterais das partes, objetivando relações patrimoniais ou de serviços, cujos elementos sejam vinculantes de dois ou mais sistemas jurídicos extraterritoriais, pela força do domicílio, nacionalidade, sede principal dos negócios, lugar do contrato, lugar da execução, ou qualquer circunstância que exprima um liame indicativo de Direito aplicável".

Inicialmente, as normas que servem para a formação e interpretação dos contratos acham-se configuradas nos direitos dos Estados, com base nos sistemas legais por eles adotados.

Dentre os principais sistemas legais, encontram-se: a) a dos países onde predominaram os princípios do Direito Romano e que adotaram sistemas de codificação escrita, o Brasil dentre eles; b) os dos países da *common law*, nos quais se acentuou a força das decisões judiciais, precedendo e reformulando a estrutura legal, ao lado da legislação escrita; c) o dos países islâmicos, em que existe uma miscigenação dos princípios do Direito Romano, herdados através do Código Napoleão, aos princípios éticos e religiosos da religião islâmica; e d) subsistemas, em que se registraram rápidas transformações do direito nacional consuetudinário com a adoção de regras do direito romano-germânico codificado, como é o caso do Japão.

De resto, os princípios mundialmente consagrados nas legislações internas dos países quanto à obrigatoriedade e intangibilidade dos contratos, que são

responsáveis pela manutenção e estabilidade destes, comportam exceções, que aliás, os confirmam.

Admite-se, por exemplo, e o faz também o direito brasileiro, ainda que, em nosso caso, somente em condições especialíssimas, possa se revista pelas autoridades judiciárias a força obrigatória de um contrato, quando as partes que o celebraram venham a ser tangidas por circunstâncias inesperadas e irresistíveis, levando as situações desequilibradoras da harmonia econômica e que submetam a imenso sacrifício o cumprimento das obrigações originalmente pactuadas por uma das partes.

Essa maior ou menor aceitação das condições para exoneração das partes de sua responsabilidade pelo cumprimento das obrigações contratuais em função de condições adversas que imponham sacrifícios anormais a uma parte envolve, doutrinariamente, o conceito derivado do adágio latino *rebus sic stantibus* ou a teoria anglo-saxônica da *frustration* ou quebra da *performance* do contrato, encontrando distinções qualitativas em sua recepção pelas legislações ou jurisprudências dos países.

Existem, ademais, diferenças sensíveis entre os diversos sistemas legais na abordagem de aspectos importantes dos pactos. Por exemplo, se nos Estados Unidos as *letter of intent* ou *memoranda of understanding*, ainda que se refiram a documentos preliminares, encerram direitos e obrigações condicionais, são elas vistas em outros países como destituídas, virtualmente, de força ou efeito.

A definição das condições de força maior, que nos sistemas das legislações codificadas pode às vezes ser referida por uma mera remissão a artigo de Código, como é o caso da definição conceitual contida no parágrafo único do art. 1.058 do Código Civil Brasileiro, encontra no sistema da *common law* a necessidade de uma minuciosa enunciação de eventos, a fim de prevenir a escusa da parte ao cumprimento de suas obrigações por fatos não previstos e, por vezes, de difícil configuração factual.

Um outro ponto diferencial a ser estudado diz respeito às cláusulas referentes às garantias de qualidade de mercadorias e serviços. Embora a maioria dos países possua em suas legislações dispositivos acerca dessas condições, o seu detalhamento varia enormemente de uma legislação para outra.

Em verdade, todos esses dispositivos constantes das legislações ou da

jurisprudência dos diversos países destinam-se, em última análise, a promover a estabilidade e a previsibilidade as obrigações assumidas pelas partes contratantes, encorajando a formação dos contratos e fazendo com que, ante a impossibilidade de seu cumprimento e antes de sua resolução, possam eles ser eventualmente revistos, em circunstâncias anômalas e especiais, sendo honrado o seu cumprimento.

Na elaboração dos contratos entre partes domiciliadas num mesmo país, as leis a aplicar, normalmente, serão a deste país. No entanto, quando o contrato é celebrado entre partes domiciliadas em diferentes países, ou embora firmado entre partes domiciliadas num mesmo país comporta obrigações a serem executadas no exterior, surgem problemas quanto à escolha da lei a ser aplicada, que deve ser o objeto de indicação ou escolha das partes contratantes, sob pena de futuros contratempos. Isto também se relaciona com a inserção nos contratos de cláusula atributiva de jurisdição.

As normas a serem aplicadas aos contratos privados internacionais são numerosas. A mais imediata delas, evidentemente, deflui das próprias estipulações contratuais, determinadas pela vontade expressa das partes. Dentro do possível, pois, devem as partes tentar prevenir com acuidade os potenciais conflitos que possam surgir na execução e interpretação dos contratos que vão firmar e as possibilidades de sua solução.

É de todo recomendável que os contratos internacionais, sobretudo os de longa duração, contenham previsões para a solução não judicial de disputas mediante a inserção de dispositivos tais como, exemplificativamente: a) a notificação de uma parte a outra, com prazo estipulado para remediar defeitos verificados; b) a possibilidade de renegociação de cláusulas ou partes do contrato; c) a adoção do método da medição de terceiros, escolhidos pelas partes, para sugerir ou impor o fim do conflito; d) a solução arbitral para decisão dos conflitos, sendo conveniente a fixação no contrato das regras e procedimentos a serem utilizados, como o da fixação do lugar em que se realizará a arbitragem, o número de árbitros que irão funcionar no processo e outros detalhes que tornem exequível o procedimento arbitral.

A maior parte dos contratos internacionais prevê, ou deve prever, assim, a aplicação de leis ou normas próprias para sua execução ou interpretação, além da escolha do local em que se exerça a jurisdição para solucionar seus conflitos. Tais

normas serão normalmente acatadas e executadas de acordo com o direito interno dos países, mediante o atendimento a certas condições ou pré-requisitos.

Dentro dos anais da arbitragem internacional encontram-se casos em que a solução de conflitos ocorre pela aplicação de princípios gerais e não de regras corporificadas no direito material dos países.

Em geral, são requeridos determinados níveis de conexão entre o sistema legal escolhido pelas partes contratantes e as condições ou características do respectivo contrato. Nos Estados Unidos e Inglaterra, por exemplo, comumente é requerido que a escolha da lei de regência guarde alguma "relação razoável" com o contrato e o local do domicílio das partes. Assim, a relação entre a lei de regência e o contrato pode ter como elemento de conexão o local de domicílio das partes, ou do proponente do contrato, do país em que o contrato será executado, e assim por diante. Qualquer dessas escolhas deverá ser honrada pelos árbitros ou pelas cortes judiciais quando o contrato for objeto de disputas, mas as peculiaridades das legislações e da jurisprudência dos países em que isso deverá ocorrer devem, evidentemente, ser levadas em conta para que se tenha um final harmonioso na solução desses conflitos.

2 A CRIAÇÃO DOS MERCADOS COMUNS

2.1 BENEFÍCIOS DA INTEGRAÇÃO E EQUALIZAÇÃO DAS LEGISLAÇÕES DOS ESTADOS-MEMBROS

Atualmente delinea-se uma tendência mundial de pactuação de mercados regionais globais, em que grupos de países encontram vantagens em reunir seus esforços numa tentativa de criação de blocos comerciais dentro dos quais devem ser eliminadas barreiras alfandegárias e equalizadas as condições para interação de suas economias.

Esses movimentos, que deverão refletir-se na homogeneização da legislação dos países integrantes desses blocos, sob os auspícios do BID/INTAL. A integração em causa tem como atores no cenário internacional as comunidades políticas dos Estados e os grupos sociais e políticos situados no âmbito jurisdicional desses Estados. Em sentido estrito, a integração seria uma das formas de interação dos mencionados atores, baseada no impulso originado no desenvolvimento inerente a eles e orientado historicamente no sentido da formação progressiva de uma verdadeira sociedade internacional.

O Mercado Comum Europeu (MCE), pactuado entre os países europeus que passaram a integrá-lo, o *North-American Free Trade Agreement* (NAFTA), entre o Canadá, os Estados Unidos da América e o México, e o Mercado Comum do Sul (Mercosul), entre Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai, são exemplos dessa tendência.

A homogeneização evolutiva dos direitos dos países, no caso do MCE, reflete-se nos princípios inscritos no art. 3º. do Tratado de Roma de 1957, contemplando a abolição entre os Estados-Membros de obstáculos à livre circulação de pessoas, serviços e capitais; o estabelecimento de um regime que assegure que a concorrência não será desvirtuada no âmbito desse mercado, e que haverá a reconciliação das legislações nacionais, "*le rapprochement des législations nationales dans le mesure nécessaire au fonctionnement du Marché Comum*".

Para surtir efeitos diretos sobre o direito interno dos Estados-Membros, o direito comunitário impõe sua primazia sobre os direitos nacionais, especialmente, por hipótese, sobre todas as disposições constitucionais ou legislativas que lhe sejam contrárias.

Na CEE as matérias relativas a comércio, serviços e relações trabalhistas são regidas por Eurocódigos, a que os países-membros aderem, promovendo a adaptação de suas legislações internas. Pode ser previsto que isto também venha a acontecer, futuramente, no âmbito dos países participantes do Mercosul e do Nafta.

O Mercosul, que constitui exemplo de integração regional de blocos econômicos, e do qual faz parte o Brasil, foi criado com a assinatura em 26 de março de 1991 do chamado Tratado de Assunção, aprovado pelo Congresso brasileiro em 25 de setembro de 1991 e promulgado pelo Presidente da República em 21 de novembro de 1991 (Dec. n. 350, DOU, 22 nov. 1991). O Tratado entrou internacionalmente em vigor em 29 de novembro de 1991, quando foi feito o depósito de suas respectivas ratificações pelos Estados-Partes.

O Mercosul é uma União Aduaneira, desde 01.01.95, pois foi naquela data que as tarifas incidentes sobre o comércio entre os quatro países desapareceram, entrando em vigor a conhecida Tarifa Externa Comum, para atender ao comércio dos Estados envolvidos com o resto do mundo, com a criação de uma coordenação de políticas macroeconômicas; incentivando a eliminação de restrições comerciais não tarifárias, o tratamento de capitais estrangeiros e temas tais como: os registros da propriedade industrial e intelectual, a legislação societária e trabalhista, além de outros segmentos da legislação.

O Mercosul é considerado o projeto mais ambicioso de integração econômica elaborado por países latino-americanos, tendo em vista a magnitude da economia de dois de seus integrantes: Brasil e Argentina.

O sucesso do Mercosul deve grande parte a um Protocolo firmado pelos Estados-Partes, cujo objetivo era operacionalizar durante o período de implantação deste à solução de controvérsias. Este sistema, prevendo procedimentos arbitrais e administrativos para a solução de conflitos, tinha pretensão de assumir as feições de um órgão como a *European Court of Justice* no âmbito da CEE, tendo o mérito de prever a aplicação desses procedimentos em função dos efeitos dos mecanismos do Mercosul não só sobre queixas entre Estados, mas também entre particulares.

O Mercosul está conseguindo seu êxito, pois nasceu apoiado sobre uma base tríplice: jurídica, política e econômica, sem, contudo, deixar de reconhecer que a ALALC e a ALADI contribuíram bastante para a iniciativa integradora mais bem sucedida até os dias atuais.

2.2 A INEXISTÊNCIA DE UM TRIBUNAL PARA RESOLVER OS CONFLITOS DO MERCOSUL

É bem verdade que, o avanço do Mercosul gera novos pontos de interseção entre as políticas adotadas por cada um dos países envolvidos no processo de integração (individualmente) e a norma comum a ser adotada por todos eles.

Afinal, a eficácia dos fatos jurídicos gerados pelas regras atinentes ao Mercosul dependem da vontade (dos Estados, empresas e cidadãos) de materializá-las. Componente este capaz de criar uma certa instabilidade e insegurança destas relações jurídicas, atributos que se multiplicarão com o aprofundamento do processo integracionista.

A eficácia jurídica das regras oriundas do Mercosul dependem, portanto, da recepção pelos ordenamentos nacionais, para que possam produzir seus efeitos, processo este conhecido como internalização. Passando-se, pois, os ditos dispositivos, a pertencerem à ordem interna de cada Estado, fora das atribuições e responsabilidades do Direito Internacional, haja vista não existir um poder central punitivo no referido bloco econômico.

É exatamente nesse sentido que não se acredita existir nenhuma segurança jurídica nesse tipo de incorporação. Na verdade não há uma ordem jurídica propriamente dita no Mercosul, tampouco uma norma fundamental que imponha seu cumprimento, prejudicando, assim, a existência de um poder de sanção a possíveis infratores, característica esta do modelo intergovernamental implantado no quadro institucional do Mercosul.

Na atual etapa do processo de integração, portanto, não é precoce discutir-se soberania nacional versus poder conferido a instituições supra nacionais, pois ainda se está na fase de institucionalização do Mercosul, espaço mais que legítimo para que se questione todos os seus aspectos.

A evolução do conceito clássico de soberania, aliada à concepção de que o desenvolvimento dos Estados depende da cooperação e integração, *colaboram para* o surgimento dos blocos econômicos, que se oriundos de tratados internacionais juridicamente perfeitos, representam as verdadeiras organizações internacionais, devendo ser regidas pelo Direito Internacional, o que certamente repercutirá consideravelmente nas ordens internas de cada um dos Estados-membros.

O Mercosul é formado pelo Conselho do Mercado Comum; pelo Grupo Mercado Comum; pela Comissão de Comércio; pela Comissão Parlamentar Conjunta; e pelo Foro Consultivo Econômico e Social. Assim como alguns órgãos temáticos, a saber. Reunião de Ministros; subgrupos de Trabalho; Reuniões Especializadas; Grupos *ad-hoc* e o Comitê de Cooperação Técnica, todos com atividades distintas e bem definidas, que atuam eficientemente no sucesso do Mercosul.

O Conselho do Mercado Comum, após a assinatura do Protocolo de Ouro Preto (1994), adquiriu capacidade para representar o Mercosul, como entidade de personalidade jurídica internacional, na celebração de acordos ou compromissos internacionais em nome dos governos envolvidos, embora sendo órgão intergovernamental e decidindo só por consenso o que lhe for questionado.

Caso aconteça algum tipo de conflito entre os Estados-membros do Mercosul, a solução da controvérsia deverá ser encontrada dentro das formalidades elaboradas na reunião de Ouro Preto-MG. Vale salientar que somente em caráter de última tentativa de solucionar pacificamente o litígio, ou melhor, esgotadas as negociações diretas e a submissão ao Grupo Mercado Comum (órgão executivo do Mercosul), deve-se constituir um Tribunal Arbitral *ad-hoc* para funcionar como uma Corte de Justiça, que será formado por juristas dos quatro países ou de fora da região, convocados, unicamente, para apreciar a questão que motivou a disputa; decisão esta que deverá ser seguida na sua íntegra.

Acredita-se que a integração latino-americana depende não só da unidade de ação política e diplomática dos Estados regionais, mas sobretudo da sua capacidade de gerar instâncias autônomas de decisão, instituições e estruturas sociais e políticas capazes de garantir a soberania de cada país.

É muito importante ter presente este fenômeno de abertura da economia brasileira. Sem ele, provavelmente, o Mercosul não teria ocorrido ou poderia até ocorrer, mas apenas como um processo de integração de feições excludentes e não da forma aberta como vem se desenvolvendo. É uma oportunidade para que o setor produtivo brasileiro se internacionalize de maneira orientada, ao mesmo tempo que vai adquirindo experiência para participar do processo de globalização. Assim, no âmbito do direito internacional privado, é imprescindível que se persiga a unificação muito mais que a harmonização.

Dados econômicos revelam ser o Brasil o país industrialmente mais avançado na região, e é inegável que se beneficiou dessa integração mais que os outros, mesmo em suas fases mais incipientes e menos profundas, portanto, parte legítima para pleitear a criação de um Tribunal de Justiça para dirimir os conflitos oriundos das diversas relações existentes no Mercosul.

2.3 EFEITOS DA UNIFORMIZAÇÃO DAS PRÁTICAS E PRINCÍPIOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO

Em anos recentes as Nações Unidas têm assumido a liderança ao tentar imprimir mais uniformidade ao comércio internacional, em especial através da ação de sua Comissão para a Legislação Internacional do Comércio (*United Nations Commission on International Trade Law – UNCITRAL*). Algumas das iniciativas da UNCITRAL são hoje de enorme valia para a comunidade internacional de negócios, como a Convenção Relativa à Lei Uniforme para a Venda de Mercadorias, além da Lei-Modelo sobre a Arbitragem Comercial Internacional, a que faremos referência mais específica em outra parte deste trabalho.

Outros organismos privados internacionais têm igualmente contribuído de forma decisiva para implementar a uniformização das práticas e costumes no comércio internacional, através da compilação e reconhecimento de práticas e costumes desse comércio e da publicação de manuais contendo essas normas.

É o caso, por exemplo, da Câmara de Comércio Internacional (*International Chamber of Commerce – ICC*) de Paris, que, com a finalidade de fornecer um conjunto de regras internacionais confiáveis para a utilização e interpretação dos termos negociais que envolvam as responsabilidades das partes quanto à entrega, embarque e transporte de mercadorias, vem, desde 1936, publicando e atualizando os INCOTERMS (*International Rules for Interpretation of Trade Terms*), de utilização mundial, com extraordinário efeito de síntese quanto aos contratos, pela definição sincopada de cláusulas com a simples menção a termos como *ex works*, CIF, FOB, FAS e outros, além da referência a que os respectivos contratos são regidos, genericamente, pelos INCOTERMS.

Da mesma forma é de citar a compilação, a revisão e a publicação que a mesma ICC faz das normas sobre os Costumes e Práticas Uniformes sobre Crédito

Documentário (*Uniform Customs and Practice for Documentary Credits*), envolvendo as cartas de crédito ou outros documentos que abrangem pagamentos internacionais relacionados a operações de importação/exportação através da rede bancária que atua nesse mercado por instrução de seus clientes.

Ainda outros fatores que não devem ser negligenciados na uniformização das práticas do comércio internacional se baseiam nos antecedentes construídos pela atuação de entidades privadas envolvidas na coordenação e na edição de regras de arbitragens internacionais, como a ICC e a American Arbitration Association (AAA) ou outras entidades congêneres.

2.4 A "LEX MERCATORIA"

Além dos movimentos tendentes à homogeneização das práticas comerciais e das legislações, existe uma pretensão mais generalizada, e uma visão mais ambiciosa, de parte da comunidade internacional de negócios, consistente na harmonização "ecumênica" das leis e das praxes legais comerciais. Este movimento, de caráter supranacional, proporcionaria normas supletivas, fora das figurações clássicas dos direitos nacionais, para a execução, interpretação e solução de conflitos originários dos contratos internacionais, em face da progressiva insuficiência da estrutura do direito interno dos países para atender às exigências do comércio internacional.

Esse reconhecimento progressivo da existência de um conjunto de normas criadas materialmente pelos costumes e práticas internacionais e pela ação de entidades internacionais que possibilitam a uniformização de procedimentos referidos nos contratos privados, como a remissão clausular aos INCOTERMS e às normas do *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits*, a que bancos de 156 países aderiram, estar-se-ia materializando na chamada *lex mercatoria*, termo revivido dos tempos medievais quando as fronteiras entre os países não eram tão nítidas e se pensava na adoção de um corpo de normas comerciais internacionais.

Com a inusitada expansão da economia mundial, venha surgindo um novo *jus mercatorum*, que vem sendo saudado desde a década de 60. Este novo direito, não traz referências precisas a direitos nacionais e teria condições de substituir direitos estatais, voltados normalmente para o interior das sociedades e, assim, pouco hábeis

para resolver os conflitos oriundos da comunidade internacional do comércio. Essas normas surgiriam da crescente institucionalização das normas disciplinadoras do comércio internacional, oriundas de um sistema de forças múltiplas (consuetudinárias, convencionais, jurisprudenciais, arbitrais) desenvolvidas por uma miríade de organizações, via de regra centradas em serviços de arbitragem internacional, que vivem desvinculadas das estruturas estatais.

William L. CRAIG, William W. PARK e Jan PAULSSON, ao escreverem sobre as normas internacionais de arbitragem aplicadas pela ICC (*New York, The Ocean Group Publishers*, 1990, p. 603-604), expressam a opinião de que a *lex mercatoria* representa, na verdade, coisas diferentes para diferentes pessoas. O primeiro e o mais ambicioso conceito seria o de uma ordem autônoma, surgida espontaneamente das relações econômicas internacionais e que teria existência independente da ordem legal nacional dos Estados. Uma segunda concepção seria a de que constituiria apenas um corpo de regras suficientes para a solução de um litígio, operando como uma alternativa ante a aplicação da legislação interna do Estado. E, finalmente, uma terceira concepção encerraria o conceito de que constituiria simplesmente a gradual consolidação da utilização dos usos e costumes na prática e nos acordos do comércio internacional (MELLO, 1994).

O Prof. William F. FOX JR. (s.d) comenta que a gênese da *lex mercatoria*, identificada por alguns *scholars*, emana dos costumes e práticas comerciais internacionais que, a sua vez, representam atos geralmente aceitos pela lei; princípios legais reconhecidos pelas nações civilizadas; e, em certas circunstâncias, antecedentes constantes de decisões arbitrais ou judiciais, ou, ainda, ensinamentos de renomados especialistas de vários países.

Na prática das arbitragens internacionais administradas pela ICC até agora tem havido uma reação em princípio refratária à expressa disposição em contratos pelos contratantes da *lex mercatoria* como sistema normativo a ser utilizado pelos árbitros na produção de seus laudos.

Ainda existe uma considerável distância, em termos práticos, do momento em que uma *verdadeira lex mercatoria* supranacional, construída como um sistema referencial internacionalmente integrado, estará disponível para atender aos anseios da comunidade internacional de negócios. Não obstante, essa distância, lenta e progressivamente, deverá encurtar-se com o passar do tempo e a evolução dessas

normas.

Antes de chegarmos a esse tempo, no entanto, ainda teremos de conviver com a intrincada e complexa teia de sistemas legais e praxes comerciais independentes utilizadas pelos diversos países.

3 DIREITO INTERNACIONAL E A APLICAÇÃO ESPACIAL DAS LEIS

Na sentença de WHEATON, o Direito Internacional Privado se apresenta como a fase cosmopolita da legislação – *the cosmopolitan phase of jurisprudence*, quando o Direito Privado extravasa os limites territoriais dos países, liberando-se das prevenções e restrições regionais, para abranger os interesses da humanidade.

3.1 FONTES DO DIREITO INTERNACIONAL

Para os efeitos aqui propostos interessaria mais pesquisar as fontes do Direito Internacional, reconhecidas de forma codificada, no art. 38 da Corte Internacional de Justiça, como sendo:

- 1) As convenções internacionais (Tratados), sejam gerais ou particulares, que estabeleçam regras expressamente reconhecidas pelos Estados participantes;
- 2) Os costumes internacionais, como evidência de uma prática geralmente aceita pela legislação;
- 3) Os princípios gerais das leis reconhecidos pelas nações civilizadas;
- 4) E em certas circunstâncias, decisões judiciais e estudos e ensinamentos de renomados juristas das várias nações (*International encyclopedia of comparative law*, 1982; R. David e J. Brierley, *Major legal systems in the World today*).

3.1.1 Tratados e convenções

Nos comentários “ao projeto de artigos sobre o direito dos tratados” elaborado no 18º. período de duas sessões, a Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas acentuou que o “termo *tratado* se utiliza em todo projeto de artigos, num sentido genérico, para denominar toda classe de acórdãos internacionais celebrados entre Estados e consignados por escrito”.

A denominação “tratado” se dá, habitualmente, aos acordos internacionais; mas, tendo em vista a sua forma, o seu conteúdo, o seu objetivo ou o seu fim, eles podem ter essa mesma denominação ou várias outras. Entre estas figurariam as de convenção, declaração, protocolo, convênio, acordo, ajuste, compromisso, *modus vivendi*, troca de notas, notas reversais e outras. A denominação, porém, não tem

importância jurídica ou só a terá muito relativa.

Como quer, porém, que se denominem ou sejam denominados, os “tratados” são atos internacionais bilaterais (Clóvis BEVILÁQUA os distinguia dos atos internacionais unilaterais como as declarações de neutralidade, a abertura dos rios interiores à navegação internacional feitas pelo país, apud apud MELLO, 1994), cujo conhecimento nos interessa por sua função como fonte do Direito Internacional.

O respeito à soberania dos Estados, em virtude do qual a vinculação a um tratado depende da manifestação de sua vontade, constitui um dos princípios fundamentais do Direito Internacional Público, como preleciona Arnaldo SUSSEKIND (1981). ALBUQUERQUE (1994) lembra que KELSEN, abordando o tema da autolimitação do Estado resultante da ordem internacional, diz que “se o Estado não pode ser vinculado senão por sua própria vontade – o que quer dizer que é soberano – também as chamadas obrigações jurídico-internacionais do Estado devem referir-se à sua vontade e a norma do Direito das Gentes deve interpretar-se como conteúdo da vontade estatal (...)”.

