



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

PATRICIA AYUB DA COSTA LIGMANOVSKI

**A INSERÇÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE
ARBITRAGEM NA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS
INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO**

Londrina
2010

PATRICIA AYUB DA COSTA LIGMANOVSKI

**A INSERÇÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE
ARBITRAGEM NA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS
INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina; área de Concentração em Direito e Relações Empresariais; linha de pesquisa Estado Contemporâneo: relações empresariais e relações internacionais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Orientadora: Profa. Dra. Tânia Lobo Muniz.

Londrina
2010

Catálogo na publicação elaborada pela Divisão de Processos Técnicos da Biblioteca Central da Universidade Estadual de Londrina.

Dados Internacionais de catalogação-na-Publicação (CIP)

L724i Ligmanovski, Patricia Ayub da Costa.

A inserção da cláusula compromissória de arbitragem na formação dos contratos internacionais do comércio / Patricia Ayub da Costa Ligmanovski. – Londrina, 2010.
151 f.

Orientador: Tânia Lobo Muniz.

Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Centro de Estudos Sociais Aplicados, Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial, 2010.

Inclui bibliografia.

1. Arbitragem comercial internacional – Teses. 2. Contratos (Direito internacional privado) – Teses. 3. Cláusulas (Direito) – Teses. I. Muniz, Tânia Lobo. II. Universidade Estadual de Londrina. Centro de Estudos Sociais Aplicados. Programa de Pós-Graduação em Direito Negocial. III. Título.

CDU 341.6

PATRICIA AYUB DA COSTA LIGMANOVSKI

**A INSERÇÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE ARBITRAGEM
NA FORMAÇÃO DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DO
COMÉRCIO**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina; área de Concentração em Direito e Relações Empresariais; linha de pesquisa Estado Contemporâneo: relações empresariais e relações internacionais, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Tânia Lobo Muniz
UEL – Londrina - PR

Prof. Dr. Bianco Zalmora Garcia
UEL – Londrina - PR

Profa. Dra. Maria Ligia Coelho Mathias

Londrina, 27 de abril de 2010.

A Deus pela luz, proteção e força.
A minha família pelo apoio incondicional.
Ao meu marido por toda compreensão e amor.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus por ter tanto e a tanta gente agradecer, pela vida, pela força, pelo amor tão presente.

Aos meus pais, Jesus Candido da Costa e Ouzana Aparecida Ayub da Costa, por serem o meu suporte de amor, dedicação e educação, por tudo o que me ensinaram.

Aos meus irmãos, Ana Paula Ayub da Costa e Paulo Roberto Ayub da Costa, companheiros incansáveis, amigos de todas as horas, presentes de Deus em minha vida.

Ao meu amor, Fábio Maurício Pacheco Ligmanovski, pela paciência, companheirismo, incentivo e presença nessa caminhada acadêmica desde o seu início.

À orientadora, Profa. Dra. Tânia Lobo Muniz, mais que uma professora, uma amiga, um ser humano formidável que teve a generosidade de ensinar, exigir e amadurecer esse estudo comigo.

Aos Professores que compõe a banca examinadora, Prof. Dr. Bianco Zalmora Garcia e Profa. Dra. Maria Ligia Coelho Mathias, pela presença, gentileza e brilhantismo que contribuíram para a finalização e lapidação desse estudo.

Às Professoras Ms. Ana Cláudia Zuim Mattos do Amaral, Ms. Helena Aranda Barrozo, Ms. Márcia Teshima e ao colega Carlos Eduardo Corrêa Crespi por acompanharem meus passos nessa jornada e colaborarem com a revisão desse trabalho.

Às amigas, Ana Cândida Ribeiro Falaguasta, Fernanda Hortense e Thaís Amoroso Paschoal, que mesmo a distância, sempre estiveram próximas em meus pensamentos, pelas palavras de carinho, coragem e ânimo.

Aos Professores do curso, colegas de mestrado e de escritório que compartilharam momentos de agonia e felicidade, encorajando-me a sempre continuar e lutar.

A todos que passaram por minha vida e deixaram um pouco de si, contribuindo para a contínua construção do meu ser, muito obrigada!

LIGMANOVSKI, Patricia Ayub da Costa. **A inserção da cláusula compromissória de arbitragem na formação dos contratos internacionais do comércio.** 2010. 151 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina, 2010.

RESUMO

Investiga a viabilidade da inserção de cláusula compromissória de arbitragem em modelos jurídicos utilizados na formação dos contratos internacionais, tendo em vista, a possibilidade do rompimento das negociações preliminares e seus consequentes conflitos e prejuízos. Para tanto, estuda a relação do Estado com os demais atores internacionais dentro do contexto empresarial internacional, aborda o comércio internacional e os instrumentos utilizados para seu regulamento: os contratos internacionais. Examina os princípios informadores dos contratos internacionais e enfatiza sua fase de formação, especialmente, a formação *ex intervallo temporis* por sua relevância jurídica e econômica. Analisa os instrumentos jurídicos que podem ser utilizados nessa fase a fim de dar garantias aos parceiros comerciais em caso de ruptura das negociações preliminares ou conflitos, inclusive se sua natureza jurídica é ou não obrigacional, ponto bastante controvertido. Identifica os meios mais comuns de solução de conflitos, dá enfoque ao método extrajudicial heterocompositivo: arbitragem. Enumera as vantagens da arbitragem comercial internacional, especialmente da cláusula compromissória. Justifica a inserção da cláusula compromissória completa nos modelos jurídicos obrigacionais elaborados durante a formação dos contratos comerciais internacionais.

Palavras-chaves: Comércio internacional. Contratos internacionais. Negociações preliminares. Cláusula compromissória de arbitragem.

LIGMANOVSKI, Patricia Ayub da Costa. **Insertion of arbitration clause in the formation process of international commerce contracts.** 2010. 151 p. Dissertation (Master in Negocial Law) – Universidade Estadual de Londrina, Londrina.

ABSTRACT

Investigates how viable it is to insert an arbitration clause in legal models used in the formation process of international contracts, considering that disputes between the parties can arise during the negotiation phase. Studies the relationship between the State and the other international actors in the international corporate scene. Approaches the international commerce and the legal instruments to its regulation: the international contracts. Examines the principles which inform the international contracts and stresses its formation phase, with special regard to the formation *ex intervallo temporis* due to its legal and economic relevance. Analyses the legal instruments that can be used in order to grant certain guaranties to the parties in case of disputes and/or breach of the preliminary negotiations, as well as if such instruments binds the parties or not. Identifies the most common ways to resolve disputes, focusing the hetero compositional extra-judicial method: arbitration. Numbers the advantages of the international commercial arbitration, specially the arbitration clause. Justifies the insertion of a complete arbitration clause in the legal models prepared during the formation process of commercial international contracts.

Keywords: International commerce. International contracts. Preliminary negotiations. Arbitration clause.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 CONTRATOS INTERNACIONAIS: INSTRUMENTOS DO COMÉRCIO INTERNACIONAL	12
1.1 O ESTADO CONTEMPORÂNEO E AS RELAÇÕES EMPRESARIAIS	12
1.2 COMÉRCIO INTERNACIONAL	17
1.3 A REGULAMENTAÇÃO DAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS INTERNACIONAIS, O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E A <i>LEX MERCATORIA</i>	19
1.4 CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO	26
1.4.1 Considerações Gerais	26
1.4.2 Conceito e Características dos Contratos Internacionais do Comércio	28
1.5 PRINCÍPIOS INFORMADORES DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS	31
1.6 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE	35
1.6.1 Desdobramentos da Autonomia da Vontade	35
1.6.2 Autonomia da Vontade Interna e Internacional	37
1.6.3 Limitações à Autonomia da Vontade	40
1.7 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA	45
2 FORMAÇÃO DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS: NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES	51
2.1 OFERTA OU PROPOSTA	54
2.2 ACEITAÇÃO	55
2.3 NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES	58
2.4 MODELOS JURÍDICOS DE NEGOCIAÇÃO	65
2.4.1 Cartas de Intenção	68
2.4.2 Pré-contratos	72
2.4.3 Cartas de Conforto	78
2.4.4 Acordos de Segredo	79
2.5 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO ROMPIMENTO DAS NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES	82

3	ARBITRAGEM: APLICAÇÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NAS NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO	86
3.1	CONFLITOS E SOLUÇÕES NAS NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES	91
3.1.1	Solução Judicial e Foro de Eleição	93
3.1.2	Soluções Extrajudiciais	97
3.2	ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL	99
3.2.1	Conceito e Natureza Jurídica da Arbitragem	101
3.2.2	Principiologia da Arbitragem	104
3.2.3	Modalidades de Arbitragem	111
3.3	CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM: CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E COMPROMISSO ARBITRAL	114
3.3.1	Compromisso Arbitral	116
3.3.2	Cláusula Compromissória de Arbitragem	118
3.4	CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE ARBITRAGEM E AS NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES	124
3.4.1	Vantagens da Arbitragem Comercial Internacional	125
3.4.2	A Inserção da Cláusula Compromissória Completa nas Negociações Preliminares	132
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	135
	REFERÊNCIAS	139

INTRODUÇÃO

Muitas são as vantagens de se relacionar comercialmente com empresas de outros Estados, seja para compra de produtos mais baratos para revenda no mercado interno, seja pela qualidade e preço competitivo de venda de produtos/serviços no mercado externo, busca ou ampliação de mercado consumidor diferenciado, conhecimento e aquisição de novas tecnologias, formação de joint ventures etc.

No entanto, esse comércio globalizado, embora bastante prático e regido por regras próprias, não fica à deriva da atuação, fiscalização e dependência de Estados e organizações internacionais.

Esse panorama influencia as contratações internacionais e os métodos de solução de conflitos que podem decorrer desse comércio por sua magnitude, complexidade e número de envolvidos. O instrumento que materializa a vontade das partes em uma negociação e serve de termômetro para a economia é o contrato, tanto no âmbito interno como internacional; tal acordo de vontades deve obedecer a alguns princípios: dignidade humana, boa-fé objetiva, função social, autonomia da vontade e outros.

Dessa forma, como toda relação de interesses, conflitos podem surgir e atrapalhar ou, até mesmo, inviabilizar a conclusão ou a execução do contrato comercial.

Pela complexidade da formação dos contratos internacionais, tanto pelo envolvimento de diversos sistemas jurídicos, negociadores de cultura e estratégias distintas, longas análises e estudos para a conclusão, investimentos para conquistar o parceiro negocial, bem como pela interpretação e importância jurídica que cada Estado pode dar a essa fase, muitos questionamentos surgem e requerem um estudo aprofundado dos instrumentos que devem ser utilizados durante as negociações preliminares desses contratos e qual o método adequado de solucionar os conflitos surgidos nessa etapa. Ou seja, a relevância social, econômica e jurídica das negociações preliminares justifica a preocupação com a segurança e eficiência desse momento.

A fim de investigar se a inserção de cláusula compromissória completa em instrumentos jurídicos obrigacionais utilizados na formação dos contratos internacionais é o método mais seguro, eficaz e célere de resolver conflitos

comerciais internacionais, alguns questionamentos são apontados e deverão ser respondidos ao longo dessa dissertação:

Qual o envolvimento do Estado contemporâneo nas relações empresariais internacionais?

Quais os princípios informadores dos contratos comerciais internacionais? Por quais fases passam esses contratos?

Qual a relevância jurídica das negociações preliminares, uma vez que são consideradas pela doutrina sem caráter vinculativo?

Quais instrumentos jurídicos podem ser utilizados para auxiliar os contratantes internacionais durante as negociações preliminares? Tais instrumentos podem ser considerados fontes de obrigações?

Quais os métodos de solução de conflitos comerciais internacionais mais utilizados? Quais as vantagens da arbitragem?

Visualizando-se esses questionamentos e diante da prática internacional, não seria determinante para os negociantes internacionais que inserissem uma cláusula compromissória de arbitragem que regulasse os principais pontos de discussão, como lei aplicável, procedimento, árbitros, língua e local de arbitragem em instrumentos jurídicos obrigacionais elaborados durante a fase de formação dos contratos internacionais?

1 CONTRATOS INTERNACIONAIS: INSTRUMENTOS DO COMÉRCIO INTERNACIONAL

1.1 O ESTADO CONTEMPORÂNEO E AS RELAÇÕES EMPRESARIAIS INTERNACIONAIS

Profundas mudanças ocorreram no cenário econômico e comercial internacional a partir do pós-guerra mundial, como a intensificação da globalização, a criação de organizações multilaterais e regionais, o avanço tecnológico dos transportes e das comunicações que estreitaram as relações empresariais internacionais ao propiciarem o rompimento de fronteiras para a circulação de mercadorias, serviços, investimentos e pessoas.

Essas transformações repercutiram na soberania estatal¹, seja por meio de seu relacionamento com tais organizações internacionais, seja com as empresas transnacionais e até mesmo com seus nacionais em decorrência da proteção aos direitos humanos. Com isso, já não se pode estudar Direito Internacional e as relações públicas ou privadas entre seus atores com o enfoque no Estado, mas sim na humanidade. É preciso fazer uma releitura do Estado nas relações internacionais e de sua soberania com um olhar crítico, considerando-se questões políticas, sociais, econômicas, culturais e jurídicas que dizem respeito a toda sociedade internacional.

Nesse contexto, o direito,

[...] como ciência social aplicada, reguladora da sociedade, não pode ficar à deriva dessas mudanças, mas pelo contrário, deve atender às necessidades do Estado contemporâneo nas relações internacionais, com a finalidade de garantir estabilidade ao Estado e a todas as pessoas nele inseridas, sejam naturais ou jurídicas. (COSTA²; MUNIZ, 2008, p. 218)

Tânia Lobo Muniz salienta que (2005, p. 146)

¹ "A mundialização da economia consagrada por meio do rompimento de fronteiras geográficas clássicas, a fragilização da máquina estatal, o processo de integração em blocos regionais, a flexibilização das relações de trabalho, o surgimento de grandes grupos econômicos com poderes - de fato - maiores que de alguns Estados, a criação de organizações internacionais paraestatais, assim como a extraordinária evolução das telecomunicações, foram fatos que ocuparam o século XX e que exigiram um repensar do conceito de soberania" (NUNES JUNIOR, 2003, p. 162). No entanto, Venilto Paulo Nunes Junior conclui que embora seja necessário repensar a soberania, seu conceito não mudou, pois está vinculada a fatores reais de poder que se modificam conforme a época e o lugar, revelando a força viva da sociedade (2003, p. 165).

Temos que unir o corpo de normas surgidas das relações privadas internacionais com a autoridade dos Estados, cuja busca de interação social, econômica e política visa, principalmente, o aprimoramento da sociedade internacional de uma forma moderna e democrática, na qual predomine a liberdade e independência, e que somente poderá ser garantida pela atuação estatal.

Essa necessidade mostra-se muito clara atualmente. O mundo está vivenciando uma crise³ econômica e financeira⁴ desde meados de 2008; de forma surpreendente, assistiu-se a muitos fechamentos e concordatas de empresas renomadas e transnacionais. Diversos foram os empréstimos bilionários de governos a algumas empresas, ocorreram demissões em massa e reduções de impostos a fim de incentivar o comércio e a produtividade industrial, ou seja, houve forte intervenção estatal na economia.

Dentre essas intervenções, o governo dos Estados Unidos da América agiu de forma significativa, por meio de ajuda financeira a instituições privadas para evitar seus fechamentos e o agravo ainda maior da crise social implantada naquele país. No entanto, essa crise não se restringe aos norte-americanos, mas alcança a todos os Estados e instituições privadas que se relacionam com aquele país e empresas ali sediadas, o que aumenta sua responsabilidade de atuação, como bem reconhecido por seu novo Presidente, Barack Hussein Obama (2009) em seu discurso de posse.

² Ao longo deste trabalho serão utilizadas referências bibliográficas desta autora sozinha ou em conjunto com outros juristas, já que o presente estudo é fruto da evolução da pesquisa da autora desde a graduação na Universidade Estadual de Londrina-UEL.

³ O atual diretor-gerente do Fundo Monetário Internacional, Dominique Strauss-Kahn (2009) "afirmou que a crise financeira global pode ser chamada de a "Grande Recessão" e que a economia mundial vai se contrair neste ano". O Diretor Geral da Organização Mundial do Comércio (OMC), Pascal Lamy, aponta que um acordo na Rodada de Doha visando a liberalização comercial serviria contra o protecionismo que tem se mostrado estratégia em setores importantes das economias mundiais, mas que são extremamente prejudiciais para o enfrentamento da crise em âmbito global. A OMC fez uma projeção de que o comércio mundial cairá 9% neste ano de 2009, o que será o pior resultado desde a 2ª Guerra Mundial (NINIO, 2009).

⁴ Ernesto Lozardo (2009) explica que essa crise já é a mais grave para o aprofundamento do capitalismo deste século, especialmente para os Estados Unidos da América que vem passando por várias modalidades de crise. "A crise financeira global está solapando o desenvolvimento das nações. Ela será lembrada como sendo a mais grave e a mais importante para o aprofundamento do capitalismo neste século. A economia dos EUA apresenta várias modalidades de crise (bancária, econômica, fiscal, previdenciária, creditícia e de identidade), mas a do sistema financeiro é a mais nefasta. O sistema financeiro é responsável pela intermediação entre os que ofertam e os que demandam recursos - empresas, famílias e governos. A eficácia desse sistema é determinante na formação do capital e na prosperidade econômica de qualquer nação. Trata-se, portanto, da ponte que conecta a micro com a macroeconomia. Se esse sistema não for eficiente, transparente e crível nada poderá ser feito no âmbito da política econômica para que uma nação se desenvolva com estabilidade previsível e elevada produtividade dos fatores de produção".

What is required of us now is a new era of responsibility - a recognition, on the part of every American, that we have duties to ourselves, our nation, and the world, duties that we do not grudgingly accept but rather seize gladly, firm in the knowledge that there is nothing so satisfying to the spirit, so defining of our character, than giving our all to a difficult task.⁵

Interessante notar que, diante desse quadro, configura-se uma nova visão do papel do Estado, sendo necessária sua intervenção pontual para evitar desequilíbrios nas relações econômicas. O posicionamento dominante até então recente era de que os Estados necessitavam atrair as empresas transnacionais e seus investimentos para sobrevivência de suas economias, porém, o que ora se observa é uma inversão de valores, pois muitas dessas empresas precisaram do socorro estatal para sobreviverem ao olho do furacão da crise econômico-financeira atual. Nesse sentido, é possível concluir que os atores internacionais, Estados e agentes empresariais são interdependentes e necessitam coexistir em harmonia e equilíbrio para se autossustentarem.

Os Estados possuem a importante função de regular as relações nacionais e internacionais, devendo evitar que ocorram abusos expressados em protecionismo⁶ ou em atuações de especulação de agentes privados que possam prejudicar a economia e as relações sociais, gerando mais falências, desempregos e redução de receita tributária.

Relembra-se que a instabilidade econômica e social gera desconfiança e disputas entre os Estados e um cenário tão crítico foi o apropriado para as duas guerras mundiais do século passado, demonstrando o quanto é importante, em momentos de crise, que os Estados soberanos se mantenham unidos com um propósito de paz e prosperidade conjunta.

A I Guerra Mundial (1914-1918) e a crise econômica de 1929 contribuíram para o fechamento dos mercados e o aumento das barreiras tarifárias. As políticas do tipo beggar-thy-neighbor difundiram-se amplamente e desestimularam o comércio internacional agravando assim a recessão econômica da época e contribuindo para a eclosão da II Guerra Mundial (1939-1944). (DI SENA JÚNIOR, 2006, p. 39)

⁵ Tradução livre: O que é exigido de nós é uma nova era de responsabilidade - um reconhecimento, por parte de todos os americanos, de que nós temos obrigações para com nós mesmos, nossa nação e o mundo, obrigações que não aceitamos com rancor, mas que, pelo contrário, abraçamos com alegria, firmes na certeza de que não há nada tão gratificante para o espírito, que defina tanto nosso caráter do que dar tudo de nós mesmos numa tarefa difícil.

⁶ "O protecionismo, via de regra, protege os mais ricos e fortes, longe de fornecer uma malha de legítima proteção social às populações mais carentes, que muito se beneficiariam se o comércio mundial fosse de fato, livre, justo, harmônico e equilibrado". (AMARAL, 2004, p. 52)

Como na "teoria dos jogos"⁷ desenvolvida por John Nash, o Estado deverá optar em se retrair e proteger seu mercado, o que levará a um aprofundamento da crise ou a buscar no princípio da solidariedade internacional a chance de encontrar soluções comuns para a reconstrução de pilares econômicos, jurídicos e sociais sólidos.

Os Estados deverão considerar a possibilidade de ganhos mútuos, elevando a credibilidade nacional e internacional de suas instituições sociais e financeiras, intervindo na medida do necessário, a fim de regular e não de ser um ferrenho interventor como foi no período do Welfare State.

Esse momento de insegurança nas relações internacionais, sejam privadas ou públicas, exige dos Estados um posicionamento estratégico de cooperação e equilíbrio auxiliado por organizações internacionais como a Organização das Nações Unidas, a Organização Mundial do Comércio, o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional, a fim de superarem de forma conjunta a crise econômica e social instalada.

Ernesto Lozardo (2009) em análise da crise financeira global conclui que

A globalização financeira deixou o mundo econômico mais incerto, não menos próspero, mas poderá ficar mais desigual se o sistema financeiro internacional não for reconstruído com transparência, com padrões de governança e eficiência operacional. Acredito na reforma do sistema financeiro internacional. Ela possibilitará o surgimento de uma nação americana financeiramente melhor estruturada e economicamente mais fortalecida. Como produto dessa reforma, teremos um novo capitalismo, distinto dos padrões do Estado mínimo ou do capitalismo de economia mista entre o Estado e setor privado. Surgirá o capitalismo corresponsável compartilhado entre nações prósperas e emergentes, no qual, cada sociedade será responsável pela sobrevivência econômica, pela prosperidade social e pela preservação ambiental das demais.

Celso Lafer (apud SABA, 2002, p. 59) explica que o Direito Internacional Público acompanha esse momento de transformação, pois seu foco deixou de ser os Estados e sua soberania para voltar-se para os interesses da Humanidade.

⁷ "A teoria dos jogos é um método utilizado para representar e compreender as decisões tomadas por agentes que interagem entre si. Também é correto afirmar que, a partir dessa compreensão, constitui um meio para a adoção da melhor escolha nos casos de interação estratégica". (CARVALHO, 2007, p. 215)

O DIP não deixou de regular relações entre Estados soberanos mas passou a preocupar-se com muito mais: com a solidariedade e a justiça social entre os Homens e os Povos. Por outras palavras, o DIP não deixou de assentar na soberania dos Estados mas passou a considerá-la numa relação de recíproca limitação com o princípio da solidariedade internacional.

Nesse sentido, Tânia Lobo Muniz (2005, p. 147) ensina que

O estabelecimento de uma economia e comércio internacional livre e uniforme universalmente, que possibilite a troca de riquezas entre os Estados, sirva de instrumento de busca da dignidade, da paz e da justiça social e proporcione igualdade econômica, passa pela necessidade de utilização do direito internacional como instrumento para a consecução desses objetivos e, pelo conceito de soberania.

Assim, a atuação do direito, por meio do poder do Estado e das organizações internacionais, é fundamental para inibir que os interesses lucrativos de alguns seja a razão das relações internacionais empresariais em detrimento do desenvolvimento⁸ sustentável e da justiça social da maioria. Caso não haja, nesse momento da história, uma cooperação global entre todos os atores internacionais em razão do grau de interdependência existente, poderá ocorrer um descrédito nas instituições econômicas, sociais e também jurídicas, especialmente no direito internacional público e da integração.

O pano de fundo da reformulação do Estado, da globalização econômica, do poder das empresas transnacionais e da formação de blocos econômicos regionais é o comércio internacional, o que exige sua harmonização, tendo em vista que cada Estado possui a soberania de regulamentar a respeito de seu direito internacional privado.

Dessa forma, o equilíbrio que se espera das relações internacionais entre os atores do direito internacional público também é esperado nas relações comerciais entre particulares, pois os contratos -instrumentos desse comércio -, diante de uma visão contemporânea, devem ser expressões da dignidade humana e da função social, fomentando o desenvolvimento sustentável.

⁸ "Atualmente, desenvolvimento, numa abordagem humanista do termo, trata-se do comprometimento dos países em promover a liberdade, o bem-estar e a dignidade dos indivíduos." (SILVA, A., 2006, p. 198)

1.2 COMÉRCIO INTERNACIONAL

O ser humano é um ser social, capaz de relacionamentos das mais diversas formas: pessoais, sociais, políticos e comerciais. Essa capacidade, aliada a uma série de outras, permitiu o acúmulo de riquezas e trocas pelo que necessita e não é capaz de produzir. Assim, o comércio⁹ primitivo evoluiu até chegar ao hodierno comércio virtual e global. Paradoxalmente é uma forma de interação social que aproxima as diferentes culturas visando o lucro. Ele já não conhece fronteiras, pode ser real, virtual, transnacional e é um grande fomentador de inovações no direito, como o direito comunitário e a criação de inúmeros tipos de instrumentos contratuais.

Com o passar dos séculos, o comércio internacional desenvolveu-se e expandiu-se por todas as partes do mundo, de modo que nenhum país vive isoladamente, pois os intercâmbios de informações, mercadorias e serviços são intensos e dinâmicos. Quando há transação de bens, materiais ou imateriais, entre as fronteiras dos Estados ou dos blocos econômicos concretiza-se o comércio internacional por meio das operações de importação ou exportação, regulamentadas por cada Estado ou bloco econômico. Esse comércio conta com a contribuição da tecnologia, seja nos meios de comunicação ou transportes, o que facilita a circulação e logística desse intercâmbio, desencadeando ainda mais a globalização¹⁰ nas suas múltiplas facetas.

Irineu Strenger (1998b, p. 82) ensina que o comércio internacional juridicamente constitui

o conjunto de operações, com fim lucrativo, que se realiza no mundo, por meio de intercâmbio de bens visíveis (mercadorias), ou de negócios invisíveis (referidos a serviços e transações), que ensejam transferências financeiras sem movimento de mercadorias.

9 Rubens Requião (1998, p. 5) na linha de entendimento de Vidari, define o comércio como sendo "o complexo de atos de intromissão entre o produtor e o consumidor que, exercidos habitualmente com o fim de lucros, realizam, promovem ou facilitam a circulação dos produtos da natureza e da indústria, para tornar mais fácil e pronta a procura e a oferta".

10 Paula Christine Schlee (2004, p. 55) afirma que a globalização "é o conjunto de transformações econômicas, políticas, sociais e culturais, em curso a partir de princípios da década de 1980, ocasionado e facilitado pelo surgimento e desenvolvimento das tecnologias de informação e da desregulamentação dos mercados mundiais de capitais, que resultaram na interligação profunda desses mesmos mercados, com reflexos nos mercados mundiais de bens e serviços e ocasionando uma nova divisão internacional do trabalho".

Esse comércio global não é totalmente livre, pois há uma série de regras e procedimentos a serem cumpridos, desde a regulamentação e cobrança de tributos até a fiscalização aduaneira.

Antonio Carlos Rodrigues do Amaral (2004, p. 53) pondera que embora a globalização dos mercados apresente riscos e desafios, também traz muitas oportunidades de expansão dos benefícios do livre comércio, desde que sejam estabelecidas condições mais equitativas de trocas com a extinção de barreiras injustificáveis aos produtos e serviços advindos de países em desenvolvimento.

O comércio internacional pode e deve ser visualizado como um agente capacitador da paz e do desenvolvimento humano, uma vez que a aproximação, o conhecimento do outro e de seus costumes e a dependência, deveriam ser utilizados para a cooperação; contudo, muito pouco tem sido feito pelos atores internacionais nesse sentido. Trilhando esse raciocínio, Roberto Di Sena Junior (2006, p. 49) reitera que, sob o ponto de vista teórico, o comércio internacional objetiva promover o bem-estar dos povos por meio do aumento da renda real proporcionada pela expansão do fluxo comercial.

Como o homem ainda não foi capaz de vivenciar essa experiência, mas pelo contrário, provoca a partir das relações comerciais uma série de conflitos, das mais variadas instâncias; impõe-se ao direito internacional, portanto, a busca pela harmonização desse convívio. Assim, faz-se mister a emergência de um novo arcabouço de Direito Internacional que venha reger esta sociedade mundializada, "em cujo âmbito os processos de elaboração normativa se dão no plano das interdependências sociais e econômicas descentralizadas" (MARQUES NETO, 2002, p. 111-112), sendo possível verificar que essa expansão não é apenas de natureza pública, mas também mercatória.

Como ressaltado anteriormente, o comércio internacional está estritamente ligado à cultura e à tradição dos povos, o que propicia conflitos a serem resolvidos pelo direito. Carlos Maximiliano (1997, p. 157-159) alerta que

[...] não pode o direito isolar-se do ambiente em que vigora, deixar de atender às outras manifestações da vida social e econômica. [...] As mudanças econômicas e sociais constituem o fundo e a razão de ser de toda a evolução jurídica; e o direito é feito para traduzir em disposições positivas e imperativas toda a evolução social.

Para tanto, nem sempre o direito interno é suficiente para sanar eventuais conflitos, pois ao se alcançar novos parceiros e concluir negócios com estrangeiros, possibilita-se o envolvimento de mais de um ordenamento jurídico, limitando-se, por vezes, a atuação e competência do Estado pátrio das partes envolvidas, o que justifica a preocupação com a harmonização e, até mesmo, uniformização das normas internacionais do comércio.

1.3 A REGULAMENTAÇÃO DAS RELAÇÕES EMPRESARIAIS INTERNACIONAIS, O DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO E A LEX MERCATORIA

O comércio dentro do território de um país já exige a regulamentação do direito, uma vez que os interesses do credor e do devedor são conflitantes, há riscos de inadimplência, de vícios do produto, regras legais ou contratuais a serem seguidas, fiscalização governamental dependendo da atividade, relações de trabalho e consumeristas envolvidas etc.

Entretanto, mesmo assim, esses conflitos são de menor complexidade que os conflitos surgidos no âmbito comercial internacional, pois além de todas as dificuldades citadas, tem-se ainda um agravante: o envolvimento de dois ou mais sistemas jurídicos. Isto é, enquanto não se tem dúvidas em relação à lei aplicável a um conflito decorrente de uma relação comercial interna¹¹, muitas são as dúvidas quando se apresenta um conflito internacional privado, a iniciar-se por qual será a lei aplicável ao caso.

Os contratos internacionais são mais complexos que os internos, pois envolvem direitos e sistemas jurídicos diferentes, por vezes conflitantes, o que torna necessária a utilização de instrumentos harmonizadores, papel esse desempenhado pelas regras de conexão, que definem qual será o direito aplicado na relação jurídica conflitante (FURLAN, 2004, p. 21).

11 Atualmente, o Código Civil Brasileiro abrange a regulamentação do comércio interno e das relações empresariais com o auxílio de algumas leis esparsas para casos específicos, tais como a Lei das S/A, n. 6.404/76 e a Lei da Recuperação Judicial, Extrajudicial e Falência do Empresário e da Sociedade Empresária, Lei n. 11.101/2005. Cabe aqui ressaltar que o foco do presente estudo são as relações empresariais e, por isso, não se discutirá a relação consumerista regida pela Lei n. 8.078/90.

Assim, quem indica a solução desses conflitos é o Direito Internacional Privado - DIPri -, ramo do direito que estuda o conflito¹² das leis interesaciais, determinando dentro de cada Estado, qual o elemento de conexão¹³ adotado para a solução de determinado conflito.

Vários são os elementos de conexão que indicarão o caminho a ser tomado diante de uma questão de Direito Internacional Privado: a nacionalidade, o domicílio, a lei do lugar da execução da obrigação, a lei do lugar do contrato, a lei pessoal do devedor, a lei do local do ilícito ou a lei escolhida¹⁴ pelas partes, um dos elementos de conexão mais utilizados hodiernamente, mas ainda controverso como se estudará adiante.

Para Irineu Strenger (2000b, p. 33)

O direito internacional privado nasce do desenvolvimento, tomado pelas relações de ordem privada entre os diferentes povos. Da diversidade de legislação surge o conflito de leis, portanto, cada vez que se hesita na aplicação de leis dos diversos países, põe-se em movimento o direito internacional privado, a fim de determinar em que condições legais pode o problema ser resolvido.

Na determinação do seu DIPri, cada Estado deve buscar harmonizar sua legislação com as demais e com os tratados que regem o assunto a fim de se evitar incertezas e inseguranças jurídicas.

Os Estados, ao formularem suas regras materiais de DIPri, ou seja, aquelas que oferecem definição, em termos de vinculação ou conexão com um princípio teórico que permita aplicar em determinado caso a legislação estrangeira ou a nacional de um país, procuram dotar as relações ultranacionais de uma regulamentação em sintonia com as exigências internacionais de certeza, segurança e justiça, tal como o Estado em questão as conhece. (GARCEZ, 1999, p. 10)

12 "Nasce aí o que se convencionou chamar de conflito de leis, cuja causa é existirem possibilidades de aplicação - pela vigência espacial superposta - de diferentes ordenamentos, que convergem em uma determinada situação jurídica concreta". (BAPTISTA, 1980, p. 87)

13 "No âmbito dos contratos internacionais, vários serão os elementos de conexão capazes de ligá-los a um determinado sistema jurídico, por exemplo, o lugar de celebração do contrato, a capacidade das partes, o lugar de cumprimento das obrigações, o domicílio ou a nacionalidade das partes contratantes, ou ainda, os elementos de conexão poderão até mesmo ser preestabelecidos pela própria vontade das partes, se estas tiveram a cautela de eleger a lei aplicável, em caso de conflito, o que muitas vezes, ocorre, modernamente, pela inserção no contrato de uma cláusula de arbitragem, pela qual se prevê que as questões oriundas do contrato serão dirimidas por uma Corte de Arbitragem e decididas segundo um determinado direito" (ROVIRA, 1995, p. 53).

14 A autonomia da vontade das partes, no direito internacional privado, significa que as próprias partes podem escolher o direito aplicável. O elemento de conexão aqui é a própria vontade manifestada pelas partes, vinculada a um negócio jurídico de direito privado com conexão internacional. (RECHSTEINER, 2006, p. 149)

Vale ressaltar que o DIPri é conflitual, indireto e, em regra, não solucionará o caso em discussão, mas apenas indicará qual o direito aplicável para que se busque nesse direito a solução efetiva da questão.

Nesses termos, Nadia de Araujo (1997, p. 18) ensina que "um problema de DIPr não é, portanto, um problema de justiça material, já que o papel da norma de conflito não é escolher a que melhor convenha, mas aquela que se aplique em razão do caminho indicado pela norma de conflito".

Irineu Strenger (2000b, p. 77) define o direito internacional privado como

[...] um complexo de normas e princípios de regulação que, atuando nos diversos ordenamentos legais ou convencionais, estabelece qual o direito aplicável para resolver conflitos de leis ou sistemas, envolvendo relações jurídicas de natureza privada ou pública, com referências internacionais ou interlocais.

Por sua vez, José Maria Rossani Garcez (1999, p. 11) informa que de forma abrangente

[...] o DIPr pode ser apresentado como o conjunto de normas ou princípios aplicados ou admitidos por cada Estado, destinadas a regular os direitos, atos ou fatos que tenham conexão internacional e se destinem a ter efeitos sobre pessoas naturais ou pessoas jurídicas privadas, ou entre estas, ou, ainda, quanto a entidades públicas ou privadas no exercício de atividades jusprivativas.

Luiz Olavo Baptista (1994, p. 3) apresenta duas características do DIPri:

Esse ramo do direito apresenta a peculiaridade de que suas normas têm, entre outras, uma função de coordenação entre as sociedades nacionais (comunidades dotadas de autonomia política e jurídica, logo formal). Mas tal coordenação - aí outra peculiaridade - não se faz direta, senão indireta, através dos Estados, a quem incumbe a função normativa, como reflexo da sua soberania.

No Brasil, o DIPri está exposto no Decreto-Lei nº. 4.657/42, conhecido como Lei de Introdução ao Código Civil nos artigos 7º a 19, no Código de Bustamante¹⁵ e em algumas leis esparsas, como o Estatuto do Estrangeiro (Lei n. 6.815/80).

15 Convenção de Direito Internacional Privado, de Havana foi sancionado pelo Decreto 5.647/29 e publicado pelo Decreto 18.871/29 e possui vigência no âmbito das Américas.

E assim, por serem muitas as opções de elementos de conexão a disposição dos Estados e as dúvidas acerca de qual é melhor para cada negócio internacional é que essa introdução ao direito internacional privado é tão relevante:

Dependendo da ordem jurídica do país em que se decide a lide, o direito aplicável à causa com conexão internacional poderá variar. Assim, o conflito de leis no espaço, assinalado pela doutrina, está fundamentado na possibilidade de o direito aplicável não ser o mesmo nos diversos países, e justamente essas normas resolutivas de conflito de leis no espaço, indicadas pela lei do foro (*lex fori*), são as básicas da nossa disciplina: o direito internacional privado (RECHSTEINER, 2006, p. 4).

João Grandino Rodas e Gustavo Ferraz de Mênaco (2007, p. 87) arrematam que

O direito internacional privado é ramo do direito público interno, razão pela qual se explica a grande diversidade de normas relativas a esta temática, podendo cada Estado, no exercício de sua soberania, ditar as regras de solução de conflitos de lei no espaço que entenderem mais consentâneas ao seu ordenamento e aos ditames político-valorativos que desejarem a ele imprimir.

Nisso se observa o papel soberano¹⁶ de cada Estado ao legislar sobre DIPri e ao mesmo tempo a insegurança que tantas legislações diferentes podem causar aos players internacionais, o que justifica a necessidade de haver uma harmonização acerca dessas legislações nacionais, o que até o momento não foi concretizado, embora haja iniciativas de organizações internacionais, como a UNIDROIT (Instituto Internacional para a Uniformização do Direito Privado) e a UNCITRAL (Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional)¹⁷.

16 "As leis fazem parte da expressão de soberania dos Estados, que as emitem como normas de comportamento, tendo sua eficácia restrita ao território do Estado. Por outro lado, os princípios de soberania dos Estados não admitem que um Estado soberano e independente possa exercer jurisdição sobre outro igualmente soberano e independente, dentro do princípio *par in parem non habet jurisdictionem*" O jurista continua "A verdade é que, ainda que ultimamente se venha acentuando o fenômeno da abdicação ou enfraquecimento do conceito de soberania entre os Estados, o DIPri encontra-se alicerçado nas regras da legislação interna de cada Estado, que servem para orientar a aplicação da legislação, nacional ou estrangeira 1a7os casos conectados a mais de um sistema legal. (GARCEZ, 1999, p. 13)

17 "O UNIDROIT possui âmbito global de participação estatal, perseguindo assim uma unificação entre todos os Estados que queiram participar de suas atividades e visa a adoção de regras uniformes de direito privado material" (RODAS; MÔNACO, 2007, p. 94). No que se refere à UNCINTRAL, "em que pese apresentar a mesma vocação global, limita a sua atuação a uma área do conflito de leis que se mostra tematicamente específica, o comércio internacional" (RODAS; MÔNACO, 2007, p. 95).

A harmonização das normas que regem o comércio internacional e os contratos internacionais dá-se no âmbito do Direito

Internacional Público, pois os Estados buscam harmonizar e até uniformizar tais normas por meio de tratados¹⁸ ou então da inserção das disposições das Leis Modelos ou Princípios das Organizações Internacionais Intergovernamentais em suas legislações nacionais. Ainda há o reconhecimento de certas regras implantadas por Organizações do Comércio, como é o caso dos INCOTERMS¹⁹, organizados pela Câmara de Comércio de Paris e exemplo da *lex mercatoria*.

Nesse sentido, há um grande incentivo²⁰ para o aperfeiçoamento e reconhecimento da *lex mercatoria* para regência do comércio internacional e de seus conflitos. A *lex mercatoria* é resultado da autonomia da vontade e dos usos e costumes dos comerciantes para diminuir os conflitos decorrentes de suas diferenças ao longo dos séculos.

Irineu Strenger (1996b, p. 78) entende como *lex mercatoria* o

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

18 A Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, firmada em Viena em 11 de abril de 1980, tem-se mostrado fonte bem sucedida no escopo de permitir o desenvolvimento de um direito contratual internacional uniforme no setor que pretende regulamentar. Cabe ressaltar que tal Convenção não foi adotada pelo Brasil, mas pode ser aplicada caso o outro contratante seja domiciliado em Estado signatário da Convenção.

19 International rules for interpretation of trade terms ou em português: Regras internacionais para a interpretação de termos comerciais. Os Incoterms definem minuciosamente a responsabilidade do comprador e do vendedor: 1. Quando e onde as mercadorias estarão à disposição do comprador; 2. Quem (comprador ou vendedor) deverá escolher o veículo de transporte e quem deverá providenciá-lo; 3. Estabelece o momento preciso da transferência dos riscos, do vendedor para o comprador; 4. Estabelece o momento preciso da transferência de custos e das despesas adicionais de um para o outro. Atualmente existem treze INCOTERMS, sendo eles: EXW, FAS, FOB, FCA, CFR, CPT, CIF, CIP, DAF, DES, DEQ, DDU e DDP. São divididos em quatro categorias: "E" o vendedor torna as mercadorias disponíveis para o comprador em seu próprio estabelecimento de origem; no grupo "F" o vendedor é argüido a entregar as mercadorias a um transportador designado pelo comprador; nos termos "C" o vendedor deverá contratar o transporte, sem assumir riscos por perda ou dano às mercadorias, ou custos adicionais devidos a eventos que ocorram após o desembarço e despacho; e por último, nos termos "D" o vendedor tem de assumir todos os custos e riscos necessários em levar as mercadorias até o país de destino. A explicação quanto à divisão de categorias foi retirada da apostila do curso de "Assistente de Comércio Exterior" da Aduaneiras, organizada pelo professor Ricardo R. Pinheiro, 2003, p. 5.

20 O art. 10 da V Conferência Interamericana Especializada sobre o Direito Internacional Privado (CIDIP V) adota o uso da *lex mercatoria*. "Além do disposto nos artigos anteriores, aplicar-se-ão, quando pertinentes, as normas, costumes e princípios do direito comercial internacional, bem como os usos e práticas comerciais de aceitação geral, com a finalidade de assegurar as exigências impostas pela justiça e a equidade na solução do caso concreto".

Para Jorge Barrientos Parra (1992, p. 150)

"Lex Mercatoria" é uma doutrina cujas idéias básicas são, a existência de um direito que governa as relações econômicas internacionais criado pelos próprios comerciantes e aplicado por árbitros que são designados de forma contratual para a solução de seus litígios, semelhante ao corpo de regras costumeiras que regia a comunidade internacional de comerciantes na Idade Média.

No entendimento de José Carlos Magalhães e Agostinho Tofoli Tavoraro (2004, p. 61)

pode-se considerar a *lex mercatoria* como as regras costumeiras desenvolvidas em negócios internacionais aplicáveis em cada área determinada do comércio internacional, aprovadas e observadas com regularidade.

A nova *lex mercatoria* fundamenta-se sob os pilares dos usos profissionais, dos contratos-tipo, das regulamentações profissionais ditadas nos limites de cada profissão por suas associações representativas e pela jurisprudência, principalmente a arbitral (STRENGER, 1996b, p. 21-22), e assim tem sido aperfeiçoada pelos profissionais do comércio, pelas entidades privadas e pelos organismos internacionais que formaram um código de regras e princípios que os resguardam, independentemente da religião, regime político ou costume da outra parte.

Embora a aplicação dos usos e costumes internacionais possibilite maior segurança e autonomia aos agentes envolvidos em relação ao ordenamento estatal a que estariam submetidos pelas regras de direito internacional privado, deve-se ressaltar que não existe uma exclusão da aplicação do direito estatal, pois, em algum momento, se não houver voluntariedade, será necessário submeter o conflito ou cumprimento de sua decisão a uma corte estatal para efetivação do direito tutelado.

Ana Paula Martins Amaral (1999, p. 73-74) defende que

Do confronto entre normas provenientes da *lex mercatoria* e o direito estatal, este sempre irá prevalecer. A *lex mercatoria* não pode existir fora de um ordenamento jurídico que lhe sirva de suporte. A arbitragem internacional, seu principal veículo de difusão, não pode estar alheia ao sistema estatal, seja como estrutura organizada, seja como norma aplicável.

Ressalta-se que a arbitragem possui estreita ligação com a *lex mercatoria*, pois ambas são frutos da autonomia da vontade. Alexandre Tavares Guerreiro (apud AMARAL, 1999, p. 61) expõe que

A lex mercatoria pressupõe a existência de uma comunidade de operadores do comércio internacional que possui interesses próprios e que encontra na arbitragem comercial internacional o mecanismo adequado para a aplicação de normas aptas a resolver as pendências instauradas quanto aos contratos celebrados, no âmbito dessa comunidade, pelas partes respectivas. A jurisprudência arbitral integra, por sua vez, o conteúdo da *lex mercatoria*, a qual, mesmo sem constituir ordem ou sistema, tende a se institucionalizar, cada vez mais superando a insuficiência do método de conflitos (de leis e de jurisdição) do direito internacional privado, para a disciplina dos contratos internacionais, já que o resultado da aplicação desse método é exatamente a determinação de uma lei nacional, o que já não mais se coaduna com as necessidades contemporâneas.

Assim, diversas são as formas de se harmonizar as normas do comércio internacional e as relações empresariais internacionais, seja por meio de tratados, de adoção das normativas das organizações internacionais ou entidades privadas, bem como pela aceitação da *lex mercatoria*. O importante é buscar tal harmonização a fim de que um dia se possa alcançar a uniformização para que se evite ao máximo os conflitos interestaduais.

Segundo Nadia de Araujo (1997, p.4)

sem uma uniformização jurídica não se pode fazer a integração econômica ou política, pois é preciso garantir aos atores desse processo uma base normativa com regras comuns, especialmente as regras conflituais de Direito Internacional Privado.

Alexandre de Moura Marques (1999, p. 14) expõe:

A adesão dos países às regras uniformes tornou-se um facilitador para as transações internacionais, pois se entendermos que não existe um "direito internacional", a aceitação por parte de cada estado-nação às normas uniformes internacionais proporcionará aos seus participantes a "legalização" efetiva de seus procedimentos como um amparo legal, que servirá não só como um fator regulamentador em nível mundial, mas também como um equacionador para a resolução de contendas que venham a ocorrer durante uma transação entre dois países.

Contudo, Paulo Borba Casella (1996. p.100) alerta que mesmo a consolidação de princípios ou a criação de regras uniformes não suprimem os riscos

de diversidade de interpretação de direito harmonizado ou uniforme pelos diferentes tribunais nacionais.

Consequentemente, a maior parte dos instrumentos internacionais apresentam inseridos em seu texto, ou à parte, a cláusula compromissória de arbitragem para a solução desta diversidade de

interpretação.

Essa complexidade de questões acerca do comércio internacional exige de seus operários um instrumento capaz de garantir-lhes segurança, de permitir-lhes expressarem suas vontades, intenções e objetivos em relação à negociação, à lei aplicável, à jurisdição competente, com o mínimo de disparidade possível, tendo em vista o envolvimento de dois ou mais sistemas jurídicos passíveis de aplicação e interpretação; o que só será eficaz por meio de documentos pré-contratuais e contratuais bem negociados e redigidos.

1.4 CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO

1.4.1 Considerações Gerais

O contrato comercial é o termômetro para a economia e alguns são tão rápidos e rotineiros que são quase imperceptíveis. Por sua vez, outros são tão complexos que exigem largos períodos de negociação e punção, altos investimentos e assessoria profissional de diversas áreas, bem como a atenção dos juristas e dos operadores do comércio, especialmente, o internacional. Como diz Waldirio Bulgarelli (1997, p. 25), os contratos são "o centro da vida dos negócios".

Paulo Luiz Netto Lôbo (1999) lembra que a "ordem econômica se realiza mediante contratos. A atividade econômica é um complexo de atos contratuais direcionados a fins de produção e distribuição de bens e serviços que atendem às necessidades humanas e sociais".

Para César Fiuza (2008, p. 383) "é na convenção, motivada pela necessidade, com a finalidade de produzir efeitos jurídicos os mais complexos e dinâmicos, que se situam os contratos." O autor continua "o contrato realiza um valor de utilidade social" (FIUZA, 2008, p. 402).

Para Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 11), "é o contrato que proporciona a subsistência de toda a gente. Sem ele, a vida individual regridiria, a atividade do homem limitar-se-ia aos momentos primários".