A Convenção de Viena sobre o direito dos tratados (adotada em 23-5-1969 pela Conferência das Nações Unidas) estipula que “se entende por ratificação, aceitação, aprovação e adesão, segundo o caso, o ato internacional assim denominado segundo o qual o Estado faz constar, no âmbito internacional, seu consentimento em obrigar-se por um tratado” (art. 2º., alínea b).

A Convenção sobre tratados, adotada pela VI Conferência Internacional Americana (Havana, 1928), porém, é mais explícita, prevendo (art. 5º.) que os tratados “não são obrigatórios senão depois de ratificados pelos Estados contratantes, ainda que essa cláusula não conste dos plenos poderes dos negociadores, nem figure no mesmo tratado”, e que (art. 7º.) “a falta de ratificação ou a reserva são atos inerentes à soberania nacional e, como tais, constituem o exercício de um direito que não viola nenhuma disposição ou boa forma internacional”.

Se o respeito à soberania do Estado constitui um dos princípios básicos do Direito Internacional Público, não menos fundamental é o acatamento ao enunciado *pacta sunt servanda*, em razão do que o Estado vinculado a um tratado deve cumprir as obrigações dele resultantes, sob pena de responsabilidade na esfera internacional. O art. 26 da Convenção de Viena estabelece que “todo tratado em

vigor obriga às partes e deve ser cumprido por elas de boa-fé”.

A ratificação de um tratado, segundo FAUCHILLE (1926) desde que vigore ou passe a vigorar no plano internacional, produz os seguintes efeitos para o respectivo Estado: a) faz cessar a eficácia da lei interna contrária a qualquer norma do tratado, porque o direito constituído na ordem jurídica internacional é superior ao direito autônomo emanado de uma das partes do tratado; b) os Estados vinculados ao tratado tornam-se responsáveis por qualquer ato da administração ou do Poder Legislativo contrário aos compromissos internacionais assumidos. Tal entendimento foi consagrado no art. 27 da Convenção de Viena e acha-se implícito no preâmbulo da Carta das Nações Unidas e no art. 3º. da Carta da OEA.

No Brasil, a integração da norma internacional ao direito positivo dá-se quando entra em vigor a ratificação do tratado. Atualmente a condição essencial para validade dos tratados é que estes, após negociados, sejam firmados pelo Presidente da República e referendados pelo Congresso Nacional (art. 84, VIII, da Constituição Federal). O Ministro J. F. REZEK (1991, p. 69), do Supremo Tribunal Federal, em sua obra Direito Internacional público, refere-se ao procedimento parlamentar, explicitando que o Presidente da República pode, desde logo, mandar arquivar ou manifestar seu consentimento em relação ao tratado, mas não sem o abono do Congresso Nacional. Isto significa, diz ele, que “a vontade nacional, afirmativa quanto à assunção de um compromisso externo, repousa sobre a vontade conjugada dos dois poderes políticos”.

É interessante referir o problema da prevalência dos tratados sobre as leis internas da estatura infraconstitucional anteriores à sua promulgação. J. F. REZEK (1991, p. 104), em sua obra acima referida, comenta que não se coloca em geral qualquer dúvida quanto a essa prevalência. A simples introdução do tratado no complexo normativo estatal faz operar em seu favor a regra de que a lei posterior revoga a anterior – *lex posterior de rogat priori*, não necessitando o tratado recolher tal benefício hierárquico da ordem constitucional.

Já quanto à lei posterior, é outro o entendimento. O Ministro REZEK (1991, p.106) comenta que, de 1975 a junho de 1977, estendeu-se no plenário do Supremo Tribunal Federal brasileiro o julgamento do RE 80.004, no qual resultou vitoriosa, por maioria, a tese de que, em caso de conflito entre tratado e lei posterior, esta última deve ter sua prevalência garantida pela Justiça, uma vez que representa a expressão

última da vontade do legislador republicano – sem embargo das conseqüências do descumprimento do tratado, no plano internacional.

Quanto à extinção de um tratado, ela se dá por ab-rogação, quando as partes decidam em conjunto dá-lo como terminado; por uma predeterminação ab-rogação, quando o tratado contenha prazo de vigência limitado pelas partes, ou se exauram suas condições ou objetivos operacionais ou, ainda, haja queda do número de partes signatárias; pela denúncia unilateral, pela qual o Estado manifesta sua decisão em não mais fazer parte do tratado e, ainda, como referido pelo Ministro REZEK na obra antes citada (p. 117), quando haja a superveniência de condições que impossibilitem o cumprimento do tratado pela alteração fundamental de certas circunstâncias (pela aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*).

Talvez também seja interessante registrar as observações de João Hermes Pereira de Araújo (*A processualística dos atos internacionais*, Min. Rel. Exteriores) no sentido de que, desde o século XIX, alguns textos constitucionais de vários países, embora aceitando a necessidade de aprovação legislativa, circunscreveram-na a certos tratados mais importantes. Nos Estados Unidos, por exemplo, embora a Constituição preveja a aprovação parlamentar pelo voto de dois terços dos senadores presentes, verifica-se a aceitação de um costume, pela doutrina e pela prática, de estabelecer um critério de competências internas, para determinar quais tratados necessitariam de parecer e consentimento do senado.

3.1.2 Código Bustamante

Em 1928 vários países, inclusive o Brasil, firmaram em Havana a Convenção de Direito Internacional Privado dos Estados Americanos, conhecida como Código Bustamante. Essa Convenção foi ratificada pelo Brasil em 3 de agosto de 1929, iniciando sua vigência entre nós trinta dias após.

O Título IV do Código Bustamante trata das obrigações e contratos. Disciplina o art. 166 que as obrigações que nascem dos contratos têm força de lei entre as partes contratantes e devem cumprir-se segundo o teor deles, salvo as limitações estabelecidas no próprio Código.

Nos arts. 175 a 186 o Código trata dos contratos em geral. Diz serem de ordem pública internacional, conforme os arts. 175 e 179, as normas que vedam o

estabelecimento de pactos, cláusulas e condições contrárias às leis, à moral e à ordem pública, assim como as disposições que se refiram à causa ilícita. Segundo estas normas a lei pessoal de cada contratante aplicar-se-á para determinar a capacidade ou a incapacidade para prestar consentimento; a lei territorial se aplicará ao erro, à violência, à intimidação e ao dolo em relação ao consentimento, assim como em relação a toda regra que proíba sejam objeto de contrato serviços contrários às leis e aos bons costumes e coisas que estejam fora do comércio (arts. 176 a 179). Aplicar-se-á, ainda, a lei territorial às causas genéricas de rescisão dos contratos e à sua forma e efeitos.

No art. 184 o Código Bustamante dispõe que “a interpretação dos contratos deve efetuar-se, como regra geral, de acordo com a lei que os rege. Contudo, quando essa lei for discutida e deva resultar da vontade tácita das partes, aplicar-se-á, por presunção, a legislação que para esse caso se determina nos arts. 185 e 186” (isto é, a lei de quem oferece ou prepara os contratos de adesão ou, nos demais, a lei pessoal comum aos contratantes e, na sua falta, a do lugar da celebração do contrato), “ainda que isso leve a aplicar ao contrato uma lei distinta, como resultado da interpretação da vontade”.

No Livro Quarto, que compreende os arts. 314 a 317, o Código trata da parte que intitula como referente ao Direito Processual Internacional. No art. 314 estabelece que a competência dos tribunais, assim como sua organização, formas procedimental e de execução das sentenças e recursos, será determinada pela lei de cada Estado contratante. No art. 316 estipula que a competência *ratione loci* subordinar-se-á à lei do Estado contratante que a estabeleça.

O Código Bustamante representa um magnífico esforço para a adoção de regras de direito internacional privado, que poderiam substituir ou complementar os sistemas nacionais. Existem, no entanto, limitações à sua aplicação, uma vez que apenas se aplica entre os Estados que a ele aderiram (art. 2º. da Convenção), e é relativamente reduzido o número de países que o ratificaram. Amílcar de Castro comenta, de modo crítico, ser sempre meio insegura a observância do Código Bustamante, aduzindo que convenções como estas muitas vezes não vingam. Além disso, valem para jurisdições diferentes e não têm duração igual, já que cada Estado pode à vontade aderir a esta ou aquela convenção, e depois denunciá-la (Direito Internacional privado, 3. ed., Forense, 1977, p. 287-9).

3.1.3 Convenção de Roma (da Comunidade Econômica Européia – CEE)

O art. 3º., n. 3, da Convenção de Roma de 1980 (Convenção da CEE) dispõe sobre a lei aplicável às obrigações contratuais, determinando o seguinte: “A escolha pelas partes de uma lei estrangeira (...), quando todos os outros elementos da situação se encontram localizados no momento da escolha num único país, não pode desrespeitar as disposições que a lei deste país não permite sejam derogadas por estipulação contratual (disposições essas designadas como disposições imperativas)”. O significado da referência à lei estrangeira neste contexto tem um sentido de simples referência de direito material (*Materiellrechtliche Verweisung*), pois a lei escolhida não fica sendo a lei competente; só que não há obstáculos a que, nos limites traçados pelo direito imperativo desta lei, e que são os do Estado em que a situação se apresenta conexa, o contrato seja regido por disposições tomadas do sistema jurídico designado pelas partes.

A orientação perfilhada no Projeto de Convenção sobre a Lei aplicável aos contratos internacionais de compra e venda de mercadorias, aprovado pela Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, em outubro de 1985, formula, no mesmo sentido uma orientação ainda mais clara do que a Convenção de Roma. O art. 1º. do referido Projeto estabelece o seguinte:

A presente Convenção determina a lei aplicável aos contratos de compra e venda de mercadorias: a) quando as partes têm o seu estabelecimento em Estados diferentes; b) em todos os outros casos em que a situação dá lugar a um conflito entre as leis de diferentes Estados, a menos que um tal conflito resulte do simples fato da escolha pelas partes da lei aplicável... A mesma doutrina se encontra na Convenção de Haia de 1955 sobre a lei aplicável à compra e venda internacional de coisas móveis, quando, em seu art. 1º., 4, disciplina: *‘La seule déclaration des parties, relative à l’application d’une loi... ne suffit pas à donner à la vente le caractere international’.*

Também na França e Alemanha, entende-se que a liberdade de escolha da lei aplicável depende da existência no contrato de um elemento qualquer de internacionalidade.

3.1.4 A Convenção das Nações Unidas (Convenção de Viena) para a venda internacional de mercadorias

A Convenção das Nações Unidas ou Convenção de Viena de 1980, também chamada por parte de suas iniciais - CISG, aplica-se somente à venda internacional de certas mercadorias, pois não se aplica, por exemplo, à venda de navios ou aeronaves, ou de ações ou valores mobiliários, ou à venda de bens para uso pessoal ou doméstico, conforme disposições constantes de seu art. 2º.

Essa Convenção, como muitos dos tratados e convenções internacionais, levou bastante tempo para ser implementada. Entre a Primeira e a Segunda Guerras Mundiais a Liga das Nações criou o Instituto Internacional para Unificação da Legislação Privada (chamado às vezes de UNIDROIT), tendo como uma das principais missões a de desenvolver um conjunto de princípios legais para disciplinar a venda internacional de mercadorias, o que foi interrompido com a Segunda Guerra Mundial. Em 1966 foi criada pelas Nações Unidas a Comissão de Comércio Internacional (UNCITRAL) com um grande número de participantes, e reiniciaram-se os trabalhos do preparo de um conjunto unificado de regras para reger a venda internacional de mercadorias. Como resultado deste trabalho em 1980 estava preparado o texto final da Convenção, assinado por vinte e um países, em setembro de 1981.

De acordo com o princípio do respeito à soberania nacional a CISG só se aplicará a um contrato quando o vendedor e o comprador estiverem domiciliados em países que a tenham adotado, discutindo-se se os contratantes, mesmo domiciliados em países que não tenham adotado a Convenção (ambos ou apenas um deles), poderiam elegê-la como a "lei" a reger esse contrato. Essa escolha é tida em geral válida com base nos princípios da liberdade de contratar e da autonomia da vontade das partes.

A Convenção, que veio a atender grande parte dos anseios da comunidade internacional de negócios, contém 101 artigos distribuídos em cinco categorias gerais, que são: 1) aplicação da convenção; 2) formação dos contratos; 3) provisões relativas às obrigações do vendedor e comprador, quebra do contrato e risco de perdas; e 4) provisões relativas a adoção, reservas e ratificação. A Convenção torna mais fácil a construção estratégica dos contratos internacionais, proibindo

virtualmente contratos orais e modificações orais em contratos escritos.

A ponderação dos especialistas é no sentido de que a ratificação da Convenção por um número ponderável de países, com expressivo movimento de negócios internacionais, fará com que seja estimulada a generalizada adoção de um conjunto uniforme, confiável e sofisticado de normas, um instrumento a mais no conjunto idealizável da *lex mercatoria*, passível de aplicar-se internacionalmente.

3.2 A ESCOLHA DA LEI DE REGÊNCIA E DO FORO NOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

No Direito Internacional Privado o mecanismo empregado para, tecnicamente, situar o direito aplicável a um determinado caso é o vínculo ativo, elemento de conexão, que no direito alemão é representado pelo vocábulo *Anknüpfungspunkt*. Elementos de conexão são expressões legais, conforme definição do Prof. Irineu STRENGER (1992), de conteúdo variável, de efeito indicativo, capazes de permitir a determinação do direito que deve tutelar a relação jurídica em questão. Do ponto de vista doutrinário, o problema do Direito Internacional Privado se reduz a determinar, para cada relação jurídica, o domínio do direito, isto é, a legislação mais conforme à natureza própria e ao fim social dessa relação.

Ao contrário dos direitos internos dos Estados, no Direito internacional privado existem vários critérios para determinação do direito a prevalecer.

Assim, por exemplo, na Itália, em relação ao Direito de família, aplica-se a lei nacional da pessoa. No Brasil, a matéria é regida pelo art. 7º. da Lei de Introdução, que estabelece o sistema da prevalência da lei domiciliar. Por outro lado, enquanto o regime de bens no casamento no Brasil é Instituto de Direito de família, na Alemanha faz parte do Direito das obrigações, e assim por diante. Em face dessas nuances surgem conflitos na área da qualificação, ou enquadramento dos fatos, de acordo com os diversos princípios adotados pelos países.

No Direito Internacional Privado, ensina Haroldo VALLADÃO apud GREBLER (1992, p. 23), o princípio tradicional que rege as obrigações deriva da autonomia da vontade, "o que impõe o reconhecimento aos interessados de escolher o direito, expressa ou tacitamente, como lei reguladora dos contratos". A forma do Direito internacional privado para determinação do foro pode e deve em certas matérias,

como por exemplo, substância e feitos das obrigações, regime matrimonial dos bens etc., determinar, como tem determinado, qual deve ser considerada a nacionalidade e o domicílio das partes. Noutros assuntos existem elementos de conexão, que indicam a lei competente a ser aplicada. Assim o fez, por exemplo, o art. 13 da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, permitindo às partes escolher a lei competente para reger a substância e os efeitos (não a capacidade contratual) dos contratos.

Arnold WALD (1972), analisando a questão da escolha pelas partes contratantes do foro ou da lei de regência dos contratos, assinala a existência de dúvidas quanto à validade das cláusulas que, nos contratos internacionais firmados no Brasil, consideram competente determinado foro para conhecer de todos os litígios decorrentes da convenção, ou que regulamentam o contrato e os seus efeitos pela lei estrangeira do domicílio ou da nacionalidade de uma das partes contratantes.

Segundo o autor (ibid. p. 261-71), registra-se que:

os dois problemas, embora materialmente conexos, são distintos, importando a cláusula eletiva de foro na concessão de uma competência contratual à Justiça de determinada cidade ou de certo país, enquanto a escolha de lei estrangeira para firmar as conseqüências jurídicas do contrato se fundamenta no princípio da autonomia da vontade e estabelece o regime jurídico substantivo aplicável à relação jurídica. (...) A primeira questão é puramente processual e se apresenta tanto no plano nacional como internacional, sendo a segunda tipicamente de Direito Internacional Privado.

No Brasil a competência dita internacional encontra-se prevista nos arts. 88 a 90 do CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. No art. 88 acha-se referida a chamada competência internacional concorrente, que as partes podem modificar, com a sua prorrogação voluntária para outros foros, de sua eleição, sem que com isto estejam a ferir princípios cogentes de ordem pública. Tal artigo prevê ser competente a autoridade judiciária brasileira quando: a) o réu, qualquer que seja a sua nacionalidade, esteja domiciliado no Brasil; b) no Brasil tiver de ser cumprida a obrigação; ou c) a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil. Já a competência absoluta, exclusiva, acha-se prevista no art. 89 do Código, em relação a: a) ações relativas a imóveis situados no Brasil; e b) inventário e partilha de bens situados no Brasil.

De acordo com o princípio da autonomia da vontade, que preside a elaboração dos contratos, podem as partes eleger o foro de sua conveniência e escolher as leis

que devem reger seus contratos. No entanto, tais escolhas devem sempre levar em consideração alguns fatores, como os adiante relacionados: a) as restrições de ordem pública previstas no direito material interno do país em que se situe a escolha do foro; b) as regras de conexão que devem ser observadas para a escolha da lei de fundo do contrato. “Usualmente, a eleição de domicílio em um contrato internacional não atribui, *ipso facto*, competência ao tribunal de domicílio eleito, bem assim a submissão do contrato a uma dada lei não implica competência das jurisdições vinculadas a essa lei”, observa Irineu STRENGER (1992).

Em sua obra *Contratos internacionais do comércio* refere-se ainda o autor (ibid. p. 240), à decisão da Suprema Corte Americana em que foram colocados os limites das liberdades das partes nas questões de competência que vimos comentando. Analisando os termos de contratos de transporte marítimo entre um cargueiro americano e um transportador alemão, que atribuiu competência à “*High Court of Justice*” inglesa, tal escolha foi considerada válida, “desde que o tribunal escolhido respondesse claramente aos critérios de neutralidade e de competência e que sua escolha tivesse sido objeto de livre negociação, não viciada de fraude, de constrangimento e de abuso de posição dominante”.

É válido ressaltar que, no âmbito dos contratos internacionais deve prevalecer, neste particular, a supremacia da manifestação da vontade das partes – *lex voluntatis*. No entanto, esta escolha nem sempre será objeto de aceitação de forma tão livre quanto poderiam as partes supor, pois alguns elementos cogentes imporão o acatamento das normas imperativas da legislação interna dos países, enquanto outras servirão para investigar a aplicação da necessária conexão, seja em relação aos locais onde residem as partes ou ao lugar em que o contrato deverá ser executado (*lex loci executionis*).

Conforme já comentado anteriormente, o art. 3º, n. 3, da Convenção de Roma de 1980 (Convenção da CEE) sobre a lei aplicável às obrigações contratuais estipula o seguinte:

“A escolha pelas partes de uma lei estrangeira (...), quando todos os outros elementos da situação se encontram localizados no momento da escolha num único país, não pode desrespeitar as disposições que a lei deste país não permite sejam derogadas por estipulação contratual” (disposições imperativas).

No mesmo sentido, o Projeto de Convenção sobre a lei aplicável aos contratos

de compra e venda internacional de mercadoria, aprovado na Conferência de Haia de Direito Internacional Privado, em 1985, prevê em seu art. 1º.

“A presente Convenção determina a lei aplicável aos contratos de compra e venda de mercadorias: a) quando as partes têm o seu estabelecimento em Estados diferentes; b) em todos os outros casos em que a situação dá lugar a um conflito entre as leis de diferentes Estados, a menos que um tal conflito resulte do simples fato da escolha pelas partes da lei aplicável (...)”.

Alguns sistemas jurídicos estabelecem restrições ao princípio da autonomia contratual, como é o caso, do ponto de vista formal, do sistema jurídico positivo brasileiro. Há também restrições parciais. Alguns limitam a escolha de uma lei que tenha inevitavelmente relações com as partes ou com as transações, v.g., a lei do lugar da execução do contrato (*lex loci executionis*). Outros limitam essa possibilidade à lei nacional ou domiciliar das partes”.

Como quer que seja, quanto aos contratos internacionais, guardados os princípios gerais e imperativos de conexão a que acima nos referimos, na maioria dos sistemas e facultado às partes o direito à livre escolha da lei aplicável. Essa posição reconhece às partes a possibilidade de escolher legislação neutra ou direito que melhor se adapte às circunstâncias contratuais. O Prof. STRENGER (1992) aponta a existência de adeptos fervorosos da ampla aceção dessa corrente, para os quais trata-se da possibilidade de escolha dos mecanismos que melhor irão permitir as adequações do direito ao contrato, como é o caso de certos tipos de contratos internacionais, como os marítimos e bancários, que freqüentemente designam para regê-los as normas do direito inglês ou suíço.

Por ocasião da preparação da Lei-Modelo da UNCITRAL para a Arbitragem Internacional houve muito debate sobre a redação do art. 28(2) da Lei, que definiria a lei a ser aplicada pelos árbitros quando as partes não tivessem deliberado sobre o tema. Proponentes da chamada *lex mercatoria* defendiam a redação, seguindo exemplos recentes das legislações sobre arbitragem da França e da Holanda, que o texto se referisse a “regras legais” (*rules of law*) ao invés de *the law determinada* para aplicar-se à solução dos conflitos. O propósito era possibilitar as sentenças serem decididas com base na *lex mercatoria*, mas tal proposta foi derrotada, prevalecendo a seguinte redação: “*Failing any designation by the parties, the arbitral tribunal shall apply the law determined by the conflict of laws rules which it considers*

applicable".

A UNIDROIT, organização intergovernamental independente, integrada por cinquenta e um países de cinco continentes, está empenhada na elaboração de um ambicioso projeto a longo termo, objetivando estabelecer um conjunto de princípios e regras uniformes sobre formação, interpretação, validade, execução e inexecução dos contratos internacionais em geral, no âmbito de um Código do Direito do Comércio Internacional. Esta tarefa já teria sido parcialmente cumprida, com o encaminhamento à Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL) de um projeto intitulado "Regras Uniformes sobre os Contratos Internacionais em Geral", no qual são tratados os seguintes assuntos: "Formação dos contratos internacionais", "Interpretação dos contratos internacionais" e "Validade material dos contratos internacionais", compreendendo este último tópico uma seção na qual são disciplinados o erro, o dolo, a ameaça e a disparidade manifesta.

As regras adotadas atualmente, em termos gerais, pela ICC, uma das mais prestigiosas cortes privadas internacionais de arbitragem, reconhecem a escolha pelas partes da legislação de um determinado país, de um determinado corpo de legislação codificada, como o UCC, ou dos usos e costumes mercantis internacionais, como normas de regência do julgamento arbitral.

Quanto à escolha da chamada *lex mercatoria*, com o mesmo propósito existe uma posição restritiva por parte da entidade. É que, com justa razão, em que pese o entusiasmo de alguns (uma decisão arbitral inglesa indicou expressamente a *lex mercatoria*, com esta designação, como lei de regência para solução de um caso), é bastante controvertida a posição dos Judiciários dos países em reconhecer propriamente esses princípios, hoje ainda considerados etéreos, como uma unidade legislativa capaz de aplicar-se à regência de obrigações. É possível que os processos arbitrais internacionais cheguem a fazê-lo, mediante uma sólida e precisa definição contratual adotada pelas partes do que seja o referido conjunto de princípios e como se aplicarão à hipótese a ser submetida à arbitragem; mas, neste momento, na ausência desses pressupostos, os árbitros da ICC têm declinado em aceitar a *lex mercatoria* como "lei" aplicável aos casos que apreciem.

O art. 13 das Regras de Arbitragem da ICC reconhece a liberdade das partes na escolha da lei a ser aplicada pelos árbitros para solucionar o mérito da disputa e,

na ausência desta indicação pelas partes, a faculdade de os árbitros designarem a lei, ou conjunto de leis ou regras, que lhes pareça mais apropriada para a solução do litígio.

O Protocolo de Genebra de 1923, que estabelece a validade entre partes de Estados contratantes do compromisso arbitral e da cláusula compromissória, o qual foi ratificado pelo Brasil em 1932, prevê que o processo da arbitragem, incluindo a constituição do tribunal arbitral, será regulado pela vontade das partes e pela lei do país em cujo território a arbitragem se efetuar.