Orlando Gomes (1996, p. 6) ensina que a partir do pensamento económico-jurídico liberal o contrato passou a ser o principal instrumento jurídico da vida económica. Pode-se, então, afirmar que o contrato é um propulsor do comércio. O liberalismo teve fundamental importância para a formação da concepção de contrato e conseqüentemente da própria teoria geral dos contratos, pois ao defender a liberdade da economia vedou sua organização e intervenção pelo Estado, fortaleceu o princípio da autonomia da vontade e da plena liberdade contratual.

No entanto, pelo abuso ocorrido em decorrência da ampla liberdade e da formal igualdade, essa concepção foi sendo modificada pela então crescente intervenção do Estado na economia, resultando no dirigismo contratual com extrema limitação da liberdade de contratar a fim de alcançar um equilíbrio material nas relações negociais.

Porém, esse movimento de intervenção não resistiu aos altos custos e à limitação criativa e dinâmica do Estado nas relações negociais dando espaço ao processo de globalização calcado em idéias neoliberais, retomando o contrato o caminho da autonomia da vontade, porém, com intervenções estatais pontuais a fim de garantir a ordem pública, os bons costumes, a boa-fé e a função social do contrato, tanto no âmbito nacional quanto internacional, considerando sempre o princípio da humanidade como seu objetivo.

Esse processo de transformação social e económica repercutiu no direito e a repaginação do contrato como instrumento de promoção social, deve, hodiernamente, considerar não somente os interesses das partes, mas a função que o contrato representa para toda a sociedade. Em razão disso, o contrato, seja nacional ou internacional, deve obedecer aos princípios da boa-fé, da função social, da igualdade, da justiça social e da autonomia da vontade.

Nesse sentido, cabe introduzir a conceituação de contrato como um acordo de duas ou mais vontades, com vistas, seja a criar uma relação de direito, isto é, dar nascimento a uma obrigação, ou a um direito real, seja modificar ou extinguir uma relação preexistente. O contrato é, precisamente, o acordo da pluralidade de vontades à qual a lei aplicável confere efeitos de direito.

Orlando Gomes (1996, p. 12) explica que "na concepção tradicional, o contrato é todo acordo de vontades destinado a constituir uma relação jurídica de natureza patrimonial e eficácia obrigacional".

Segundo César Fiuza (2008, p. 384), contrato é

ato jurídico lícito, de repercussão pessoal e socioeconômica, que cria, modifica ou extingue relações convencionais dinâmicas, de caráter patrimonial, entre duas ou mais pessoas, que, em regime de cooperação, visam atender desejos ou necessidades individuais ou coletivas, em busca da satisfação pessoal, assim promovendo a dignidade humana.

Convém lembrar que contrato é palavra polivalente, ou seja, expressa o acordo de vontade das partes e o instrumento escrito que materializa esse acordo. Celso Barbi Filho (1996, p. 18) explica que "contrato não se confunde com instrumento. O primeiro é acordo de vontades, enquanto o segundo é simples meio de prova desse acordo e de suas condições", pois pode haver contrato sem instrumento, basta lembrar da existência dos contratos orais.

Portanto, os elementos essenciais do contrato são o acordo de vontades e a necessidade de subordinação do contrato à lei, já que as partes não estão obrigadas porque quiseram se obrigar, mas porque a lei consente que o façam (BASSO, 1998, p. 17).

Pelo fato do contrato ser o instrumento de expressão da vontade negocial das partes é preciso que alguns cuidados sejam tomados desde a negociação até após a sua execução, atentando-se sempre para os princípios que devem regê-lo e para o elemento de estraneidade que o ligará ao direito aplicável no caso dos contratos internacionais.

1.4.2 Conceito e Características dos Contratos Internacionais do Comércio

Quando se adiciona ao contrato o elemento internacional, conceituá-lo passa a ser tarefa²¹ ainda mais difícil, mas Irineu Strenger (1998b, p. 84) o faz nos seguintes termos:

21 Esta dificuldade se dá exemplificativamente em decorrência da "diferença legislativa interna dos Estados, limitação do direito internacional privado como critério de indicação da lei aplicável, inexistência de lei uniforme ou de direito próprio para regular a matéria, inexistência de legislação adaptável à evolução das práticas comerciais contemporâneas, como transferência de informações e créditos por via eletrônica e inadequação e lentidão excessiva das vias judiciais para a solução dos dinâmicos problemas relacionados à contratação internacional" (MELO, 1999,

São contratos internacionais do comércio todas as manifestações bi ou plurilaterais da vontade livre 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.

Nadia de Araujo (1997, p. 19) defende que "o que caracteriza o contrato internacional é a presença de um elemento de estraneidade que o ligue a dois ou mais ordenamentos jurídicos nacionais".

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

Os contratos internacionais diferem dos contratos nacionais na medida em que possibilitam às partes escolherem a lei aplicável a elas; algo desnecessário em âmbito interno. Outrossim, os internacionais estão envolvidos numa atmosfera política e econômica muito sensível às modificações que geram conflitos e incertezas, exigindo instrumentos harmonizadores por envolverem dois ou mais sistemas jurídicos.

Na linha desse pensamento, chega-se à convicção de que uma das notas características dos contratos internacionais é a sua vinculação a um ou mais sistemas jurídicos estrangeiros, além de outros dados de estraneidade, como o domicílio, a nacionalidade, a *lex voluntatis*, a localização da sede, o centro de principais atividades, e até a própria conceituação legal. (STRENGER, 1996b, p. 111)

O art. 1º, §2º da Conferência Interamericana Especializada sobre Direito Internacional Privado (CIDIP-V) de 1994, define ser internacional o contrato "quando as partes no mesmo tiverem sua residência habitual ou estabelecimento sediado em diferentes Estados Partes ou quando o contrato tiver vinculação objetiva com mais de um Estado Parte".

Espinar Vicente (apud STRENGER, 1996a, p. 111-112) propõe da seguinte forma a conceituação do contrato econômico internacional:

a) "são contratos que desenvolvem o intercâmbio de mercadorias, serviços e capitais, entre empresas pertencentes a diferentes países", b) "são contratos nos quais ao menos uma das partes desempenha papel

preponderante no meio econômico internacional, no que concerne à matéria objeto do acordo"; c) "são contratos que - devido à concentração oligopolista dos bens e à atual estrutura do comércio mundial - não só afetam os Estados diretamente conectados à operação que instrumentalizam, mas a todos os países que integram a área do mercado dos bens ou serviços aos quais se referem"; d) "são contratos que - em razão da organização transnacional dos poderes econômicos privados - põem em jogo, direta ou indiretamente, os interesses corporativos do conjunto de empresas que se dediquem habitualmente ao setor de atividades em que se inclua a operação"; e) "normalmente, a forma desses contratos responde a caracteres peculiares, entre os quais se destacam: a homogeneidade de suas disposições, a existência de cláusulas de submissão, a arbitragem e o emprego de terminologia unificada".

Dessa tentativa de elaborar conceitos retiram-se as características dos contratos internacionais: a declaração de vontade, a autonomia da vontade, o elemento de negocialidade e a necessidade de dois ou mais sistemas jurídicos afetados, além, é claro, da capacidade²² das partes, objeto lícito²³, forma²⁴ e prova²⁵ dos contratos.

Irineu Strenger (1996a, p. 115-116) destaca que os contratos internacionais: 1) são casualmente identificáveis, pois são formados de dados extremamente sensíveis a todas as atividades operacionais do comércio internacional; 2) são os únicos instrumentos de ação para o comércio internacional, sem vínculos com esquemas legais geograficamente circunscritos; 3) transcendem os limites estritos do direito para se converter em instrumento multidisciplinar; 4) não são meros veículos convencionais, mas fórmulas de elaborações conjunturais; 5) fundamentam-se em sistemas principiológicos mais do que legais, como decorre da noção da *lex mercatoria*.

22 Em referência à capacidade das partes, faz-se necessário atentar para o disposto no art. 7º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro no que concerne à capacidade da pessoa natural de se relacionar internacionalmente e no art. 11 que dispõe que a pessoa jurídica será regida pela lei do Estado de sua constituição. Nesse sentido, Luiz Olavo Baptista (1980, p. 89) ressalta a importância de se verificar se quem se apresenta como representante da sociedade possui realmente poderes no contrato ou estatuto social.

23 Nem sempre o que é lícito em um país é no outro e isto importa no momento de solucionar um conflito. Portanto, tal análise deve ser feita ao se escolher o foro competente e a lei aplicável.

24 A Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias de 1980 aceita a oralidade como forma do contrato de compra e venda internacional, pois "não impõe qualquer requisito de forma para caracterizar o contrato, e admite seja ele provado por qualquer meio, inclusive por testemunhas (art. 11)" (GREBLER, 1992, p. 311).

25 Denota-se a importância da escolha da língua e do foro, porque se houver a escolha de um foro diferente da língua convencional, o juiz acabará decidindo com base em provas e argumentos que as partes produzirem na sua língua. "Daí, uma regra importante deve ser extraída pelo advogado redator de contratos internacionais: a premissa de que a língua do foro prevalecerá sobre qualquer convenção em contrário" (BAPTISTA, 1980, p. 94).

Maristela Basso (1998, p. 18) explica que nos contratos internacionais, além do critério jurídico, ou seja, produção de feitos de direito em mais de uma ordem jurídica, considera-se o critério econômico, isto é, "fluxo e refluxo sobre as fronteiras com conseqüências significativas para mais de um país".

Alfonso-Luis Calvo Caravaca e Javier Carrascosa González (2002, p. 311) relatam a importância do contrato internacional:

El contrato es el principal instrumento jurídico de circulación de los valores patrimoniales y de la riqueza en el ámbito internacional. Es un vehículo típico del cambio en la economía de mercado internacional. Es el cauce legal más utilizado para el desplazamiento de cosas, derechos y servicios entre los sujetos que participan en el mercado.

Assim, o que diferencia um contrato internacional de um contrato de direito interno é que aquele traz um elemento de estraneidade relevante que pode ligá-lo de forma efetiva ou potencial a dois ou mais sistemas jurídicos.

Com a conceituação e caracterização dos contratos internacionais, faz-se necessário conhecer os princípios informadores reconhecidos nos ordenamentos internos, em documentos de organismos internacionais, na jurisprudência e na doutrina.

1.5 PRINCÍPIOS INFORMADORES DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS

Os princípios gerais do direito são considerados tanto fonte interna no art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, quanto internacional no art. 38, I, c, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Mauricio Godinho Delgado (2001, p. 88) explica que os princípios gerais do direito são

princípios que se irradiam por todos os segmentos da ordem jurídica, cumprindo o relevante papel de assegurarem organicidade e coerência integradas à totalidade do universo normativo de uma sociedade política. Nessa linha, esses princípios gerais, aplicando-se aos distintos segmentos especializados do direito, preservam a noção de unidade da ordem jurídica, mantendo o direito como um efetivo sistema, isto é, um conjunto de partes coordenadas.

Celso Antonio Bandeira de Mello (2001, p. 771) ensina que princípio é por conceituação

[...] mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2009, p. 27) conceituam por princípios "os ditames superiores, fundantes e simultaneamente informadores do conjunto de regras do Direito Positivo. Pairam, pois, por sobre toda a legislação, dando-lhe significado legitimador e validade jurídica".

Para César Fiuza (2008, p. 397) "os princípios informadores são normas gerais e fundantes que fornecem os pilares de determinado ramo do pensamento científico ou do ordenamento jurídico".

Vale ressaltar que os princípios só foram reconhecidos como normas jurídicas com a doutrina do pós-positivismo²⁶, que segundo Luis

Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos (2003, p. 336) é a superação do jusnaturalismo e do positivismo

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética.

Nesse sentido, Nadia de Araujo (2007, p. 106) explica

Esta nova visão da hermenêutica jurídica não serve apenas aos casos judiciais. Pode e deve ser utilizada para os litígios de caráter comercial,

26 Paulo Bonavides (2003) explica que o pós-positivismo corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX e que se trata de uma doutrina propedêutica a uma teoria dos princípios, que visa superar o jusnaturalismo e o juspositivismo, pois estas velhas correntes de pensamento jurídico são impotentes para dilucidar a positividade do Direito em todas as suas dimensões de valor e em todos os seus graus de eficácia. Ao dissertar sobre os princípios, ensina que a juridicidade dos mesmos passou por três fases: a jusnaturalista (esfera abstrata com normatividade basicamente nula e duvidosa, mas com dimensão ético-valorativa que inspirava o postulado da justiça), positivista (os princípios entram nos Códigos como válvula de segurança, assinalam a carência de normatividade estabelecendo sua irrelevância jurídica) e a pós-positivista (hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais).

porque sua solução depende mais da análise de questões ligadas aos fatos concretos do caso, baseadas em dados econômicos e conjunturais, do que em regras jurídicas genéricas. Essa metodologia aparece cada vez mais nos órgãos internacionais de solução de controvérsias comerciais, que necessitam analisar em detalhes premissas fáticas de grande complexidade e aplicar princípios jurídicos gerais a situações específicas de caráter bastante particular.

Os contratos internacionais do comércio também são regidos por princípios²⁷ - já que aqui se entende princípio como norma jurídica - que são o fundamento do ordenamento jurídico, trazendo consigo uma carga valorativa muito grande. Assim, César Fiuza (2008, p. 402) informa que Stein e Shand, correlacionam os valores fundamentais da sociedade ocidental a princípios que regem os contratos com o intuito de promover o bem comum, o progresso econômico e o bem-estar social. Eles dividem esses valores em: ordem (segurança), justiça e liberdade, e Fiuza ainda acrescenta a dignidade humana²⁸. Assim,

[...] à liberdade, corresponde o princípio da autonomia privada. A ordem (segurança), o princípio da boa-fé. À justiça, o princípio da justiça contratual. A dignidade do homem, correspondem todos eles e os princípios da dignidade humana e da função social dos contratos.

Compreende-se que todas as relações humanas, sejam elas, sociais, políticas, econômicas ou jurídicas, devem respeitar e ter como parâmetro a dignidade humana²⁹. As relações contratuais são essenciais para a construção e efetivação desse objetivo, pois ao buscar o que é melhor individualmente deve-se também atentar para o que é melhor para a coletividade e para o parceiro negocial.

Assim, o contrato deve servir como instrumento da promoção do ser humano pelo que ele é e não pelo que ele possui.

O respeito à dignidade - princípio político- constitucional impositivo - consubstanciou-se na postura de que, o exame de qualquer cláusula contratual não poderia mais se prender apenas à sua licitude ou exame da conformidade da avença com os cânones legais ou sociais mas, aferir,

27 "Essa nova maneira de visualizar o direito, que aparece no direito constitucional de diversos Estados, também tem sido seguida nas arenas internacionais e revela-se de maneira bastante clara nas decisões dos órgãos internacionais de solução de controvérsias, como veremos nos exemplos da OMC e do Mercosul" (ARAUJO, 2007, p.104).

28 O princípio da dignidade da pessoa humana vem estampado no art. 1º, III, da Constituição Federal como fundamento da República brasileira e nos principais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986).

29 "A noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade" (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2009, p. 29).

primordialmente, se a atividade privada estaria de conformidade com os valores relevantes destacados pela Carta Magna; a boa-fé, os bons costumes e, principalmente com a chamada função social da convenção, sob a ótica constitucional que, em nome da supracitada dignidade, além dos direitos dos contratantes, não perderia de vista, também, o de terceiros. (BORGES, 2006, p. 150)

No que se refere à função social do contrato, tem-se que esse princípio

[...] não reduziu, apenas, a força obrigatória de cumprimento do convencionado, mas impôs, principalmente, um padrão de comportamento que buscou coibir relações espoliativas e injustas, tendo se valido de coordenadas e dispositivos constitucionais, a par com os de comutatividade contratual, considerada uma autêntica ferramenta de equilíbrio dos negócios jurídicos (BORGES, 2006, p. 151).

Nesse sentido, faz-se necessário comentar que a função social dos contratos reside no fato de serem instrumentos de movimentação da cadeia econômica, gerando riquezas, empregos, oportunidades, tributos, integração social e promoção humana.

Por sua vez, o princípio da justiça contratual complementa a função social para o alcance do desenvolvimento comercial. O contrato deve ser justo para todos os envolvidos para que possa ser adequadamente cumprido. Assim, o negócio jurídico benéfico e justo possibilita o equilíbrio da equação econômica prevista.

Segundo César Fiuza (2008, p. 407), justiça contratual "é a relação de paridade que se estabelece nas relações comutativas, de sorte a que nenhuma das partes dê mais ou menos do que o que recebeu." Esse princípio está estritamente ligado à equidade, ao tratamento justo das partes em uma relação de paridade, onde deve haver equivalência entre a prestação e a contraprestação e na distribuição dos ônus e dos riscos advindos da relação contratual (FIUZA, 2008, p. 408).

Embora os princípios acima sejam informadores e essenciais aos contratos internacionais, dois desses princípios são de extrema importância para o presente estudo: o princípio da autonomia da vontade que possui desdobramentos nos princípios da obrigatoriedade e da ordem pública e o princípio da boa-fé objetiva.

1.6 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

1.6.1 Desdobramentos da Autonomia da vontade

O princípio da autonomia da vontade está diretamente relacionado com os princípios da liberdade e da igualdade³⁰, previstos, na

Declaração Universal dos Direitos Humanos, bem como na Constituição Brasileira, no art. 5º, caput e em suas extensões em diversos incisos. O amplo princípio da liberdade possibilita que as pessoas possam se relacionar da forma que lhes for mais conveniente desde que não contrariem a lei, as convenções anteriores ou a própria Constituição que possuem como fim a proteção da sociedade.

Apenas o homem livre³¹ é plenamente capaz de exercer seus direitos e deveres, mas esse exercício de liberdade desdobra-se em dois outros princípios no campo contratual: da obrigatoriedade contratual³² e do consensualismo³³, pois para que se mantenha a ordem social é preciso que os

30 "O modelo reliberalizante de evolução do direito dos contratos responde às novas questões propostas pela economia global recuperando o primado do voluntarismo. Mas não o faz por um simples retorno ao modelo liberal, desconhecendo o contratante sem liberdade. Ao contrário, revelando-se a síntese dos dois modelos que o antecederam, o reliberalizante prestigia a tutela do economicamente mais fraco, ao mesmo tempo em que reafirma a importância da autonomia da vontade entre contratantes iguais. Na verdade, a tecnologia dos contratos constata que, na relação entre desiguais, nenhum dos contratantes é livre, porque não tem condições para negociar amplamente o contrato. O débil, em razão das suas necessidades e insuficiências de informações; o forte, pelo acréscimo de custos que a renegociação acarreta. Somente o vínculo entre contratantes dotados dos mesmos recursos para arcar com os custos de transação pode ser visto como o produto de livre manifestação de vontade" (COELHO, 2002, p. 17).

31 ARAUJO, 1996, p. 31-32. A autora informa "ainda nas palavras de Sampaio Ferraz, é a nova noção de liberdade da era moderna, que tem como princípio o livre-arbítrio, que seria uma qualidade da vontade, e, se expressaria num querer e não querer, de que partilham todos os homens, independentemente do seu status. A noção de livre-arbítrio serviu à generalização da pessoa como elemento identificador do ser humano: o homem como pessoa ou como ser livre".

32 A visão moderna da obrigatoriedade contratual "encontra seus fundamentos na Teoria Preceptiva, segundo a qual as obrigações oriundas dos contratos obrigam não apenas porque as partes as assumiram, mas porque interessa à sociedade a tutela da situação objetivamente gerada, por suas consequências econômicas e sociais. A esfera contratual é espaço privado, em que as partes, nos limites impostos pela Lei, podem formular preceitos (normas) para regular sua conduta. A obrigatoriedade contratual também se baseia no princípio da confiança. Baseado no valor social da aparência (Betti), o contrato vincula por razões sociais, ou seja, as partes têm que ter a segurança ou a confiança de que o contrato será cumprido, mesmo que à força" (FIUZA, 2008, p. 399-400).

33 Tal princípio pressupõe um consensualismo entre as partes para que haja o negócio jurídico, pois caso não haja consenso entre elas, essa relação será eivada de vícios. Nos contratos internacionais essa liberdade isenta de vícios é fundamental para o desenvolvimento do negócio jurídico e econômico e traz ainda uma carga diferente daquela prevista em âmbito interno, pois sua principal característica é autorizar às partes a escolha da lei aplicável ao contrato, bem como o foro de eleição para solução de conflitos.

pactos feitos de forma livre sejam cumpridos (*pacta sunt servanda*) e que passem a obrigar os envolvidos na medida em que haja consenso entre eles.

Os acordos de vontade concluídos livremente trarão ínsitos as cláusulas de irretratabilidade e intangibilidade, considerando-se ainda que na ausência do cumprimento contratual haverá execução patrimonial contra o inadimplente.

Nesse sentido, Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 15) informa

O princípio da força obrigatória do contrato contém ínsita uma idéia que reflete o máximo de subjetivismo que a ordem legal oferece: a palavra individual, enunciada na conformidade da lei, encerra uma centelha de criação, tão forte e tão profunda, que não comporta retratação, e tão imperiosa que, depois de adquirir vida, nem o Estado mesmo, a não ser excepcionalmente, pode intervir, com o propósito de mudar o curso de seus efeitos.

Ressalta-se o estabelecido no art. 166 do Código Bustamante: "as obrigações que nascem dos contratos tem força de lei entre as partes contratantes e devem cumprir-se segundo o teor dos mesmos, salvo as limitações estabelecidas neste Código".

A obrigatoriedade contratual também está prevista nos Princípios sobre os contratos comerciais internacionais do UNIDROIT em seu art. 1.3 que estabelece que todo contrato validamente celebrado torna-se obrigatório para as partes, somente podendo ser modificado ou extinguir-se conforme o que nele estiver estipulado, por acordo das partes ou de algum outro modo disposto nos princípios do UNIDROIT.

As exceções ao princípio da obrigatoriedade são as cláusulas limitadoras de responsabilidade, as de força maior e a de *hardship*³⁴, muito comuns nos contratos internacionais (AMARAL, 1999, p. 115).

³⁴ Ana Paula Martins Amaral (1999, p. 118) traz as semelhanças e as diferenças da força maior e da cláusula *hardship*: "Tanto a cláusula de força maior quanto a de *hardship* referem-se a eventos imprevistos e contra os quais as partes nada puderam fazer. Elas, no entanto, se distanciam à medida que a força maior gera a impossibilidade do cumprimento da obrigação pactuada, enquanto na cláusula *hardship* é possível a concretização do negócio, mas com um peso exorbitante para uma das partes, ou seja, o contrato pode ser cumprido, mas a parte terá que arcar com uma carga excessivamente onerosa. Na cláusula de força maior temos a inexecução da obrigação, que será rescindida; na cláusula *hardship* temos a previsão de uma renegociação total ou parcial, geralmente com a presença de árbitros, que irão estipular novos prazos ou formularem um novo preço para o objeto pactuado". Luiz Olavo Baptista (1983, p. 269) ensina que "o *hardship* assemelha-se à força maior no tocante à imprevisibilidade e à inevitabilidade do evento, mas dela se distancia porque o evento gerador do *hardship* apenas torna mais onerosa a execução do contrato".

1.6.2 Autonomia da Vontade Interna e Internacional

Há uma discussão doutrinária acerca da autonomia privada e autonomia da vontade no contexto contratual nacional, sendo que para alguns os termos são sinônimos e para outros cada qual tem seu significado e seu âmbito de aplicação.

Fiuza (2008, p. 404) diferencia o termo autonomia da vontade de autonomia privada, considerando que esse último seria a versão moderna do primeiro, partindo-se da lei e não puramente da vontade.

Na autonomia privada, o contrato não vem, exclusivamente, de dentro; não é fenômeno meramente volitivo. As pessoas não contratam apenas porque desejam. A vontade é condicionada por fatores externos, por necessidades, que dizem respeito aos motivos contratuais.

Para Melissa Furlan (2004, p. 31-32) não se trata de uma atualização, mas de momentos distintos da expressão da autonomia:

Considerando que a autonomia privada seja o poder normativo conferido aos particulares pela Constituição, chegamos à conclusão de que o exercício da autonomia da vontade só ocorre em um segundo momento, quando o particular, valendo-se da autonomia privada, seleciona os sujeitos, as condições, os procedimentos que irá adotar no negócio jurídico pretendido. Ou seja, o poder conferido aos particulares pela autonomia privada manifesta-se com os atos de autonomia da vontade, que seriam: a definição dos sujeitos que participarão do negócio jurídico, a indicação da capacidade e dos limites do exercício dessa capacidade, a escolha dos procedimentos e formas que serão adotados.

Assim, Francisco Amaral (2000, p.327) defende que a autonomia da vontade³⁵ "é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica".

Para Maristela Basso (1994, p. 42), o princípio da autonomia da vontade, no direito contratual³⁶

35 "Pela autonomia da vontade, o sujeito de direito contrata se quiser, com quem quiser e na forma que quiser. A ordem jurídica reconhece os direitos e deveres gerados pela livre manifestação de vontade das pessoas, conferindo validade e eficácia ao contratado entre elas" (COELHO, 2002, vol. 3, p. 8)

36 Segundo Fiuza (2008, p. 398), exerce-se a autonomia da vontade internamente em quatro planos distintos: a) contratar ou não contratar; b) com quem e o que contratar; c) estabelecer as cláusulas

[...] se manifesta na liberdade propriamente dita de contratar, de estipular o contrato e seu conteúdo. Significa aquela esfera de liberdade de que gozam as partes, no âmbito do direito privado, de auto-regência de seus próprios interesses, de discutir livremente as condições do contrato pretendido, bem como de escolher aquele mais conveniente. Por outras palavras, é a faculdade das partes de regerem-se por suas próprias leis, de praticar um ato jurídico determinando-lhe o conteúdo, a forma, assim como os efeitos.

Partindo-se da premissa de que todo homem é livre por natureza (Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 1º) e, por isso, para o direito internacional a autonomia privada é inerente ao homem, não há preocupação com esse caráter da autonomia no DIPri que se ocupará, então, da autonomia da vontade. Esclarece-se ainda que o âmbito de atuação da autonomia da vontade no DIPri vai além da liberdade de escolher o conteúdo do acordo, ela permite a escolha da lei aplicável ao caso, segundo os limites impostos pelas normas de ordem pública.

Irineu Strenger (2000a, p. 83) leciona que a autonomia da vontade no âmbito dos contratos internacionais

é a faculdade concedida aos indivíduos de exercerem sua vontade, tendo em vista a escolha e a determinação de uma lei aplicável a certas relações jurídicas nas relações internacionais, exercendo-se no interior das fronteiras determinadas de um lado pela noção de ordem pública e de outro pelas leis imperativas.

Portanto, distingue-se o significado que o princípio da autonomia da vontade possui em âmbito interno e internacional³⁷ e Nadia de Araujo (1997, p. 39) o faz nos seguintes termos:

Na ordem interna, autonomia significa que as partes podem fixar livremente o conteúdo dos contratos dentro dos limites da lei, ou seja, em face das normas imperativas e da ordem pública. E o poder reconhecido pela ordem jurídica aos indivíduos de criar situações jurídicas. Por outro lado, na ordem internacional, a autonomia da vontade significa a liberdade das partes de escolherem outro sistema jurídico para regular o contrato.

contratuais, respeitados os limites legais; d) mobilizar ou não o Judiciário para fazer respeitar o contrato.

³⁷ A teoria da autonomia da vontade em âmbito internacional foi propagada por Charles Dumoulin no século XVI e posteriormente aceita por diversas legislações e convenções internacionais. Essa teoria pretendia possibilitar que em relações contratuais conectadas a mais de um sistema jurídico as partes pudessem determinar a lei aplicável àquela relação, independentemente do que determinavam as regras de conexão do foro onde a questão poderia vir a ser julgada, afirmando a existência de seus direitos subjetivos, ao mesmo tempo que assegurava força obrigatória aos contratos. (ARAUJO, 1996, p. 32-33)

Luiz Olavo Baptista (1994, p. 39) também defende que há significação diferente de autonomia da vontade no direito interno e no internacional.

[...] no Direito Internacional o significado é de liberdade para escolher a lei aplicável ao contrato, ou seja, de localizarem-no em determinado sistema jurídico, dentro do qual terão, novamente, a autonomia da vontade - essa já de direito interno - para estabelecer o conteúdo do contrato.

Nesse sentido, Nilton Rafael Latorre (2004, p. 82) ministra sobre a importância da autonomia da vontade para dar certeza e segurança aos operadores do comércio internacional.

Os operadores do comércio internacional almejam certeza e segurança, que têm dificuldade de alcançar, dada a imperfeição da ordem jurídica internacional, cheia de lacunas, causadas pela falta de coordenação decorrente da disputa entre várias soberanias no plano jurídico e econômico. Uma alternativa que se lhes apresenta é a escolha³⁸ da lei aplicável, cujas conseqüências podem avaliar e alcançam-na pelo mecanismo chamado autonomia da vontade.

Nadia de Araujo (1997, p. 14) traz a teoria de Jacquet de que existem três planos de visão da autonomia da vontade, primeira de que tal princípio aparece como meio privilegiado de designação da lei estatal aplicável a um contrato internacional, segunda, permite subtraírem o direito estatal e por último serviria de instrumento de aperfeiçoamento do direito ao eliminar conflitos de leis.

Interessante o questionamento acerca da possibilidade de escolher uma lei aplicável sem que ela tenha qualquer relação com o contrato, ou melhor, com os ordenamentos jurídicos envolvidos no contrato. Como resposta há a corrente que defende a plena autonomia, argumentando que se tratando de um negócio importante, suas disposições devem ser razoáveis e a escolha da lei aplicável deve ter um bom fundamento, então se as partes escolhem uma lei sem aparente conexão com o negócio, algum motivo elas tem para agirem assim. Por sua vez, a outra corrente defende que a lei aplicável escolhida deve ter alguma relação com o contrato, inclusive para evitar o forum shopping (AMARAL, 1999, p. 22-23).

38 Em âmbito econômico, Fábio Ulhoa Coelho (2002, p. 16), relata que na era da globalização "quanto maior a liberdade reconhecida pela ordem jurídica para os próprios agentes econômicos definirem, por contrato, seus direitos e obrigações, maior será a atração de investimentos".

Deve-se ressaltar ainda que por mais que se pratique a autonomia de escolha da lei aplicável, os contratantes não podem estar alheios às leis dos Estados envolvidos, pois em algum momento necessitarão aplicá-las.

[...] não é possível fugir de toda a uma lei nacional aplicável ao contrato internacional, lei esta que deverá ser determinada pelo Direito Internacional Privado do Estado onde a questão estiver sendo apreciada. Por isso, as partes de um contrato internacional não podem deixar de levar em conta a posição a ser tomada pelos tribunais porventura envolvidos na questão, com base no Direito Internacional Privado daqueles países. Como as regras de conflito variam de país para país, procurou-se a sua harmonização através da criação de normas conflituais internacionais uniformes. (ARAUJO, 1997, p. 19-20)

Embora a idéia de ampla e irrestrita autonomia da vontade seja tentadora aos olhos dos agentes privados, deve-se lembrar que ela está diretamente vinculada à liberdade e igualdade, acarretando responsabilidades e limitações a fim de respeitar a ordem pública e as leis imperativas³⁹ do Estado onde será aplicada com o intuito de proteger terceiros e a sociedade como um todo.

1.6.3 Limitações⁴⁰ à Autonomia da Vontade

O ordenamento brasileiro no art. 17 da LICC ressalva a soberania, a ordem pública e os bons costumes, limitando, nesses termos, as declarações de vontade.

Art.17. As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes.

Da mesma forma dispõe o parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil: "Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar os preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos".

Guido Soares (1984, p. 122) conceitua ordem pública como

39 Guido Soares (1984, p. 123) expõe a teoria de Mancini onde haveria três tipos de normas: a) supletivas (somente agiriam se a vontade não tivesse se manifestado ou na sua manifestação sem eficácia); b) imperativas (inafastáveis pela vontade dos contratantes, mas suscetíveis de o serem por outra norma - DIPri) e c) leis de ordem pública (não podem ser afastadas nem pela vontade nem pelo DIPri).

[...] o conjunto de normas e princípios de tal maneira inerentes a ele, que não permitem serem afastados por outros de outros sistemas. É a lei local, que se impõe de maneira absoluta, impedindo que a vontade das partes ou leis estranhas ao foro disponham sobre a matéria por ela regulada, de modo taxativo.

Conforme os ensinamentos de Irineu Strenger (1996a, p. 215), pode ser conceituada como "o conjunto de normas e princípios que, em um momento histórico determinado, refletem o esquema de valores essenciais, cuja tutela atende de maneira especial cada ordenamento jurídico concreto". Ou seja, a ordem pública varia no tempo e no espaço.

Jacob Dolinger (2005, p. 386) conclui que

[...] o princípio da ordem pública é o reflexo da filosofia sócio-político-cultural de toda legislação, que representa a moral básica de uma nação e que protege as necessidades econômicas de cada Estado. A ordem pública encerra, assim, os planos filosófico, político, jurídico, moral e econômico de todo Estado constituído. [...] A ordem pública se afere pela mentalidade e pela sensibilidade médias de determinada sociedade em determinada época.

Deve-se considerar ainda que alguns autores distinguem ordem pública interna de internacional. Franz Despagnet (apud AMARAL, 1999, p. 80) as diferencia na medida em que a ordem pública interna somente é aplicada aos nacionais e a internacional tanto a nacionais quanto estrangeiros, já que visa o interesse coletivo do Estado por meio de legislação que será aplicável a todos que estiverem em seu território.

Por outro lado, Maria Helena Diniz (2007, p. 426) defende que "ordem pública é o conjunto de normas essenciais à convivência nacional" não comportando dicotomia.

Já Pierre Lalive (apud AMARAL, 1999, p. 85-86) vai além da dicotomia acima elencada para dissertar sobre ordem pública transnacional que "seria invocada para salvaguardar a moralidade em relações comerciais internacionais" relacionadas a questões de interesse da sociedade internacional, como práticas contratuais destinadas a facilitar o tráfico de drogas, de armas, sequestros, assassinatos, ou, a subversão de leis imperativas de um Estado soberano e violações aos direitos humanos.

40 Importante salientar que limitar a autonomia da vontade não significa diminuí-la ou extingui-la, mas apenas delimitar seu espaço de atuação, já que convive com os demais princípios e dependendo

Dessa forma, a autonomia da vontade deve se submeter às questões de legalidade e constitucionalidade, bons costumes, soberania, normas imperativas e de ordem pública, seja interna ou internacional, a fim de que o contrato internacional e o contrato de arbitragem possam ser devidamente cumpridos ou aplicados no Estado escolhido pelas partes.

Apesar do princípio da autonomia da vontade ser adotado pela maior parte dos ordenamentos jurídicos nacionais, pelas organizações e convenções internacionais, no Brasil ainda causa polêmica pelo que dispõe o art. 9º da LICC. Ao determinar em seu caput que "Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem", a maior parte da doutrina brasileira considera que tal artigo está limitando⁴¹ a vontade dos que estão submetidos à regra de conexão brasileira, não permitindo que adotem lei aplicável diversa, sob pena de se fraudar a lei. Ao se referir aos contratos realizados entre ausentes, continua limitando a vontade em seu §2º "A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente".

No entanto, cabe mencionar o posicionamento de Jacob

Dolinger (2007, p. 100) de que a doutrina brasileira deveria proclamar a autonomia da vontade presente na LICC a fim de influenciar a jurisprudência, uma vez que defende a opinião de Valladão de que o verbo reputa-se presente no §2º do art. 9º é sinônimo de presume-se.

Considerando que nosso comércio internacional é voltado principalmente para a Europa e os Estados Unidos, e que em ambos estes mercados, tanto por força de leis internas como pelas convenções internacionais, a liberdade de escolha da lei aplicável é princípio consolidado, cabe à doutrina brasileira proclamar, em alto e bom som, que não será a lentidão burocrática em remeter ao Congresso para aprovação a Convenção do México por nós assinada, nem o desinteresse do Congresso em aprovar uma nova lei sobre o Direito Internacional Privado, que mormente quando a lei que temos, de 1942, em seu artigo 9º, já foi interpretado favoravelmente à autonomia da vontade por aquele a quem o Brasil mais deve no campo do Direito Internacional Privado.

Essa discussão ocorre porque na Lei de Introdução ao Código

do caso concreto, há de se sobressair ou não diante de princípios como a ordem pública.

41 A doutrina é bastante controversa. Haroldo Valladão, Oscar Tenório, Georgette Nacarato Nazo, Serpa Lopes, Jacob Dolinger e Guido Fernando Silva Soares entendem que existe autonomia da vontade na LICC, enquanto João Grandino Rodas, Amílcar de Castro, Wilson de Souza Campos Batalha, Maria Helena Diniz e Nadia de Araujo defendem que não há autonomia conforme disposto na LICC.

Civil de 1916 existia a permissão expressa das partes escolherem a lei aplicável no art. 13 que dispunha: "Regulará, salvo estipulação em contrário, quanto à substância e aos efeitos das obrigações, a lei do lugar onde foram contraídas". Com a exclusão da expressão "salvo estipulação em contrário", o legislador que viveu a influência da guerra mundial quis limitar a autonomia da vontade, o que gera até hoje conseqüências jurídicas e comerciais desfavoráveis ao Brasil.

Para sanar essa polêmica e contribuir para o desenvolvimento comercial do Brasil foi inserido o princípio da autonomia na Lei de Arbitragem, Lei n. 9.307/96, que será objeto de estudo mais a frente.

Cabe apenas salientar que para alguns, mesmo com a Lei de Arbitragem, o art. 9º da LICC deve ser observado, sob pena da sentença arbitral não poder ser executada em território brasileiro, por hipoteticamente ferir a ordem pública. Para outros, no entanto, a Lei de Arbitragem (LA), por meio de seu art. 2º, §1º, teria revogado referido artigo da LICC quando se aplicar a arbitragem como método de solução de conflitos.

É nesta tendência que se insere o art. 2º, §1º da lei de arbitragem, regra de conflito bilateral cujo elemento de conexão é a própria autonomia da vontade, pelo que se encontra revogado, no que tange aos aspectos contratuais da arbitragem, o antiquado art. 9º da Lei de Introdução ao Código Civil (VALENÇA FILHO, 2000, p. 382).

Valença Filho (2000, p. 386) ainda conclui

[...] que a vontade das partes erigida à categoria de elemento de conexão reveste-se da autoridade necessária à revogação de leis imperativas. Somente quando os efeitos concretos resultantes da aplicação das regras escolhidas pelas partes se revelarem incompatíveis com a ordem jurídica do foro, estaremos diante do limite à ordem pública ao qual se refere o §1º do art. 2º da Lei de Arbitragem. Isto ocorreria, por exemplo, se a lei escolhida pelas partes, não reconhecesse os princípios básicos que constituem a ordem pública processual civil brasileira, agrupados sob o manto do devido processo legal.

Jacob Dolinger (2007, p. 107) questiona o sentido⁴² lógico de se imaginar uma aplicação diversa do princípio da autonomia da vontade apenas por se

42 "Qual seria a razão, o sentido lógico de que na arbitragem as partes têm o direito de fixar a lei que será aplicada na solução de sua desavença e que não o possam fazer na hipótese da solução judicial?" (DOLINGER, 2007, p. 107)

tratar de solução arbitral ou judicial. Para ele, após o advento da LA, o legislador teria revelado seu integral respeito pelo princípio da *lex voluntatis*.

Dessa forma, muitos são os posicionamentos acerca desse assunto, mas observa-se, de um modo geral, que a LICC e a LA são complementares no ordenamento jurídico brasileiro, pois, quando as partes se submetem à arbitragem, entende-se que elas possuem liberdade de escolher a lei que será aplicada ao caso concreto, desde que guardada conexão com a relação jurídica e que não haja desrespeito à ordem pública, enquanto que se houver submissão ao Poder Judiciário, este deverá seguir o disposto no art. 9º da LICC, que é o elemento de conexão aplicável. Nesse caso, a LICC pode remeter o juiz à aplicação da lei estrangeira, o que resulta em dificuldade ao Judiciário que não é conhecedor do comércio internacional e da lei estrangeira e também às partes que provavelmente terão uma resolução mais lenta da sua controvérsia.

No que tange às convenções internacionais, tem-se que a Convenção Européia sobre a lei aplicável aos contratos internacionais, assinada em Roma, em 1980 e que entrou em vigor em 1991 permite a autonomia da vontade; assim como a V Conferência Interamericana Especializada sobre o Direito Internacional Privado (CIDIP-V), que se realizou na cidade do México em março de 1994, assinada pelo Brasil, mas não ratificada até o momento, que também consagrou a autonomia da vontade das partes como princípio norteador da lei aplicável aos contratos internacionais.

O art. 7º, §1º⁴³ da CIDIP-V faculta que a escolha da lei aplicável seja expressa ou tácita já que permite que se depreenda essa escolha da conduta dos contratantes e das cláusulas contratuais. O art. 8º⁴⁴, ainda possibilita que as partes modifiquem supervenientemente a lei aplicável desde que não afete a validade formal do contrato nem direitos de terceiros. A CIDIP-V adota subsidiariamente o critério de conexão dos vínculos mais estreitos no art. 9, §1º⁴⁵.

43 Art. 7º, §1º: O contrato rege-se pelo direito escolhido pelas partes. O acordo das partes sobre esta escolha deve ser expresso ou, em caso de ausência de acordo expresso, depreender-se de forma evidente da conduta das partes e das cláusulas contratuais, consideradas em seu conjunto. Essa escolha poderá referir-se à totalidade do contrato ou a uma parte do mesmo.

44 Art. 8º: As partes poderão, a qualquer momento, acordar que o contrato seja total ou parcialmente submetido a um direito distinto daquele pelo qual se regia anteriormente, tenha este sido ou não escolhido pelas partes. Não obstante, tal modificação não afetará a validade formal do contrato original nem os direitos de terceiros.

45 Art. 9, §1º: "Não tendo as partes escolhido o direito aplicável, ou se a escolha do mesmo resultar ineficaz, o contrato reger-se-á pelo direito do Estado com o qual mantenha os vínculos mais estreitos".

Na fase de formação dos contratos internacionais do comércio a autonomia da vontade é princípio essencial para possibilitar o desenvolvimento do comércio e a aproximação dos comerciantes que terão a possibilidade de conhecer o produto e o produtor e refletir sobre a conclusão do negócio. Nessa etapa, os agentes econômicos com o auxílio de advogados podem criar instrumentos jurídicos capazes de reger e dar segurança às negociações. Sem dúvida, é um período de muita criatividade, autonomia e risco e por isso precisa da proteção do direito.

Assim, o princípio da autonomia da vontade é essencial para a teoria geral dos contratos internacionais ao possibilitar às partes escolherem a lei aplicável com as limitações acima referidas e será em conjunto com o princípio da boa-fé objetiva pedra fundamental para as negociações preliminares e para a arbitragem.

1.7 PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA

O princípio da boa-fé objetiva é derivado do princípio da dignidade da pessoa humana, pedra angular da Constituição Brasileira de 1988 e das Declarações Internacionais de Direitos Humanos. Para que haja dignidade é preciso que haja paz e harmonia nas relações jurídicas e isso pressupõe que as pessoas ajam com boa-fé em seus relacionamentos, sejam eles em quais âmbitos forem.

Nesse aspecto

[...] a boa-fé, apesar de não estar expressamente textualizada na norma constitucional, emana desta quando o legislador trata no artigo 1º, III, da dignidade da pessoa humana ou ainda quando determina que todos sejam tratados sem distinção, sendo função do Estado garantir a harmonia social. A boa-fé retrata os interesses sociais, agregando valores à efetivação da dignidade da pessoa humana (COSTA; GOMES, 2008).

Historicamente, o Direito Romano seria a origem do conceito e da expressão da boa-fé moderna, contendo em si o sentido de dever de adimplemento, de palavra mantida.

A fides romana constitui a base lingüística e conceitual da boa fé no direito moderno. É definida na antiguidade como "ser de palavra", "ter palavra". [...] Lealdade esta que, como qualidade de uma pessoa, representa uma "garantia", uma "confiança", um "empenhamento" (VELASCO, 1992, p. 36).

O Direito Romano apresentava o princípio da honestidade como preceito fundamental de todo o Direito. Assim, registrava as Institutas do Imperador Justiniano, no Livro I, Título I, §3º: "Os preceitos do direito são estes: viver honestamente, não causar dano a outrem, dar a cada um o que é seu" (JUSTINIANUS, 2000, p.22).

No entanto, foi no direito germânico que se consolidou a boa-fé como obrigação de cumprir os deveres emergentes do contrato e a necessidade de se considerar os interesses da outra parte. O parágrafo 242 do Código Civil Germânico concebe a boa-fé objetiva por meio de uma cláusula geral: "§ 242: O devedor está adstrito a cumprir a prestação tal como a exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico."

Boa-fé é uma expressão polissêmica que varia conforme a cultura e história do país como se observa nos comentários de Luiz Olavo Baptista (2003, p. 29).

Por exemplo, no direito japonês, onde, segundo Watanabe Hiroyuki, a boa-fé é um princípio de direito segundo o qual, numa relação jurídica concreta, deve-se agir sinceramente para não trair a confiança naquilo que o outro espera. A tônica, então parece-me residir em o contratante agir coerentemente com seu discurso, seus atos correspondendo à manifestação de vontade já feita, e não frustrar a expectativa do co-contratante, pois isto redundaria em trair a confiança nele depositada. Autores alemães entendem que a boa-fé não só proíbe que a prestação seja cumprida de maneira que não é desejável, mas, também, que deve proteger a confiança da outra parte, numa relação jurídica leal, proibindo o exercício abusivo do direito. Aqui, acredito, busca-se distinguir o comportamento regular do abusivo, sem, todavia, chegar ao abuso de direito. O que tornaria o comportamento abusivo seria a violação da confiança pelo ato desleal.

No direito brasileiro, há distinção entre a boa-fé subjetiva e a objetiva, sendo que esta última será analisada com ênfase por ser padrão de conduta essencial no comércio internacional. Quanto à primeira

tem o sentido de conhecimento ou de desconhecimento de uma situação. Denota um estado de consciência, a intenção do sujeito da relação jurídica, seu estado psicológico ou íntima convicção. Às vezes pode ocorrer uma falsa impressão de alguma característica do negócio jurídico celebrado e o contratante é enganado por si mesmo, por ter convicção que algo existe ou acontece, quando a verdade é que ela inexistente ou não ocorre. (COSTA; GOMES, 2008)

Em relação à boa-fé objetiva, tem-se que com o declínio do liberalismo privatista e a inclusão de conceitos como a ordem pública, a dignidade da pessoa humana e a função social do contrato nos ordenamentos jurídicos, esse princípio contribuiu para a passagem do formalismo para o consensualismo entre as partes, dando sustento às relações jurídicas (VELASCO, 1992, p. 40). Na busca pelo equilíbrio contratual que garantirá a verdadeira autonomia da vontade, o Direito e o Estado devem agir em consonância para que esse último confira certeza e estabilidade às relações econômicas contando com um princípio que prima pelo respeito entre os negociadores: a boa-fé objetiva. Sua previsão nacional vem disposta na análise conjunta dos artigos 113, 187 e 422 do Código Civil e artigos 4º, III e 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor. Leandro Alegría (apud RUBIO, 1984, p. 11) ensina que "a medida que los problemas surgen la inegotable virtud jurígena del principio de buena fe brinda soluciones nuevas⁴⁶."

Esse princípio possui um papel fundamental na fase de formação dos contratos, tanto nacionais, quanto internacionais, pois será a boa-fé objetiva que direcionará a conduta dos negociadores nessa fase tão sensível e controvertida para o direito. Também será essencial para o cumprimento voluntário da sentença arbitral dando maior credibilidade ao instituto, facilitando o desenvolvimento das relações empresariais internacionais.

A bona fides chega onde não alcança a força vinculante da forma e se expressa como lealdade no momento de contratar e, posteriormente, lealdade à palavra dada. Nesse sentido, a boa fé ganha relevância naqueles contextos - como direito internacional - nos quais falta a certeza que decorre de uma formalização institucionalizada, de um ordenamento positivo coercitivo. (VELASCO, 1992, p. 40)

Ainda sobre a fase pré-contratual, Fichtner Pereira (apud FRITZ, 2005, p. 45-46) explana que

Na fase pré-contratual, contudo, os deveres jurídicos decorrentes da incidência do princípio da boa-fé não terão caráter acessório de um dever principal, já que esse dever jurídico principal ainda não existe. Nessa fase, esses deveres jurídicos assumirão o papel principal na regulação do comportamento das partes, pois serão eles que definirão as exigências de conduta de uma parte em relação à outra.