4 PLANEJAMENTO, NEGOCIAÇÃO, CLÁUSULAS ESPECIAIS DE CONTRATOS INTERNACIONAIS

A intrincada articulação de alguns contratos internacionais e seus problemas pode ser sugerida pela referência feita por William F. FOX JR (s.d.), em sua obra, quando conta que iniciou seu treinamento na redação e negociação de contratos internacionais, e solução de seus conflitos, há alguns anos, atuando em casos como o que deu início a uma questão judicial perante um tribunal federal norte-americano, para confirmar uma sentença arbitral proferida na Suíça, sobre questão proposta por empresa grega contra uma companhia de petróleo do Oriente Médio, que fora constituída como uma subsidiária integral de uma empresa norte-americana.

São muitos os caminhos e as precauções a serem tomadas quanto à formulação dos contratos privados internacionais, desde a definição básica de seus objetivos, a etapa de sua negociação, a redação de suas cláusulas e sua assinatura.

Seguem abaixo, alguns comentários sobre estas etapas críticas da construção desses contratos, com a inserção de exemplos de cláusulas especiais, retiradas de contratos existentes.

4.1 PLANEJAMENTO

O fato de que os contratos internacionais, por definição, transcendem as fronteiras dos países cria uma série de problemas para advogados e executivos que têm de planejar estratégias, negociar condições e redigir os instrumentos contratuais. É evidente que nesses contratos é introduzida uma gama variada de complicações e incertezas comparativamente maior do que as que existem nos contratos internos ou nacionais, que não são de fácil resolução.

A lei que deverá reger contrato e, lado a lado com esta questão, a questão da jurisdição ou do foro do contrato são aspectos notáveis, em que é todo recomendável o auxílio de especialistas em Direito, na maioria dos casos, para a adoção da melhor estratégia e do melhor caminho a seguir.

William F. FOX JR. (s.d.), em seu manual sobre contratos comerciais internacionais, pontilhado de exercícios de bom-senso, enfatiza que, se por exemplo, uma controvérsia surge durante a execução do contrato, o acesso em condições

favoráveis a um sistema judiciário adequado mostra toda a sua relevância.

Outros aspectos importantíssimos dizem respeito à fixação das cláusulas de indexação de preços, levando-se em consideração as flutuações cambiais e as proteções que cada país exerce em relação à sua própria moeda e aos níveis de paridade dela em relação às demais.

De um modo geral, para os efeitos deste trabalho os contratos aqui tratados devem refletir compromissos escritos, com maior ou menor riqueza e detalhamento formal, versando sobre transações comerciais em que, sucintamente, as partes sejam (i) um ou mais entidades privadas ou pessoas físicas residentes ou domiciliadas em um determinado país e uma ou mais dessas entidades ou pessoas físicas de outro país ou, em certos casos, (hei) uma ou mais entidades privadas de um país e um governo ou entidade paraestatal ligada a um governo de outro país.

Em todos os casos, os negócios ou as transações contempladas nos contratos internacionais privados a que nos referimos devem revestir a conotação de transações mercantis, subordinadas à legislação internacional privada do comércio e aos usos e costumes das transações comerciais internacionais, e não relacionar-se a operações levadas a efeito entre Estados ou entidades estatais dotadas de soberania e compreendidas no âmbito do que os juristas e *scholars* denominam *international relations*, regidas pelo Direito Internacional Público.

O Prof. Andreas LOWENFELD (1981), fazendo a ressalva de existirem riscos inerentes em quaisquer transações de negócio, enfatiza que, no entanto, nas transações internacionais de natureza comercial tais riscos são especiais e se encontram mais espargidos, envolvendo grande variedade de hipóteses cujo caráter imperativo poderá afetar a operação. São exemplos que enumera desses riscos: flutuações cambiais, modificações nos mecanismos de controle governamental como a imposição de tarifas, novas regulamentações sobre importação e exportação, os riscos do transporte marítimo em alto-mar, guerras, boicotes, expropriações.

Em face de tais características dificilmente poderia ser admitido que uma transação do tipo internacional pudesse deixar de manifestar-se através de documentos escritos, mesmo que estes assumissem uma feição menos formal do que seria esperado de uma contratação em moldes convencionais. Além disso, algumas legislações nacionais são mais explícitas e exigem normalmente um contrato escrito para que sejam exeqüíveis as obrigações pactuadas, como é o caso

do Código Comercial Uniforme dos Estados Unidos.

Problemas prospectivos relacionados a características das legislações dos países em que as partes têm domicílio ou em que o contrato será executado serão da maior importância para a escolha do foro e da legislação de regência do contrato. No mesmo sentido será da maior utilidade saberem as partes como serão eventualmente tratadas pela legislação do país com jurisdição sobre o contrato matérias relativas, por exemplo, à solução arbitral, para que as partes possam decidir com maior conhecimento de causa sobre a sua adoção.

Outro aspecto que merece atenção é o da proliferação nas contratações internacionais de contratos padronizados, ou que contêm uma parte impressa padronizada e anexada como "condições gerais" às cláusulas especiais que determinam as condições específicas do contrato. Nesses tipos de contrato de adesão, comum nas operações de importação e exportação, ou nas operações bancárias e de seguros, em que as cláusulas padronizadas são apresentadas como um *standard*, de modo geral não passível de negociação, existem, algumas vezes, circunstâncias que não são da conveniência do contratante tido como "aderente". Devem então ser tais cláusulas não só discutidas, mas, às vezes, até modificadas ou ressalvada sua aplicação em determinadas circunstâncias.

Todos esses fatores apontam para a conveniência de que as partes, em especial as que tiverem pouca experiência nessas formas de contratação, procurem o auxílio de assessores ou especialistas versados nessas matérias, de forma que se planejem convenientemente os passos a serem dados no sentido da materialização do contrato.

4.2 A NEGOCIAÇÃO DE CONTRATOS E DEFINIÇÃO DE OBJETIVOS

A primeira e mais importante providência para que cada uma das partes consiga definir a estratégia a adotar em relação às negociações e à formulação de um contrato consiste, simplesmente, em precisar com clareza o que realmente deseja em relação a ele.

Roger FISHER e William URY apud MELLO (1994), professores integrantes do *Harvard Negotiation Project*, um projeto conduzido pela Universidade de Harvard voltado para a disseminação de métodos de negociação e mediação de problemas,

em seu manual *Getting to Yes Negotiation Agreement* (New York, Penguin Books), expressam o conceito de que qualquer método de negociação pode ser eficientemente julgado de acordo com três critérios:

Ele deve produzir um acordo harmônico caso seja possível um acordo. Ele deve ser eficiente. E ele deve melhorar, ou pelo menos não prejudicar a relação entre as partes. (Um acordo harmonioso pode ser definido como aquele que atende aos legítimos interesses de cada parte dentro do possível, resolve de forma justa interesses em conflito, é durável, e leva em consideração interesses comunitários).

Tradicionalmente, o entendimento comum entre os profissionais envolvidos na fase de negociação de contratos era o de que essas negociações dependiam apenas da experiência dos negociadores e que as pessoas só aprendiam sobre o tema praticando-o, sendo difícil uma avaliação sistemática das técnicas de negociação porque cada negociação teria características particulares.

As técnicas estratégicas e psicológicas das negociações de contratos, ressaltam a postura a ser adotada pelos negociadores, seus padrões éticos e demais características que devem embasar essas negociações, enquadradas agora em esquemas mais técnicos e que devem ser estudados e adequadamente utilizados pelos interessados.

Algumas linhas mestras, extremamente simples e práticas para a negociação de contratos:

1. separar as pessoas dos problemas;
2. focalizar os interesses e não as posições;
3. criar opções para utilidade mútua;
4. insistir no critério objetivo;
5. conhecer sua "melhor alternativa para um acordo negociado".

Na primeira, a separação entre as pessoas e os problemas não é difícil de divisar ao se ter em mente um exemplo, qual seja o de sentarem-se à mesa de negociações pessoas ou famílias que no passado se tornaram antagônicas por motivos estritamente pessoais que nada têm, nem remotamente, que ver com os assuntos que estão sendo tratados.

A segunda premissa também se alinha na faixa da intolerância de posicionamentos. É comum às vezes que as partes se reúnam com idéias (posições) rígidas, preconcebidas, que nenhum benefício poderão trazer às negociações em

curso. É o caso, por exemplo, daquele que decide, aprioristicamente, não aceitar, em qualquer circunstância, a assinatura de uma carta de intenções ou a adoção da solução arbitral, ou, ainda, a eleição do foro do domicílio da outra parte contratante para resolução dos conflitos contratuais.

Como em outras manifestações interpessoais, nas negociações de contratos, em particular, desponta o fato inegável de que neste campo o conhecimento representa poder. Esta afirmação engloba a posição privilegiada ocupada pela parte que melhor conhece os vários detalhes do negócio, as características das normas legais que deverão reger o mérito do contrato, as normas e dispositivos científicos ou da técnica, das finanças, ou das regras contábeis que a ele se aplicarão.

Outros critérios apresentados para a racionalização da negociação envolve a identificação de critérios objetivos. É aconselhável, que as partes se fixem em critérios objetivos de modo firme mas com certa flexibilidade, enumerando alguns itens para serem memorizados:

Destacar cada questão controversa como objeto de investigação conjunta para objetivação de critérios;

Ser razoável e permeável a ponderações sobre os padrões mais apropriados para a negociação e sobre a forma como devam eles ser aplicados;

Nunca ceder a pressões, somente podendo fazê-lo em relação a princípios.

Cada processo de negociação se desenvolve através de etapas. O reconhecimento desses níveis e a percepção de como lidar com essas diferentes etapas representa um marco fundamental para o negociador. As etapas denominam-se:

1. Orientação e posicionamento;
2. Argumentação;
3. Emergência e crise;
4. Acordo ou encerramento das negociações.

Na técnica das negociações, como de resto em todas as funções humanas interativas, despontam as análises das situações relacionais conflitivas a partir da psicologia. O psiquiatra canadense Eric BERNE desenvolveu um sistema dinâmico, objetivo, aplicado com sucesso em terapias ambientais no âmbito das hierarquias das empresas, que se presta também a aplicação nas técnicas de persuasão e negociação de contratos. Neste sistema, denominado análise transacional, o termo

“transação”, que etimologicamente significa uma ação que passa de uma pessoa a outra, sugere a fórmula mecânica de atuação do sistema. As técnicas da análise transacional funcionam a partir de estímulos (ações) e reações (respostas), tendo como base analítica e de direção a verificação dos diversos estados do ego nos momentos analisados.

A prática das negociações de contratos encerra alguns pontos que talvez possam à primeira vista ser minimizados, em razão de sua óbvia e enorme simplicidade, mas que apresentam extrema eficácia para as partes que estiverem atentas à sua existência. Um dos mais importantes diz respeito, simplesmente, à inegável vantagem que passa a desfrutar a parte que consegue apresentar a primeira minuta do contrato no processo de sua negociação. A partir daí, normalmente, as discussões desenrolar-se-ão tomando como base o padrão da minuta apresentada, e ainda que esta sofra modificações nesse processo terão sido lançadas pela parte as premissas para a negociação.

Em ajustes internacionais as estratégias de negociação muitas vezes têm como base certos padrões, que fixam os procedimentos. Em termos práticos, o valor envolvido num determinado contrato é muitas vezes decisivo para a adoção desses procedimentos.

4.3 FORMAÇÃO DOS CONTRATOS, ESTRATÉGIAS PRELIMINARES

4.3.1 Proposta e aceitação

A LICC brasileira prevê, no § 2º. do art. 9º., que a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente. A sua vez, o art. 1.087 do Código Civil brasileiro dispõe que o contrato reputa-se celebrado no lugar em que foi proposto, e o art. 1.080 do mesmo Código que a proposta do contrato obriga o proponente, a não ser que o contrário resulte de seus termos, da natureza do negócio ou das circunstâncias do caso. Assim, na maioria dos países que adotam o sistema codificado de legislação e mesmo nos da *common law* o contrato normalmente se forma através dos atos que corporificam a oferta, ou policitação, e a aceitação – *offer e acceptance*.

De acordo com o art. 1.083 do Código Civil brasileiro a aceitação da oferta fora

do prazo, com adições, restrições ou modificações, importará em nova proposta. No art. 19 da Convenção Internacional das Nações Unidas para a Venda de Mercadorias, acha-se também previsto: "*A reply to an offer which purports to be an acceptance but contains additions, limitations, or other modifications is a rejection of the offer and constitutes a counter offer*".

Na seção 2-207 do UCC existem similares disposições sobre a forma e formação do contrato. O UCC prevê, de maneira mais indulgente, que uma aceitação que apresente variações dos precisos termos da proposta ainda assim pode ser tida como aceitação, a menos que a proposta estabeleça expressamente que a aceitação deve ser formulada em obediência a seus termos, ou que os termos da aceitação alterem materialmente a proposta.

Sobre o direito inglês, D. W. ELLIOT apud MELLO (1994), preleciona que a base do contrato é o *consensus ad idem*. As partes devem estar em perfeito acordo, manifestado pela oferta incondicional feita por uma delas e por sua aceitação incondicional pela outra. Essa manifestação deve permitir que o tribunal consiga verificá-la e, caso as intenções se mostrem claras porém não identificadas com todas as condições da convenção, o contrato não será perfeito e as partes a ele não estarão vinculadas.

Caso a materialidade da proposta seja afetada pela condicionalidade da aceitação, esta passará a ser tida como uma contraproposta, e somente se efetivará, dando ensejo à formação do contrato, caso o comprador a aceite.

Outro ponto que também é sempre lembrado é o de que a proposta somente se oficializa caso seja recebida pela outra parte. O art. 1.081 do Código Civil estipula, porém, que a proposta deixa de ser obrigatória quando, feita sem prazo a uma pessoa presente, não foi imediatamente aceita, ou, se feita sem prazo à pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ou, ainda, caso feita a pessoa ausente, não chegue a resposta dentro do prazo nela assinalado.

De acordo com os princípios contratuais britânicos (delineados no caso Adams V. Lindsell) e conforme esclarece William F. FOX JR. (s.d), de conformidade com as normas vigentes na maioria dos Estados norte-americanos, uma aceitação se efetiva, simplesmente, quando a carta que a reflete é postada, o que os norte-americanos intitulam de *mailbox rule*.

No art. 127 de nosso Código Comercial acha-se previsto que os contratos

epistolares reputam-se concluídos e obrigatórios desde que o que recebe a proposição expede carta de resposta, aceitando o contrato proposto sem restrições nem reservas. "Até este ponto", estipula o Código, "é livre retratar a proposta; salvo se o que a fez se houver comprometido a esperar resposta, e a não dispor do objeto do contrato senão depois de rejeitada a sua proposição, ou até que decorra o prazo determinado. Se a aceitação for condicional, torna-se-á obrigatória desde que o primeiro proponente avisar que se conforma com a condição".

A doutrina anglo-americana dos *consideration* evidencia que a promessa de uma das partes só terá validade e, assim, poderá vir a ser reconhecida em juízo caso represente uma contraprestação da outra parte. Os juristas americanos observam, todavia, que a simples existência de alguma forma de retribuição ou *consideration* é muitas vezes suficiente para a materialidade do contrato, não pesquisando o Judiciário local a adequação dos *consideration*. (De acordo com as leis britânicas e norte-americanas, as promessas unilaterais formuladas no âmbito de um contrato, sem mostrar a aceitação específica da outra parte, normalmente não são consideradas válidas).

Muitas discussões formais e estéreis poderiam ser evitadas com precauções de natureza média das partes que se envolvem na negociação de contratos, mediante a simples inserção nos documentos que sinalizam a formação do entendimento entre elas de algumas ressalvas eficazes, de acordo com as disposições legais.

Os matizes dessas ressalvas evidentemente devem subordinar-se aos interesses comerciais das partes.

4.3.2 Outros pontos preliminares

Outros pontos preliminares e estratégicos dizem muitas vezes respeito a circunstâncias que devem ser previamente pesquisadas sobre a condicionalidade do cumprimento de obrigações contratuais em determinados países.

Não é incomum ocorrerem hipóteses em que as partes se envolvem em negociações e chegam a firmar contratos, em que o cumprimento de uma ou algumas obrigações dependem de autorizações governamentais difíceis ou até impossíveis de obter, causando a resolução do contrato.

Alguns sistemas legais reconhecem diferenciações quanto a dispositivos nos contratos que envolvam responsabilidades unilaterais ou recíprocas. Um precedente histórico que pode ser citado como exemplo diz respeito à decisão tomada por uma corte inglesa, em 1864, no caso *Rarries v. Wicheiauss*, acerca de um contrato de transporte marítimo de mercadorias da Inglaterra para os Estados Unidos, que seriam embarcadas no navio *Peerless*. No caso, verificou-se existirem dois navios denominados *Peerless* e enquanto o comprador norte-americano acreditava que as mercadorias viriam com o navio *Peerless* que chegou em Nova York em outubro, o vendedor britânico embarcou as mercadorias no navio do mesmo nome que atracou em Nova York em outubro, o vendedor britânico embarcou as mercadorias no navio do mesmo nome que atracou em Nova York apenas em dezembro. A corte britânica decidiu então que o contrato se mostrava ambíguo neste particular e que tinha havido um equívoco recíproco e, por tal razão, desconsiderou a sua formação.

4.3.3 A linguagem a ser adotada pelo contrato

A língua a ser adotada oficialmente pelo contrato deve ser objeto de cuidados especiais das partes. O Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), adota oficialmente como instrumento de trabalho as quatro línguas nativas dos países das Américas: inglês, castelhano, português e francês. Assim, os contratos são redigidos e firmados na língua do país tomador do empréstimo ou financiamento, sendo feitas traduções simultâneas nas demais línguas, em qualquer caso em inglês e espanhol. Mas uma instituição do porte do BID tem à disposição toda uma equipe treinada nessas línguas e na terminologia dos contratos, o que não acontece com as partes que se envolvem amiúde sem conhecer bem a língua do parceiro, em contratos internacionais.

Uma forma talvez de difícil elaboração, mas de bons resultados que se adota para colocar fim a diferenças lingüísticas na interpretação dos contratos consiste em assiná-los, num mesmo instrumento, nas línguas de ambos os contratantes, servindo as duas versões simultâneas como instrumentos válidos e originais para interpretação do contrato.

Outra fórmula reside em escolher uma determinada língua como língua única, que servirá para interpretação do contrato, mesmo que ele tenha sido elaborado e

até firmado também em outra que não aquela.

Exemplos:

Governing language. This agreement is construed and shall be interpreted according to its version in the English language and all notices, communications, reports, opinions and other documents delivered under this Agreement or the exhibits hereto, unless submitted in the English language, shall be accompanied by an English translation thereof (the accuracy of which shall be certified by a director or officer of the entity submitting, such document), and such English translation shall govern in the event of any conflict with the non-English version thereof.

Language du contrat. La langue de la présenté Ouverture de Crédit est le Français. Il en sera de même de la correspondance contractuelle prévue dans les annexes suivantes, à l'exception des actes et documents officiels émis par le Gouvernement brésilien et à l'exception de la correspondance ordinaire, qui pourra être écrite em Français ou em Anglais.

4.3.4 As cartas de intenção

É comum que em negócios complexos, cuja negociação demande tempo, as partes necessitem um documento que represente um compromisso preliminar entre elas, o sinal de que concordaram em relação a certas obrigações preliminares ou certos princípios objetivando chegar ao contrato. Surgem então as *cartas de intenção*, *letter of intent* ou *memoranda of understanding*, utilizadas às vezes não só como uma promessa ou ajuste preliminar, mas como meio de obter aprovação governamental, seja para certos incentivos a um projeto ou das bases estruturais de um empréstimo ou financiamento, seja do modelo de um contrato que envolva transferência de tecnologia ou permissão para importar mercadorias.

É necessário enfatizar que a carta de intenção não é o contrato e, que os laços obrigacionais que contempla serão mais tênues ou estarão condicionados a eventos futuros. Ao mesmo tempo não deverão ser tão tênues que acabem descaracterizando o vínculo obrigacional que possa representar o documento. Não deve pairar dúvida que uma carta de intenção dificilmente poderá ter execução específica, obrigando as partes a celebrar o contrato, nela apenas esboçado como uma possibilidade.

No entanto, o documento deve encerrar obrigações preliminares que, se chegarem a operar, possam ser resolvidas em perdas e danos em benefício da parte prejudicada. É o caso, por exemplo, dos efeitos que uma carta de intenção possa ter causado à parte que, em virtude do futuro é possível acordo e através das premissas

nela contidas, mobilizou seus esforços para conseguir novos recursos, adquirir matérias-primas, começar a produzir, ou contratar pessoal ou, ainda, remover pessoas, bens de um ponto para outro.

O linguajar das cartas de intenção deve ser cuidadoso. Deve expressar, por exemplo, condicionalidades, quando se referir a possível formação de uma *joint venture*, associação ou empresa, ou que o futuro contrato acha-se na dependência do implemento de certos fatos e condições específicas.

Exemplo:

No exemplo abaixo pretenderam as partes inserir num Protocolo de Intenções a noção de que o não-exercício por uma das partes do direito de compelir a outra a cumprir com o pactuado no Protocolo não representaria renúncia ou capitulação da mesma parte a esse direito:

Failure to Enforce. The failure of either party to insist upon a strict performance of any of the terms or provisions of this Protocol, or to exercise any option, right or remedy herein contained, shall not be constructed as a waiver or relinquishment for the future of such term, provision, option, right or remedy but the same shall continue and remain in full force and effect.

5 SOLUÇÃO AMIGÁVEL DE CONFLITOS

Nos contratos internacionais, aliás, como em quaisquer contratos, nunca é demais fazerem as partes menção a fórmulas alternativas amigáveis para a solução de conflitos antes da submissão do litígio a julgamento por árbitros ou juízes.

Any disputes arising from this Agreement shall be settled by the parties amicably, if possible, through mutual consultations or through mediation of a third party. For this purpose the parties shall promptly notify each other of any problem or conflict that even potentially could affect the performance of the Agreement. The parties shall be together and individually responsible for the remedies to solve the problem, having each party in default, as the case may be, the term of 45 days to adopt such action or remedies which demonstrate to be efficient for this effect.

In case of conciliation, the conciliator whom the parties may have selected to act on their behalf will be guided by principles of objectivity, fairness and justice, given consideration to, among other things, the rights and obligations of the parties, the usages of the trade concerned and the circumstances surrounding the dispute, including any previous business practices between the parties.

In case the parties are not able to resolve the contractual problems which arose through consultation or mediation, or not settlement is reached through consultation or mediation, the dispute may, in accordance with the arbitration clause provided in the Agreement or the written Arbitration Agreement reached afterwards, be submitted to a _____ arbitration body (or to the Chamber _____ of Arbitration) or other arbitration body for arbitration.

5.1 CLÁUSULA ATRIBUTIVA DE JURISDIÇÃO E LEI DE REGÊNCIA DOS CONTRATOS

Nos contratos internacionais as cláusulas em que as partes escolhem a jurisdição (*jurisdiction*) e a lei de regência (*governing law*) dos contratos têm enorme importância. Exemplos:

1. Uma cláusula simples e direta:

"This Agreement shall be governed by and construed in accordance with the laws of Brazil and the terms hereof shall enure to the benefit of the parties and their successors and assigns and are binding upon the same parties".

2. Uma cláusula mais encorpada, em que também se encontram as noções de sucessão das obrigações e da unicidade do contrato:

Exemplo:

This Agreement: (i) shall be construed and enforced in accordance with the laws of _____; (ii) shall enure to the benefit of and be binding upon the parties hereto and their respective executors, administrators, legal representatives, successors and assigns; and (iii) may be executed in two or more counterparts, each of which shall be deemed an original but all of which together shall constitute one and the same instrument.

3. Abaixo, cláusulas mistas, em que é escolhida a lei de regência e a jurisdição:

3.1. "Choice of Law And Venue [ou] (Governing Law And Jurisdiction)

- A. *The essential validity of the Contract and all matters pertaining thereto, including, but not limited to, matters of performance, non-performance, breach, remedies, procedures, rights, duties, and interpretation or construction, shall be governed by and construed in accordance with the laws of Brazil.*
- B. *Subject to the provision of article ____ (Arbitration), the parties hereto elect the Courts of the City of Rio de Janeiro, to receive and judge any claims, actions or disputes arising directly or indirectly from this Contract, the said Courts being preferred to any other, irrespective of any privilege whatsoever.*

- 3.2 *This Agreement, its interpretation, performance and enforcement and the rights and remedies of the Parties hereto, shall be governed and construed by and accordance with the laws of*
The Parties hereto agree and intend that the proper and exclusive forum for any litigation of any disputes or controversies arising out of or related to this Agreement shall be a court of competent jurisdiction located in (the State of....).

4. Outro exemplo, abaixo, extraído de um contrato de financiamento internacional a empresa brasileira, por um conjunto de bancos estrangeiros, pode ser dado como representativo da escolha da legislação de regência, da atribuição de foro e da cumulativa renúncia a privilégios e imunidades:

Governing Law. This Agreement and the rights and obligations of the parties hereunder are governed by and shall be construed in accordance with the internal substantive law, and not the choice of law rules, of the State of New York, United States of America.

Waiver of Sovereign Immunity. Jurisdiction. To the extent that the Company or its properties have or may hereafter acquire such, the Company hereby irrevocably waives, in respect of its obligations under this agreement and the Notes, (i) immunity from the jurisdiction of any court (including but not limited to the courts of the United

States or any State thereof), and (ii) immunity of its revenues, assets or properties (whether commercial or non commercial) (A) from execution upon, attachment in aid of execution upon, and attachment prior to, a judgement of any such court, (B) from setoff and (C) from any other legal process or action taken in connection with this Agreement or the Notes. Any legalaction or proceedings with respect to this Agreement against the Company may be brought in the courts of the United States of America, the State of New York or Brazil, as either Co-Agent or any bank may elect, and by execution and delivery of this Agreement, the Company hereby accepts for itself and in respect to its property, generally and unconditionally, the non exclusive jurisdiction of the aforesaid courts, and each Co Agent and each Bank hereby accepts for itself and in respect of its property, generally and unconditionally, the non-exclusive jurisdiction of the courts of the United States of America and the State of New York and, as to each Bank, the courts of its country of incorporation.

5. Mais um exemplo, este em francês, inserido num contrato internacional de abertura de crédito:

“Droit Applicable. La présente Ouverture de Crédit est soumise au droit français et c’est conformément à ce droit que seront tranchées toutes lès contestations qui pourraient éventuellement s’élever à l’occasion de l’interprétation ou de l’exécution de l’Ouverture de Crédit et de ses suites”.

5.2 CLÁUSULAS DE FORÇA MAIOR

Nos contratos internacionais, talvez mais do que em outros de menor amplitude, torna-se essencial a inserção de cláusulas em que fique prevista a exoneração da responsabilidade das partes no caso da ocorrência de fatos imprevistos que elas não poderiam de alguma forma prever, nem **poderiam** razoavelmente evitar, que se corporificam nos casos de força maior.

Uma definição sistemática do que constitua os eventos de força maior é encontrada no parágrafo único do art. 1.058 do Código Civil brasileiro: “O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar, ou impedir”.

Não obstante tal definição, a configuração desta cláusula nos contratos passa por um minucioso relacionamento dos eventos que poderiam ser aceitos **como de** força maior.

1. Abaixo se encontra um exemplo extraído de contrato de **venda** internacional de mercadorias, contendo um enunciado mais extenso, prevendo a interferência de eventos de força maior na produção ou transporte das mercadorias e

a extensão do prazo de sua entrega sob os seus efeitos:

A) If either is hindered or prevented from performing any its obligations under this contract by reason of strikes or other industrial action, floods, fire, riot, civil war or commotion, bad weather or other Acts of God, central or local government legislation, decrees or orders, trade embargoes or boycotts by central government or others, shortage of transport to or from the place of delivery or port of shipment, inability to obtain warehouse space or other storage facilities at the place of delivery of shipment or elsewhere, non-performance by any manufacturer or other supplier of any contract with either party due to any of the aforesaid causes or to any other causes or contingency whatsoever outside the reasonable control of either party (whether or not at the port of shipment, place of delivery or manufacture or elsewhere) which prevents, restricts or interferes with the manufacture, procurement delivery of any of the goods, then in any such case either party may give written notice of any cause or contingency to the other party (and, in the case of the Buyer, shall give such notice, in advance of actual shipment) and the delivery period shall be extended for a period of time equivalent to the extent of such hindrance or prevention. Should either party claim that the delivery period be extended under this clause for more than 120 days, then the other party shall be entitled at any to cancel the contract.

B) In case of 'Force Majeure' as fire, war or insurrection, operations, labour disputes, mobilization or natural calamities that may affect the production, the Supplier will inform the Buyer, in writing, within 30 (thirty) days of the event that impedes the fulfilment of this obligation. The delivery dates will be postponed by the same period of the event that motivated the retard.

5.3 CLÁUSULAS DE RESCISÃO

Na maioria dos contratos costuma-se inserir cláusulas que prevêem a possibilidade de rescisão unilateral dos pactos, seja em caráter normal, sem depender de qualquer circunstância, nos casos de contratos por prazo indeterminado, em que qualquer das partes pode dá-lo como rescindido avisando a outra de sua intenção com alguma antecedência, seja em virtude da ocorrência de eventos como a insolvência de uma das partes ou o descumprimento por ela das obrigações contratuais. Exemplos:

1. Texto extraído de um contrato internacional de venda de mercadorias:

a) If the Buyer becomes insolvent, has a receiver or liquidator appointed over it, makes composition with its creditors or defaults in the performance of any other contract between it and the Seller, the Seller shall be entitled to give written or telexed notice terminating the contract forthwith.

a) If the Buyer defaults in the performance of the contract by failing or refusing to nominate a vessel or to take up the documents or to tender the price or to take

delivery of the goods or any instalment thereof, the Seller shall be entitled to give written or telexed notice terminating the contract forthwith and all other open contracts between it and the Buyer without prejudice to the Seller's right to claim damages for such default.

2. Outro exemplo, um pouco mais completo que o anterior:

a) Either party may terminate this Agreement, without demand or judicial resolution to that effect, at any time after the close of the initial term of this Agreement upon given ninety calendar days' prior written notice to the other party, or upon the occurrence of an event for termination or a just cause for termination as defined in paragraphs (b) and (c) below, respectively. Said termination shall become effective immediately as of the date which such event for termination or just cause for termination occurs, unless a specific term is otherwise expressly provided for in this Agreement.

b) This Agreement shall terminate upon the occurrence of any of the following events: (i) either party's failure to comply with any of its obligations under this Agreement, and to correct such failure within a term of thirty calendar days from the date of written notice to that effect from the other party, (ii) the bankruptcy of their party, any assignment by either party for the benefit of its creditors, the inability of either party to pay its debts as the same fall due, the appointment of a receiver for or any execution levied upon all or substantially all of either party's business or assets, or the filing of any petition for voluntary or involuntary bankruptcy or similar proceedings for or against either party, (iii) the expropriation of all or substantially all of the business or assets of the party, or the nationalization of either party, (iv) dissolution and/or liquidation of either party, (v) the acquisition directly or indirectly, of any part of the capital stock or of any interest of either party, without the prior written approval of the other party.

c) Each of the following events shall be consider to constitute just cause for unilateral termination of this Agreement by the XX, as provided for in paragraph (a) above: (i) grave non-compliance by YY with its obligations stipulated in this Agreement, (ii) any act or omission of YY which seriously affects the interest of the XX.

5.4 CLÁUSULAS SOBRE FIXAÇÃO DE PREÇOS E COMISSÕES EM CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO

É de utilidade fazer aqui referência à cláusula que estabelece condições de *pricing and commissions* em contrato de distribuição. Exemplo:

The price for the Equipment shall be the one designated from time to time by the YY, and any and all changes shall be effective upon thirty calendar days' written notice by the YY.

Distributor shall be entitled to various percentage commissions as set forth in Annex A hereto but only on sales to customers located within the Territory derived from orders submitted by Distributor to the YY and accepted by the latter.

Commissions shall be computed on net amounts of invoices rendered and collected

by the YY for the Equipment sold.

No commission shall be earned by the Distributor and/or be due and owing from the YY until the YY receives payment in full from the customer for the Equipment sold. The YY may, upon thirty days' written notice to Distributor, change or amend the commission schedule set forth in Annex A.

The YY shall pay commission due to Distributor by the twenty-eighth of the month following the month in which the YY receives payment in full for the Equipment sold. Payment shall be made in U.S. dollars and, subject to a mutual decision of the parties, by either depositing (at Distributors' expenses) the amount of such commissions in the Distributors account at such bank within the Territory as designated in writing by Distributor from time to time, or by mailing a certified check for such amount to such place of business within the Territory as Distributor shall designate in writing from time to time. The YY from time to time shall render to distributor self-explanatory debt and credit notices regarding commissions due concurrent with entries made on the books of the YY, and shall render monthly commissions statements at the time of each such commission payment showing all relevant credits and debits during the given monthly period.

The YY and Distributor acknowledge that Distributor shall not receive any commission or compensation, whatsoever for (i) any of the YY's sales that are solicited, imported or sold in the Territory by the YY and/or parties other than Distributor, and/or (ii) any of the YY's sales to Distributor.

5.5 HARDSHIP CLAUSES

Há a necessidade de adaptação dos contratos em face de circunstâncias imprevistas que tornem excessivamente onerosa sua execução para uma das partes.

A expressão *hardship clause* se aplica às cláusulas de revisão, freqüentes nos contratos internacionais e em particular nos de longa duração, podendo tal expressão (*hardship*) ser livremente traduzida como "adversidade", "infortúnio", "necessidade" ou "privação" (de fatos ou circunstâncias). Essas cláusulas serão complementares às de força maior, porque, além de fenômenos naturais, políticos e outros que autorizarão a suspensão ou a resolução do contrato, através delas será possibilitada a intervenção no contrato para promover-lhe adaptação que o torne mais equilibrado.

Cumpra fazer uma primeira ressalva a respeito da confusão que às vezes se faz entre caso fortuito ou força maior e imprevisão. Na teoria revisionista o contratante, diferentemente do caso fortuito ou força maior, não está impedido de cumprir determinada prestação. A diferença está entre "o poder fazer e o não cumprir", segundo J. M. Othon SIDOU. No pacto atingido pela hipótese de imprevisão o contratante, embora não esteja impedido de cumprir a obrigação, caso o faça, na forma do ajuste, estará arruinando seu patrimônio em favor de um lucro excessivo de seu credor, uma vez que, estará caracterizado um desequilíbrio entre prestação e

contraprestação, que não resulta do acordo de vontades no ato de contratar.

O fortuito, portanto, pressupõe a impossibilidade absoluta, como expõe doutrinariamente BONNECASE; a imprevisão, a impossibilidade relativa.

A justificação do surgimento dessas exceções que se antepõem princípio da intangibilidade do conteúdo dos contratos vem da proposição do Direito Canônico conhecida como cláusula *rebus sic stantibus* (do adágio latino *contractus qui habent tractus sucessivus vel dependentia de futuro rebus sic stantibus intelligentur*), que a técnica adotou com o nome de teoria da imprevisão.

Priorizam a revisão obrigacional dos contratos em casos de imprevisão, como um caminho alternativo à resolução deles, os códigos civis da Itália e de Portugal, e no Brasil, embora existam restrições na atual legislação, de *lege ferenda*, o Projeto de Código de Obrigações, de 1963, bem como o projeto de Código Civil, de 1975. Adotam o princípio da revisão, e só por malogro desta a rescisão, os códigos do Egito e da Grécia. A jurisprudência suíça também acolhe a revisão.

A *common law* em verdade não reconhece propriamente os efeitos da teoria revisionista como escusa válida ao cumprimento de obrigações ou exoneratória dos pactos. A doutrina que desenvolveu apenas se assemelha à teoria da imprevisão. No âmbito da *common law* tal teoria pode ser denominada como teoria da *frustration* ou impossibilidade da *performance* de um contrato. A doutrina japonesa, dogmaticamente reluta em admitir a revisão dos compromissos assumidos, e, entre a equidade das prestações e a segurança do *negotium iuris*, inclina-se por esta, no sentido do cumprimento da palavra empenhada, seja no campo privado, ou contratual, seja no domínio público, administrativo ou internacional. Somente permite tal revisão em situações excepcionais, constantes de leis esparsas, editadas a partir de 1921, que prevêm situações específicas que a autorizariam.

A legislação e a jurisprudência francesa não aceitam a teoria da revisão contratual. O Código Civil francês prevê genericamente que as convenções legalmente formadas (art. 1.134) *doivent être exécutées de bonné foi*. No art. 1.147 dispõe, também de forma genérica, que o devedor será condenado ao ressarcimento dos prejuízos que tiver causado, seja pela não-execução da obrigação, seja porque a inexecução provém de uma causa estranha que não lhe possa ser imputada, ainda que não haja qualquer má-fé de sua parte (*soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être*

imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa partie"). Em seus arts. 1.156 e 1.159, estipula ainda o Código francês, assim como o faz o brasileiro no art. 85, que nas convenções deve-se pesquisar qual a intenção comum das partes contratantes, mais do que o sentido literal de seus termos.

Na jurisprudência francesa os tribunais judiciais se têm mostrado refratários, em princípio, à aceitação da teoria da imprevisão, afirmando o princípio da intangibilidade dos contratos mesmo perante a modificação circunstancial das condições existentes no momento de sua formação. As únicas exceções, e talvez nem bem exceções sejam, encontram-se nos dispositivos do art. 1.244 do mesmo Código, que facultam ao juiz de acordo com a situação do devedor e as condições econômicas, conceder-lhe um período de carência para o pagamento de obrigações, período este que não deve ultrapassar um ano, suspendendo-se, então, as execuções contra ele.

O Código Civil suíço prevê também o julgamento pelos árbitros *in equity*, o mesmo o fazendo as regras da Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da UNCITRAL, que prevêem possa o tribunal arbitral decidir *ex aequo et bono como amiable compositeur*, se as partes o tiverem expressamente autorizado.

A Bélgica, o Líbano, a Síria e a Holanda, esta em menor proporção, todos tendo o Código Napoleão como elemento de influência em sua gênese legislativa, mantém o tradicionalismo da máxima *pacta sunt servanda*, repelindo a teoria da imprevisão. De Page, criticado por J. M. Othon SIDOU, pretenderia que o juiz belga pode admitir a causa escusatória ou exoneratória ao ensejo da execução contratual, desde que ela seja expressa, isto é, desde que os contratantes hajam estipulado em cláusula formal no contrato a vontade revisora em face de circunstâncias mesmo inespecíficas.

A legislação alemã, sob o título *Störungen der Geschäftsgrundlage*, contém princípios específicos que permitem sejam os contratos ajustados a novas situações. As precondições para que isto ocorra não estão reguladas na lei, mas na jurisprudência, e consistem, basicamente: 1) em que ambas as partes ou uma delas verifique a existência, a possível ocorrência ou o contínuo acontecimento de circunstâncias não previstas no contrato (como substancial depreciação da moeda, ecocatástrofes, modificações na legislação ou ocorrências políticas) que tragam discrepâncias e submetam a parte a sacrifícios não razoáveis, de modo que o

cumprimento das obrigações contratuais lhe seja extremamente difícil; e 2) que o impedimento no cumprimento do contrato não decorra de eventos que possam enquadrar-se no elenco natural e aceitável dos riscos admitidos nos contratos.

No Brasil a aplicação da teoria *rebus sic stantibus* não encontra respaldo na lei, mas tão somente na jurisprudência, embora esta se tenha sempre mostrado cautelosa e restritiva na aplicação do princípio. O Brasil inclui-se entre as nações que aderiram à teoria da revisão do contrato, embora de forma moderada. Tentativas de introdução de legislação disciplinadora da matéria, como o artigo proposto no Anteprojeto do Código de Obrigações, preparado por Orozimbo NONATO, Philadelpho AZEVEDO e Hahnemann GUIMARÃES, com a seguinte redação:

Quando, por força de acontecimentos excepcionais e imprevistos ao tempo da conclusão do ato, opõe ao cumprimento exato desta dificuldade extrema, com prejuízo exorbitante para uma das partes, pode o juiz, a requerimento do interessado e considerando com equanimidade a situação dos contraentes, modificar o cumprimento da obrigação, prorrogando-lhe o termo, reduzindo-lhe a importância.

O direito brasileiro trata, em realidade, com reservas a teoria da imprevisão, só admitindo excepcionalmente a intervenção judiciária no domínio dos negócios privados para invocar a cláusula *rebus sic stantibus*, em condições esporádicas e tópicas.

Na Espanha o princípio *pacta sunt servanda*, inscrito nas disposições do art. 1.091 do Código Civil, foi moderado pela aplicação da teoria da imprevisão na prática judiciária. Em 17 de maio de 1957 e 6 de julho de 1959 a Corte Suprema espanhola proferiu dois acórdãos que vieram a fixar as precondições para aplicação da citada teoria, que são, em síntese, as seguintes: a) a alteração extraordinária das circunstâncias no momento da execução do contrato em relação ao tempo de sua conclusão; b) a desproporção exorbitante fora de qualquer previsão entre as prestações das partes; c) que a desproporção referida em b se configure pela ocorrência de circunstâncias radicalmente imprevistas. Exemplo:

Aqui são estipuladas regras que permitirão a revisão de preços de um contrato de longa duração de venda de minério, em face de modificações das condições econômicas da economia doméstica do país vendedor ou da economia mundial:

The Effective Price as defined in Clause ___ is intended to represent the fair value of the (ore) and shall be open for review by the parties, if requested by either party, as at (date) and thereafter every (number) years. If, prior to any such review either party considers that there have arisen changes in (seller country) or foreign economic or monetary conditions which are not compensated for in the Effective Price and/or changes in other similar long-term (ore) contracts which render the Effective Price no longer realistic, such party may propose in writing to the other party the re-determination of the pertinent factor or factors making up the Effective Price as described under clause ___; and the parties shall then proceed to discussions within 30 days for the purpose of determining a mutually satisfactory modification of such factor or factors.

5.6 MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO E “AMIABLE COMPOSITION”

Ao final dessas considerações diz respeito aos poderes concedidos pelas partes nas cláusulas compromissórias ou nos compromissos arbitrais, com respeito a poderem os árbitros solucionar as controvérsias surgidas dos contratos como *amiable compositeurs*, aplicando os princípios da equidade e chegando a acordos que possam por fim aos conflitos.

Na arbitragem internacional, doutrinariamente, estes princípios têm encontrado algumas vezes certa dificuldade para sua aplicação. Como ressaltam os comentaristas internacionais (E. J. Cohn, *The rules of arbitration of International Chamber of Commerce, International and Comparative Law Quarterly*, p. 156, 1965, e M. J. Mustill e S. C. Boyd, *Commercial Arbitration*, p. 74-86, 2. ed., 1989), por uma particularidade, os sistemas legais que contemplam a *amiable composition* são derivados dos sistemas de codificação civil e estabelecem especificamente a equidade em oposição à arbitragem legal. Torna-se então pouco claro, afirmam, quanto a instituição arbitral, nesses casos deverá transpor o sistema legal em regimes como o da *common law* em que não há divisão explícita entre o sistema de equidade e o da arbitragem legal.

O conceito do *amiable compositeur* encerra a predominância da equidade sobre a lei e a restrição aos recursos contra a sentença arbitral, o sistema da *common law*, por outros meios e sem necessitar de qualquer outra especificação, contemplaria os princípios da *amiable composition*, pois as cortes de arbitragem britânicas, por exemplo, freqüentemente se têm recusado oficialmente a fornecer razões para as sentenças arbitrais, prevenindo-as quanto a erros legais e contra revisão com base em tais parâmetros.

A mediação é uma fórmula utilizada na solução amigável de conflitos contratuais que vai pouco além da simples negociação. No caso, no entanto, virtualmente deve existir o auxílio de uma ou mais de uma terceira parte, que atue de forma presente nessas negociações, tendente a fazer as partes chegarem a uma solução para a controvérsia.

A gradação do formalismo dessas intervenções é grande. Elas podem ser absolutamente informais, como é o caso da simples intervenção de um comerciante do mesmo ramo em reunião para solução de controvérsia entre outro colega comerciante e seu fornecedor, mas também podem revestir-se de toda uma estruturação formal, com a protocolização de cartas, a assinatura de "memorandos de intenção" e outros atos similares.

A Câmara Internacional de Comércio de Paris (ICC), a par da administração de processos internacionais de arbitragem, promove a solução de conflitos em questões comerciais de caráter internacional através do processo de conciliação, tendo editado regras internas a esse respeito. Assim como a ICC, também a UNCITRAL e a AAA, além de outras entidades com finalidades assemelhadas promovem a conciliação de conflitos nos mesmos moldes.

As regras da UNCITRAL sobre mediação são em número de vinte. A parte interessada pode optar pela atuação de um único mediador, ou preferir que eles sejam em número de três, dois a serem escolhidos pelas partes e o terceiro pelos dois mediadores que elas escolherem. A parte que inicia os trâmites da mediação remete uma notificação escrita à outra parte, descrevendo a matéria submetida à mediação e convidando-a a dela participar, sob as regras da UNCITRAL. Caso a outra parte assim notificada se negue a participar, o processo não terá seguimento e não haverá mediação. O processo reduzido a escrito terminará ou pela assinatura de um acordo ou pela declaração de uma ou ambas as partes de que será inútil o seu prosseguimento.

A Publicação n. 477 da ICC, revisada em vigor a partir de 1988, contém Regras de Conciliação e Arbitragem, dedicando o primeiro capítulo, dividido em dez artigos, à conciliação. Os artigos desse capítulo prevêm que a parte interessada submeterá o caso à ICC, que nomeará um único conciliador, informando à outra parte da solicitação de conciliação. O conciliador conduzirá o processo de conciliação guiado pelos princípios de imparcialidade, equidade e justiça, tal como afirma o art. 5

das Regras. Caso esgotados sem resultado os trâmites e as diligências necessárias à conciliação, os esforços realizados nesse sentido não poderão, segundo o art. 11 das referidas Regras, ser aproveitados como meios de prova para a solução arbitral ou judicial da contenda.

A mediação, ainda que nunca ou apenas remotamente utilizada entre nós para a solução amigável de controvérsias contratuais de natureza comercial, é um meio prestigiado e utilizado em certa proporção em países do hemisfério norte. A seu favor contam-se os pontos referentes ao seu baixo custo, rapidez e confidencialidade.

5.7 FÓRMULAS PARA SOLUÇÃO DE CONFLITOS EM CONTRATOS INTERNACIONAIS

Para solução de disputas em contratos comerciais internacionais, advertindo que os advogados e executivos ocasionalmente perdem de vista o fato de que a inserção nos contratos de cláusulas que promovam fórmulas de flexibilização ou facilitem a renegociação quando o contrato se mostre inexecutável poderá evitar custosos processos de arbitragem ou litígio judiciais.

Em verdade, uma certeza existe, a de que não só a redação dos contratos pode ajudar a evitar ou possibilitar a solução de problemas emergentes, mas também que o planejamento estratégico e a negociação das cláusulas de um contrato encerram possibilidades extraordinárias para a prevenção desses problemas.

A negociação, por exemplo, é uma tarefa inerente ao cotidiano de todos nós. Todos os dias negociamos alguma coisa, barganhamos preços, posições, polemizamos sobre teorias. No entanto, nas negociações de contratos, que são atos complexos e que demandam o planejamento estratégico e a superposição de posicionamentos gradualistas a serem adotados, são poucos os que se mostram bem informados sobre técnicas e regras racionais de negociação que lhes possam ser de utilidade.

A identificação de objetivos, embora assim colocada pareça prosaico, é a tarefa estratégica primordial que deve preceder o planejamento e a negociação de um contrato. Desse modo, a negociação e a construção redacional do contrato devem estar baseadas solidamente na visão de conjunto das metas a serem atingidas.

A inserção nos contratos de cláusulas e condições objetivando ampliar o espaço de manobra que as partes poderão ter em caso de conflito, assim como as condições para a efetiva solução desses conflitos (independente da possibilidade da prestação jurisdicional, virtualmente sempre presente), seja através da adaptação, mediação e conciliação (*amiable composition*), minitral, arbitragem e outras fórmulas, que se inserem como condições inerentes à preservação dos pactos.

5.7.1 Adaptação

O contrato, ainda que composto pela reunião de várias cláusulas, para efeitos estruturais deve ser interpretado como uma unidade orgânica. Suas cláusulas e condições interpretam-se umas pelas outras, guardando um sentido global resultante da composição integral do pacto. A tal critério de interpretação, o Código Civil italiano denomina, sugestivamente, *interpretazione complessiva delle clause*.

A pesquisa exegética deve cingir-se, pois, a levantar a intenção comum das partes, para que se vislumbrem as possibilidades da eventual adaptação dos contratos.

A adaptação dos pactos decorre da eventual necessidade de torná-lo exequíveis em face do advento de circunstâncias cujos efeitos os tornariam exequíveis ou tendentes à inexecuibilidade. Porém, essa adaptação deverá ser realizada sempre conforme a vontade das partes, expressa ou implícita nos pactos.

As leis em especial a jurisprudência de vários países, como a da Alemanha, favorecem este objetivo. No Brasil, contudo, tal preceito encontra restrições. A aplicação dos princípios da equidade, em que se corporifica a tendência de conceder ao juiz autorização para aplicar o direito emitindo provimentos, como se legislador fosse, e que em outros países, como nos da *common law*, facilita aos árbitros ou juízes a adaptação dos contratos, entre nós só poderá operar este efeito caso admitido expressamente no contrato, por desejo inequívoco das partes.