46 Tradução livre: "a medida que surgem os problemas a inesgotável virtude jurídica do princípio da boa-fé consiste em brindar novas soluções."

Ruy Rosado de Aguiar (1994) define boa-fé objetiva como

um princípio geral de Direito, segundo o qual todos devem comportar-se de acordo com um padrão ético de confiança e lealdade. Gera deveres secundários de conduta, que impõem às partes comportamentos necessários, ainda que não previstos expressamente nos contratos, que devem ser obedecidos a fim de permitir a realização das justas expectativas surgidas em razão da celebração e da execução da avença.

Maurício Godinho Delgado (2001, p. 112) informa que o princípio da boa-fé "é diretriz geral que instiga a valorização, no plano das relações jurídicas, da sinceridade, retidão e honradez nas condutas dos sujeitos de direito na vida social".

Nesse mesmo sentido, Karina Cristina Nunes Fritz (2005, p. 34) ressalta que Larenz sintetiza a boa-fé como

[...] o imprescindível mandamento da honestidade, o qual, juntamente com a proteção da confiança, forma a base do tráfico jurídico, razão pela qual sua aplicação não se limita às relações obrigacionais, mas estende-se como princípio geral onde haja vinculação especial, ou seja, onde haja uma relação de proximidade entre pessoas.

Para Cláudia Lima Marques (2002, p. 180-181) "boa-fé é cooperação e respeito, é conduta esperada e leal, tutelada em todas as relações sociais". Ou seja, esse princípio deve ser exercido pelos parceiros comerciais na medida em que seu comportamento atenda à economia e à finalidade do contrato a fim de conservar o equilíbrio material e formal entre as obrigações estabelecidas.

Como explica Arnaldo Wald (2003, p. 42)

Trata-se de incluir nos contratos, em virtude da interpretação e da construção, deveres secundários ou derivados de informação, conselho e até cooperação, assim como a proibição de certas omissões. Cria-se, assim, um dever de lealdade na contratação e na execução do contrato que está vinculado basicamente às noções de confiança e de equilíbrio. Confiança entre as partes contratantes, que devem ter e manter, uma em relação à outra, o comportamento do bom pai de família e até, conforme o caso, do parceiro sério, diligente e confiável, sob pena de responsabilidade se uma delas não corresponder à expectativa da outra.

Nos ensinamentos de Judith Hofmeister Martins-Costa (2005)

Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard. [...] o que vem a significar que, na concreção da boa-fé objetiva deve o intérprete desprender-se da pesquisa da intencionalidade da parte, de nada importando, para a sua aplicação, a sua consciência individual no sentido de não estar lesionando direito de outrem ou violando regra jurídica. O que importa é a consideração de um padrão objetivo de conduta, verificável em certo tempo, em certo meio social ou profissional e em certo momento histórico.

Assim, o contrato - nessa nova visão - torna-se uma parceria onde os parceiros devem agir em conformidade com a boa-fé para que ele seja justo, equilibrado e dinâmico para sustentar as dificuldades que possam acontecer antes, durante ou após sua existência.

Ao lado da função social do contrato, da ordem pública e normas imperativas, o princípio da boa-fé objetiva limita a autonomia da vontade. Além dessa função limitativa, possui também a função interpretativa que será de grande importância no estudo dos instrumentos jurídicos utilizados na formação dos contratos internacionais.

Nesse sentido Ignácio Velasco (1992, p. 35) retrata que

Modernamente, costuma-se analisar a boa-fé sob duas perspectivas diferentes: a do interesse social de segurança das relações jurídicas e da interpretação dos contratos. Em relação à primeira, se espera que as partes atuem com lealdade e confiança recíprocas; ou seja, que procedam de boa-fé. Em relação à segunda se afirma que o sentido literal da linguagem não deve prevalecer sobre a intenção inferida da declaração de vontade das partes.

Para Silvio Rodrigues (2002, p. 60) "a boa-fé é um conceito ético, moldado nas idéias de proceder com correção, com dignidade, pautando sua atitude pelos princípios da honestidade, da boa intenção e no propósito de a ninguém prejudicar."

Segundo Miguel Reale (2003, p. 12),

a boa-fé não constitui um imperativo ético abstrato, mas sim uma norma que condiciona e legitima toda a experiência jurídica, desde a interpretação dos mandamentos legais e das cláusulas contratuais até as suas últimas conseqüências.

Ensina Orlando Gomes (1996, p.42) que

[...] nos contratos, há sempre interesses opostos das partes contratantes, mas sua harmonização constitui o objetivo mesmo da relação jurídica contratual. Assim, há uma imposição ética que domina a matéria contratual, vedando o emprego da astúcia e da deslealdade e impondo a observância da boa-fé e lealdade, tanto na manifestação da vontade (criação do negócio jurídico) como, principalmente, na interpretação e execução do contrato.

A Convenção das Nações Unidas sobre Venda Internacional de Mercadorias também prevê a boa-fé como parâmetro de interpretação e comportamento no comércio internacional em seu art. 7º ao determinar: "Na interpretação desta Convenção ter-se-á em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação e assegurar a observância à boa-fé no comércio internacional".

Nesse sentido há previsão no art. 1.7 dos Princípios sobre os contratos comerciais internacionais da UNIDROIT: "(1) As partes devem atuar com boa-fé e lealdade negocial no comércio internacional. (2) As partes não podem excluir nem limitar este dever".

O princípio da boa-fé objetiva é essencial para o negócio jurídico, uma vez que garante a sustentação da vontade das partes em parâmetros éticos, probos, de confiança. Tal princípio fomenta o ditado popular de que "faça para os outros o que gostaria que fosse feito a você", pois é esse o padrão que se espera dos parceiros contratuais, não somente na conclusão e execução do contrato, mas tão e principalmente em sua formação. Sua ausência ou desrespeito podem gerar sérios danos que deverão ser combatidos pelo direito a fim de gerar segurança aos envolvidos, mesmo e principalmente não existindo contrato ainda.

Durante a formação dos contratos, o princípio da boa-fé deve ser o padrão de comportamento a ser seguido, especialmente porque a autonomia da vontade é o outro princípio regente dessa fase e a boa-fé tem a função de delimitar o território da autonomia para evitar abusos e prejuízos.

2 FORMAÇÃO DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS: NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES

Pode-se dizer que os contratos tanto internos quanto internacionais possuem um ciclo vital. Adotar-se-á no presente estudo a classificação proposta por Maristela Basso (1998, p. 23) de três fases fundamentais: a formação (geração), a conclusão (aperfeiçoamento) e a execução (consumação) contratual.

A formação tem seu início com as negociações preliminares (formação sucessiva) ou com a proposta e efetiva-se com a aceitação.

Irineu Strenger (1998b, p. 96) elucida que há diferença no "olhar" dessa fase no plano interno e internacional.

No plano internacional, segundo as tradições prevalentes, a fase preliminar do contrato geralmente tem força obrigatória, ao contrário do que ocorre no plano interno, onde muitos contestam essa circunstância, tendo como parâmetro de decisão a natureza negocial do contrato definitivo.

Ao conceituar a formação do contrato internacional, Irineu Strenger (1998b, p. 96) ainda esclarece:

[...] chamam-se formação do contrato internacional do comércio todas as fases, a partir das tratativas iniciais, que têm por finalidade a colocação de pressupostos do objeto consensual, com força vinculativa, e eficácia jurídica, que prevalece para todos os efeitos posteriores, salvo revogação expressa das partes.

Já, no momento da aceitação o contrato se torna concluído, ou seja, ele se aperfeiçoa. Conclusão designa "ato final ou ultimação de um contrato ou de um negócio, em virtude do que se tem o mesmo por concluído ou ajustado" (SILVA, 1982, p. 488).

Conforme De Plácido e Silva (1982, p. 240) a execução do contrato

É o cumprimento das obrigações contidas nas cláusulas de um contrato, ou seja, a satisfação, por parte da pessoa que está obrigada, das prestações, objeto da obrigação. Tal quando é o contrato cumprido voluntariamente. Quando a execução do contrato entende-se forçada, o sentido da expressão execução do contrato, é o meio de que se serve a pessoa para exigir judicialmente o cumprimento ou satisfação das cláusulas contratuais.

A conclusão e execução contratual são vastamente regulamentados pelo direito e comentados pela doutrina, o que possibilita um maior entendimento por parte dos juristas e dos contratantes. No entanto, poucos conhecem os efeitos jurídicos decorrentes da formação dos contratos e dos modelos jurídicos pré-contratuais que podem ser utilizados, tendo-se o equivocado pensamento de que simplesmente esses instrumentos utilizados nas tratativas não vinculam os contratantes. Em âmbito internacional há o agravante de se envolver diversos sistemas jurídicos com compreensões diferentes acerca dessa fase, o que justifica seu estudo com mais atenção.

A etapa de formação⁴⁷ dos contratos internacionais é fundamental para o sucesso das demais etapas contratuais, especialmente da execução, pois é nesse período que os futuros contratantes se conhecem e expressam suas vontades, deixando o plano da cogitação para adentrar no da existência da relação jurídica a fim de que se complementem e alcancem os objetivos almejados. Não existe uma fórmula ou prazo de duração certo para tanto. Porém, dependendo da complexidade da futura transação comercial, esse período poderá ser longo e exigir sucessivas tratativas e cuidados, uma vez que ainda não há contrato, mas os investimentos empreendidos pelos negociadores podem ser altos.

Irineu Strenger (1998b, p. 95) explica que a formação dos contratos internacionais do comércio é a etapa mais significativa em razão das conseqüências jurídicas que gera e pela eficácia vinculativa dos entendimentos.

Esse período de negociação acontece tanto nos contratos nacionais como nos internacionais, sendo mais comum nesses últimos por envolverem culturas e sistemas jurídicos distintos, movimentarem valores expressivos, mercadorias e serviços variados e especializados. Assim, a conclusão dos contratos internacionais geralmente é precedida de negociações preliminares exigentes de instrumentos jurídicos específicos para cada caso, com cuidados jurídicos relativos à lei aplicável e ao método de solução de eventuais conflitos.

⁴⁷ Baptista (1986, p. 157) afirma: "[...] no contrato internacional, muito mais que no contrato interno, é importante a fase da formação. E nessa fase o papel que o Advogado desempenha é de grande relevo porque quando conhece bem o seu sistema jurídico e a língua estrangeira, e conhecer pelo menos razoavelmente, o sistema jurídico do outro país, funcionará como um participante eficiente das negociações, resolvendo os problemas lingüísticos, semânticos, jurídicos, equacionando a escolha de língua, lei e foro, tentando estruturar bem o contrato, através dos conhecimentos técnicos que ele adquiriu previamente e ajudando e orientando o cliente. Aí o contrato estará bem conformado, e terá oportunidade de subsistir e ser executado, cumprindo o seu ciclo de vida natural".

Os contratos internacionais do comércio às vezes se oferecem tão complexos que seria uma total irresponsabilidade das partes concluírem-no sem passarem por uma fase de negociações preliminares, as quais têm sua duração determinada pela matéria do contrato pretendido. (COSTA; MUNIZ, 2008, p. 182)

Para a formação de um contrato são necessárias obrigatoriamente declarações convergentes de vontades das partes, ou seja, que haja convergência entre a oferta⁴⁸ e a aceitação. Às vezes, é preciso uma etapa de negociações preliminares para que se alcance a oferta apta a ser aceita ou definitivamente rejeitada pelo parceiro comercial. Assim, até que haja o encontro entre a oferta e a aceitação e se conclua o contrato, estar-se-á na fase de formação que poderá iniciar imediatamente com a proposta, com um convite a fazer oferta ou com as negociações preliminares que poderão ou não culminar em uma oferta.

Orlando Gomes (1996, p. 10) leciona:

O mecanismo de formação do contrato compõe-se de declarações convergentes de vontades emitidas pelas partes. Para a perfeição do contrato, requerem-se: em primeiro lugar, a existência de duas declarações, cada uma das quais, individualmente considerada, há de ser válida e eficaz; em segundo lugar, uma coincidência de fundo entre as duas declarações.

Caio Mário da Silva Pereira (2004, p. 37-38) destaca que a formação de um pacto ocorre em três momentos que embora se interpenetrem podem ser destacados. O primeiro momento depreende-se das negociações preliminares (não há vinculação das pessoas). O segundo é a oferta (vincula o proponente) e por último a aceitação (vincula ambos - nesse momento a oferta se transforma em contrato). Como ressalta César Fiuza (2008, p. 437), na prática pode ocorrer dessas fases se embaralharem ou se omitirem dependendo do caso.

Tendo em vista essa subdivisão da fase de formação e pelas negociações preliminares serem tidas pela doutrina brasileira como não geradoras de vínculo entre as partes, causando uma discussão acerca das conseqüências jurídicas advindas dessa etapa, elas serão objeto de maior análise ao longo desse estudo, até mesmo para se verificar como se resolvem os conflitos surgidos nessa fase em âmbito internacional. Por sua vez, pela oferta e aceitação vincularem as

⁴⁸ Também denominada de "proposta" e "policitação".

partes, não gerando grandes discussões em relação aos seus efeitos, passa-se a examiná-las de forma mais sucinta.

2.1 OFERTA OU PROPOSTA

A oferta é a "primeira manifestação de vontade que se dirige à conclusão do negócio jurídico bilateral". Deve "despertar na outra parte o desejo de concluir o negócio. Não apenas o desejo, mas sua exteriorização, ou seja, a manifestação de vontade coincidente, acorde, existente e válida" (BASSO, 1998, p. 29-30). Enquanto a intenção de ofertar se mantiver apenas na mente de quem pretende externá-la, o fato não possui valor jurídico. Portanto, oferta é manifestação de vontade que deve ser clara e precisa e que indique vontade inequívoca de contratar, uma vez que vinculará o proponente ao seu cumprimento por um determinado período.

O Código Civil Brasileiro, no art. 427 é expresso nesse sentido: "A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso". O art. 428 do mesmo diploma traz exceções à obrigatoriedade da proposta quando feita sem prazo a pessoa presente e não for imediatamente aceita; ou quando à pessoa ausente, mas transcorrer prazo suficiente sem que chegue resposta ao conhecimento do policitante ou que tenha sido expedida fora do prazo; e por último, se antes ou simultaneamente ao recebimento da resposta houver retratação do proponente.

Para evitar discussões acerca do prazo de validade da proposta e de sua obrigatoriedade, recomenda-se que a oferta tenha prazo determinado para que o oblato a aceite. Em caso de indeterminação, o art. 18, item 2, da Convenção de Viena sobre compra e venda internacional de mercadorias dá solução semelhante ao Código Civil brasileiro, rezando que a aceitação deve chegar ao proponente em

um prazo razoável, levando-se em conta as circunstâncias da transação e, em particular, a rapidez dos meios de comunicação utilizados pelo proponente. A aceitação das ofertas verbais terão que ser imediatas a menos que das circunstâncias resulte outra coisa.

A proposta deve ser feita por pessoa capaz, seja natural ou jurídica, à pessoa determinada ou ad incertam personam, como sucede na oferta ao público,

necessitando também que o destinatário tenha capacidade civil para aceitá-la e assim concluir o contrato. Mesmo sendo uma proposta *ad incertam personam* deve conter os termos que limitem a vontade do proponente e, portanto deve ser inequívoca, precisa, completa e determinada, ou, como sustenta Joana Schmidt (apud BASSO, 1998, p. 31) "real, firme e precisa", contendo todas as cláusulas essenciais.

[...] diante disso, o melhor a fazer é apresentar uma oferta, o mais completa e precisa possível, determinando de forma inequívoca o objeto, com todas as suas características essenciais: identificação, quantidade, qualidade, preço (incluindo as modalidades de pagamento), tempo e lugar da entrega e, se for um serviço, a determinação exata do mesmo, o preço, a duração, os seus destinatários e prestadores.(BASSO, 1998, p. 32-33) Por consequência, não pode ser considerada proposta uma declaração estapafúrdia, inconsistente, feita por brincadeira ou gracejo.

Oferta não se confunde com negociações preliminares, pois aquela é uma declaração inicial e unilateral da vontade, objetivando a realização do contrato e essas são entendimentos preparatórios que objetivam criar circunstância capaz para o oferecimento da proposta definitiva, isto é, as negociações são "atos meramente preparatórios e facultativos, ou seja, podem ou não se fazer presentes na fase de formação do ajuste. Portanto, possuem carga jurídica diferente da oferta e da aceitação". (COSTA, 2004, p. 296)

Da mesma forma difere de convite a fazer uma oferta (*invitation to deal*), pois nesse tem-se a abertura de negociação que vise determinado contrato futuro; porém, nada há de concreto, capaz de vincular seu autor; não é ato pré-contratual, nem assume relevância jurídica. Sua distinção está no elemento subjetivo, na intenção, pois o convite para negociar não traz determinação e clareza, justamente porque seu papel é convidar para discutir as proposições necessárias para eventualmente se alcançar a proposta que resulte no contrato definitivo. Para Orlando Gomes (1996, p. 62) quem faz o convite a fazer oferta quer receber proposta, ficando, portanto, na posição de oblato.

2.2 ACEITAÇÃO

Por sua vez, a aceitação constitui resposta afirmativa à proposta formulada. "É o ato conclusivo da fase de formação do contrato, impondo-se como a

declaração de vontade que completa -consagra- o negócio jurídico no qual ela se integra" (BASSO, 1998, p. 62). Pode ser expressa ou tácita, desde que inequívoca, podendo, em certas circunstâncias, resultar do silêncio (BASSO, 1998, p. 66).

O Código Civil Brasileiro corrobora esse entendimento no art. 432 "se o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa, ou o proponente a tiver dispensado, reputar-se-á concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa".

Na hipótese de a aceitação chegar ao conhecimento do proponente após a expiração do prazo por ele fixado, cumpre-lhe comunicar de imediato o ocorrido ao aceitante, sob pena de responder por perdas e danos (art. 430 do CC). No entanto, o proponente pode reconhecer como eficaz a aceitação tardia, mas, como medida de prudência, deve comunicar o reconhecimento desta como eficaz, embora o atraso (BASSO, 1998, p. 69).

Já a retratação do aceite é uma declaração facultativa do oblato que retira os efeitos da aceitação anteriormente feita, sendo considerado inexistente pelo Código Civil (art. 433). Segundo Maristela Basso, a retratação "somente produzirá efeitos quando chegar ao conhecimento do proponente antes da aceitação ou simultaneamente a ela; caso contrário, o contrato já se terá formado, e a retratação não mais o suspende" (BASSO, 1998, p. 69).

Orlando Gomes (1996, p. 67) explica que na primeira hipótese o proponente pode ser responsabilizado pelos prejuízos que o oblato sofreu acreditando que realizaria o contrato, tratando-se de responsabilidade pré-contratual. Porém, se na segunda hipótese o contrato já houver sido formado, a retratação será inválida e a responsabilidade será contratual por inexecução.

Assim, apresentada a oferta, o oblato pode aceitá-la pura e simplesmente com todas as suas condições; aceitá-la modificando-a⁴⁹, acrescentando ou retirando algum elemento não essencial, secundário; apresentar uma contraproposta ou recusá-la.

49 "Podemos considerar precisa e determinada a aceitação, mesmo quando ela apresenta algumas variações, tais como: a) as palavras utilizadas na aceitação, mas não o seu sentido, são diferentes daqueles expressos na oferta; b) a aceitação apresenta outros termos que não aqueles expressamente enunciados na oferta, mas que, na verdade, estavam nela implícitos; c) a aceitação apresenta outros termos que não estavam expressamente enunciados na oferta, mas que, de acordo com a lei, estariam nela implícitos (idem, ibidem)" (BASSO, 1998, p. 66).

O efeito da aceitação é a formação do contrato pretendido, fixando sua existência e seu conteúdo de forma irrevogável. Uma vez concluído o contrato, não poderá ser modificado, a não ser por novo acordo de vontades.

Dessa maneira, a formação dos contratos internacionais é um período de ajuste de vontade e interesses das partes, cujos atos são capazes de produzir conseqüências jurídicas segundo as expectativas que geram e os possíveis prejuízos que o rompimento arbitrário pode acarretar ao parceiro comercial (BASSO, 1998, p. 25-26).

Considerando a variação do tempo existente entre esses atos - tratativa, proposta e aceitação - há três tipos de formação de contratos, segundo Maristela Basso: a instantânea, a ex intervallo e a ex intervallo temporis.

Haverá formação instantânea quando inexistir intervalo considerável entre a oferta e a aceitação. Entre uma e outra existe apenas o tempo necessário para que a oferta seja entendida, assimilada e aceita pelo oblato. Nesse caso não há contraproposta ou negociação. (BASSO, 1998, p.82)

Já a formação ex intervallo demanda, entre a oferta e a aceitação, um intervalo considerável entre ambas as manifestações de vontade.

Requer-se, porém, que nesse intervalo de tempo, nenhum outro ato jurídico seja praticado visando à conclusão do negócio, ocorrendo apenas a oferta e a aceitação. Tal procedimento é freqüente quando as partes, principalmente o oblato, precisam de um período de tempo para amadurecer sua intenção negocial e verificar suas reais condições de concluir o contrato proposto. (BASSO, 1998, p. 103)

Na modalidade de formação ex intervallo temporis, também denominada de formação sucessiva ou progressiva, há negociação entre a oferta e a aceitação, ou, antes da oferta.

Contratos de formação ex intervallo temporis são aqueles em que entre a oferta e a aceitação existe um período de tempo, que pode ser curto ou longo, no qual as partes trocam propostas, até que a oferta de uma é aceita pela outra, formando-se assim o contrato. Diz-se, também, que são contratos de formação "progressiva" ou "sucessiva" justamente porque, no referido intervalo, os pontos de discordância entre as partes são pouco a pouco aplainados e o contrato se aperfeiçoa através de um processo sedimentar. (BASSO, 1998, p. 111)

Nesse sentido, Irineu Strenger (1998b, p. 108) ressalta que

[...] no comércio internacional, nem sempre a definição dos compromissos recíprocos a do objeto negocial permitem a imediata formulação do contrato final, pois é muito comum que ocorram circunstâncias de natureza preparatória, caracterizadas por complexas operações, compreendendo a formação de capitais, subcontratações, arregimentação de pessoal técnico, preparação de projetos e planos sujeitos a aprovação posterior, normalmente de longa duração.

Esse período de discussão de aspectos técnicos e jurídicos é chamado de "negociações preliminares", "entendimentos preparatórios" ou "tratativas" e é importante porque muitos dos conflitos que surgem na execução do contrato poderiam ter sido evitados no período de sua formação.

Assim, a formação sucessiva será objeto de estudo mais aprofundado, pois é mais complexa e duradoura que as demais, necessitando de uma análise detida da relação existente entre as partes nesse período, bem como dos instrumentos capazes de auxiliarem na segurança e efetividade a fim de se alcançar a conclusão dos contratos, ou na sua ausência, minimizar eventuais prejuízos decorrentes de conflitos, especialmente da ruptura das tratativas.

2.3 NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES

Na concepção jurídica, negociação é um entendimento preliminar dos parceiros comerciais que intencionam a formação e conclusão

de um contrato nacional ou internacional. Popularmente, negociação é técnica de discussão que leva ao entendimento preliminar transpassando todos os conflitos existentes até ali. Entende-se, porém, que os significados se completam, pois é por meio dessa procedimentalização que se chegará a um entendimento almejando o negócio jurídico; sendo, portanto, mais que uma técnica, mas um período que antecede e objetiva a conclusão do contrato, valendo-se das habilidades dos negociadores.

Negociação é palavra originada do latim *negotiatio*, de *negotiar* e significa

Entendimento preliminar, de que possa resultar o contrato ou de que possa resultar o negócio, que não se considera acabado ou concluído, enquanto as partes não se ajustam nas condições ou cláusulas, em que se possa realizar, e não firmam, em definitivo, seu consentimento. (SILVA, 1982, p. 238)

Pelo aspecto empresarial negociação denota

[...] um processo que visa o desenvolvimento de alternativas de acordos capazes de atender aos participantes, pessoas físicas e/ou jurídicas, cada um deles com necessidades e interesses próprios. O objetivo é conseguir, no final, uma opção que contemple as aspirações de todos os envolvidos (DIAS; COSTA, 1999, p. 06).