O julgamento por equidade em geral é recebido com reservas em países de "direito escrito", como o Brasil. Por isso é que o art. 1.040, IV, do Código Civil Brasileiro, ao tratar do compromisso, refere-se à especial autorização dada aos árbitros pelos contratantes, para que estes julguem "por equidade, fora das regras e formas de direito".

A faculdade de decidir conflitos fora das normas previstas nas leis ou regulamentos internos dos países, como acima citado, caracterizando as decisões por equidade, que objetivem compor os interesses contratuais em conflito, deve ser expressamente prevista pelas partes contratantes. Entre nós, se não o for, torna-se nulo o laudo arbitral, conforme sentença o art. 1.100, VI, do Código de Processo Civil.

Também o Código Civil e o de Processo Civil brasileiro prevêem que as partes possam deliberar que o laudo arbitral seja proferido não baseado na lei mas sim por equidade (o CPC brasileiro, em seu art. 1.075, IV, enfatiza tratar-se de poder para os árbitros julgarem por equidade, "fora das regras e formas de direito", e o art. 1.100 do mesmo Código diz ser nulo o julgamento arbitral proferido dentro de tais normas caso não estejam elas expressamente previstas pelas partes).

Como quer que seja, em face das incertezas na aplicação de determinadas regras legais internas pelos países, os contratos, em especial aqueles de longa duração, devem prever a possibilidade especialíssima de auto-reformulação de algumas de suas condições, de acordo com fatos imprevistos e excepcionais que as tornem excessivamente onerosas para uma das partes. Estes fatos excepcionais embora não sejam normalmente previsíveis no momento da celebração do contrato podem ser imaginados, e sua prevenção ou correção pode fazer com que seja sanado o desequilíbrio, fatal à continuação do contrato, e este, que de outra forma seria resolvido, possa ser cumprido.

São exemplificativas as condições que devem ser normalmente inseridas nos contratos de longa duração referentes à substituição de formulações fixadas para reajustamento dos valores de bens ou serviços, em que as previsões das cláusulas de reajuste de preços ou tarifas dependem muitas vezes de fatores relativos à economia externa dos países ou de níveis internacionais de cotações de combustíveis, moedas ou commodities. Nesses casos, por circunstâncias variadas, muitas vezes deixam de ser cotadas, durante certo período, certas mercadorias, moedas ou serviços que compõem fórmulas contratuais de reajuste ou passam a ter uma cotação distorcida, surgindo impasses quanto à continuidade da execução do contrato.

Em princípio, pois, qualquer que seja a jurisdição e a legislação a reger os contratos, os contratantes devem inserir nos pactos cláusulas pelas quais ante o

aparecimento de fatores de perturbação do equilíbrio dos mesmos, venha a ser facultada a possibilidade de serem eles adaptados às novas circunstâncias, sem perder de vista seus objetivos e sua homogeneidade.

5.7.2 Minitrial

Esta é uma modalidade de procedimento que objetiva a solução pacífica de conflitos de natureza comercial, aplicável, via de regra, entre empresas. Derivada da conciliação, esta nova formulação surgiu recentemente e tem tido algum desenvolvimento em outros países, especialmente os do hemisfério norte.

O processo é relativamente simples. As partes reúnem-se por um breve período de tempo, em geral não mais que dois dias, quando seus advogados fazem a apresentação de um sumário de suas razões para executivos seniores aos quais foi delegada competência para compor o caso em nome das companhias envolvidas. Os executivos podem ser auxiliados em suas tarefas por um consultor, como um juiz aposentado (admitido como um consultor neutro), que seja contratado para ajudá-los no conhecimento da matéria e no entendimento dos aspectos legais envolvidos.

Os procedimentos do *minitrial* são conduzidos privadamente, sem registros formais e sob regras informais, não havendo a produção de evidências probantes, não constituindo a série de procedimentos a serem adotados em seu curso nenhum fato que possa vincular ou obrigar as partes.

Ainda que informais, existem regras sobre a realização dos *minitrials*, editadas pela Câmara de Comércio de Zurich e pela AAA, que foram seguidas por outras instituições com finalidades congêneres.

As vantagens deste tipo de procedimento podem ser resumidas nos seguintes pontos:

- Evita o reconhecido congestionamento das vias judiciárias;

- Proporciona às partes a formulação de seus próprios cronogramas de atuação;

- Reduz ou elimina a lentidão e o peso dos julgamentos comuns pela rapidez da apresentação dos sumários pelos advogados, bem como pela ausência de provas e pela informalidade do processo;

- Mantém a confidencialidade.

A este fator alia-se um último, consistente no apoio de um consultor neutro, que poderá dar às partes o prestígio de seu aconselhamento e suporte técnico para a decisão, que os delegados das partes poderão adotar.

5.7.3 Solução litigiosa de conflitos

Antes de ser feita referência à solução arbitral, que é utilizada internacionalmente justamente como uma fórmula *alternativa* de solução de conflitos contratuais através da exclusão dos tribunais inseridos na organização judiciária dos Estados, convém comentar a solução litigiosa de tais conflitos através da tradicional submissão deles aos tribunais judiciários.

Os prós e os contras do litígio judicial para a solução desses conflitos são vários. Entre eles:

Submeter um conflito originário de um contrato internacional a um litígio judicial significa submetê-lo à decisão judicial de um tribunal inserido na organização judiciária de um determinado Estado. Não existem cortes judiciárias internacionais que conheçam e julguem questões comerciais internacionais de natureza privada. A Corte Internacional de Justiça de Haia, embora conheça questões comerciais em determinadas circunstâncias, é competente em geral para as questões de interesse de Estados e não de particulares.

Nas questões internacionais privadas normalmente uma das partes a que, via de regra, reside em outro Estado, terá de suportar a contenda fora de seu território domiciliar e também normalmente a sentença que vier a ser proferida de acordo com a aplicação da legislação em vigor no território desse outro Estado. Mas tais regras não são absolutas.

De acordo com a doutrina da aceitação das estipulações contratuais decorrentes da vontade das partes, podem estes escolher a jurisdição de um Estado para aplicar a legislação material de outro, ou a sentença proferida pela corte de um Estado vir a ser homologada em outro Estado soberano, para que nele seja executada.

Existe uma miríade de hipóteses nos casos em que se faculta à parte a escolha da jurisdição que devem ser por ela previamente estudadas e decididas. Muitas vezes há o desdobramento da questão em duas etapas: uma delas envolve a

aplicação por uma corte de justiça de preceitos legais relativos à solução da controvérsia *de per se*: encerra a outra a execução desta sentença contra a parte que tiver cometido a falta ou estiver inadimplente.

Alguns países não admitem que a parte possa pleitear a prestação jurisdicional erroneamente perante uma determinada corte (estadual, federal etc.) e posteriormente retratar-se. Em certos países uma questão sobre o descumprimento de um contrato pode ser tratada por um tipo de justiça especializada, enquanto uma questão originária do mesmo pacto mas relativa aos efeitos de determinado ato oriundo de políticas ou ações de agentes governamentais pode ser tratada por outra.

No Brasil existem regras sobre a competência internacional exclusiva, que diz respeito, nos termos do art. 89 do Código de Processo Civil, ao conhecimento das ações relativas a imóveis situados no Brasil e ao inventário e partilha de bens situados no Brasil. Já o art. 88 do Código de Processo Civil disciplina a competência internacional concorrente, que se aplica aos casos em que o réu tenha domicílio no Brasil; quando a obrigação tiver de ser cumprida no Brasil e quando a ação se origine de fato ocorrido ou de ato praticado no Brasil.

O Ministro Xavier de ALBUQUERQUE, ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal, em excelente artigo sobre sentenças estrangeiras publicado na RT (v. 671, set. 1991), comenta que, se a hipótese for de competência exclusiva, nenhuma sentença estrangeira sobre as matérias a que se refere o art. 89 do Código de Processo Civil, acima citado, será aqui reconhecida. Se se tratar da competência concorrente, prevista no art. 88 do mesmo estatuto processual, a competência brasileira poderá ceder lugar à estrangeira, mas isto somente se o réu se tiver submetido expressamente a ela. Acrescenta o comentarista que, havendo recusa da jurisdição estrangeira pelo réu domiciliado no Brasil, o Supremo Tribunal Federal não transigirá com a preservação da competência brasileira, assim tornada exclusiva.

Outro fator a considerar, este de absoluta relevância neste, diz respeito à garantia da execução da sentença judicial estrangeira nos países em que sejam domiciliadas as partes do contrato, ou em que a sentença deva ser executada. No Brasil a sentença judicial estrangeira é exequível, atendidos alguns pressupostos legais internos. Deve ela, resumidamente: resultar de processo em que tenha sido atendido o princípio do chamado *due process of law*, em que se garanta às partes o amplo contraditório, havendo estas de ter sido citadas (ou legalmente verificar-se a

revelia); ser fundamentada; ter sido proferida por juiz competente; ter transitado em julgado e se achar revestida das formalidades exigidas para execução no local em que foi proferida; estar formalmente autenticada; não deve atentar contra a soberania nacional ou contra as normas de ordem pública e os bons costumes e, finalmente, deverá receber o *exequatur* do Supremo Tribunal Federal.

Na Dinamarca, porém, exemplificativamente, isto não ocorre. Embora a Dinamarca tenha ratificado a Convenção de Nova York de 1958, que garante a coercitividade ao laudo arbitral estrangeiro, o país não reconhece coercitividade às sentenças proferidas pelo Judiciário de países estrangeiros. Lá, mesmo ante a existência de uma sentença dessa natureza, o caso deverá ser reapreciado pelo Judiciário local.

Nos Estados Unidos, como em algumas outras jurisdições, as cortes federais para conhecerem de questões que envolvam a quebra de um contrato exigem que a ação tenha valor de no mínimo US\$ 10,000.00 e as partes sejam domiciliadas em Estados diferentes, ou que uma delas seja domiciliada em um Estado da federação americana e a outra em um país estrangeiro.

As vantagens que podem ser referidas em relação ao litígio judicial como meio eficaz para solucionar conflitos contratuais dizem respeito ao fato de que ele, *via de regra*, alcança um resultado final, após ter transitado em julgado a sentença, não dependendo de qualquer homologação posterior para ser efetivado. Este conceito, porém, como vimos acima, também não é absoluto. Embora os procedimentos sejam diferentes de um país para outro, na solução de conflitos originários dos contratos classificáveis como internacionais o litígio judicial mostra-se em geral comparativamente mais lento, oneroso e efetivamente menos confidencial que outras modalidades de solução de conflitos. Além disso, e o que é pior, a sentença proferida em um país, por uma série de technicalidades, por vezes não consegue obter homologação para ser executada no território de outro país.

Algumas vezes também a questão da execução de uma sentença estrangeira por outro Estado envolve algum tipo de discussão englobando o conceito de soberania, mormente quando um das partes é uma entidade privada e a outra uma entidade estatal ou paraestatal. Em geral entende-se que a imunidade decorrente da soberania do país em que a parte tem domicílio é efetiva ao se tratar de atos de ordem pública do Estado (*jure imperii*), ao passo que não se aplica tal imunidade

territorial ao se tratar de atos cuja natureza seja estritamente privada (*jure gestionis*). Em contraposição a esta corrente, denominada *restritiva*, existe a corrente chamada *clássica* ou *absoluta*, para a qual a parte com personalidade de direito público num país não pode ser compelida a ser demandada em outro que não o de seu domicílio.

Nas questões que envolvam o reconhecimento e a executoriedade das sentenças estrangeiras muitos fatores devem ser considerados. Tragicamente, nesta matéria não existem, tal como quanto à homologação e executoriedade das sentenças arbitrais estrangeiras, convenções internacionais, fato que justamente tem proporcionado a escolha majoritária da arbitragem como método alternativo para a solução internacional de conflitos em contratos privados de natureza comercial.

Ao concluir este tópico, não pode-se fazê-lo como alguma sentença peremptória sobre as vantagens ou desvantagens da escolha de um sistema de solução de conflitos em relação a outros. Casos existem em que a solução do litígio pela via judicial atenderá perfeita e adequadamente aos interesses da parte. Em outros casos isto não ocorrerá. De qualquer forma pode-se terminar dizendo estar plenamente convencidos de que nesta matéria, mais do que em outras, as partes devem procurar socorrer-se da opinião de *experts* na legislação aplicável ao caso concreto e que possam aconselhá-las, estrategicamente, para a adoção de procedimentos que funcionem adequadamente na solução dos conflitos oriundos dos contratos que venham a firmar.

5.7.4 Arbitragem

Embora não existam estatísticas precisas nesse sentido, estima-se que a solução de grande parte dos litígios emergentes das modernas relações mercantis internacionais sejam hoje feita através de arbitragem e não por meio de tribunais integrados na organização judiciária dos Estados. Este seria o mecanismo utilizado para solução de cerca de 80% desses casos, sobretudo nos países da Europa e da América do Norte.

No Brasil, entretanto, embora expressamente prevista em nosso Código de Processo Civil para os direitos passíveis de ser objeto de transação e, quando internacional, admitida mediante homologação do laudo na forma de sentença estrangeira pelo Supremo Tribunal Federal, a arbitragem não conta com um nível de

utilização que se aproxime do que poderia ser esperado de um país como o nosso, com expressivo volume de comércio internacional. As razões para que isto ocorra não podem ser debitadas unicamente à falta de costume ou à resistência difusa à utilização desse mecanismo de solução de disputas. Outras razões existem e adiante será feita referência a elas.

A arbitragem é uma forma de solução de conflitos através de árbitros privados que substitui a jurisdição estatal. René DAVID (1967) a define como “a técnica que visa solucionar questão de interesse entre duas ou várias pessoas, por uma ou mais pessoas – o árbitro ou os árbitros -, as quais têm poderes resultantes de convenção privada e dispõem, com base nessa convenção, sem estar investidos dessa missão pelo Estado”.

Nas contratações internacionais, em especial, as partes podem comprometer-se a solucionar os conflitos originários de seus contratos através da arbitragem, para o que podem fixar normas próprias, nomeando os árbitros que atuarão segundo tais normas, ou preferir fazê-lo através da escolha de entidades que administrem a arbitragem, as quais possuem normas editadas, que foram desenvolvidas ao longo de anos de prática, e que são internacionalmente reconhecidas, servindo não só para a escolha dos árbitros como também para as formalidades e rituais do desenvolvimento do processo arbitral privado.

São muitas as entidades internacionais capacitadas a administrar processos arbitrais. Dentre elas as mais conhecidas são a Câmara Internacional de Comércio de Paris (ICC) e a American Arbitration Association (AAA). Na obra sobre as normas da Câmara Internacional de Comércio de Paris (*International Chamber of Commerce Arbitration*, New York, *The Ocean Group Publishers*, 1990), os juristas W. Lawrence Craig, William W. Park e Jan Paulsson esclarecem que a prevenção e o julgamento de disputas representam uma parte natural dos esforços da citada entidade para remover barreiras ao comércio e investimento transnacional. A arbitragem é administrada e supervisionada pela Corte de Arbitragem, que é um dos cinco organismos que integram a ICC, com a função de conciliar conflitos comerciais internacionais. A Corte supervisiona e administra o trabalho dos árbitros, que são escolhidos caso a caso, de acordo com a natureza das questões e dentro de suas diversas especializações.

Genericamente, a arbitragem é convencionada mediante o chamado pacto

arbitral, que compreende a “cláusula compromissória”, em que as partes contratantes deliberam submeter conflitos futuros originados de contrato à solução arbitral, podendo também iniciar-se originalmente mediante um ajuste celebrado entre os contratantes para a submissão de uma questão já identificada à decisão arbitral, o que se convencionou chamar de “compromisso arbitral”. A distinção entre ambos os ajustes – cláusula compromissória e pacto arbitral – é importantíssima em relação a seus efeitos, como no caso do Brasil.

Não obstante o que ficou dito acima, existe uma tendência mais moderna a tratar ambos os pactos – cláusula compromissória e compromisso arbitral – quanto ao aspecto de sua coercitividade, num mesmo contexto, na medida em que a legislação do respectivo país em que se aplica a solução arbitral abriga princípios de execução compulsória do pacto arbitral. Em verdade, a secular distinção sobre os efeitos coercitivos de ambos os institutos tende modernamente a desaparecer, na medida em que a cláusula compromissória e o compromisso arbitral são equiparados pelas legislações internas dos países, como é o caso da França e do Chile, para só citar alguns, e na conformidade dos tratados e convenções internacionais sobre o tema, já ratificadas pelos diversos países.

Em alguns países, entretanto, como é o caso do Brasil neste momento, na hipótese de descumprimento da cláusula compromissória inserida nos contratos para prever a realização da arbitragem em situações de conflito, tal descumprimento dificilmente terá execução específica, resolvendo-se teoricamente, em perdas e danos.

Há que se fazer, no entanto, distinção entre a cláusula compromissória celebrada nos contratos internos e a dos contratos identificados pelos seus elementos de conexão como internacionais. Nos últimos, a legislação de regência e o foro podem situar-se fora da abrangência da nossa legislação ou de nosso Poder Judiciário, devendo ser ressaltado o aspecto da coercitividade da cláusula compromissória para as partes nacionais e as domiciliadas em outros países que tenham firmado, como o Brasil, o Protocolo de Genebra de 1923, o qual dispõe sobre a exequibilidade das cláusulas arbitrais entre os nacionais de países que o assinaram.

Ao resolverem as partes inserir nos contratos a obrigação de submeter as questões futuras à solução arbitral, cuidados especiais devem ser tomados. O

contrato deve conter o maior número possível de normas que permitam definir e instalar o juízo arbitral. Desta forma, são disposições importantes as da jurisdição ou determinação do local de realização do julgamento por arbitragem; a escolha da lei ou dos princípios que deverão reger a arbitragem; os dados pessoais e o número de árbitros a funcionar no processo, a disposição sobre se a arbitragem se realizará ou não sob a coordenação (ou de acordo com as normas) de uma das organizações internacionais de arbitragem existentes, e assim por diante. Além disso, para minimizar a possibilidade de que uma das partes do contrato se negue a executar a arbitragem, mesmo tendo-a ajustado através da "cláusula compromissória", é prudente que as partes ajustem uma multa, a fim de penalizar a parte que, imotivadamente, se negar a cumprir tal pacto.

5.7.4.1 O compromisso arbitral

O compromisso arbitral se diferencia da cláusula compromissória no que se refere à aplicação do procedimento arbitral a um conflito já identificado. Através do compromisso, as partes que tencionam solucionar o conflito emergente do contrato que assinaram ajustam a submissão do caso à decisão do Juízo Arbitral, ao qual outorgam poderes para decidir o objeto em litígio.

O compromisso arbitral só é passível de ser celebrado entre as partes por ocasião do surgimento específico do conflito a ser decidido por arbitragem, detalhando então as partes os procedimentos necessários à instalação do juízo arbitral. De tal compromisso deverá, normalmente, constar o nome e outras referências aos árbitros nomeados, a síntese da hipótese a ser submetida à decisão arbitral, os prazos de que as partes disporão para apresentação de seus elementos e meios de prova, o prazo concedido aos árbitros para que profiram a decisão arbitral, a forma de repartição dos custos processuais e a sucumbência em relação a tais procedimentos, além de outros elementos.

No compromisso, independentemente da preexistência da cláusula compromissória, as partes decidem submeter uma controvérsia específica à decisão arbitral, nomeando o árbitro ou os árbitros que procederão a este julgamento. Na doutrina estrangeira o compromisso é definido por Alfred Bernard (*L'arbitrage volontaire em droit privé*, Bélgica/França, 1937, p.27) desta forma: "O compromisso

(do latim *compromittere*) é uma convenção sinalagmática pela qual as partes renunciam a jurisdição dos juízes estabelecidos pela lei e se obrigam a executar a decisão que será proferida por um ou vários árbitros, que elas nomeiam para se pronunciar sobre os litígios que forem por elas particularizados quanto a seu objeto”.

A instalação do Juízo Arbitral é normalmente feita mediante a realização de alguns rituais e formalidades. Tudo começa com a submissão aos árbitros ou à Corte Arbitral do caso a ser analisado e decidido mediante a apresentação formal pela parte interessada de um requerimento que contém os detalhes sumariantes da hipótese a ser submetida a julgamento e que sejam necessários ao seu conhecimento.

Jean ROBERT em sua obra *Arbitrage civil et commercial* (1967) preleciona ainda que, se, em sentido prático, a arbitragem internacional não é separável da arbitragem interna, os problemas próprios à internacional, acrescenta, exige que suas operações sofram o menos possível da imprevisão jurídica.

Em seu livro, *International commercial agreements*, o professor da *Catholic University de Washington*, D. C., William F. FOX JR. [s.d], comenta que, em teoria, as cortes de justiça têm ou deveriam ter muito pouco impacto na arbitragem, por ser, normalmente, utilizada como uma alternativa ao litígio judiciário. A arbitragem internacional em particular, acrescenta ele, deveria manter-se relativamente imune à interferência judicial porque as partes escolhem deliberadamente essa forma de solução de disputas justamente para evitar a submissão do caso às cortes judiciais internas de um determinado Estado. Entretanto, conforme comenta o mesmo autor, a relação entre a arbitragem e as cortes de justiça, na prática, é muito mais enredada e complexa do que poderia parecer à primeira vista, prognosticando ele que assim deva manter-se a situação em futuro próximo.

Podem os contratantes convencionar que os conflitos originários dos contratos que assinam serão solucionados pela via arbitral. Essa escolha importa na exclusão da tutela jurisdicional interna dos países, para que o conflito seja submetido à decisão de árbitros privados, cujas sentenças, no entanto, deverão adquirir foro de coisa julgada e serem assim, passíveis de execução. As cláusulas em que as partes elegem a solução arbitral não seguem exatamente modelos determinados, sendo variada sua feição.

Exemplo:

1. O primeiro se refere à cláusula compromissória modelo em que as partes deliberam submeter conflito contratual a decisão arbitral, de acordo com as regras de uma Câmara Internacional arbitral de sua escolha:

All disputes arising in connection with this Agreement shall be finally settled by arbitration to be held in ___ under the rules of Conciliation and Arbitration of the _____ by one or more arbitrators fluent in the _____ language and appointed in accordance with the Rules. The arbitration proceedings shall be conducted in the _____ language. Judgement upon the award may be entered in any court having jurisdiction or application may be made to such court for a judicial acceptance of the award and an order for enforcement as the case may be.

As cláusulas que fazem referência à decisão arbitral variam indicando o regimento do contrato por uma lei específica (ex. Lei Uniforme para a Venda Internacional de Mercadorias aprovada na Convenção das Nações Unidas de 1980), regras (ex. regras da CCI, AAA), definição da língua em que serão conduzidos os trabalhos, submissão do litígio à decisão arbitral de um organismo internacional, variáveis quanto ao local da arbitragem, à da sentença arbitral unicidade e/ou referência à algum princípio (*common law*).

5.7.4.2 Vantagens da arbitragem

As principais vantagens apontadas entre o processo de arbitragem internacional e a submissão da controvérsia ao Judiciário consistiram em evitar as cortes judiciais e seu usual congestionamento, podendo assim a arbitragem ser mais rápida e, além disso, oferecer um tratamento confidencial ao conflito, resguardando segredos comerciais e industriais, o que não ocorreria num processo submetido ao Judiciário. Também é de citar, como o faz William F. FOX JR. [s.d.], que os árbitros internacionais possuem, em geral, um treinamento superior na área industrial, financeira, comercial ou de negócios, a nível internacional, o que atribui não só um elemento de velocidade ao pleito como também contribui, teoricamente, para uma decisão de melhor nível qualitativo.

Além das vantagens acima, para os negócios internacionais a arbitragem apresentaria a vantagem de poder ser desempenhada num país neutro, livre de eventuais preconceitos e condicionamentos freqüentemente encontráveis em cortes locais, possibilitando aos juizes arbitrais uma aplicação mais isenta da lei ao fundo

da causa, na pesquisa da conexão mais apropriada ao contrato, quando as partes não tenham designado a legislação de regência do contrato ou o tenham feito imperfeitamente.

Outra vantagem muitas vezes também apresentada como estimulante à adoção da arbitragem internacional relaciona-se com o possível menor custo desta em comparação com o do procedimento judicial com que se defrontaria a parte ao ver submetida a questão surgida do contrato a um tribunal da estrutura judiciária interna de um determinado Estado. Esta comparação, no entanto, é dificultada pelas circunstâncias, naturais de cada caso, e por outros fatores ambientais.

5.7.4.3 As bases da jurisdição internacional na arbitragem

No Direito Internacional existe um princípio assente segundo o qual o referencial para a solução de controvérsia em contratos internacionais comerciais tem por base o consenso das partes. Existindo certa liberdade intrínseca de os contratantes fixarem nos contratos normas sobre as soluções arbitrais, em regra, como os governos reconhecem a arbitragem como um sistema eficaz para a solução de controvérsias, virtualmente todos os países mantêm em suas legislações internas normas que a disciplinam e permitem que as suas cortes de justiça atuem dando seqüência a processos de arbitragem, ou os homologuem para que possam ser cumpridas em seus territórios as sentenças arbitrais, verificada a existência de alguns pressupostos legais.