Comparando as negociações preliminares com o "namoro" e a conclusão do contrato com o "casamento", pode-se inferir o seguinte comentário publicado anteriormente:

Portanto, para evitar conflitos e dúvidas posteriores à formação do contrato, é necessário um verdadeiro "namoro" entre as partes, para que o "casamento" (efetivação do contrato) seja harmônico, e em caso de turbulências, que essas sejam passageiras, não impedindo uma relação comercial duradoura e lucrativa. Faz-se necessário compreender que em negociações internacionais, ambos os lados devem ter disposição para, eventualmente, ceder e chegar a um ponto de equilíbrio, onde ambos alcancem lucros e retorno de seus investimentos. É necessário que o exportador fique satisfeito por vender seu produto no mercado x a preço y e o importador fique satisfeito ao comprar um produto de qualidade ao preço y. (COSTA, 2008)

A negociação é um período de reflexão⁵⁰ essencial quando os envolvidos não estão preparados para fechar o acordo ou se faz necessário um período de conhecimento, pesquisas e projetos com a outra parte. (COSTA; MUNIZ, 2008, p. 183)

Jean Marc Mousseron (apud BASSO, 1998, p. 137) explica que as negociações preliminares

[...] consistem em um conjunto de relações anteriores à formação do contrato que tem por objeto identificar e resolver os problemas que apresentará a relação econômica pretendida e, em seguida, acordar as vontades das partes sobre a disciplina que constitui o contrato. É o funil dentro do qual vão se encontrar e se fundir as proposições, as preocupações das diferentes partes. As propostas expressas oralmente ou por escrito vão conduzir a inúmeras discussões que podem ser assinaladas pelo estabelecimento de 'protocolos de acordo (procoles d'accord)': a expressão possui múltiplos sentidos, e nós mantemos aquele de documento

50 "As negociações preliminares são discussões, um período de conversa e conhecimento das partes, onde se avalia a utilidade e viabilidade da formação e conclusão contratual. Tais negociações são notáveis na maior parte dos contratos internacionais porque sempre há o envolvimento de dois ou mais sistemas jurídicos com pessoas de cultura, língua, costumes e princípios diferentes, além de ocorrerem geralmente em negócios de maior vulto que devido sua complexidade pode envolver terceiros como banqueiros, seguradoras, técnicos, transportadores, administradores e advogados". (COSTA, 2003, p. 371)

de secretaria destinado a fixar o estado da negociação e das proposições, concordantes ou não, das partes num determinado momento das negociações.

As tratativas e os instrumentos firmados nesse ínterim também possuem a importante função de servir de referência à hermenêutica contratual em caso de eventual conflito, já que a expressão da vontade das partes ocorre, especialmente, nesse momento negocial.

Nesse período geralmente não há apenas uma oferta, mas uma "troca de informações", um amadurecimento da intenção contratual, que permite às partes realizarem seus interesses progressivamente, até que atinjam um ponto de equilíbrio, tornando-se, muitas vezes, difícil saber quem de fato propôs o que foi aceito em consenso (BASSO, 1998, p. 113).

Assim, essa etapa pode começar a partir de um convite a negociar ou uma oferta, quando uma parte faz a outra uma proposta clara, precisa e determinada; porém, o oblato não se encontra em condições de aceitá-la, nem de apresentar contraproposta, mas opta por não se recusar à negociação que poderá se encerrar com a conclusão do contrato ou se exaurir no seu próprio insucesso, bem como pode se desenvolver por meio de uma série de ofertas e contrapropostas sucessivas até se chegar à proposta *ultimatum* (BASSO, 1998, p. 136).

A oferta *ultimatum* significa que uma das partes chegou à proposição que não está mais disposta a modificar e pela qual pretende vincular-se. Por conseguinte, a aceitação do destinatário aperfeiçoa o acordo; caso contrário, encerram-se as negociações sem a formação do contrato (BASSO, 1998, p. 139).

O momento mais significativo da fase de negociação é o da decisão, pois é momento conclusivo do debate e do diálogo entre as partes. Negociar não significa ainda contratar, o que justifica a importância da capacitação e experiência dos negociadores, bem como o desenvolvimento de estratégias de negociação.

No Brasil impera o posicionamento de que as negociações preliminares não criam vínculos jurídicos entre as partes. Como assinala Caio Mário, as negociações preliminares "são conversas prévias, sondagens, debates em que despontam os interesses de cada um, tendo em vista o contrato futuro. Mesmo

quando surge um *projeto* ou *minuta*⁵¹, ainda assim não há vinculação das pessoas" (PEREIRA, 2004, p. 37).

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2009, p. 91), "a característica básica desta fase é justamente a não-vinculação das partes a uma relação jurídica obrigacional".

Silvio Rodrigues (2002, p. 67) mantém o coro da doutrina nacional

Em rigor, se as partes se encontram ainda na fase de negociações preliminares, por definição mesmo não contrataram, não se havendo estabelecido, entre elas, desse modo, qualquer laço convencional. Pois se lançaram mão de tais discussões vestibulares, foi justamente para decidir se lhes convinha, ou não, contratar. De maneira que, se no curso do debate uma delas apura o inconveniente do negócio, é justo que dele deserte, recusando-se a prestar sua anuência definitiva. Nenhuma responsabilidade lhe pode daí advir, pois as negociações preliminares ordinariamente não obrigam os contratantes.

Maria Helena Diniz (2005, p. 51) também não admite a vinculação das partes nas negociações preliminares.

Das negociações preliminares as partes podem passar à minuta (puntuazione, como preferem os italianos), reduzindo a escrito alguns pontos constitutivos do conteúdo do contrato (cláusulas ou condições) sobre os quais já chegaram a um acordo, para que sirva de modelo ao contrato que depois realizarão, mesmo que nem todos os detalhes tenham sido acertados. Ainda assim não se tem vínculo jurídico entre as partes. Somente quando se obtiver o completo acordo sobre todos os pontos essenciais da relação contratual é que surgirá o contrato; portanto, acordos parciais, que forem eventualmente estabelecidos, carecem de valor e de obrigatoriedade.

Silvio de Salvo Venosa (2006, 509-510) ministra que em princípio as negociações preliminares, mesmo com minutas⁵², não vinculam, mas flexibiliza ao admitir que é preciso analisar caso a caso a vontade expressa das partes:

As negociações preliminares não obrigam, enquanto não firmado o contrato. As concordâncias paulatinas obtidas ainda constituem tratativas; não são contrato. Essas tratativas podem transcorrer unicamente sob a forma oral, mas também podem ser documentadas, com correspondência entre os interessados, anotações etc. Por vezes, há interesse das partes de se assegurarem por escrito nessa fase pré-contratual, denominada pontuação, em que pode surgir um esboço ou rascunho do contrato, ou uma carta de

51 "Minuta é o documento escrito, em que as partes esboçam, com maior ou menor completude, o conteúdo do contrato a ser celebrado" (FIUZA, 2008, p. 442).

52 Maristela Basso esclarece que em alguns casos a minuta pode ser considerada uma carta de intenção, o que dependerá do "conteúdo da minuta que se apresenta". (BASSO, 1998, p. 206)

intenções. Denomina-se geralmente minuta o esboço do futuro contrato. O termo significa algo que é menor, leve. A minuta, em regra, não obriga, mas serve de subsídio para a interpretação do futuro contrato. Pode também servir de base probatória para o exercício da ação de indenização pelo rompimento injustificado das tratativas. (p. 509)

[...] Discute-se se a minuta assinada é vinculativa. A questão é exclusivamente de exame do caso concreto. Se apenas uma das partes firmou a minuta, poderá ela ter os efeitos de uma proposta. Se firmada por ambos os contratantes, a questão é de interpretação de sua vontade. Poderá valer como contrato se a lei, ou a vontade das partes, não exigir escritura pública. Por outro lado, se o contrato é apresentado à parte em desacordo com a minuta e mesmo assim concluído, a questão é transferida para os vícios de vontade, podendo ocorrer erro ou dolo. (p. 510)

Assim, como se observa, a doutrina brasileira não enfrenta o fato de que durante as negociações preliminares o princípio da autonomia da vontade possibilita as partes pontuarem suas reflexões em diversos modelos jurídicos, generalizando que simplesmente não as obrigam. Porém, no cenário internacional tais instrumentos ainda pré-contratuais devem ser individual e concretamente analisados por ser possível vincularem as partes ainda durante as negociações preliminares como expõe Maristela Basso (1998, p. 187): "Tudo depende, portanto, de como está redigida a carta de intenção, do seu conteúdo, de sua forma e fundo. Por isso é difícil a generalização, já que estamos no reino da autonomia da vontade".

Irineu Strenger (1998b, p. 103) é favorável a uma visão mais aberta da negociação e por isso afirma que

[...] a negociação é tipicamente procedimento de força vinculativa, à medida que a discussão dos problemas possa concomitantemente gerar compromissos ou atividades concernentes, que potencializem a possibilidade de danos em face da ruptura negocial preliminar.

Dessa forma, as negociações preliminares são entendimentos prévios entre as partes e devem sempre ser conduzidas por negociadores profissionais que busquem agir em conformidade com o princípio da boa-fé objetiva, pois como todo ato volitivo, elas produzem efeitos jurídicos, não necessariamente o de obrigar as partes a contratarem o bem almejado, mas se vincularem a tomarem certas atitudes esperadas pelos negociadores leais, diligentes e probos.

Nas tratativas, os negociadores⁵³ buscarão entendimento tanto nos aspectos técnicos, tais como qualidade, quantidade, logística do bem a ser

53 Os negociadores de contratos internacionais podem ser advogados, economistas, administradores das empresas, representantes legais sem qualquer formação acadêmica específica, enfim, a ou as

negociado quanto nos aspectos de cunho jurídico, exemplificando, forma e local de pagamento e entrega, cláusula penal, lei aplicável, foro de eleição, método de solução de conflito, idioma do contrato, prazos e formas de notificação, assim como o cultural, social, pessoal, religioso e político. Assim o é porque o homem é um ser complexo e ímpar que traz em si uma carga valorativa influenciada por sua educação, costumes, crenças e meio social que determinarão seu "olhar" sobre a negociação em andamento.

Compreender e respeitar a diferença do outro é receita para o exercício do comércio exterior⁵⁴. Nicola Minervini (2001, p. 99) explica que para concretizar negócios é preciso "socializar, estabelecer laços de amizade (em alguns países como os latinos, por exemplo), é conhecer o perfil do empresário, o protocolo e depois os detalhes".

Tomando conhecimento desses fatores, o negociador deverá fixar previamente quais são seus principais interesses e objetivos para traçar sua estratégia considerando quais seriam hipoteticamente as do outro negociador e em que pontos elas colidem; a seguir deverá se preparar para o estágio de propostas e contrapropostas, no qual poderá fazer mais concessões do que inicialmente pretendia, o que não significa que seja perdedor e; por fim, atingirá um ponto em que não tenha mais disponibilidade de ceder ou alterar seus pontos de vista, chegando-se ao momento crucial de celebrar o contrato ou encerrar as negociações. (COSTA; MUNIZ, 2008, p. 185)

É aconselhável que durante as negociações preliminares se resolva primeiro as questões técnicas para depois aproximá-las das possibilidades jurídicas em conformidade com a autonomia da vontade e a boa-fé. Na prática do comércio exterior brasileiro, as empresas, com poucas exceções, dispensam a presença de um advogado nas negociações, só buscando esse profissional no momento em que algo de errado já ocorreu, dificultando ainda mais a resolução do problema, pois o vazio jurídico é predominante em relação a questões essenciais. Essa situação pode acarretar grandes prejuízos, tanto do ponto de vista do inadimplemento da outra

pessoas que forem necessárias e capazes civilmente para que, de uma discussão se chegue a uma conclusão de todos os aspectos técnicos e jurídicos do instrumento contratual.

54 Se uma empresa brasileira quiser exportar carne para um país muçulmano terá que se adaptar ao abate halal, senão não conseguirá alcançar aquele mercado; se houver deboche das vestimentas ou do modo de cumprimentar de um indiano, africano ou árabe não haverá negociação; em caso de atrasos em uma reunião ou entrega de mercadorias para um norteamericano provavelmente esse fornecedor será descartado de uma próxima negociação.

parte, quanto da responsabilidade administrativa perante o Banco Central Brasileiro, restrição cadastral no Sistema Integrado de Comércio Exterior - SISCOMEX, pagamentos de adiantamentos feitos por programas de crédito e outros.

Como citado anteriormente, uma das funções da negociação é produzir um contrato a ser executado sem dificuldades e isso exige equilíbrio entre os responsáveis pelos aspectos técnicos e jurídicos, pois para qualquer lado que essa balança pender, haverá, provavelmente, prejuízo para as partes, seja decorrente da incompetência do jurista de fixar os pontos técnicos, seja na do administrador em eleger as bases legais que deverão reger o futuro contrato.

O conteúdo das discussões (pouparlers) gira em torno dos aspectos técnicos e jurídicos das transações em questão. Comumente, os aspectos técnicos vêm primeiro e deles dependerá a definição mesma do produto (objeto do contrato) e seus aspectos jurídicos. Para tanto, conforme a mercadoria que é objeto da negociação, as partes discutem oralmente; trocam cartas, desenhos, plantas de máquinas; realizam experiências físicas, químicas e/ou mecânicas visando a assegurar-se da qualidade da mercadoria. (BASSO, 1998, p. 133)

A busca pelo contrato equilibrado será mais trabalhoso e demorado, mas certamente "seus resultados se projetarão no contrato concluído, o qual será executado com eficiência e, na eventualidade de inexecução, as partes não enfrentarão o problema de um vazio jurídico" (BASSO, 1998, p. 134).

Nesse sentido cabe ressaltar que

Atuar no comércio internacional exige atenção dos negociadores, tendo em vista o envolvimento de dois ou mais sistemas jurídicos diferentes, a influência da cultura, tradição, língua e nacionalidade das partes. Nesse sentido, é de vital importância a sua preparação, atuando como instrumentos de minimização de riscos nas relações empresariais. (COSTA; MUNIZ, 2008, p. 182-183)

Considera-se fundamental e prudente que o negociador conheça o direito do Estado do outro, buscando o parecer⁵⁵ de um ou mais advogados dali, assegurando-se da validade e da legalidade do contrato pretendido, bem como das normas internacionais aplicáveis à questão e as do local de sua execução. (COSTA; MUNIZ, 2008, p. 187)

⁵⁵ Celso Barbi Filho (1996, p. 21) chama estes pareceres de "legal opinions" que "são espécies de pareceres prévios, emitidos por jurista ou advogado especialista dos países de origem dos contratantes, sobre as condições de aplicabilidade do contrato, extensão, gravidade, e responsabilidades envolvidas na transação".

Nessas negociações pode-se chegar a certos momentos em que o acordo não está absolutamente maduro, mas, as partes querem consolidar o estágio em que se encontram, registrando o que já foi acordado. Para tanto, utilizam-se de instrumentos como as "cartas de intenção", "acordos de sigilo", "contratos preparatórios" ou "pré-contratos" etc. (COSTA, 2004, p. 298)

O negociador deve redigir muito bem os instrumentos necessários para a formação do contrato e o contrato definitivo em si para que eles possam ser executados sem maiores problemas. Para tanto, Maristela Basso (1996a, p. 67) defende que "o contrato deve conter muitas cláusulas;

todas as possibilidades de litígio, as controvérsias entre as partes devem ser minimizadas, previstas." Dentre essas cláusulas cita-se: a) cláusula de lei aplicável; b) de preço e modalidade de pagamento; c) penal e consequências da inexecução; d) de garantias contratuais ou garantias pecuniárias; e) de força maior e hardship; f) de foro competente para dirimir as controvérsias ou recurso à arbitragem.

Nesse sentido, considera-se que algumas dessas cláusulas já deverão constar nos instrumentos que auxiliam a formação contratual a fim de dar segurança jurídica aos envolvidos. Também é aconselhável a utilização de documentos preparatórios quanto às responsabilidades e objetivos negociais e quanto às questões jurídicas como lei aplicável e método de resolução de eventuais conflitos existentes ainda nessa fase, como se passa a estudar.

2.4 MODELOS JURÍDICOS DE NEGOCIAÇÃO

Considerando que as negociações preliminares não conduzem obrigatoriamente as partes à conclusão do contrato, mas podem acarretar investimentos⁵⁶, tanto em viagens, como em pesquisas, projetos, contratação de pareceres etc., o ideal é que haja a intervenção do direito para proteção de seus interesses, especialmente, por meio de instrumentos que prevejam as responsabilidades e os objetivos delas nas tratativas, com o intuito de servir de prova em caso de eventual conflito ou de base para a interpretação do contrato definitivo, podendo ser-lhe anexado.

"Quanto mais complexo for o objeto do futuro contrato, mais difíceis e longas serão as tratativas, e maiores os riscos em caso de ruptura" (BASSO, 1998, p. 181).

Já se estudou que no direito nacional, há o entendimento que as negociações preliminares não vinculam, mas esse posicionamento, de certa forma simplista não resolve os conflitos existentes nas complexas negociações internacionais. Os diversos modelos jurídicos nascidos da autonomia da vontade e da dinâmica⁵⁷ do comércio criam situações que fogem à generalidade de se dizer, por exemplo, que as cartas de intenção não possuem natureza contratual e por isso não vinculam as partes. Assim, em âmbito internacional, soma-se às dificuldades já existentes na fase pré-contratual nacional a complexidade de se envolver sistemas jurídicos diversos e uma dose um pouco maior da aplicação do princípio da autonomia da vontade, exigindo ainda mais atenção dos negociadores e dos juristas.

Existem várias diferenças entre os diversos sistemas legais na abordagem de alguns aspectos importantes dos contratos. Por exemplo, se nos Estados Unidos as cartas de intenção ou memorandos de entendimento (*letters of intent* ou *memoranda of understanding*), ainda que se refiram a documentos preliminares, encerram direitos e obrigações condicionais mas exequíveis, são vistas em outros países como destituídas, virtualmente, de força ou efeito. (GARCEZ, 1999, p. 144)

Os novos modelos jurídicos criados pela prática internacional comercial consistem em instrumentos elaborados em face da necessidade e autonomia das partes e, portanto, bastante influenciados pela *lex mercatoria*.

Justamente por serem fruto do binômio necessidade/autonomia podem ou não gerar vínculos entre as partes, independente da denominação que dão ao instrumento.

O tratamento que a nova "lex mercatoria" dedica às cartas de intenção é no sentido de que podem produzir conseqüências jurídicas, mesmo quando as partes pensam o contrário. Segundo Draetta (1984, p. 51), "a tendência dos órgãos arbitrais chamados a decidir acerca da relevância de tais 'cartas' é justamente aquela de conformar-se ao princípio geral segundo o qual é de se presumir que as partes, se redigiram um instrumento, o fizeram visando a algum efeito útil. (BASSO, 1998, p. 187)

Nesse sentido, importante observar o disposto no art. 112 do Código Civil: "Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem".

⁵⁷ "A regra da liberdade contratual é ampla e disso decorre naturalmente a grande variedade e finalidade de modelos jurídicos pré-contratuais ("formes contractuelles de pourpalers"), inventados pela prática internacional para suprir os problemas do modelo atual" (BASSO, 1998, p. 182).

Quanto à estrutura jurídica desses novos modelos jurídicos, Miguel Reale (1992, p. 166) disserta que

são concretos na medida e enquanto a normatividade neles abstratamente expressa se correlaciona necessariamente com fatos e valores, que são as outras duas dimensões estruturais do direito: são, em suma, 'modelos operacionais', e não meros esquemas ideais.

Miguel Reale (1992, p. 169) destaca o papel da autonomia da vontade e da capacidade inventiva dos interessados na formação desses modelos jurídicos negociais esclarecendo que "é a forma de vida atual que suscita e exige, ao lado dos modelos tradicionais, criações imprevistas no plano negocial, engendrando uma multiplicidade de 'contratos inominados'".

Ao indagar o direito como experiência, ainda afirma que

[...] possibilita o superamento das apontadas antinomias, demonstrando que a irrecusável multiplicidade dos centros reguladores dos comportamentos individuais e coletivos, tão característica de nossa época, pelo menos nos países de constituição democrática (pois, em última análise, quem diz democracia, diz pluralidade de soluções políticas e jurídicas) longe de excluir, antes exige a sua articulação em um sistema complementar, não segundo uma unidade formal, -determinada por meras referências de pura subsunção lógica, -mas sim pelo reconhecimento de diversos graus de positividade jurídica, correspondentes aos modelos jurídicos que a vida real vai elaborando, em função de um complexo variegado de fatores, com distintos índices de obrigatoriedade, assim como diversificadas áreas de incidências. (REALE, 1992, p. 170)

Irineu Strenger (1998b, p. 104) corrobora esse entendimento

[...] é preciso convir que no curso de uma negociação as partes são compelidas a realizar certos acordos aos quais o direito deve reconhecer a qualidade de contratos, que são concluídos para facilitar a conclusão do acordo projetado ou organizar as relações das partes durante o período das negociações.

Portanto, a prática do comércio internacional desempenha papel significativo no curso do processo negocial ao criar a necessidade de instrumentos jurídicos preparatórios que objetivem a conclusão do contrato definitivo como cartas de intenção; cartas de conforto; acordos de segredo, garantias e outros que se fizerem necessários.

Esses documentos preliminares possuem como finalidade

a) relatar como estão se desenvolvendo as tratativas; b) balizar a negociação; c) obrigar as partes a negociar seriamente; d) fazer balanço dos resultados obtidos; e) recordar pontos importantes, com vistas a uma futura contratação; f) selar acordos essenciais à conclusão do contrato definitivo; g) evidenciar certos detalhes imprescindíveis às partes; h) revelar a terceiros, possíveis interessados, que estão em curso as negociações; i) salvaguardar segredos de comércio ou indústria etc. (BASSO, 1998, p. 182)

José Maria Rossani Garcez (1999, p. 144) entende que

Em verdade, esses dispositivos, conforme abordados pelas legislações ou jurisprudência dos diversos países destinam-se, em última análise, a promover a estabilidade e a previsibilidade das 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.

Dessa forma, analisar-se-ão alguns desses modelos jurídicos que podem ser utilizados durante as negociações preliminares dos contratos internacionais e quais seus efeitos vinculativos e ainda se podem ou não portar uma cláusula compromissória de arbitragem.

2.4.1 Cartas de Intenção

O instrumento jurídico mais utilizado⁵⁸ e controvertido⁵⁹ nas negociações preliminares é a carta de intenção. Embora Luiz Olavo Baptista (1994, p. 97) explique que "da amplitude da liberdade de negociar e de redação decorre naturalmente a variedade de modelos e finalidades da carta de intenção, que tornam difícil sua conceituação rígida", ele ensina que a carta de intenção é um acordo de vontade sujeito à condição suspensiva de que o contrato "que se almeja só ocorrerá se conseguir chegar a um acordo quanto a todos os aspectos econômicos e jurídicos que o vão compor" (BAPTISTA, 1986, p. 154) e assim vão surgindo os

58 "O documento que nasce usualmente por ocasião da oferta de negociar e que, corporificando-a, assegura-lhe forma e consistência é a carta de intenção, também conhecida por outros nomes" (BAPTISTA, 1994, p. 97).

59 "O estatuto jurídico das cartas de intenção é incerto, até mesmo porque muitos negociadores acreditam, ainda que lançando mão de tais instrumentos, que eles não geram consequências juridicamente vinculantes. Entretanto, como diz Fontaine (1977, p. 77) "da grande diversidade de situações e de fórmulas empregadas se depreende que certas cartas de intenção, ou certas cláusulas contidas nestas cartas, criam já obrigações jurídicas aos signatários". (BASSO, 1998, p. 187)

aspectos jurídicos que até então pareciam não existir nesse período de negociações preliminares.

Luis Fernando Franceschini da Rosa (informações verbais, 2002) denomina esse instrumento como memorando de entendimento (memorandum of understanding), onde as partes estabelecem que estão interessadas na negociação, delimitando as características genéricas para a negociação do contrato, regulando os procedimentos, as consequências caso o contrato definitivo não seja concluído, a responsabilidade das partes, a obrigação de sigilo etc.

Maristela Basso (1999, p. 29) conceitua que as cartas de intenção

são na verdade "contratos de negociação", "documentos preparatórios" ao contrato definitivo, nos quais as partes procuram, por exemplo, fixar os pontos já acordados, consagrar acordos sobre os elementos essenciais do futuro contrato, fixar o prazo dentro do qual as negociações devem se realizar etc.