Por meio de tratados internacionais, muitos países se comprometeram a honrar as sentenças arbitrais, mesmo que elas sejam proferidas em outros países e se baseiem em legislação alienígena em relação a do país em que deverão ser cumpridas ou executadas.

A crescente importância da arbitragem privada internacional também se reflete nas diversas tentativas que se vêm desenvolvendo desde o término da Primeira Guerra Mundial para criar uma disciplina jurídica, um regime de direito internacional convencional, que instrumentalize e facilite o reconhecimento e a execução das sentenças arbitrais nos diferentes Estados, sem, no entanto, colocar em risco os interesses e os princípios fundamentais de seus ordenamentos jurídicos.

5.7.4.4 Tratados e convenções internacionais multilaterais sobre arbitragem

São de registrar os seguintes tratados ou convenções multilaterais internacionais que foram surgindo ao longo deste século sobre a matéria:

Protocolo de Genebra de 1923. Oficialmente denominado “*Geneva Protocol on Arbitration Clauses*” (Protocolo de Genebra sobre Cláusulas Arbitrais), foi firmado, sob os auspícios da Liga das Nações, para promover a exequibilidade entre as partes submetidas à jurisdição dos Estados contratantes, de cláusulas ou acordos arbitrais (o Brasil o firmou e foi ele ratificado internamente, em 1932, pelo decreto n. 21.187, de 22-3-1932).

Convenção de Genebra de 1927. Oficialmente intitulada “*Genebra Convention on the Execution of Foreign Awards*” (Convenção de Genebra sobre a Execução de Sentenças Estrangeiras), refere-se à execução de sentenças arbitrais proferidas de acordo com os compromissos arbitrais cobertos pelo Protocolo de 1923. A Convenção e o Protocolo de Genebra foram substituídos pela Convenção de Arbitragem de Nova York de 1958 entre os países que a firmaram.

Convenção de Arbitragem de Nova York de 1958. Oficialmente intitulada “*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*” (Convenção sobre o Reconhecimento e a Homologação das Sentenças Arbitrais Estrangeiras), foi adotada na Conferência sobre Arbitragem Internacional realizada em Nova York em 1958 pelas Nações Unidas. Esta Convenção, não firmada pelo Brasil, substituiu entre os países signatários o Protocolo e a Convenção de Genebra (itens 1 e 2 acima).

Convenção de Genebra de 1961. Oficialmente intitulada “*European Convention on International Commercial Arbitration*” (Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional), foi intentada inicialmente para facilitar o comércio leste-oeste. Esta Convenção foi delineada para complementar a Convenção de Nova York mais do que para com ela competir. Em contraste com a Convenção de Nova York, ela se aplica apenas a arbitragens entre as partes residentes nos Estados signatários.

Convenção de Washington de 1965. Oficialmente intitulada “*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*” (Convenção para Solução de Disputas Relativas a Investimentos entre Estados e

Cidadãos de outros Estados), freqüentemente referida por suas iniciais "ICSID", estabelece um sistema de arbitragem administrado pelo *International Center of Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, que compõe a "família" de instituições do Banco Mundial, com competência para suacionar disputas oriundas de investimentos e financiamentos a determinado Estado Contratante por um nacional de outro Estado Contratante.

Convenção de Moscou de 1972. Intitulada "Convention on Settlement by Arbitration of Civil Law Disputes Resulting from Economic, Scientific and Technical Cooperation", é aplicável a disputas entre partes do Bloco do Conselho para Mútua Assistência Econômica da Europa Oriental (CMEA). Ela cria jurisdição obrigatória para certos tipos de disputa, o que sugere que o procedimento passe a ser parte do aparato obrigatório do Estado e, assim, não parece uma arbitragem no sentido tradicional do termo, como um sistema de livre escolha dos contratantes para a solução de disputas.

Convenção do Panamá de 1975. Oficialmente intitulada "*Inter American Convention on International Commercial Arbitration*", é voltada para arbitragens que envolvam países latino-americanos, os quais, segundo a opinião da comunidade internacional, têm, tradicionalmente, manifestado pouca confiança no sistema arbitral, que pareceria a esses países concentrar-se nas arbitragens voltadas para interesses europeus e norte-americanos. Esta convenção vigora hoje entre oito países latino-americanos – Chile, Costa Rica, Honduras, México, Panamá, Paraguai, El Salvador e Uruguai. Os Estados Unidos e o Brasil, embora a tenham firmado, ainda não a ratificaram.

A Recepção das Sentenças Arbitrais Internacionais pelo Direito Interno dos Países de Acordo com as Principais Convenções Internacionais.

Tanto a Convenção de Nova York de 1958 quanto a Interamericana de 1975, assim como a Convenção Européia de 1961, atribuem às partes plena liberdade quanto à fixação das regras processuais a serem observadas pelos árbitros. No mesmo sentido, prevêm a ampla aceitação das decisões arbitrais pelos sistemas internos dos países, somente permitindo a recusa de reconhecimento da sentença arbitral se provar que a constituição do tribunal ou a tramitação do processo não atendeu a convenção das partes ou, na falta de convenção, a lei do país onde teve lugar a arbitragem. Para completar este quadro a Lei-tipo (ou Lei-modelo) da

Comissão das Nações Unidas para a Legislação Comercial Internacional – UNCITRAL consagra, em seu art. 19, n. 1, a liberdade das partes para **fixar o processo** a ser seguido pelo tribunal arbitral, sendo que, na falta de **convenção**, o tribunal procederá à arbitragem como achar adequado, poder este que **compreende o de decidir a admissão, a pertinência e a importância das provas oferecidas.**

Convenção de Nova York de 1958. Convenção para Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, celebrada em Nova York, em 1958, é uma das mais importantes senão a mais importante das convenções internacionais multilaterais sobre esta matéria, contando hoje com a adesão de noventa e um Estados signatários, não sendo o Brasil uma dessas partes. Embora o Brasil **não** tenha a ela aderido, vários países latino-americanos a firmaram: Argentina, **Chile**, Colômbia, Costa Rica, Cuba, República Dominicana, Equador, El Salvador, Guatemala, Haiti, México, Panamá, Peru e Uruguai.

A Convenção se aplica (art. 1) ao reconhecimento e execução por um **Estado** das sentenças arbitrais proferidas no território de outro Estado e resultantes de **litígio** entre pessoas físicas e morais. Ela também se aplica a sentenças arbitrais **que não** sejam consideradas como sentenças nacionais pelo Estado onde for requerido **seu** reconhecimento ou execução.

No numeral 3 do art.1 acha-se previsto que no momento da assinatura ou adesão à Convenção qualquer Estado poderá declarar que somente aplicará a Convenção a sentenças proferidas por outro Estado signatário, com base na reciprocidade, e também que somente a aplicará em relação a litígios que **versem** sobre questões de direito, contratuais ou não, que sejam consideradas **comerciais** por sua legislação nacional. Com base nesse dispositivo cerca de quarenta e nove Estados firmaram a Convenção sob a chamada reserva da “reciprocidade”, e **vinte e nove** o fizeram sob a chamada reserva “comercial”. Dos muitos que o fizeram **sob as** duas modalidades de reserva contam-se a Argentina, o Canadá, o Chile, a **China**, Cuba, a Dinamarca, os Estados Unidos, a França, a Hungria, a Índia e a Iugoslávia. O Japão não fez qualquer reserva e a Alemanha, a Holanda, a Inglaterra, a **Noruega** e a Rússia apenas o fizeram quanto à chamada cláusula de reciprocidade.

No art. 5 da Convenção acha-se previsto que o reconhecimento e a **execução** da sentença arbitral poderão ser recusados a requerimento da parte contra a qual se aplique. Para tanto, porém, é exigido que a parte forneça à autoridade competente do

local onde deva ocorrer o reconhecimento e execução prova de ocorrência de um dos seguintes fatos: a) que a cláusula compromissória não é válida de acordo com a legislação do país onde a sentença foi proferida; b) que a parte contra a qual a sentença se aplique não foi devidamente notificada da designação do árbitro ou do procedimento arbitral, ou tenha sido impossibilitada, de outra forma, de apresentar sua versão do caso; c) que a sentença versa sobre matéria não contemplada, ou alheia às previsões da cláusula compromissória ou do compromisso, ou, ainda, que ultrapassa seus termos (se as decisões sobre matérias sujeitas à arbitragem puderem ser dissociadas daquelas a ela não sujeitas, a porção dessas decisões sujeita à arbitragem será, não obstante, reconhecida e exeqüível); d) que a constituição do tribunal ou do procedimento arbitral não está conforme à vontade das partes ou, na falta desta vontade, à lei do país onde tem lugar a arbitragem; e e) que a sentença não se tornou ainda obrigatória para as partes, ou foi anulada ou suspensa por uma autoridade competente do país ou segundo a lei do país em que a sentença foi proferida.

5.7.4.5 As instituições internacionais de arbitragem

As principais são: a ICC, com sede em Paris, a AAA, com sede em Nova York, e a *London Court of Arbitration*, com sede em Londres.

Além dessas, nos últimos tempos tem proliferado uma série de instituições similares, como a *Zurich Chamber of Commerce*, a *Japan Chamber of Commerce* e outras. A mais importante delas, sem dúvida, ainda é a ICC, com sede em Paris, que tem inclusive funções bem mais abrangentes do que as de administração de processos arbitrais.

William F. FOX JR. [s.d], em sua obra já referida, comenta que há alguns anos as partes que deliberassem pela utilização da arbitragem internacional para solução de conflitos contratuais optariam, em grande proporção, pela escolha da ICC de Paris. Hoje, no entanto, o autor aponta para uma enorme diversificação nessa escolha. Cita, inclusive, o exemplo do Banco Mundial, que estabeleceu, há algum tempo, mediante tratado internacional, a "*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of others States*", um organismo especializado, já referido anteriormente, o *International Center for the Settlement of*

Investment Disputes (ICSID), para servir como fórum de arbitragem em questões que envolvam financiamentos entre Estados e nacionais de outros Estados.

Além disso, é de citar a possibilidade de as partes optarem pela arbitragem internacional escolhendo regras e legislações específicas de regência, ou, ainda, as regras de um sistema procedimental arbitral, da UNCITRAL, por exemplo, para ser aplicada por uma das instituições de arbitragem internacional acima citadas. Existe, ainda, a possibilidade de que as partes administrem diretamente a arbitragem, sem o auxílio de qualquer das instituições arbitrais existentes, estabelecendo regras e procedimentos consensuais entre si, num estilo *ad hoc* de arbitragem.

5.7.4.6 Regras de arbitragem da Comissão das Nações Unidas para a legislação comercial internacional – UNCITRAL

Em seus esforços para proporcionar mais uniformidade e fornecer elementos para a equalização das normas internacionais do comércio a UNCITRAL aprovou, em 21 de junho de 1985, um conjunto de regras para reger arbitragens comerciais internacionais que podem ser adotadas pelas partes por escrito, conforme reza o art. 1º dessas normas. Diz o item 2 desse artigo que se adotadas pelas partes em seus contratos estas regras regerão a arbitragem, exceto quando conflitem com previsões de legislação aplicável a arbitragem a que as partes estejam subordinadas e que não possam ser por elas derogadas.

As referidas normas podem ser utilizadas pelas partes nas formas de arbitragem *ad hoc*, em que as partes adotam as normas a serem seguidas, escolhem os árbitros e seguem os procedimentos relativos ao processo arbitral.

5.7.4.7 Cláusula-modelo de arbitragem da *International Chamber of Commerce (ICC)*

A ICC recomenda aos que optarem por submeter a ela a arbitragem dos conflitos surgidos de seus contratos a introdução nestes da seguinte cláusula:

“ All disputes arising in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Conciliation and Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules”.

A sugestão é meramente indicativa, nada havendo em contrário a que as

partes a substituam ou suplementem, indicando outros elementos. A única advertência que a ICC faz, nesses casos, é que as partes cuidem em que não surjam elementos que possam ser interpretados como um desejo das partes limitar o escopo da arbitragem, enfatizando as três expressões-chaves na cláusula-modelo, que seriam *all disputes... in connection with... finally settled*.

A Suprema Corte da Índia, num caso em que analisou sentença arbitral proferida pela ICC em 1984 entre a *Renusagar Power Co.* (Índia) v. a *General Electric Co.* (EUA), considerou que expressões como "*arising in connection with*" (o contrato) são da maior amplitude e conteúdo, incluindo até mesmo questões que envolvam a validade e o efeito (escopo) da cláusula de arbitragem.

Como na cláusula-modelo acima transcrita não há previsão clara de estarem as partes sujeitas ou não a futuras modificações das regras da ICC, alguns contratantes preferem adicionar a ela a expressão *presently in force* após a palavra *Commerce*.

De acordo com as "*Rules of Arbitration*" da ICC, as partes podem optar expressamente pela atuação de três árbitros (caso não o façam, atuará um único árbitro no processo). O terceiro árbitro, se assim optarem as partes, será apontado (como *chairman*) ou pela ICC, ou, se assim desejarem, as partes, pelos próprios árbitros por elas nomeados (na falha da escolha destes, a escolha de *chairman* caberá novamente à ICC). Caso as partes optem pela escolha de um único árbitro, deverão elas apontá-lo no prazo de trinta dias da apresentação do requerimento para realizar-se a arbitragem, sob pena de, não o fazendo, ser tal árbitro designado pela ICC.

No caso da ICC, o requerimento pode ser feito pela parte para que a entidade conheça o caso a ser submetido a seu julgamento deverá ser apresentado à Secretaria da entidade, devendo conter, *inter alia*, de acordo com as Regras de Arbitragem da instituição, as seguintes informações: a) o nome das partes; b) o sumário do caso; c) os acordos relevantes, em particular o compromisso arbitral, assim como a documentação ou informações que servirão para claramente estabelecer as circunstâncias do caso; e d) todos os detalhes relativos ao número de árbitros e às formas de serem eles escolhidos (de acordo com as normas do art. 2º. das mesmas Regras).

5.7.4.8 Regras de arbitragem da *American Arbitration Association* (AAA)

As atuais Regras de Arbitragem Comercial da AAA acham-se em vigor a partir de 1º de maio de 1992. Estipulam que as partes deverão fazer com que as normas constituam parte integrante de seus compromissos de arbitragem sempre que desejarem que esta seja realizada pela entidade, ou de acordo com suas regras.

Se o número de árbitros não for especificado pelas partes no compromisso arbitral, as disputas submetidas às regras da AAA serão decididas por um só árbitro, podendo a AAA, a seu critério, decidir que um número maior de árbitros deva ser designado para determinado caso. O art. 28 das Regras prevê que sempre que haja mais de um árbitro as decisões destes serão tomadas por maioria. A sentença também deverá ser proferida ao menos pela maioria dos árbitros indicados, a menos que a concorrência de todos eles seja expressamente requerida, ou no compromisso arbitral ou na lei.

Nas controvérsias arbitradas segundo as regras da AAA, os árbitros ou os métodos para sua designação poderão ser apontados pelas partes. Se estas não o fizerem, seguir-se-á o método previsto no art. 13 das Regras, que estabelece que imediatamente após a apresentação de uma demanda ou submissão da hipótese a ser arbitrada a AAA submeterá simultaneamente às partes uma lista idêntica de nomes do painel da entidade, tendo elas sete dias da postagem da lista nos correios para exercer seu direito a objetar nomes e listá-los em ordem de preferência, devolvendo a lista à AAA. De acordo com os nomes remanescentes em ambas as listas e de acordo com a ordem de preferência das partes, a AAA convidará um árbitro a funcionar no processo.

5.7.4.9 A matéria das arbitragens internacionais

Uma questão sempre presente e que causa dúvidas na escolha pelas partes da solução arbitral diz respeito à indagação se a arbitragem internacional pode ser aplicada, por livre escolha das mesmas partes, a conflitos que, por sua natureza, não contenham elementos que os identifiquem como contratos comerciais, ou internacionais.

Em verdade, algumas normas internacionais restringem a amplitude da

aplicação das soluções arbitrais nesses casos.

O protocolo de Genebra de 1923, por exemplo, que dispõe sobre a validade de cláusulas compromissórias ou compromissos arbitrais entre partes submetidas à jurisdição dos Estados contratantes, prevê a faculdade de cada Estado limitar as obrigações nele previstas aos contratos considerados comerciais por sua legislação nacional. O Brasil, um dos signatários do Protocolo, foi um dos países que se utilizaram dessa ressalva.

As normas de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional de Paris também são específicas ao mencionarem, no art. 1, ser função da Corte de Arbitragem promover o julgamento por arbitragem de disputas em assuntos comerciais (*business disputes*) de caráter internacional (*of an international character*), de acordo com as Regras da ICC. Essa limitação, que consiste, no caso, em uma restrição institucional da entidade, revela o princípio de que ela, ordinariamente, não deverá ser envolvida em questões não internacionais ou não vinculadas a matérias de natureza comercial.

5.7.4.10 Regras sobre arbitragem no direito brasileiro

A arbitragem é reconhecida no Brasil desde os tempos da colonização portuguesa. A Constituição de 1824, a primeira do País, já previa em seu art. 160 que as divergências jurídicas civis poderiam ser decididas por árbitros nomeados pelas partes.

Nossa atual Carta Política estabelece no inciso VII do seu art. 4º. que nas relações internacionais a República rege-se pelo princípio da solução pacífica de conflitos. A Constituição anterior definia o mesmo princípio de forma mais explícita, estipulando, em seu art. 7º, que os conflitos internacionais deveriam ser resolvidos por negociações diretas, *arbitragem* e outros meios pacíficos, com a cooperação dos organismos internacionais de que o Brasil participasse.

No plano interno, o Código Civil, nos arts. 1.037 a 1.048 (**Capítulo do Direito das Obrigações**), e o Código de Processo Civil, nos arts. 1.072 a 1.102 (no Livro IV, dos Procedimentos Especiais), regulam o procedimento arbitral decorrente de compromisso assumido entre pessoas capazes de contratar e que envolva direitos patrimoniais passíveis de ser transacionados. Note-se que a arbitragem é regulada

entre nós a partir do *compromisso*, não cogitando nosso direito positivo da cláusula compromissória.

Não obstante as regras previstas em nossos códigos, a realidade é que, em comparação com outros países, a prática da arbitragem para solução de conflitos contratuais, seja a nível interno, seja mesmo a nível internacional, é bastante rarefeita no Brasil. Além disso, no plano internacional, o Brasil se tem mostrado reticente quanto à ratificação dos vários tratados e convenções sobre o reconhecimento e a execução dos laudos arbitrais estrangeiros dentre os quais se destacam, a Convenção de Nova York sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 1958, que o Brasil não firmou, e a Convenção do Panamá, de 1975, que o País firmou mais ainda não ratificou.

É frustrante que em um país como o Brasil, em que existe um expressivo volume de comércio ou prestação de serviços a nível internacional e a prática da convenção arbitral conste de grande parte dos contratos de uso comum neste comércio, os contratantes brasileiros sejam levados ou a evitar tal prática, ou a firmar esses contratos que contêm a convenção arbitral, e, em casos de conflito, a solução arbitral por eles preconizada venha a encontrar dificuldades de fundo ou, pelo menos, de natureza formal, quanto a sua execução em território nacional.

Deve ser registrado que das convenções e tratados multilaterais sobre a matéria o Brasil somente firmou e ratificou o Protocolo de Genebra de 1923, que reconhece a validade entre partes submetidas à jurisdição de diferentes Estados contratantes de compromissos ou cláusulas compromissórias para solução de conflitos passíveis de ser solucionados por arbitragem, tendo sido feita a ratificação deste Protocolo pelo Brasil através do Decreto n. 21.187, de 22 de março de 1932.

Historicamente, o Brasil firmou em Washington, em 1924, em conjunto com outros Estados americanos, o Tratado Geral de Arbitragem Interamericano, segundo o qual obrigaram-se os Estados signatários a submeter à arbitragem suas diferenças de caráter internacional que não pudessem ser solucionados pela via diplomática. Além disso, o País recorreu a procedimentos arbitrais importantes ao **final do último século** e no início do presente, e também firmou tratado bilateral com a União Soviética (em 1910) no qual, de forma limitada e em harmonia com a cláusula compromissória, aceitou submeter à arbitragem determinados conflitos com aquele país, fazendo-o também com o Chile (1899) e a Suíça (1924) através de tratados

pelos quais as partes se comprometeram a submeter à decisão arbitral a solução de conflitos entre eles surgidos.

O Código Civil brasileiro, como acima dito, dispõe em seu art. 1.037 que as pessoas capazes de contratar poderão, mediante compromisso escrito, louvar-se em árbitros que lhes resolvam as pendências judiciais ou extrajudiciais. Idêntico dispositivo acha-se inserido no art. 1.072 do Código de Processo Civil, neste com a adição do preceito de que o compromisso arbitral compreenderá direitos patrimoniais sobre os quais a lei admita transação.

O compromisso judicial será celebrado através de termo lavrado nos autos respectivos, perante o juízo ou tribunal.

5.7.4.11 A arbitragem e a homologação de laudos arbitrais em outros países

a) Chile

O Chile empreendeu notável reforma do sistema de administração da justiça, a partir da Mensagem n. 281-321, de 1º de abril de 1991, enviada pelo Presidente da República à Câmara de Deputados, convertida em lei posteriormente. Através dessa reforma foram incluídas modificações substanciais no Título VIII do Livro III do Código de Processo Civil chileno, de forma que o juízo arbitral passou a ser uma alternativa possível e atraente, suprimindo-se as condições anteriores pelas quais a arbitragem de direito era tão regulamentada e complexa como um juízo ordinário comum.

O projeto equiparou os efeitos coativos da cláusula compromissória aos do compromisso arbitral e criou mecanismos simplificados de arbitragem. Reconheceu também o direito das partes em obter uma sentença arbitral declaratória para os efeitos de interpretação de uma disposição legal ou contratual que as afete em hipótese concreta.

Com algum exagero, poder-se-ia considerar que com essa reforma foi introduzido um regime semiprivatizado de administração da justiça, conservando-se a competência dos tribunais ordinários para a solução de conflitos limitados a certos níveis de valor e facultando-se o livre procedimento arbitral, de qualquer forma sob a supervisão final da Suprema Corte Chilena, para causas superiores. Foi introduzida a noção de que as sentenças arbitrais deviam conformar-se com a legislação,

enquanto as partes ficariam livres quanto à adoção dos procedimentos, sendo criada uma segunda instância, uma Corte de Apelações, especializada em arbitragens.

Além disso, a Corte de Apelações da capital do país passou a ser o órgão judicial previsto na legislação internacional a que o Chile aderiu, para exercer as funções de supervisão, assistência e apoio em casos de arbitragem internacional.

O Chile, ademais, é um dos países que ratificaram a Convenção de Nova York, de 1958, prevendo normas sobre o reconhecimento e a exequatidade das sentenças arbitrais estrangeiras, assim como a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Internacional Comercial (Convenção do Panamá), de 1975.

b) Inglaterra

Na Inglaterra, desde que cumpridas as formalidades necessárias para sua validade, como as de ter sido proferida de acordo com o compromisso arbitral, ser válida segundo as leis que regulam o procedimento e ter sido proferida pelo Juízo Arbitral convencionado entre as partes, qualquer sentença arbitral, após transitada em julgado, pode ser executada nos moldes de uma sentença judicial, sob os efeitos do *Arbitration Act*, de 1950, reformado pelo de 1979, Tais atos, convém referir, valem para a Inglaterra e País de Gales, mas não para a Escócia.

Talvez a condição mais significativa introduzida pelo *Arbitration Act* de 1979 tenha consistido em permitir que as partes de arbitragens internacionais pudessem ajustar, através de *exclusion agreements*, sua renúncia à submissão da sentença arbitral a recurso judicial, o que também se aplica a apelos interlocutórios sobre questões concernentes à legislação e revogação do acordo arbitral sob a alegação de fraude.

Os *exclusions agreements* acima citados não se aplicam a casos de *misconduct* de um árbitro; não prevalecem também em casos em que a lei inglesa se aplique ao mérito da controvérsia nem em casos que tratem de questões sobre seguros, *commodities* ou transporte marítimo, assim como também não podem aplicar-se caso as duas partes sejam residentes em território britânico.

c) França

Na França o *Nouveau Code de Procédure Civile*, alterado pelos Decretos de 14 de maio de 1980 e de 12 de maio de 1981, regula a arbitragem nos seus arts.

1.442 a 1.507. O decreto de 12 de maio de 1981 introduziu dezesseis artigos sobre arbitragem no Código de Processo Civil, dez dos quais se referem ao reconhecimento, homologação ou denegação do laudo arbitral internacional. O decreto define arbitragem internacional como sendo a que implica interesses comerciais internacionais, estabelecendo regras flexíveis que permitem que as partes escolham normas de regência “não nacionais” para o procedimento arbitral e mesmo leis materiais estrangeiras aplicáveis para solucionar o mérito das disputas.