Segundo José Maria Rossani Garcez (1999, p. 146) as cartas de intenção são comuns em negociações complexas ou que demandem fases sucessivas, dependentes de eventos futuros e possuem conteúdo obrigacional preliminar ou condicionado a eventos futuros, cuja redação como sempre, exige cautela.

Assim, as cartas de intenção são muito utilizadas em negociações longas que envolvem despesas de estudos, deslocamento, salários dos negociadores e das equipes do projeto. Por meio delas, as partes vão definindo pontos e superando obstáculos gradualmente, servindo muitas vezes para fixar os pontos já acordados, os prazos para encerramento das negociações etc.

Luiz Olavo Baptista (1994, p. 97) explica que

O acordo preliminar ou carta de intenção pode nascer para obrigar as partes a negociarem seriamente, para balizar as etapas da negociação e para fixar o calendário das tratativas. Outras nascem para fixar aspectos relevantes já negociados e que não deveriam mais ser discutidos, recordar pontos já acordados com vistas a uma futura contratação. Outras, ainda, retratam o exaurimento da fase negocial ou de tratativas, submetendo-a a uma condição suspensiva, qual seja a aprovação por autoridades, por um conselho de administração, ou a obtenção de um financiamento, ou outro evento.

Diante do fato de que "as cartas de intenção geram muitos problemas quando analisadas no âmbito dos direitos internos, que não se dão conta

da riqueza nem da complexidade das relações jurídicas que nascem no curso das negociações" (BASSO, 1998, p. 201) e do vazio jurídico que um estudo de direito comparado revela, Maristela Basso (1998, p. 201) pontua, à luz da prática comercial internacional, que:

tais documentos revelam a passagem do não-direito ao direito, uma vez que, se as partes o redigiram, fizeram-no com alguma finalidade, isto é, buscando determinar certos efeitos jurídicos, pretendendo situar-se sobre o plano jurídico, visando à proteção legal, o que torna lógico, portanto, interpretar o documento preparatório, porque de seu conteúdo emergirão os efeitos jurídicos.

Marilda Rosado de Sá Ribeiro (1995, p. 234-235) afirma que a carta de intenção deve ter boa redação, ser clara quanto aos objetivos e obrigações; prever a negociação de boa-fé; excluir proposição inaceitável; prezar pela confidencialidade; ser regida pela liberdade de contratar e prever a exoneração de responsabilidade (salvo dolo); relata ainda, que sofre influência da Common Law, e, portanto, são bastante minuciosas, prevendo lei aplicável e até arbitragem.

Maristela Basso (1998, p. 199) ministra que

Quanto mais completo for o acordo preparatório, o instrumento da negociação, melhor. A redação deve ser completa, minuciosa e detalhada, a fim de evitar dúvidas e controvérsias futuras. Não existe fórmula perfeita e acabada, cabendo aos negociadores procurar, com base na experiência e na observação, o modelo apropriado ao caso concreto.

Luiz Olavo Baptista faz distinção entre cartas de intenção

atípicas e típicas. Para ele (BAPTISTA, 1994, p. 98-99) são atípicas as cartas que tomam a forma de uma promessa de contrato; que dessem uma obrigação efetiva, dissimulada sob uma redação imprecisa ou desfigurada pela afirmação de que as partes não desejam contratar; pode ocorrer também em certos contratos cuja consecução depende de eventos alheios à vontade das partes e por último, os acordos firmados por pessoas que não podem obrigar o sujeito.

Já as cartas típicas são aquelas cuja finalidade é estabelecer as regras da negociação, as que registram as etapas ou acordos parciais da negociação e as que retratam a completude da tratativa e o evento que dará início a vigência do contrato. (BAPTISTA, 1994, p. 99)

Para Nicola Minervini (2001, p. 341) tais instrumentos podem ser de quatro tipos:

A) Cartas que descrevem os objetivos das negociações entre as partes e indicam o procedimento para conduzir a negociação, fixando o prazo. B) Cartas mais simples que mencionam somente alguns aspectos que as partes querem colocar em negociação. C) Cartas que estabelecem deveres e responsabilidades precisos de ambas as partes (como, por exemplo, não negociar contemporaneamente com outros, manter informações confidenciais e a mesma negociação). D) Cartas que definem exatamente a que ponto chegou a negociação.

Maristela Basso (1998, p. 188-200), por sua vez, informa que há mais categorias de cartas de intenção comumente encontradas na negociação dos contratos internacionais, relatando dez tipos⁶⁰ que serão apresentados de forma resumida:

1. que balizam as negociações em curso (documentam a negociação e visam a boa-fé);
2. que fixam os pontos consensuais entre as partes (firmado o acordo acerca de alguns pontos, ou elementos, do futuro contrato, a negociação somente poderá ser rompida justificadamente, sobretudo se a razão do recesso estiver vinculada aos pontos acordados);
3. que visam a repartição das despesas (diretas) da negociação (com projetos, estudos, análises) que servirão de base durante as negociações para tomada de decisões com vista à conclusão do contrato definitivo;
4. que estabelecem a obrigação das partes - ou de uma só delas - de não negociar com terceiros interessados acerca do mesmo objeto (pactos de exclusividade);
5. que fixam os limites temporais dentro dos quais a negociação deve se realizar;
6. que estabelecem um acordo de segredo;
7. que têm por base uma prestação que pode ser subdividida em partes ou lotes (*lots, tranches*) a fim de conhecer o produto e o fornecedor e depois concluir um novo acordo que envolva lotes sucessivos;
8. que, mesmo antes do encerramento das tratativas, as partes concordam em iniciar a execução do contrato que estão negociando, sendo comum em casos de construção e instalação de complexo industrial, pois, nesses casos, as partes já amadureceram e têm pressa de concluir o contrato definitivo, mas por ser muito

⁶⁰ A autora (BASSO, 1999, p. 40) em artigo específico com o título As cartas de intenção ou contratos de negociação comenta os 10 tipos exemplificados, mas ressalta que muitos outros

complexo, encontra-se em fase de elaboração⁶¹ e na hipótese de as negociações não conduzirem ao contrato definitivo, aquela parte que deu início aos trabalhos pode pedir ressarcimento dos custos diretos e indiretos sofridos com relação às prestações cumpridas;

9. que consagram o acordo entre as partes acerca de todos, ou quase todos, os elementos do contrato, mas limitam a eficácia do negócio jurídico a uma condição suspensiva, a um evento futuro;

10. que determinam as responsabilidades das partes no que respeita às despesas conexas (despesas de viagens, diárias etc.) à negociação.

Dessa forma, é possível observar que algumas cartas de intenção, pelo objeto a que se destinam podem gerar obrigações jurídicas entre as partes, como por exemplo, as que tratam da repartição das despesas diretas da negociação "representam obrigação contratual assumida pelas partes no decurso das tratativas que visam ao futuro contrato" (BASSO, 1998, p. 191), ou ainda as que estabelecem acordo de segredo, uma vez que "são acordos cuja violação enseja ressarcimento dos danos com base no interesse contratual positivo" (BASSO, 1998, p. 194) e também as que determinam a responsabilidade das partes quanto às despesas conexas à negociação. Todas são tidas como obrigações contratuais, cuja inexecução gera direito à indenização (BASSO, 1998, p. 199).

Luiz Olavo Baptista (1994, p. 104), ao se referir às cartas de intenção que registram acordos parciais, informa que elas podem "registrar aspectos marginais e acessórios, ou substanciais" e então podem constituir, dependendo do caso, um verdadeiro contrato, mesmo que existam palavras que expressem o contrário.

No tocante ao conflito de leis, Luiz Olavo Baptista (1994, p. 105) reflete que

[...] no sistema brasileiro onde se efetua a localização das obrigações no lugar em que se constituem, em geral a tarefa é reduzida à indagação sobre se há ou não uma obrigação nascida da "carta de intenção", questão que só pode ser respondida no caso concreto. Em outros direitos, o problema é

podem existir e que é muito comum as cartas de intenção mistas, abrangendo vários dos tipos analisados.

61 Nesses casos, Maristela Basso (1998, p. 195) recomenda "que tais instrumentos tenham boa redação, adequada e detalhada, e que prevejam expressamente as alternativas de ressarcimento em caso de interrupção das tratativas".

mais complexo em razão da maior dificuldade de determinação da lei aplicável.

Na visão de José Maria Rossani Garcez (1994, p. 112) é importante salientar que "a carta de intenção não é o contrato" e, portanto, terá laços obrigacionais mais tênues ou estarão condicionados a eventos futuros. No entanto, esses documentos ganham relevância no mundo jurídico, pois se as partes os elaboram é geralmente com a finalidade de revestir-se de segurança durante as negociações.

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 e 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 e bens de um ponto para outro. (GARCEZ, 1994, p. 112)

Roberto Braga de Andrade (1992, p. 74-75) concorda que determinar o grau de vinculação gerado por uma carta de intenção dependerá do caso específico, pois a variedade de conteúdo (simples minutas até obrigações de execução autônoma) desse documento impede a formulação geral sobre os seus efeitos vinculantes.

Diante dessa incerteza, Maristela Basso (1998, p. 202) aconselha que as partes enfrentem esses problemas e determinem expressamente, qual a natureza de seu acordo e quais as consequências em caso de inadimplemento, evitando, dúvidas e controvérsias.

Cabe, então, aos negociadores adequarem as cartas de intenção ao caso concreto, pois não existe uma fórmula para se negociar, o que se observa é que todas as cartas de intenção baseiam-se na figura de uma negociação séria e de boa-fé, algumas gerando um vínculo maior ou menor conforme a redação, o objeto e a vontade das partes.

Ao término das tratativas, os negociadores podem desistir de concluir o contrato ou então optar por firmá-lo e então as cartas de intenção se exaurem ou podem ser parte integrante do contrato ou ainda servir de referência do que as partes almejavam, contribuindo para a hermenêutica contratual.

Importante ressaltar que embora as cartas de intenção não obriguem à conclusão do contrato definitivo, podem constituir instrumento capaz de justificar ação de responsabilidade para reparação de eventual prejuízo sofrido em caso de ruptura das negociações. Essa reparação pode estar prevista na própria carta por meio de uma cláusula penal.

Essencial para o presente estudo é a análise de Maristela

Basso (1998, p. 206) no sentido de que as cartas de intenção podem prever o recurso à arbitragem para soluções de conflitos.

A carta pode prever recurso à arbitragem ou ao juiz nacional. No caso de inexistência de previsão, ambas as possibilidades são possíveis. A primeira, recurso ao árbitro, torna-se mais difícil porque existem países que dificultam a execução do laudo arbitral.

Diante da inclusão de tantas cláusulas contratuais, na prática, é difícil saber onde termina a carta de intenção e inicia o contrato definitivo⁶² e nesse sentido, Maristela Basso (1998, p. 207) afirma:

Nestas hipóteses, se faltar um elemento essencial do contrato, temos uma carta de intenção e estamos no campo da responsabilidade pré-contratual. Se, entretanto, todos os elementos essenciais do contrato estão presentes, e faltam detalhes ou elementos secundários, acessórios, o acordo faz nascer o contrato e estamos no campo da responsabilidade contratual.

Ou seja, a liberdade das partes e a influência da *lex mercatoria* possibilitam diversos modelos de cartas de intenção e mesmo que as partes não queiram, algumas, embora sejam documentos pré-contratuais, geram vínculos e obrigações entre elas, não no sentido de obrigá-las a concluírem o contrato definitivo⁶³, mas estabelecendo deveres, seja em relação às despesas acordadas,

62 Na análise feita por Maristela Basso (1998, p. 205) sobre os problemas jurídicos das cartas de intenção, ela ressalta "é importante que não sejam confundidas com "promessa de contrato" (vide 6.6.5) assim como com "contrato definitivo". Vale observar que pode acontecer, na prática, que as partes celebrem uma carta de intenção na qual acordam acerca de todos o elementos essenciais do contrato, deixando para o futuro acordo somente os elementos secundários. Nesses casos, não raros, cabe verificar se tais elementos secundários são de fato marginais, ou seja, não representam, para uma das partes, pontos substanciais. Caracterizado que são realmente secundários os pontos deixados para futuro ajuste, a carta de intenção representa um acordo sobre a essencialia *negotii*, significando um verdadeiro contrato, independentemente da terminologia usada pelas partes".

63 "O contrato definitivo é ato pelo qual as partes se comprometem definitivamente a assumir certas obrigações determinadas. O contrato tem força obrigatória e abre, a cada uma das partes, o direito de demandar em juízo a execução forçada das prestações prometidas, contra o inadimplente". (STRENGER, 1998b, p. 111)

seja pela obrigação de sigilo de informações, outras, por sua vez, por obrigações de informar. Todas estão submetidas ao princípio da boa-fé objetiva que determina que as partes se tratem lealmente e que se estão firmando um documento que este tenha validade e eficácia entre elas.

Assim, por esta nova e importante figura poder trazer tantas conseqüências jurídicas é que se propõe que nelas já existam, inclusive, a previsão de solução de eventuais conflitos que dali podem surgir, especialmente a inserção da cláusula compromissória de arbitragem pelas vantagens que ainda serão consideradas neste estudo.

Maristela Basso (1998, p. 207-208) se mostrou uma grande estudiosa desta fattispecie e assim apresenta algumas sugestões:

- a) os instrumentos devem ser redigidos de modo que tanto os juristas como os não-juristas (p. ex. os próprios empresários) possam entendê-las e avaliar seus efeitos práticos;
- b) os direitos e deveres das partes devem estar muito claros, evitando-se equívocos, contradições e pontos discutíveis;
- c) os recursos cabíveis, em caso de descumprimento, devem estar previstos (se arbitragem, como deverá se realizar; se recurso ao poder judiciário nacional, de qual país e qual a lei aplicável);
- d) qual será a base de cálculo da indenização em caso de descumprimento;
- e) quais as despesas reembolsáveis e como se dará o reembolso;
- f) mesmo que o instrumento isente as partes de responsabilidade em caso de descumprimento ou ruptura, há que se considerar que a parte prejudicada poderá buscar ressarcimento em caso de rompimento abusivo, injustificado, violação dos deveres de negociar seriamente e em caso de conduta dolosa;
- g) o contrato definitivo, caso concluído, deve conter cláusula acerca dos efeitos que reconhece à carta de intenção feita durante o período de negociações.

Assim como esses instrumentos exemplificados, muitos outros⁶⁴ modelos jurídicos são possíveis em conformidade com a experiência, a necessidade do caso concreto e da autonomia da vontade de criar tais formas de negociar que devem ser cada vez mais estudadas pelos juristas a fim de se acompanhar a evolução negocial, proporcionando maior segurança aos negociadores.

⁶⁴ Apenas como nota, cabe informar que Irineu Strenger (1998b, p. 105) faz menção a três tipos de contratos que podem surgir na fase de formação de um contrato internacional: a) os contratos preparatórios; b) os contratos interinos; e c) os contratos parciais, o que demonstra a grande gama de modelos jurídicos que podem surgir nessa fase e suas diversas denominações.

2.4.2 Pré-Contratos

O pré-contrato, também chamado de compromisso, contrato preliminar ou contrato-promessa de contratar caracteriza a relação em que as partes se comprometem⁶⁵ a concluir o contrato que é objeto de tratativas.

Esses instrumentos jurídicos são utilizados quando

as partes reconhecem que o negócio é vantajoso, mas ambas ou uma delas não pode ou não quer de imediato celebrar o contrato. Porém, têm interesse em assegurar o negócio e, ao invés de concluí-lo desde logo, prometem realizá-lo mais adiante (BASSO, 1998, p. 264).

Contrato preliminar, para Maria Helena Diniz (1998, p. 862) é

aquele pelo qual um ou ambos os contraentes obrigam-se a celebrar determinado contrato no momento em que lhes convier. Gera uma obrigação de fazer um contrato definitivo, ou seja, a obrigação de um futuro contrahere, isto é, de contrair contrato definitivo, contendo a possibilidade de arrependimento e indenização das perdas e danos.

Para Maristela Basso (1998, p. 266-267), esse instrumento compromissório é um negócio jurídico bilateral, por meio do qual, apenas uma ou ambas as partes visam estabelecer a obrigação de concluir contrato futuro empregando todo esforço necessário para esse fim.

Os pré-contratos⁶⁶ são reconhecidos e possibilitados pelo princípio da autonomia da vontade que elabora figuras preliminares capazes de criar vínculos obrigacionais. Para evitar conflitos deve ser bem redigido, prever a lei aplicável e o foro competente para que em caso de alguém não cumprir⁶⁷ a obrigação assumida, poder-se recorrer à arbitragem ou ao juiz nacional, conforme estabelecido. Para que

⁶⁵ "É inegável que o pré-contrato cria conseqüências jurídicas, se descaracterizado ou inadimplido por uma das partes, mas a assinatura de um pré-contrato não significa que o contrato definitivo deva fatalmente ser concretizado" (SANTOS, J., 1997, p. 42).

⁶⁶ Cabe explicar que o contrato preliminar não se confunde com a opção. Segundo Orlando Gomes (1996, p. 36) "Por esse negócio jurídico, uma das partes se reserva a liberdade de aceitar proposta, completa e inalterável, da outra, com tal eficácia que, para formar o contrato sucessivo, basta declarar a aceitação, necessária não sendo outra manifestação da vontade do proponente ou policitante". A opção "é um contrato segundo o qual uma das partes apresenta proposta irrevogável de concluir um contrato, cabendo à outra parte aceitá-la ou não. Aceitando-a, o contrato torna-se perfeito e acabado" (STRENGER, 1998b, p. 110-111). Também se distingue do contrato de preferência, pois nesse "uma das partes se compromete a "preferir", mediante certas condições, a outra parte na estipulação de um futuro contrato" (BASSO, 1998, p. 269)

a promessa seja viável é necessário que os elementos essenciais que caracterizam o contrato sejam determinados ou determináveis.

Validamente concluída, a promessa, cria para os negociadores as seguintes obrigações:

1ª) devem manter sua oferta de contratar durante o período convencionado, durante o período em que a outra parte deve tomar decisão. Se nenhum prazo é previsto, o promitente pode, a qualquer momento, retratar-se, mas com a condição de colocar previamente ao beneficiário prazo razoável para que tome a decisão; 2ª) devem abster-se de todo ato ou fato que possa impedir a conclusão do contrato prometido: o beneficiário da promessa pode assim premunir-se contra esse risco, praticando atos conservatórios, agindo em juízo para fazer respeitar a promessa ou mesmo tomando cautelas para garantir a execução desta; 3ª) devem, enfim, lavar o contrato definitivo, chegando o momento. Se o promitente a isso se recusa, o tribunal pode, em princípio, proferir julgamento com força de contrato, em consonância com as condições essenciais deste, previamente determinadas ou determináveis, em razão da promessa (STRENGER, 1998b, p. 110-111).

Ao se efetivar o contrato almejado as partes se comprometem definitivamente a assumir certas obrigações determinadas e dessa forma, o acordo tem força obrigatória, possibilitando o direito de demandar em juízo a execução forçada das prestações prometidas.

O contrato preliminar unilateral, ou promessa unilateral de contrato, implica a manifestação de vontade dirigida a constituir novo contrato, qual seja, o definitivo (o projetado), determinando, desde logo, seus elementos essenciais. Representa, pois, para uma das partes, uma obrigação de fazer, um facere: o ulterior consentimento para a celebração do contrato definitivo. (BASSO, 1998, p. 268-269)

Ao comparar o contrato preliminar e carta de intenção,

Maristela Basso (1998, p. 270) explica que embora sejam figuras pré-negociais que visam dar segurança às partes durante a formação dos contratos, os contratos preliminares possuem como traço característico o vínculo, a obrigação de firmarem o contrato definitivo enquanto que as cartas de intenção têm como sinal marcante a eventualidade. No entanto, a jurista faz uma ressalva: "certamente há que se considerar, conforme visto anteriormente, que as cartas de intenção podem ser mais ou menos vinculantes de acordo com seu conteúdo".

67 "Pode acontecer que uma das partes se recuse a cumprir a obrigação assumida. Nesses casos, a parte que se vê prejudicada poderá recorrer à arbitragem ou ao juiz nacional, conforme estabelecido no termo do pré-contrato". (BASSO, 1998, p. 267)

Aqui reside a grande diferença entre contrato preliminar e carta de intenção. O contrato preliminar prevê a obrigação de se concluir o contrato definitivo enquanto a carta de intenção, em regra, não obriga ao alcance do contrato definitivo, mas pode prever obrigações (divisão de despesas, sigilo, investimentos) que as partes devem respeitar até que se decidam pela conclusão ou não do contrato definitivo, caracterizando em si, um contrato antecessor do qual almejam e que talvez nem seja alcançado.

2.4.3 Cartas de Conforto

As cartas de conforto são

acordos preparatórios usados frequentemente durante as negociações relativas a um contrato de mútuo ou financiamento com bancos, agentes financeiros ou seguradoras, presentes ainda durante o processo de formação de outros contratos nos quais existam compromissos financeiros relevantes. Tais documentos preparatórios se aperfeiçoam com a conclusão do contrato definitivo de mútuo ou financiamento. (BASSO, 1998, p. 208)

As *lettres de patronage*, como são chamadas internacionalmente, envolvem terceiros⁶⁸ nas negociações de contrato internacionais de mútuo a fim de "confortar" o banco ou agente financeiro de que existe uma outra sociedade, maior e mais poderosa, por trás daquela empresa que lhe pede o mútuo. Importante salientar que as cartas de conforto também podem variar⁶⁹ em seu conteúdo e efeitos jurídicos, pois podem ir desde uma simples correspondência da sociedade controladora informando que a mutuária é do grupo econômico, como pode garantir o empréstimo.

As *lettres de patronage* são geralmente firmadas por uma sociedade (empresa), chamada, na prática, de "sociedade controladora", em favor de um banco, ou outro agente financeiro com a finalidade de que este último

68 "Enquanto as cartas de intenção são firmadas diretamente pelas partes envolvidas e interessadas na negociação do contrato definitivo, as *lettres de patronage* são emitidas por terceiro (empresa controladora), estranho à negociação que está em andamento, fazendo-o justamente para reforçar as tratativas e garantir o aperfeiçoamento do contrato definitivo entre o banco e a empresa controlada. Todavia, a semelhança que existe entre as *lettres de patronage* e as cartas de intenção é que as primeiras também podem gerar efeitos jurídicos, mais ou menos vinculantes, segundo o seu conteúdo". (BASSO, 1998, p. 210)

69 "O conteúdo das *lettres de patronage* é muito variado, oscilando desde o fornecimento de simples informação ao banco, até a assunção de obrigações de fazer, no sentido de dar sustentação para que a empresa controlada honre seus compromissos com o banco, ou agente financeiro". (BASSO, 1998, p. 210)

conceda um mútuo, ou financiamento, a uma "sociedade controlada" pela primeira (firmatária). Dessa forma, o banco se sente mais seguro, talvez mais confortável, pela suposta credibilidade de ter a empresa que pleiteia o empréstimo "alguém mais forte e poderoso por trás", mesmo que não haja, muitas vezes, conseqüências na realidade, como se verá, mesmo consistindo em medida mais política que prática. (BASSO, 1998, p. 209)

Assim, novamente aqui, vislumbra-se a importância de prever nas cartas de conforto cláusulas de lei aplicável e compromissória de arbitragem a fim de dar maior segurança aos envolvidos.

2.4.4 Acordos de Segredo

Há, ainda, os acordos de segredo que servem para preservar informações sigilosas que possam dar dividendos à outra parte no decurso da negociação (BASSO, 1998, p. 233), ou seja, representam uma obrigação de não divulgar certas informações e conhecimentos confidenciais.

O dever de confidencialidade está previsto no art. 2.1.16 dos Princípios da UNIDROIT nos seguintes termos:

Se uma das partes proporciona informação como confidencial durante o curso das negociações, a outra tem o dever de não revelá-la nem utilizá-la injustificadamente em proveito próprio, independentemente de que no futuro se conclua ou não o contrato. Quando for apropriado, a responsabilidade derivada do inadimplemento desta obrigação poderá incluir uma compensação baseada no benefício recebido pela outra parte.

Os acordos confidenciais são regidos pelo princípio da boa-fé objetiva e constituem contratos temporários que criam obrigações de manter sigilo sobre as informações a que se teve acesso durante as tratativas a fim de não gerar danos ao parceiro e nem propiciar benefício ou enriquecimento ilícito para si. Geralmente, envolvem contratos de comunicação de conhecimento tecnológico (know-how⁷⁰) (BASSO, 1998, p. 233).