A sentença arbitral só adquire a autoridade de coisa julgada na França quando recebe o *exequatur* do “Tribunal de Grande Instance” com jurisdição para aplicá-lo, isto após não ter sido impugnada nem poder mais sê-lo mediante recurso. Não cabe, porém, recurso da própria sentença arbitral original se as partes se comprometeram a não interpô-lo ou no caso de terem os juízes ou juiz arbitral decidido na qualidade de *amiable compositeur*. Contra o próprio *exequatur*, no entanto, é também possível a interposição de recurso de apelação, embora neste caso o apelo fique limitado a aspectos da invalidade do *decisum* homologatório como nas hipóteses de terem os árbitros decidido na ausência de acordo arbitral ou contra este, ou ante a composição irregular do tribunal arbitral, ou ainda se o reconhecimento do laudo arbitral for de encontro à ordem pública internacional (art. 1.502 do Código).

O Prof. Jean VINCENT (1978, p. 1050-105) esclarece sobre o tema:

L'exequatur est une formalité nécessaire et préalable pour l'exercice de toute voie de recours, opposition ou appel bien que cette question donne toujours lieu à une jurisprudence dissidente. Les décisions les plus récentes tendent à admettre que l'appel est recevable avant l'ordonnance d'exequatur et la Cour de cassation semble ne pas considérer comme contraire à l'ordre public une convention prévoyant qu'un appel puisse être interjeté avant l'ordonnance d'exequatu.

d) Estados Unidos

Nos Estados Unidos o “U.S. *Uniform Arbitration Act*” aplica-se a todas as arbitragens internacionais conduzidas no país e outorga às cortes federais jurisdição sobre casos a que se aplique a Convenção sobre Arbitragem de Nova York de 1958. Não obstante, as leis dos Estados, numa típica estruturação política da administração da justiça naquele país, também se aplicam caso as partes tenham expressamente acordado com a sua aplicação ou quando suas disposições não conflitem com as da

legislação federal.

Pedro Batista MARTINS [s.d., p.98] comenta que praticamente não existe nos Estados Unidos uma regra escrita que precise o procedimento de execução das sentenças arbitrais proferidas no estrangeiro, em que pese a existência do "Federal Arbitration Act" de 1925 e do "Uniform Arbitration Act", este consolidado com as alterações que lhe foram introduzidas em 1957. E acrescenta:

A nível interno as respectivas legislações prevêm o procedimento da execução somente nos casos de sentenças prolatadas na jurisdição de cada Estado. A partir disto, os Tribunais americanos adotam posição razoavelmente liberal e exigem como princípio geral de validade das sentenças estrangeiras que a matéria haja sido decidida em conformidade com a lei do país ou lugar em que foi proferida. Os Estados Unidos firmaram diversos tratados bilaterais e estão subordinados, como dissemos acima, à Convenção de Nova York de 1958, o que, neste particular, lhes une a outros diversos países. Esses tratados bilaterais têm estabelecido, em geral, que a execução de sentenças arbitrais estrangeiras não pode ser obstaculizada pelo fundamento de ter sido pronunciada em outro país que não o dos contratantes ou que os árbitros não sejam nacionais do Estado onde se processou o Juízo Arbitral.

e) Japão

A arbitragem constitui um instituto jurídico incorporado desde 1890 no direito interno do Japão, mais particularmente em seu Código de Processo Civil. Além disso, o Japão ratificou sobre a matéria as Convenções de Genebra de 1927, a Convenção de Nova York de 1958 e a Européia de 1961, tendo também firmado sobre a matéria acordos bilaterais com os Estados Unidos, Paquistão, Índia, União Soviética, Tchecoslováquia, Romênia e Polônia. É de citar, que na cultura japonesa a solução amigável, ou, ao menos, não judicial de conflitos desfruta de grande atrativo, uma vez que os conflitos submetidos ao Judiciário representam para o espírito médio dos nacionais daquele país uma desdita de natureza moral, em que maiores valores dos que os simplesmente materiais se encontram em litígio.

f) Suíça

Na Suíça, a partir da *Loi Fédérale sur le Droit International Privé*, de dezembro de 1987, é reconhecida a validade formal do acordo arbitral desde que se possa provar a sua existência, dispondo o citado diploma legal que as partes poderão autorizar o tribunal arbitral a decidir por equidade – *ex aequo et bono*. A sentença arbitral será depositada por qualquer das partes perante a corte judicial

suíça onde tiver assento o tribunal arbitral, valendo este registro como legítimo para a exequibilidade da sentença arbitral. Quanto às sentenças arbitrais proferidas no exterior, a Suíça, segundo o art. 194 da Lei, adota os princípios para reconhecimento e homologação dos laudos arbitrais estrangeiros constantes da Convenção de Nova York de 1958.

5.7.4.12 Anteprojetos de lei sobre arbitragem internacional no Brasil

Muitas têm sido as tentativas de dotar o País de uma legislação mais moderna em termos de arbitragem, especialmente quanto à arbitragem internacional. No Congresso Internacional sobre Arbitragem ocorrido em 1985 no Rio de Janeiro, um dos conferencistas, o jurista Carlos Henrique de Carvalho FRÓES, Diretor do Centro Brasileiro de Arbitragem, referiu-se a aspectos de um anteprojeto de lei sobre arbitragem, de cuja elaboração em conjunto com outros juristas fora incumbido, no âmbito de comissão designada pelo antigo Ministério da Desburocratização. Tal anteprojeto, com vinte e oito artigos, visava modificar no particular tanto o Código Civil quanto o Código de Processo Civil, com o objetivo sempre presente de racionalizar o processo de arbitragem e dar-lhe maior segurança, fazendo com que passasse a ser mais atrativo, aliviando o aparelho judiciário de parte de seu trabalho.

Destacou o citado conferencista o art. 26 do anteprojeto, que tratava do laudo arbitral proferido no exterior. Em tal artigo, cuja redação acabou sendo alterada para abrigar a sugestão do jurista J. M. PINHEIRO NETO, já que aos autores parecia que a matéria poderia ser tratada à parte, com a revisão da posição do Brasil em relação aos diversos tratados e convenções internacionais sobre a executoriedade de laudos arbitrais, ficou estipulado que o laudo arbitral proferido no estrangeiro, autenticado no Consulado Brasileiro e acompanhado de tradução oficial, teria eficácia executiva no Brasil, observado o § 2º. do art. 585 do Código de Processo Civil, segundo o qual não dependem de homologação pelo Supremo Tribunal Federal os títulos executivos extrajudiciais oriundos de país estrangeiro, desde que possam satisfazer os requisitos de formação exigidos pelo lugar de sua celebração e indiquem o Brasil como lugar do cumprimento da obrigação.

Na década de 80 três anteprojetos de arbitragem foram entre nós publicados pelo Poder Executivo para receber sugestões, um em 1981, outro em 1987 e o

terceiro em 1988. Os três, no entanto, por diversas razões, não tiveram seqüência.

Enquanto são redigidas estas notas, acha-se submetido ao Congresso Nacional, tendo sido apresentado pelo senador Marco Maciel, um anteprojeto de lei sobre arbitragem elaborado por uma Comissão composta pela Dr^a. Selma Maria Ferreira Lemes e pelos juristas Carlos Alberto Carmona e Pedro Batista Martins. Tal projeto, segundo os autores, resulta de pesquisas das modernas legislações sobre arbitragem, levando-se em conta as diretrizes da comunidade internacional, em especial as fixadas pela ONU (Lei-Modelo sobre Arbitragem Comercial da UNCITRAL), além das Convenções de Nova York de 1958 e do Panamá de 1975.

Neste anteprojeto acha-se prestigiado o princípio da autonomia da vontade, tendo as partes liberdade para escolher as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, prevendo, inclusive, a aplicação dos usos e costumes, das regras internacionais de comércio e da equidade, se assim as partes dispuserem e desde que não haja violação à ordem pública e aos bons costumes.

Foi mantida tradicional distinção entre a cláusula compromissória e o compromisso arbitral, ambas espécies do gênero convenção arbitral. Contudo, a cláusula compromissória comporta no anteprojeto, pela técnica por ele adotada, execução específica, evitando-se com isso que o contratante que assumiu a obrigação de solucionar eventuais conflitos pela via arbitral recuse-se a cumprir a avenca, sem maiores conseqüências, como hoje ocorre.

Quanto ao reconhecimento e homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, o anteprojeto vem a preencher uma lacuna existente na legislação nacional, estabelecendo a regra de que o Supremo Tribunal Federal, nos procedimentos de homologação, passe a observar os requisitos previstos na lei sobre arbitragens e, supletivamente, as normas do Código de Processo Civil referentes à homologação das sentenças estrangeiras, sendo que, entre as causas obstativas do reconhecimento e execução da sentença arbitral estrangeira, estão incluídas, basicamente, as constantes da Convenção de Nova York (1958) e da do Panamá (1975).

Dispõe o art. 35 do anteprojeto que, para ser reconhecida e executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira estará unicamente sujeita à homologação do Supremo Tribunal Federal, o que acabará com o sistema de dupla homologação dela, no exterior e no Brasil. No art. 38 acha-se previsto que 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 segundo a lei do país onde foi proferida a sentença arbitral; III – não foi notificado da designação do árbitro; IV – a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção arbitral; V – a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso ou cláusula arbitral; e VI – que 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 tenha sido prolatada.

Também, segundo o art. 39, será a mesma sentença denegada pelo Supremo Tribunal Federal caso se constate que: I – o objeto do litígio segundo a lei brasileira não é suscetível de ser resolvido por arbitragem ou que II – a decisão ofende a ordem pública nacional.

5.7.4.13 Cláusulas exoneratórias de responsabilidade nos contratos de adesão

As cláusulas de exclusão (ou de limitação) de responsabilidades são encontráveis com freqüência nos chamados contratos de adesão, que utilizam formas padronizadas devido a sua feição de produção em série. O interesse da análise deste tópico no presente trabalho deve-se à padronização da utilização pelo comércio internacional deste tipo de contrato, sobretudo na linha veloz dos negócios bancários, de seguros e de importação e exportação.

No direito de vários países a elaboração das técnicas de apreciação dessas cláusulas passa pela verificação do abuso de poder econômico. Os juristas da *common law*, por exemplo, freqüentemente associam as *exemption clauses* com os *standard form contracts*, apresentando tais cláusulas como um capítulo da problemática desses contratos.

Os contratos padronizados de adesão são adotados em grande proporção nos contratos de massa, como nos formulados no comércio bancário ou no ramo de seguros. Os clientes se submetem às condições gerais desses contratos mesmo sem conhecê-las em detalhe. Segundo, porém, a jurisprudência austríaca, aquele que firma um contrato desse tipo deve, presumidamente, conhecer seu conteúdo, a menos que o conteúdo do contrato seja de tal formula insólito que não possa ser

presumida a sua aceitação. Os cuidados relacionados com esses aspectos relacionam-se também com os documentos posteriores ao contrato, como as faturas, bilhetes de transportes e outros, que podem igualmente conter condições *standard* cuja aceitação pode ser presumida.

A jurista portuguesa Ana PRATA (1985), em seu livro sob o título Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual, faz notar que a idéia de “adesão” ao contrário, de início hostilizada, veio a ser aceita com a prevalência das teses contratualistas, persistindo, no entanto, “uma especial sensibilidade na apreciação da aceitação do aderente, dada a ausência de liberdade material que a caracteriza”, a que se soma a situação de desigualdade econômica e, muitas vezes, a diferença de preparação técnica entre partes.

A jurisprudência francesa aceita que as condições gerais de um contrato de adesão façam parte integrante do contrato se a parte contratante delas tomou conhecimento antes da conclusão do pacto. Se as condições gerais são, por exemplo, impressas no verso de uma oferta, e se a oferta foi aceita, o consentimento integra e oficializa o contrato.

O direito brasileiro não admite a generalização das cláusulas excludentes de responsabilidade, somente admitindo-as em casos especiais.

5.7.4.14 Cláusulas sobre tributação

No planejamento e execução dos contratos internacionais uma matéria de maior relevância, certamente, é a do regime tributário-fiscal a que se submeterá o contrato. Existe uma série de problemas potencialmente relevantes quanto a esse tema e convém às partes prever contratualmente regras que possam permitir o seu equacionamento.

Um desses detalhes diz respeito aos aspectos da dupla tributação entre Estados.

Casos existem em que a economia dos contratos pode ser afetada pela definição errônea dos fatores constantes dos textos das citadas convenções. A aplicação das convenções para evitar dupla tributação acha-se na dependência da qualificação dos fatos, ou seja, na aplicação de definições jurídicas padronizadas.

As partes brasileiras que firmarem contratos em que sejam previstas a

importação ou a exportação de mercadorias, deverão ter em mente a estrutura tributária de seus custos e desses contratos, pois, nessa área, são variados os sistemas de preferências tributárias e de eliminação de barreiras. Apenas para citar, alguns desses mecanismos, os sistemas ALADI – Associação Latino-Americano de Integração, que dispensa tratamento preferencial a produtos dos países que a integram; ao sistema de desgravação tarifária do Mercosul; o Sistema Geral de Preferências (SGP), consistente de benefícios tarifários concedidos pelos países industrializados a países em desenvolvimento; e ao Acordo sobre o Sistema Global de preferências Comerciais (SGPC), objetivando a concessão de preferências comerciais e vantagens mútuas entre países em desenvolvimento.

5.7.4.15 Cláusula de fixação do preço (estabilidade da moeda)

Sem dúvida um dos maiores problemas ainda não solucionados devidamente nas contratações internacionais reside nos reflexos das flutuações cambiais sobre os valores fixados nos contratos.

Os sistemas monetários nacionais acham-se sempre resguardados pela reconhecida incidência da ordem pública interna, sem prejuízo dos reflexos do sistema monetário internacional, representado por organizações internacionais e estrutura de mercados, compreendendo-se assim que a fixação do preço fique sujeita aos impactos das flutuações cambiais.

Não havendo como fugir a essas conseqüências, os internacionalistas preocuparam-se em criar fórmulas jurídicas, com o auxílio de técnicas matemáticas, que consolidassem o patamar do preço fixado nas relações de comércio internacional. O resultado desses trabalhos refletiu-se na fórmula esboçada pela Comissão Econômica para a Europa das Nações Unidas, objetivando possibilitar a atualização automática dos preços fixados nos contratos e que tem tido muita aplicação.

Se durante a execução do contrato ocorrer mudança no **preço das matérias-primas** e/ou salários, os valores ajustados serão revistos, de **acordo com a fórmula** seguinte:

$$P1 = a + \frac{100}{P0} + b \frac{M1}{M0} + c \frac{S1}{S0}$$

Onde:

P1 = preço final da fatura

P0 = preço inicial da mercadoria, estipulado no contrato e vigente na data.

M1 = média aritmética ou ponderada de preços ou índice de preços de tais tipos de matérias durante o período.

M0 = preço ou índice de preços das mesmas matérias na data fixada anteriormente em P0.

S1 = média de salários, aritmética ou ponderada, incluindo encargos sociais, ou índice de salários, correspondentes a tais categorias de mão-de-obra, durante o período.

S0 = salários, incluindo encargos sociais ou índice de salários para as mesmas categorias, na data fixada anteriormente em P0.

a = coeficiente fixo.

b = coeficiente de matérias-primas.

c = coeficiente de salários, incluindo encargos sociais.

(Se necessário (b) e eventualmente (c) podem ser decompostos em tantos coeficientes parciais (b1, b2, b3...) quantos forem os elementos de variação tomados em consideração ($b_1 + b_2 + \dots + b_n = b$)).

5.7.4.16 Cláusula penal

É freqüente em quaisquer contratos, e os contratos internacionais não fugiriam à regra, a estipulação de cláusulas penais que imponham sanções pecuniárias ao infrator de condições contratualmente ajustadas.

São elas comumente encontráveis nos contratos de empréstimo, de venda, de distribuição, além de outros.

Apesar de sua diversidade, a Comissão do Direito Internacional para o Direito Comercial Internacional das Nações Unidas vem procurando estabelecer padrões para a elaboração de uma lei uniforme a respeito.

Uma preocupação dos juristas diz respeito à possível disproporção que a cláusula penal possa apresentar em relação ao todo contratual, levando a hipóteses de redução da pena pelos Tribunais.

O Código de Comércio Internacional tcheco estabelece em seu art. 191 o seguinte: "Se, no caso de contravenção de obrigação contratual as partes acordam pena convencional, ou, se, neste caso, tal pena é de outra forma interrompida e o devedor não executa sua obrigação, o credor pode exigir essa pena convencional, tenha sofrido ou não dano em razão da contravenção à obrigação contratual".

O Código Civil Brasileiro contempla a matéria em seus arts. 916 a 927, estabelecendo, dentre os princípios, que a cláusula penal pode referir-se à inexecução total ou parcial da obrigação, ou simplesmente à mora (art. 917); que quando se tiver cumprido parcialmente a obrigação o juiz poderá reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento (art. 924), e, ainda, que para exigir a pena convencional não se exige que o credor alegue prejuízo (art. 927).

5.7.4.17 Confidencialidade

Em contratos que envolvam tecnologia, como os de utilização de patentes, técnicas industriais e outras informações que as partes necessitam manter sob regime confidencial, costumam elas adotar dispositivos contratuais que submetam o contrato a esse regime, criando sanções para casos de descumprimento.

Exemplo:

The parties shall not disclose to any third parties any confidential information and particularly business secrets or technical know-how, as well as all documents which they receive from each other or which come to their knowledge in connection with the present Agreement. Such duty of confidentiality shall continue after the life of the present Agreement.

5.7.4.18 A padronização de termos e símbolos em contratos internacionais

5.7.4.18.1 INCOTERMS

Nos contratos internacionais certamente existem benefícios na utilização de formas e cláusulas *Standard*. Com elas ganham-se concisão e muitas vezes uma precisão conceitual difícil de atingir por outros meios que, de resto, demandariam longas definições. Assim, a utilização de formas padronizadas e sincopadas, cujas

definições possam ser confiáveis porque universalmente aceitas, representará um fator de segurança para o pacto quanto à expressão da manifestação da vontade das partes e no que se relaciona a futuras controvérsias.

É o que ocorre em relação aos INCOTERMS, sigla em inglês que representa a expressão *International Rules for Interpretation of Trade (Commercial) Terms*.

Quando comerciantes participam em um contrato de compra e venda, são livres para negociar os termos específicos de seu contrato. Estes termos incluem o preço, quantidade, e características dos bens. Cada contrato internacional conterá também o que é chamado de um INCOTERM.

O INCOTERM selecionado pelas partes envolvidas na transação determinará que há transferência de obrigações entre as partes e que cada qual das partes tente assumir o menor nível possível de obrigações, ou seja, quem paga o custo de cada segmento do transporte, quem é responsável pelo carregamento e descarregamento dos bens, e quem carrega com o risco da perda em algum ponto do transporte internacional. O INCOTERM também determina a base da valuação em aduanas da mercadoria importada.

Os INCOTERMS são administrados pela CCI - Câmara de Comércio Internacional em Paris e são aderidos pelas principais nações participantes em comércio exterior.

Em conexão com os trabalhos de revisão, foram feitas sugestões dentro da equipe de trabalho da CCI para que os termos fossem apresentados de forma a facilitar a sua leitura e atendimento. Os termos foram então agrupados em quatro categorias básicas diferentes. Essa apresentação inicia-se com o único termo através do qual o vendedor torna as mercadorias disponíveis para o comprador em seu próprio estabelecimento de origem (o termo "E" – *ex Works*); a seguir vem o segundo grupo, em que se requer que o vendedor entregue as mercadorias a um transportador designado pelo comprador (os termos "F" – FCA, FAS e FOB); em seguida aparecem os termos "C", nos quais o vendedor deverá contratar o transporte, mas sem assumir os riscos por perda ou dano às mercadorias ou custos adicionais devidos a eventos que ocorram após o desembarço e despacho (CFR, CIF, CPT e CIP); e, finalmente, os termos "D", em que o vendedor tem de assumir todos os custos e riscos necessários em levar as mercadorias até o país de destino (DAF, DES, DEQ, DDU e DDP).

Existem atualmente 13 INCOTERMS em uso. Todos os INCOTERMS existentes estão descritos abaixo, e ordenados de acordo com o nível de responsabilidade do vendedor.

Grupo E (Partida). Sob EXW - o vendedor minimiza seu risco fazendo os bens disponíveis em sua fábrica ou lugar de negócio.

A Partir do Local de Produção (EXW) - o vendedor (exportador) faz os bens disponíveis ao comprador (importador) no local de produção do vendedor. O comprador é responsável por todos os custos, alíquotas, e seguro do transporte, e aceita o risco da perda dos bens imediatamente depois que os bens comprados são colocados fora da porta da fábrica. O preço de *Ex-Works* não inclui o preço de carregamento em caminhão ou embarcação, e nenhum desconto é feito por conta de custos do despacho aduaneiro. Se a valuação em aduana dos bens no país de destino for FOB, os custos do transporte e seguro do local de produção até o porto de exportação, devem ser adicionados ao preço de Ex-Works.

Grupo F (Transporte Principal Não Pago Pelo Vendedor).

Livre no costado do navio (FAS).

O vendedor transporta os bens de seu lugar de negócio, tramita o despacho de exportação, e deixa os bens ao lado da embarcação no porto de exportação, onde a posse e risco de perda são transferidos ao comprador. O comprador é responsável por carregar os bens na embarcação (a menos que especificado de outra maneira) e pagar todos os custos de envio ao destino final.

Transportador livre (FCA).

O vendedor (exportador) tramita o despacho de exportação e entrega os bens ao transportador e ao lugar especificado pelo comprador. Se o lugar escolhido for o lugar de negócio do vendedor, o vendedor deve carregar os bens no veículo do transporte; caso contrário, o comprador é responsável pelo carregamento dos bens. O comprador, assume posse da mercadoria e risco de perda da mesma a partir desse ponto e deve pagar por todos os custos associados com o transporte dos bens até o destino final.

Livre a bordo (FOB)

O vendedor (exportador) é responsável pelo transporte dos bens de seu lugar de negócio e carregá-los na embarcação no porto de exportação e pelo trâmite do despacho de exportação. Assim que os bens cruzarem os trilhos do navio (o ponto

inicial do navio) o risco de perda e posse dos bens é transferido ao comprador (importador). O comprador deve pagar por todos os custos do transporte e do seguro a partir desse ponto, e fazer o despacho de importação no país de destino. Uma transação FOB leia-se: "FOB, porto de exportação".

Exemplo:

Supondo que o porto de exportação seja Boston, uma transação FOB leia-se FOB Boston.

Se a valuação em aduana tem base CIF, o frete e o seguro internacionais devem ser adicionados ao valor FOB.

Grupo C (Transporte Principal Pago Pelo Vendedor)

Custo & frete (CFR)

O vendedor (exportador) é responsável pela tramitação do despacho de exportação, entrega dos bens após o trilha do navio no porto de exportação pelo pagamento das despesas de frete internacionais. O comprador assume posse e risco de perda uma vez que os bens cruzam o trilha do navio. O comprador é responsável pelas despesas do seguro, desembarque, alíquotas de importação e transporte até o destino final.

Se a valuação em aduana tem base FOB, os custos de frete internacionais devem ser deduzidos do CFR.

Custo, seguro & frete (CIF)

O vendedor (exportador) é responsável pela entrega dos bens na embarcação e pela tramitação do despacho de exportação. É também responsável pela compra do seguro, com o comprador (importador) nomeado como beneficiário.

A transferência de posse ocorre quando os bens cruzam o trilha da embarcação. Se os bens forem danificados ou roubados durante o transporte internacional, o comprador assume posse, e deve fazer uma reivindicação baseada no seguro obtido pelo exportador. O importador deve tramitar o despacho de importação e é responsável pelo transporte e seguro do porto até o destino final. O CIF pode ser usado como um Incoterm somente quando o transporte internacional seja pelo menos parcialmente marítimo. Se a valuação em aduana tem base FOB, os custos de frete internacionais e seguro devem ser deduzidos do CIF. Uma transação CIF lerá CIF, porto de destino.

Exemplo:

Supondo que os bens sejam exportados para o porto de Los Angeles, uma transação CIF teria "CIF Los Angeles".

Transporte pago até (CPT)

O vendedor (exportador) tramita o despacho de exportação, entrega os bens ao transportador e é o responsável pelos custos de transporte ao lugar de destino. A transferência de posse ocorre uma vez que os bens são transferidos ao transportador. O comprador deve assegurar os bens a partir desse ponto. Se a valuação em aduana tem base FOB, os custos de frete internacionais devem ser deduzidos do CPT.

Transporte e seguro pago até (CIP)

O vendedor tramita o despacho de exportação transporta, entrego os bens ao transportado. A transferência de posse ao comprador ocorre a partir desse ponto. O vendedor é responsável por custos de transporte e de seguro ao lugar de destino. O comprador é responsável por todos os custos, e risco de perda desse ponto para a frente. Se a valuação em aduana tem base FOB, os custos de frete internacionais e seguro devem ser deduzidos do CIP.

Grupo D (Chegada)

Entregue na fronteira (DAF)

O vendedor (exportador) é responsável por todos os custos envolvidos em entregar os bens ao porto de destino. A transferência de posse ocorre na fronteira. O comprador deve pagar os custos e assumir o risco de desembarque, despacho de importação, e transporte até o destino final. Se a valuação em aduana tem base FOB, os custos de frete internacionais e seguro devem ser deduzidos do DAF.

Entregue a partir do navio (DES)

O vendedor (exportador) é responsável para todos os custos envolvidos em entregar os bens ao porto de destino. Na chegada, os bens ficam disponíveis ao comprador (importador) a bordo da embarcação. Conseqüentemente, o vendedor é responsável por todos os custos e risos de perda antes do desembarque no porto de destino. O comprador (importador) é responsável pelo descarregamento, custos de impostos, despacho de importação, e fornecer transporte e seguro ao destino final.

Entregue a partir do cais (DEQ)

O vendedor (exportador) é responsável para todos os custos envolvidos em transportar os bens ao cais no porto do destino. O comprador (importador) é

responsável pelos custos de impostos, despacho de importação, e fornecer transporte e seguro nacional no destino final. Se a valuação em aduana tem base FOB, os custos de frete internacionais, seguro, e desembarque devem ser deduzidos do DEQ.

Entregue Imposto não pago (DDU)

O vendedor (exportador) é responsável por todos os custos envolvidos para a entrega até o destino final, onde os bens sejam colocados a disposição do comprador. O comprador (o importador) assume posse e risco de perda e deve tramitar o despacho de importação e pagar impostos, transporte e seguro doméstico até o destino final.

Entregue imposto pago (DDP)

O vendedor (exportador) é responsável para todos os custos envolvidos em entregar os bens ao lugar de destino e por tramitar o despacho de importação. Sob um INCOTERM DDP, o vendedor fornece literalmente a entrega porta a porta, incluindo o despacho de exportação e importação. A transferência de posse ocorre quando os bens são entregues ao comprador. Assim o vendedor assume todo o risco de perda até que os bens cheguem até o comprador. Uma transação de DDP lerá o lugar de destino Para o exemplo, bens são importados através de Baltimore e entregues em *Silver Spring*, o *Incoterm* leria "DDP, *Silver Spring*". Se a valuação em aduana tem base CIF, os custos de desembarque, impostos e transporte nacional no país de destino devem ser deduzidos do DDP, para chegar a um valor CIF.

Embora quando usados em negócios mercantis internos em relação aos Estados tais termos tenham um significado relativamente preciso devido a sua recepção pelos códigos ou pela praxe comercial doméstica, correm o risco de serem menos precisos na prática internacional. Apesar de sua universalidade, os Incoterms não conseguiram anular todas as diferenças existentes em prol de uma absoluta padronização, persistindo em alguns países, em certos ramos de comércio, usos comerciais que lhe são peculiares. Por isso é importante que os contratantes estejam atentos para as especificações de seu ramo de negócios, acrescentando aos termos variantes que sejam de seu interesse, mesmo que elas não estejam incluídas nos termos usuais.

A aplicação prática dos INCOTERMS repousa na fixação do ponto crítico em que há transferência de obrigações entre as partes, ou seja, quando o vendedor é

considerado legalmente isento de responsabilidades sobre a mercadoria entregue ao comprador, tendo direito a receber o pagamento convencionado, uma vez que a partir desse ponto os riscos de operação passam a correr por conta da outra parte.

Deve ser desde logo dissipada a crença infundada e que às vezes é manifestada por alguns comerciantes de que os direitos e obrigações abrangidos pelo termo utilizado estender-se-iam a todas as operações ligadas ao contrato de venda, tais como transportes, seguros e acordos de financiamento. Eles dizem respeito apenas às obrigações primárias do comprador e do vendedor.

Nos contratos de compra e venda de mercadorias é normal que a cada qual das partes tente assumir o menor nível possível de obrigações. Assim, o vendedor prefere vender *ex Works* (expressão também utilizada como *ex factory*, *ex warehouse*, *ex plantation* etc.) em que suas obrigações são as mais limitadas, consistindo praticamente em colocar a mercadoria no seu estabelecimento à disposição do comprador, e o comprador prefere comprar DDP (*delivery duty paid*), em que as obrigações do vendedor são as mais abrangentes, compreendendo colocar a mercadoria à disposição do comprador, pagos os tributos, no lugar de destino convencionado, no país importador.

Na prática comercial, no entanto, surgem outras variáveis que intervêm no processo de escolha dos INCOTERMS. São muitos os exemplos dessas variáveis. Muitas vezes interessa ao exportador vender CFR, CIF (em que o vendedor fornece a licença de importação por sua conta e risco e assume os custos dos impostos de exportação), para exercer maior controle sobre o preço final do produto e torná-lo, assim, mais competitivo no âmbito do mercado em que pretende exercer influência.

5.7.4.19 Crédito documentário

Como um instrumento indispensável na condução de negócios internacionais surgiu a necessidade de dotar o chamado crédito documentário de definições *standard* e terminologia uniforme. A ICC tomou a si esta iniciativa, e, a partir de uma publicação de 1924 da União Sindical dos Bancos Franceses, assim como da revisão de regras formuladas nos Congressos da ICC de 1933 e 1951, os resultados de um primeiro manual apareceram em 1962.

Os 55 artigos das Regras e Usos Uniformes Relativos aos Créditos

Documentários aplicam-se a todos os créditos documentários, incluindo as cartas de crédito *stand by*, e obrigam a todas as partes contratantes, exceto quando expressamente previsto em contrário nos documentos pertinentes. Essas regras farão parte integrante de todo crédito documentário que estipular expressamente que ele se acha submetido às citadas regras do *Uniform Customs and Practice for Documentary Credits (1983 revision, ICC Publication 400)* ou às *Règles et Usances Uniformes Relatives aux Credits Documentaires (rèvision 1983, Publication 400 ICC)*.

Genericamente, os Créditos Documentários são representados por cartas de crédito garantidoras de operações de importação e exportação. Neste sentido uma carta de crédito é um documento obrigacional dado por um banco em nome do importador, garantindo o pagamento ao exportador de um determinado valor em certo espaço de tempo, desde que o exportador apresente ao banco documentos que estejam em conformidade com os que se acham referidos na carta.

Os benefícios do sistema de crédito documentário residem naturalmente em que, desde que o crédito seja emitido e confirmado por um banco de primeira linha e o exportador atenda a todas as condições do crédito, o pagamento estará garantido. Com efeito, desde que o banco notificante confirme a carta de crédito, não mais haverá risco de não pagamento, exceto, é claro, no remoto caso de insolvência do próprio banco que confirmar a carta de crédito. De outro lado, o importador estará assegurado de que o pagamento ao exportador somente será feito após terem sido satisfatoriamente atendidas as condições de operação.

O art. 54 das Regras assegura a transferibilidade do crédito, mediante aviso do beneficiário, que tem o direito de requerer ao banco encarregado o pagamento ou da aceitação da carta ou, ainda, a todo banco habilitado a efetuar a negociação, que permita a utilização do crédito, total ou parcialmente, por uma ou mais outras partes (ou segundos beneficiários) de acordo com as condições referidas no citado art. 54.

As cartas de crédito observam em sua emissão condições de modelo padronizado, cuja padronização é periodicamente revisada pela ICC de Paris.

5.7.4.20 Regras padronizadas para garantias contratuais

Ainda a ICC, neste caso em cooperação com entidades intergovernamentais e entidades comerciais internacionais, particularmente a Comissão das Nações Unidas para a Legislação comercial internacional (UNCITRAL), vem editando regras padronizadas para assegurar práticas uniformes de garantias contratuais baseadas no equilíbrio entre os interesses das partes envolvidas em projetos e contratos internacionais.

Tais regras, que se encontram hoje reunidas na Publicação da ICC – *Uniform Rules for Contract Guarantees*, têm como objeto introduzir um elemento de confiança nas contratações internacionais, dispondo sobre o oferecimento de garantias (a serem dadas por bancos, companhias seguradoras e outros garantidores) para proteção da parte contratante (beneficiária) no caso de que aquela que tiver adjudicado o contrato (principal) veja-se impossibilitada ou deixe de cumprir com suas obrigações contratuais.

A aplicação das regras, evidentemente, é voluntária, podendo ser feita menção no contrato ou no próprio instrumento de garantia de que a mesma se “subordina às Regras Uniformes para Ofertas, Performance e Garantias de Pagamento” (“Garantias Contratuais”) da Câmara Internacional de Comércio e que as referidas Regras obrigam a todas as partes, a menos que seja expressamente disposto em sentido contrário no contrato ou no instrumento de garantia, ou sem qualquer de seus aditivos.

6 AS TENDÊNCIAS NA REGULAÇÃO DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

Um elemento destacado na prática negocial recente é a consolidação e o desenvolvimento da arbitragem comercial internacional como alternativa para as jurisdições estatais. O fundamento aqui é valorizar em que medida a contraposição entre a justiça estatal e a justiça arbitral determina a existência de diferenças no regime jurídico dos contratos internacionais.

Tipicamente destaca-se que as câmaras arbitrais desfrutam de maior liberdade, pois a diferença com o que ocorre nos tribunais estatais é que não estão obrigados a aplicar a norma do foro sobre a determinação da lei escolhida pelas partes.

Este dado reflete-se no alcance das regras sobre a lei aplicável no fundo contidas nas legislações nacionais sobre a arbitragem, mais avançadas, que se limitam a recolher o princípio da autonomia privada conflitual dos contratantes e a estabelecer que na sua ausência, os árbitros possam aplicar as normas que considerem mais oportunas, inclusivamente os Princípios relativos aos contratos comerciais internacionais, sabendo que os árbitros não ficam vinculados por esse tipo de normas e que a impossibilidade de que os juízes controlem o Direito aplicado pelos árbitros ou o fundamento da sua decisão.

As convenções internacionais, assim como os regulamentos institucionais de arbitragem, também se caracterizam pela sua flexibilidade ao regular o direito aplicável na sua essência, estabelecendo a primazia da autonomia privada, sem, no entanto, fixar critérios que determinem como os árbitros devem precisar as normas a aplicar (art. 17 do regulamento de Arbitragem da CCI, aprovado em 8 de Abril de 1997). Na prática arbitral, a falta de eleição pelas partes, conhece soluções muito diversas para a resposta a esta questão, com o recurso a um sistema de Direito Internacional Privado, a vários desses sistemas aplicados cumulativamente (fraccionamento ou *Dépeçage*), ou a determinação direta das normas aplicáveis, identificando ou não o ordenamento estatal como aplicável

Assim, a diferenciação entre os tribunais estatais e os arbitrais não oculta a existência de notáveis semelhanças no procedimento assim como nos efeitos das decisões, o que corresponde com a natureza na essência judicial da função que desempenham os árbitros e com a constatação de que coincide com a função que

cumprem os tribunais estatais ao solucionar litígios equivalentes.

A idéia de que, as normas jurídicas a serem aplicadas para a solução de uma controvérsia resulta, substancialmente, do caráter estatal ou arbitral do órgão decisório não parece ser razoável e não compadece com a idéia de que a verdade jurídica dependa da natureza da autoridade que a formula.

A experiência demonstra que nas suposições em que câmaras arbitrais consideram necessária a determinação da lei aplicável ao contrato, tendem a localizar este no ordenamento estatal, como fazem os magistrados – muito ilustrativos são na prática recente, por exemplo, o laudo parcial sobre a lei aplicável no assunto 5.314 (CCI) (*Yearbook C.A.* vol. XX, 1995, p. 35-40), com fulcro em critérios utilizados em sistemas de Direito Internacional Privado, se bem que a maior flexibilidade de que dispõe para concretizar as regras aplicáveis conduz a que a localização em um ordenamento nacional não seja um critério geral que imponha nos mesmos termos de que nos tribunais estatais e, inclusive é freqüente a referência à *lex mercatória* como lei aplicável ao contrato (Decisão de 08 de Março de 1996 da Câmara de Arbitragem de Paris, *Yearbook C.A.* vol. XXII, 1997, p. 28-34), bem como dos Princípios relativos aos contratos comerciais internacionais ("*Rassegna Giurisprudenziale su Principi UNIDROIT dei Contratti Commerciali Internazionali*", in *DCI*, nº 15.1, Milano, 2001, p. 169-225).

Mesmo assim, a tomada de posição favorável para a convergência do regime normativo aplicado pelos juízes e pelos árbitros é importante ao valorizar a repercussão na regulação dos contratos internacionais de normas elaboradas sem participação estatal direta.

A tendência para se recorrer à arbitragem no âmbito do comércio internacional corresponde, em certa medida aos receios que suscita a prática judicial para localizar sistematicamente os contratos comerciais em um ordenamento nacional. A criação de normas materiais uniformes relativas as diversas transações comerciais internacionais supõe uma reação perante a carência atribuídas à própria técnica conflitual, que levam a necessitar a elaboração de normas extra **nacionais** de direito material privado, superadoras das regras de conflito como uma resposta de qualidade muito superior aos problemas transnacionais.

A partir destas perspectivas, ressalva-se o caráter contraditório e inaceitável da solução que trazem as normas de conflito, que nacionalizam as transações

conectadas a mais de um País e conduzem à sua regulamentação por uma norma nacional, tipicamente idealizada para as transações puramente internas.

A empregabilidade das técnicas conflituais para a caracterização do regime jurídico das transações comerciais internacionais apresenta deficiências. Estas divergências destacam-se as relativas à dificuldade em garantir a segurança jurídica, valor sem dúvida fundamental na ordenação do próprio comércio internacional. Por outro lado, como os critérios utilizados pelas regras de conflito para localizar os contratos plurilocalizados variam de um País para outro, somente é possível conhecer as normas que determinam a lei aplicável a um contrato quando não existem dúvidas acerca do Estado cujos tribunais decidam acerca do litígio, ressalvados os casos onde exista uma unificação das normas de conflito, como ocorre na União Européia.

Determinada a regra de conflito aplicável, pode não existir certeza acerca do resultado que conduz, em particular como consequência da tendência para elencar os critérios de conexão de alguma flexibilidade que garanta o respeito pelo princípio dos vínculos mais estreitos.

Assim, uma vez indentificado o ordenamento aplicável não acabam as dificuldades, pois quando a regra de conflito remete para uma lei forense, aparecem os obstáculos inerentes à aplicação judicial do Direito estrangeiro, que podem ocasionar a sua não aplicação, se não se consegue conhecer com certeza e precisão suficientes o conteúdo do ordenamento. Inclusive se a regra de conflito conduz ao ordenamento interno do tribunal que é conhecedor da controvérsia, a previsibilidade do regime jurídico do contrato pode ser escassa tendo em conta as dificuldades presentes nos ordenamentos nacionais respectivos à determinação da admissibilidade, validade e disciplinas normativas dos contratos atípicos, tão comuns ao comércio internacional.

Assim, para que os estudiosos e os usuários do comércio internacional melhor entender e aplicar este Direito, impõem-se valorizar as vias de superação dessa situação e a eventual aptidão das alternativas ou complementos disponíveis de maneira a melhor aplicar as normas de conflito nas relações comerciais internacionais.

CONCLUSÃO

Este trabalho teve como principal objetivo analisar as características do setor de operadores logísticos no Brasil, de forma a também obtermos uma avaliação comparativa do mercado brasileiro com o dos Estados Unidos - país mais desenvolvido no que diz respeito à logística.

O mercado de prestação de serviços logísticos vem crescendo muito rapidamente em todo o mundo e, por consequência, também no Brasil. São várias as evidências deste fenômeno. Na indústria química norte americana, o número médio de atividades logísticas terceirizadas, por empresa, cresceu de 1,5 para 5,5, no período entre 1989 e 1995, indicando uma forte tendência de aumento do escopo de serviços logísticos terceirizados. Na mesma época, uma reportagem da revista *Fortune* indicava que 60% das 500 maiores empresas por ela listadas terceirizavam pelo menos uma das atividades que compõem seu processo logístico, uma evidência do nível de difusão da prática de terceirização logística. Outra pesquisa envolvendo os mercados Europeu e Norte Americano, mostrou que 78% dos gerentes europeus, e 46% dos americanos entrevistados afirmaram estar comprometidos com a terceirização de suas atividades logísticas, e que a tendência era a de aumentar o número de atividades terceirizadas.

O resultado de tudo isto tem sido o rápido crescimento da indústria de prestadores de serviços logísticos, como bem mostram os levantamentos da *Armstrong & Associates*. Entre 1996 e 1998, a receita operacional dos 56 maiores prestadores de serviços logísticos norte americanos aumentou de US\$ 28,5 bilhões para US\$ 39,6 bilhões, o que corresponde a uma taxa média de crescimento de cerca de 18% ao ano.

No Brasil, apesar do processo de terceirização das atividades logísticas ainda ser relativamente recente, e de não existirem estatísticas confiáveis, o potencial de mercado parece ser elevado. Estudo do Banco Mundial estima que somente os gastos com transportes no país sejam equivalentes a 10% do PIB, o que corresponderia a cerca de US\$ 60 bilhões. Os grandes prestadores de serviços logísticos internacionais parecem ter percebido este potencial. A partir de 1997 empresas como *Ryder*, *Penske Logistics* - em joint venture com a *Cotia Trading*, *Mc Lane* (do grupo *Wall Mart*) -, *Mark VII*, *Emery Worldwide*, *Hellmann Logistics*, *Danzas*

e *Mosolf* passaram a desembarcar no país, se juntando a um crescente número de empresas brasileiras, como *Columbia*, *Cometa*, *Metropolitan*, *Delara*, *Marbo*, *Mercúrio*, *Hércules* e *Delta*, que já vinham tendo crescimento substancial neste mercado.

Embora bastante recente, a indústria de Prestadores de Serviços Logísticos (PSL) vem evoluindo rapidamente no Brasil. Uma das conseqüências desta evolução, tem sido, o surgimento de vários formatos de atuação, que tem levado a uma dificuldade de categorização dos prestadores de serviços logísticos. Pouco também se conhece sobre as principais barreiras e oportunidades para atuação destas empresas no Brasil.

As possibilidades de terceirização das atividades logísticas são inúmeras. Por esta razão, nos países onde as atividades dos PSL estão mais desenvolvidas, a segmentação do mercado vem aumentando, incluindo desde a simples terceirização de atividades de transporte até a contratação de terceiros para operar todo o processo logístico.

Devido ao aumento da importância e complexidade das terceirizações logísticas, vem aumentando a preocupação com um melhor conhecimento destas atividades.

Há, no entanto, algumas discrepâncias importantes, principalmente no que diz respeito aos problemas, como a complexidade dos impostos e a péssima infraestrutura dos modais no Brasil, e ao que está ocorrendo dentro do setor, como as melhorias apontadas nos sistemas de informação brasileiros.

Hoje em dia é muito comum se fazer a terceirização de serviços. Contrata-se operadores logísticos, consultores, mão-de-obra em movimentação & armazenagem, armazéns, transportadoras, etc. Para toda a contratação, é muito importante que se faça um contrato bem feito, para que nenhuma das partes tenha surpresas desagradáveis, durante a vigência dos trabalhos. Para isso, é fundamental saber de tudo que possa ser registrado como direitos e deveres, a fim de que se feche todas as brechas existentes para o não cumprimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Edgar Carlos de. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 353.

_____. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

ARAUJO, Nadia de. **Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. **Contratos internacionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 300.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **A solução arbitral**. Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Brasília, v.1, nº. 2, p. 74-79, mai/ago.1997.

_____. **Dos Contratos Internacionais**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 222.

_____. **O Mercosul, suas Instituições e Ordenamento Jurídico**. São Paulo: LTr, 1998, p.272.

CASELLA, Paulo Borba. A integração econômica e seu tratamento constitucional. In: CONSELHO BRASILEIRO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS – CBRI. **Mercosul: desafios a vencer**. São Paulo: Bartira Gráfica e Editores S/A, 1994, p. 89-101.

CASTEDO, Alberto Zelada. **Derecho de la integración económica regional**. Buenos Aires: Ediciones Depalma Buenos Aires, 1989.

CASTRO, Amílcar de. **Direito internacional privado**. Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 629.

DAVID, R. e BRIERLEY, J. **International encyclopedia of comparative law. Major legal systems in the World today**. [S.l.s.i.], 1982.

DAVID, R. *L'arbitrage dans le commerce international*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1967.

DURÃES, Beatriz Shifier. **O tratado de Assunção e seus protocolos adicionais: mitos e realidades de um projeto de integração**. Revista Direito & Mercosul, Curitiba, a. 1, nº. 1, p.33-48. 1996.

ENGELBERG, Esther. **Contratos internacionais do comércio**. São Paulo: Atlas, 1992.

FARIA, Guiomar T. Estrella. **Contratos internacionais e mercados integrados**. In: **Estudos sobre integração**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000, p. 223.

FAUCHILLE. *Traité de droit international publique*. v.1, Parte 3. Paris: [S.I.]. 1926, p. 352

FLORÊNCIO, Sérgio Abreu e Lima & ARAÚJO, Ernesto Henrique Fraga. **Mercosul hoje**. São Paulo: Alfa Omega, 1996.

FOX JR, William F. *International commercial agreements*. [S.l.:s.i,s.d.]

GARCEZ, José Maria Rossani. **Contratos internacionais comerciais: planejamento, negociação, solução de conflitos, cláusulas especiais, convenções internacionais**. São Paulo: Saraiva, 1994.

GARCEZ, Maximiliano Nagi. **Integração jurídica das Américas: uniformização ao sistema legal das três américas**. Revista Direito & Mercosul, Curitiba, a. 1, nº. 1, 1996, p.79-85.

GOMES, Orlando. **Introdução ao direito civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 612.

GREBLER, Eduardo. **O contrato internacional no direito de empresa.** Revista dos Tribunais. N.85.jan.março, 1992.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **As relações de direito civil nos processos de integração.** Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, Maceió, a. XXVII, nº 65, p.95-105, jul/dez. 1997.

MARTINS, Pedro Batista. **Aspectos da arbitragem comercial no Brasil.** [S.l.s.i.s.d.], p. 98.

MELLO, Celso D. de Albuquerque. **Direito constitucional internacional.** Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

_____. **Direito internacional da integração.** Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

MORO, Maitê Cecília Fabbri. **Considerações sobre o Mercosul.** Revista Direito & Mercosul, Curitiba, a. 1, nº. 1, p.49-67. 1996.

PRATA, Ana. **Cláusulas de exclusão e limitação da responsabilidade contratual.** Coimbra: Almedina, 1985.

QUADROS, Fausto. **O modelo europeu.** Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, Brasília, v.1, nº. 2, p. 11-17, mai/ago.1997.

REIS, Palhares Moreira. **O Mercosul e o direito comparado.** Revista Jurídica CONSULEX, Brasília, a. I, nº. 7, p. 54-55, jul. 1997.

REZEK, José Francisco. **Direito internacional público.** São Paulo: Saraiva, 1991.

ROBERT, Jean. **Arbitrage civil et commercial.** 4. ed. Paris: Dalloz, 1967.

RODAS, João Galdino. **Direito internacional privado brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

SANTOS, Theotonio dos. **Economia mundial, integração regional e desenvolvimento sustentável: as novas tendências da economia mundial e a integração latino-americana.** Petrópolis: Vozes, 1993.

SEITENFUS, Ricardo, VENTURA, Deisy. **Introdução ao direito internacional público.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 224.

STRENGER, Irineu. **Contratos internacionais do comércio.** São Paulo, RT, 1992, p. 596.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Tratados ratificados pelo Brasil.** 1. ed. São Paulo: Bibl. Freitas Bastos, 1981.

VASCONCELOS, Álvaro. **Parceiros naturais: Europa – América Latina.** In: CONSELHO BRASILEIRO DE RELAÇÕES INTERNACIONAIS – CBRI. **Mercosul: desafios a vencer.** São Paulo: Bartira Gráfica e Editores S/A, 1994. p. 105-111.

VENTURA, Deisy de F. Lima. **A ordem jurídica do Mercosul.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

_____. **Eficácia jurídica.** Revista Jurídica CONSULEX, Brasília, a. I, nº. 10, p. 62, out. 1997.

VINCENT, Jean. **Procédure civile.** 19. ed. [S.l.s.i], 1978, p. 1050-1051.

WALD, Arnold. **Validade das convenções sobre o foro do contrato.** in Estudos e pareceres de direito comercial. v. 1. São Paulo: RT, 1972, p. 261-71