70 "O contrato de know-how é um documento mediante o qual uma pessoa física ou jurídica transfere a outrem a prerrogativa de partilhar dos direitos que ela possui sobre certas fórmulas, técnicas ou processos próprios, exclusivos e secretos, reservando-se o direito de explorá-los, utilizá-los e aperfeiçoá-los durante certo lapso de tempo e mediante determinada remuneração a ser paga pela cessão. Esta remuneração é denominada royalty e consiste quase sempre numa percentagem sobre o valor das vendas dos artigos obtidos através do know-how ou da produção de serviços proporcionada por ele, ou sobre qualquer outra forma de resultados obtidos com ele para a produção de um bem que reverta em lucro para quem o esteja utilizando". (MURTA, 1998, p. 143)

Na prática, quando as partes redigem o documento, o credor da obrigação de segredo procura detalhar ao máximo o que considera confidencial, ou seja, quais são as obrigações de segredo da outra parte, precisando inclusive seu âmbito e duração. Por outro lado, aquele que se compromete a manter as informações em caráter confidencial (devedor), procurará proteger-se da sua obrigação tanto *ratione temporis*, como *ratione materiae*. (BASSO, 1998, p. 234).

Mauricio C. de Almeida Prado (1997, p.15-16) justifica a necessidade das negociações preliminares nos contratos de transferência de tecnologia.

Aos contratos internacionais de transferência de tecnologia antecede, inevitavelmente, intensa fase de negociações, que se justifica por se tratar de contratos internacionais de longo prazo, que visam à transferência de um bem intangível, de difícil identificação quanto ao conteúdo e à extensão: a tecnologia.

Roberto de Oliveira Murta (1998, p. 147) expõe a situação num caso hipotético durante a formação de um contrato internacional.

[...] nesta etapa, surge uma pequena dificuldade, que consiste em fornecer ao importador uma idéia exata dos processos que poderão ser cedidos, mas que por se tratar de processos secretos não poderão ser transmitidos antes que ele adquira a concessão. Exportador e importador, então, costumam utilizarse de uma convenção particular em que haja compromisso do importador de guardar e não utilizar o segredo que lhe foi transmitido.

Mauricio C. de Almeida Prado (1997, p. 49-50) explica que o acordo de confidencialidade é um negócio jurídico de natureza contratual inominada, podendo ser celebrado oralmente, mas consagrado na prática contratual internacional na forma escrita pela relevância do objeto contratual, para a proteção dos interessados durante a fase negocial e para prova de seu alcance. O objeto do acordo consiste no compromisso de não divulgar a terceiros as informações reciprocamente veiculadas, bem como de usar tais informações tão somente para o fim de avaliar a conveniência da celebração do contrato definitivo.

As informações sigilosas são protegidas no Brasil, inclusive pela Lei de Propriedade Industrial, a Lei nº. 9.279/96, em seu art. 195 que reza sobre os crimes de concorrência desleal, enumerando dentre os autores, os que prometem dinheiro a empregado de concorrente a fim de que ele falte ao dever do emprego proporcionando vantagem ao seu pagador (inciso IX) e também o empregado conivente (inciso X); quem divulga, explora ou utiliza, sem autorização, de

conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato (inciso XI) e quem se aproveita das informações a que se refere o inciso anterior, obtidos por meios ilícitos ou a que teve acesso mediante fraude (inciso XII), dispondo ainda que a pena para este crime é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Além dos modelos jurídicos acima expostos, muitos outros podem nascer frutos da autonomia da vontade e da necessidade dos operadores do comércio internacional.

Em resumo do estudo dos modelos jurídicos, Maristela Basso (1998, p. 271) conclui:

- a) que cada um deles gera seus efeitos próprios;
- b) que visam a dar segurança às partes durante a importante fase das negociações preliminares;
- c) que buscam, com mais ou menos vigor, vincular as partes, seja no que se refere aos efeitos das tratativas propriamente ditas, seja no que diz respeito à conclusão do contrato definitivo.

Deve-se então considerar que as negociações preliminares podem originar diversos modelos jurídicos que, por sua vez, "são capazes de produzir conseqüências jurídicas, segundo as expectativas que geram e os possíveis prejuízos que o rompimento arbitrário pode acarretar à outra parte" (BASSO, 1998, p. 273). Não se pode esquecer que o princípio essencial das tratativas ainda vigora, qual seja, a liberdade de contratar. Assim, mesmo diante de tais modelos jurídicos, é notório que as partes entram em negociação para conhecerem as vantagens e desvantagens do futuro e eventual contrato por sua conta e risco, sendo atividade normal do comércio. Porém, a autonomia encontra limite no dever de negociar de boa-fé⁷¹, de minimizar prejuízos a outrem, necessitando de uma resposta do direito concernente ao momento de globalização comercial, jurídica, econômica, social e cultural que se vive e que não pode aguardar a conclusão do contrato para inibir práticas abusivas e desleais.

71 "No âmbito do direito comercial internacional, na perspectiva atual de formação dos contratos, as negociações preliminares devem evoluir em uma atmosfera de cooperação, lealdade e correção. Certas regras devem ser respeitadas, ainda que não estejam escritas -são os requisitos do processo negocial, que, no contexto dos ordenamentos internos, se poderia traduzir por boa-fé". (BASSO, 1998, p. 278)

Assim, embora não se tenha alcançado o contrato final, têm-se, em alguns casos, ainda nos modelos jurídicos como algumas cartas de intenção, verdadeiro vínculo obrigacional contratual que merece a atenção e proteção do direito e por isso justifica a inserção da cláusula compromissória para dar segurança e eficiência aos negociadores internacionais que não podem ficar à mercê da insegurança e variação dos sistemas jurídicos aos quais podem estar submetidos.

2.5 CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DO ROMPIMENTO DAS NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES

A liberdade de negociação é um pressuposto ao desenvolvimento do comércio, mas, essa liberdade sofre limitações, uma vez que está submetida à moralidade decorrente do dever de agir de boa-fé. Os negócios devem evoluir dentro de uma atmosfera de lealdade e correção, ainda que não exista regra escrita. Assim, importante delimitar o vínculo decorrente das negociações preliminares, pois pode ocorrer durante as negociações, a percepção de uma ou ambas as partes sobre a inconveniência do negócio e que não deve anuir definitivamente.

Dessa forma, Silvio Rodrigues (2002, p. 67) explica que "nenhuma responsabilidade lhe pode daí advir, pois as negociações preliminares ordinariamente não obrigam os contratantes".

Porém, se a ruptura das negociações for arbitrária e injustificada - baseada no capricho de uma das partes ou em descumprimento de obrigação assumida em carta de intenção ou outro instrumento utilizado pelas partes nesse período -, causando prejuízo ao outro contratante - que na expectativa de um bom negócio realizou despesas, abriu mão de outros negócios, alterou planos de sua atividade -, este deverá ser reparado.

No capítulo 2 dos Princípios do UNIDROIT sobre os Contratos Comerciais Internacionais (destinado à formação dos contratos), art. 2.1.15, encontra-se que

1. As partes tem plena liberdade para negociar os termos de um contrato e não são responsáveis pelo fracasso em alcançar um acordo.
2. Contudo, a parte que negocia ou interrompe as negociações de má-fé é responsável pelos danos e prejuízos causados a outra parte.
3. Em especial, considera-se má-fé entrar em negociação ou continuá-la com a intenção de não chegar a um acordo.

Como dito anteriormente, o art. 7º, §1º da Convenção de Viena de 1980 sobre Contrato de Compra e Venda Internacional de Mercadorias também ressalta a importância da boa-fé objetiva. Dessa forma, "a boa-fé objetiva ganha relevo também no sentido de coibir qualquer abuso de uma parte sobre a outra, orientando a conduta contratual a ser desenvolvida" (AMARAL JUNIOR, 1993, p. 27).

Assim, a não celebração do contrato pode causar prejuízos, muitas vezes difíceis de serem avaliados, uma vez que as tratativas também se vislumbram no plano subjetivo, ou seja, envolvem as esperanças de um dos negociadores de realizar o negócio vantajoso para o qual despendeu esforços. Porém, alguns prejuízos podem ser avaliados por meio de fatos concretos⁷², como as despesas direcionadas à conclusão do negócio, sejam, estudos de viabilidade, pesquisas, projetos, experiências, despesas com viagens dos negociadores, diárias etc.

Ocorre muitas vezes que, para se preparar para executar a contento o contrato, a parte chega a mobilizar, desde logo, recursos, pessoal, chega a adquirir e a mover equipamentos e a praticar outros atos que depois se frustram a possibilidade de materialização do contrato por culpa da outra parte, que ocultou ou falseou dados ou criou falsas expectativas, podem ser passíveis de pedido de indenização. (GARCEZ, 2003, p. 217-218)

Embora as tratativas geralmente sejam descritas doutrinariamente sem força vinculante - caso fosse diferente não se negociaria preliminarmente -, qualquer relação comercial deve observar o princípio da boa-fé objetiva entre as partes e o não enriquecimento ilícito como determina o Código Civil Brasileiro em seus artigos 186, 187 e 927. Assim, tudo que conflita com a boa-fé objetiva deve ser declarado ilícito. Toda vez que o contrato não for concluído em decorrência de comportamento desleal ou abusivo de uma das partes os danos devem ser reparados.

72 "O esquema para a formação do contrato internacional, segundo Frignani (1990, p. 49), envolve geralmente o estudo de mercado e a exequibilidade, a elaboração de projetos, a análise de documentos e balanços, o estudo do sistema legislativo (tributário, fiscal, comercial e aduaneiro) do país da contraparte, a solicitação de autorizações administrativas, a concessão de financiamentos (nacionais ou internacionais), o que, indubitavelmente, exige tempo, despesas (inclusive com a contratação de pessoal especializado) e, sobretudo, riscos. Assim, via de regra, em caso de ruptura das tratativas, o dano ou prejuízo de uma das partes é "essencialmente material", ou seja, fundamentalmente perda pecuniária que pode ser ocasionada também pela violação de segredo de comércio ou indústria que tenha sido revelado durante o período das negociações" (BASSO, 1998, p. 160).

Importante ressaltar que esta reparação será decorrente de comportamento censurável, ou seja, dolo, negligência ou imprudência, porque, se esta culpa não for analisada com cautela acabará resultando em prejuízo aos contratos internacionais, pois os contratantes se retrairão perante uma ameaça de indenização proveniente da outra parte sempre que participem de uma negociação. (COSTA, 2004, p. 301)

Assim, o que vem sendo reconhecido é que aquele que se retira injustificadamente de uma negociação depois da outra parte ter feito investimentos de qualquer monta ou natureza, fica obrigado a ressarcir os prejuízos sofridos. Se essa reparação será pré-contratual⁷³ ou contratual dependerá do grau de vínculo obrigacional entre elas⁷⁴.

Isto é, as negociações preliminares não vinculam as partes à conclusão do contrato, mas, muitas vezes, pela complexidade e importância financeira do que está sendo negociado e dos investimentos necessários para se conhecer o objeto e viabilidade de sua contratação, elas acabam por firmar instrumentos jurídicos como as cartas de intenção, os pré-contratos, os acordos de sigilo, que delimitam as responsabilidades e objetivos das tratativas e, conseqüentemente, o vínculo existente entre os envolvidos, como se viu no anteriormente.

Dessa forma, se o modelo jurídico gerar obrigação de fazer, não fazer ou dar, estar-se-á diante da responsabilidade contratual e vale novamente lembrar que não se refere ao contrato definitivo, mas à obrigação específica desejada pelas partes naquele momento preliminar a fim de alcançá-lo. Se, por sua vez, o modelo jurídico apenas pontuar a negociação até aquele momento ou não criar nenhuma obrigação, estar-se-á perante a responsabilidade pré-contratual.

Como não há propriamente o contrato principal - em fase de estudo pelas partes -, tem-se a insegurança de como e por quem será resolvido eventual conflito surgido nessa fase, ainda mais não sendo do cotidiano do Judiciário lidar com essas questões comerciais internacionais e também pela existência do vínculo

73 Karina Cristina Nunes Fritz (2005, p. 16-17) informa que a maior parte da doutrina reconhece quatro hipóteses de manifestação da responsabilidade pré-contratual: 1) responsabilidade pela celebração de contrato nulo ou anulável; 2) responsabilidade por danos oriundos da fase negocial, na hipótese de contrato válido; 3) responsabilidade por danos oriundos da fase negocial, na hipótese em que não há celebração do contrato; 4) responsabilidade por ruptura injustificada das negociações.

74 Não se fará maiores explanações acerca da responsabilidade contratual e pré-contratual por não ser o objetivo deste trabalho.

de dois ou mais sistemas jurídicos e o envolvimento de terceiros, como seguradoras, bancos, transportadoras, despachantes etc.

Nesse sentido é que se analisará a inserção, no modelo jurídico escolhido anteriormente pelas partes, de uma cláusula compromissória de arbitragem.

3 ARBITRAGEM: APLICAÇÃO DA CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NAS NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES DOS CONTRATOS INTERNACIONAIS DO COMÉRCIO

O presente capítulo visa analisar o instituto da arbitragem, suas características e sua importância para o desenvolvimento do comércio internacional, por fim justificar seu uso durante a fase de formação dos contratos internacionais, inseridos nos modelos jurídicos anteriormente descritos, considerando-se o caso concreto e a possibilidade do uso da cláusula compromissória de arbitragem. Para tanto, é importante destacar, ainda que brevemente, sua história que demonstra a essência e utilidade do instituto jurídico.

A arbitragem é um dos métodos mais antigos de solução de conflitos, encontrando-se indícios de seu uso desde a Grécia Antiga com a mitologia, quando Paris foi árbitro entre Atena, Hera e Afrodite que disputavam a maçã de ouro, triunfo da mais bela mulher (CRETELLA JUNIOR, 1989, p. 8). Segundo José Cretella Neto (CRETELLA NETO, 2004, p. 6), "a mais antiga arbitragem teria ocorrido entre Messenia e Esparta, em 740 a.C."

Durante séculos a arbitragem foi muito utilizada como método de solução de conflitos entre Estados, encontrando-se informações de sua utilização pelas polis gregas, pelos antigos hebreus e pelos impérios europeus⁷⁵.

A partir do século XII, especialmente no século XIV, a arbitragem ganha maior ênfase comercial com o surgimento dos tribunais marítimos em decorrência da intensificação desse comércio e dos "descobrimientos" de novos continentes pelos europeus (CRETELLA NETO, 2004, p. 8).

Segundo Irineu Strenger (1996a, p. 23), a arbitragem "na Idade Média era o método que regulava divergências entre os comerciantes, com adoção de usos e costumes que permitiram o desenvolvimento da moderna *lex mercatoria*".

Por esse aspecto, vê-se a estreita ligação entre a evolução do comércio e o uso da arbitragem. No entanto, após a Revolução Francesa em 1789, as corporações mercantis perderam um pouco de força, mas esse método alternativo continuou sendo utilizado pela Assembléia Constituinte Francesa, porém, com caráter obrigatório e a fim de combater os abusos praticados pela realeza. A

⁷⁵ Vide CRETELLA NETO, 2004.

partir de então, outros Estados europeus e americanos começaram a inseri-lo em suas legislações, porém, de forma facultativa, respeitando a autonomia privada (CRETELLA NETO, 2004, p. 10-11).

Esse instituto chegou ao Brasil com os portugueses por meio das Ordenações Filipinas e foi incorporado à Constituição Federal de 1824. Entre os comerciantes a arbitragem ganhou relevo com o Decreto 737 de 1850 e o Código Comercial de 1850, sendo obrigatória em questões como contratos de locação mercantil, matéria societária, naufrágios e outros. Porém, a obrigatoriedade não durou muito tempo, sendo modificada pela Lei 1.350 de 1866, uma vez que a autonomia da vontade é o princípio motor⁷⁶ da arbitragem. (TIBURCIO, 2001, p. 80-81).

A legislação brasileira incorporou a arbitragem ao Código Civil de 1916 que dispunha sobre o compromisso nos artigos 1.037 a 1.048 e no Código de Processo Civil de 1939 que tratava do juízo arbitral, determinando que o laudo arbitral deveria ser homologado pelo Poder Judiciário que fosse competente para julgar o litígio, o que prejudicava o desenvolvimento desse instituto.

Vê-se, portanto, que esse método de solução de conflitos está totalmente vinculado ao comércio e ao interesse estatal de intervenção na área econômica, pois durante o período de fechamento do Estado para as relações comerciais internacionais e para a própria democracia, a arbitragem permaneceu obsoleta na medida em que a sentença arbitral necessitava da homologação do Judiciário e o Executivo não ratificava as convenções internacionais que firmava.

Apenas com a abertura democrática e comercial do país é que o Legislativo retomou a discussão sobre a modernização do instituto no Brasil.

Isso ocorreu com a aprovação e promulgação da Lei 9.307 de 1996⁷⁷, bem como com o referendo e ratificação de tratados internacionais sobre o assunto, tais como: a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial

Internacional de 1975⁷⁸, a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros de 1979⁷⁹ e a

76 "Porque contra a vontade das partes, só é possível a decisão judicial, nunca arbitral"(AZEVEDO, 1998, p. 11)

77 A Lei 9.307/96 revogou os dispositivos do Código Civil e do Código de Processo Civil referentes à arbitragem

78 Promulgada pelo Dec. 1.902 de 09 de maio de 1996.

79 Promulgada pelo Dec. 2.411 de 02 de dezembro de 1997.

Convenção de Nova Iorque de 1958⁸⁰, o que colaborou sobremaneira para a atualização e segurança jurídica que o país passou a transmitir para os investidores internacionais nos últimos tempos. José Carlos de Magalhães, ao prefaciar a obra de Irineu Strenger, *Comentários à lei brasileira de arbitragem* (1998a, p.10), ressalta que a arbitragem se fortalece com a mudança ocorrida no cenário internacional, como a criação da ONU, da OMC, abertura dos países ao comércio internacional, redução do Estado e aparecimento das empresas multinacionais.

De fato, enfraquecendo-se o Estado, com seu antigo conceito de soberania abalado pelo convívio com outros atores na área internacional, que lhe limitam a esfera de poder, é natural que a comunidade procure mecanismos alternativos que afastem a intervenção oficial.

José Carlos Magalhães continua a explicar (STRENGER, 1998a, p.11)

De fato, tanto a arbitragem, como o desenvolvimento da *lex mercatoria* são fruto do fenômeno de modificação do papel do Estado e, mais do que isso, da consciência de que o Estado nada mais é do que a estrutura jurídica da comunidade nacional e que a jurisdição, ou seja, a autoridade para declarar o direito, quem a tem é a comunidade, ou a nação, e não o Estado. Volta-se a considerar a necessidade de relembrar o conceito da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, esquecido pelos regimes totalitários, inclusive no Brasil, de que "a nação é essencialmente a fonte de toda a soberania; não podendo qualquer indivíduo, nem qualquer corpo de pessoas, assumir qualquer autoridade que não decorra expressamente dela" (art. 3º). É a noção do Estado representativo de que fala Norberto Bobbio, em que o Estado passa a ser "considerado não mais como *ex parte principis*, mas *ex parte populi*. O indivíduo vem antes do Estado. O indivíduo não é pelo Estado, mas o Estado pelo indivíduo".

Se o indivíduo e, em consequência, a comunidade vem antes do Estado, a jurisdição que este exerce é delegada - e não originada. [...]

Essa noção é fundamental para compreender o caráter jurisdicional da atividade do árbitro. A jurisdição de que se acha investido é a mesma do juiz estatal, com a diferença de que sua autoridade jurisdicional decorre diretamente das partes, enquanto a do juiz, da comunidade como um todo, expresso na Constituição. [...]

Enquanto a arbitragem nacional ganha espaço entre juristas e empresários, João Bosco Lee (2002, p. 37) lembra que no âmbito internacional das relações comerciais a arbitragem é o meio mais comum de solução de conflitos.

80 Promulgada pelo Dec. 4.311 de 23 de julho de 2002.

No âmbito internacional, não existe um órgão jurisdicional para resolver os litígios entre os operadores privados do comércio internacional. Assim, pode-se recorrer aos tribunais estatais ou optar pela via arbitral. Se a arbitragem ainda é vista com uma certa reticência no âmbito interno, onde o contencioso judicial ainda prevalece, no comércio internacional a arbitragem é considerada como o meio normal de solução de conflitos.

Embora seja possível constatar o quão cômodo seria para cada parte se o contrato ou a negociação fossem julgados em seu próprio país, de acordo com as suas leis, procedimentos, costumes e língua; também é fácil perceber que a possibilidade de estar sob a égide da lei e/ou jurisdição alheia causa desconforto. Para evitar essa situação de eminente desavença e insegurança é que se utiliza a arbitragem no contexto comercial internacional.

Welber Barral (2000, p. 70) informa que se pode traçar uma correlação direta entre o processo de globalização com uma maior demanda pela arbitragem comercial internacional, pois nesse cenário as empresas multinacionais pretendem uma maior segurança de que qualquer conflito será julgado em um foro imparcial, livre da dúvida do nacionalismo dos tribunais internos.

Micaela Barros Barcelos Fernandes (2005, p. 59) ministra que

as inseguranças geradas pela ausência de certeza sobre qual, entre vários tribunais estatais, decidirá eventual questão oriunda da relação contratual, e ainda, sobre quais normas de direito processual e material serão aplicadas para dirimir a controvérsia, conferem enorme instabilidade a um contrato, fragilizando a relação e as próprias partes, que, em última análise, podem inclusive perder competitividade no mercado internacional.

Confirma-se a importância da arbitragem como método de solução de conflitos alternativo às dificuldades de se encontrar uma solução adequada referente às cláusulas de lei aplicável, foro de eleição e língua, o que nem sempre é fácil diante da confusão feita pelo Judiciário nacional, como afirma Nadia de Araujo (2002, p. 199).

A liberdade das partes de escolher o foro, que faz parte da liberdade contratual, não se confunde com a liberdade de escolher a lei aplicável, sendo a primeira permitida no Brasil e a segunda não. A jurisprudência encontrada não esclarece esses conceitos, tratando a liberdade de eleição de foro como "autonomia da vontade" e ao mesmo tempo impedindo-a, por considerá-la em desacordo com as regras de competência internacional.

Para Maristela Basso (1996b, p.13) outro fator relevante para o incentivo à arbitragem é a morosidade do Poder Judiciário que gera insegurança e desestímulo ao comércio e ao desenvolvimento econômico.

A morosidade dos processos civis e comerciais repercute, como é sabido, desfavoravelmente na produção e nos investimentos de capitais, paralisando atividades, gerando gastos improdutos e ocasionando perdas econômicas significativas. A justiça lenta deixa de ser justa. A morosidade na tramitação das causas submetidas aos tribunais gera na população sentimentos de insegurança jurídica e de desapego frente às instituições públicas que devem garantir seus direitos. O sentimento de cidadania se enfraquece e o resultado do inconformismo nem sempre é o mais salutar. A justiça que chega atrasada deixa de ser justa.

Nesse contexto, a Assembléia Geral das Nações Unidas em 1976 reconheceu o valor da arbitragem como meio de solução de litígios comerciais internacionais ao sugerir que

[...] a implementação de sistemas de arbitragem aceitáveis nos países de sistemas jurídicos, sociais e econômicos diferentes contribuiria de maneira significativa ao desenvolvimento harmonioso das relações econômicas. (apud LEE, 2002, p. 37)

Dessa forma, a arbitragem é instituto utilizado mundialmente como solucionador de conflitos resultantes de negociações internacionais e o Brasil com a evolução de sua legislação pode aplicá-la, até mesmo para possibilitar às partes o exercício de sua autonomia da vontade. No entanto, embora seja um dos métodos de solução de conflitos pacíficos mais antigos e tão comum em âmbito comercial internacional, falta à sociedade, aos empresários e aos juristas brasileiros desmistificarem e utilizarem cada vez mais esse instituto que se mostra moderno, ágil e eficiente.

Justificada sua utilização no comércio, principalmente no internacional, passa-se a analisar a aplicação da cláusula compromissória para a solução dos conflitos nascidos durante a fase de formação dos contratos, onde a instabilidade do relacionamento é ainda maior pelo fato de não vincular as partes à conclusão do contrato, mas importando em relevantes despesas e efeitos jurídicos como visto anteriormente.

3.1 CONFLITOS E SOLUÇÕES NAS NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES

A vida humana é conflituosa. Muitas vezes é por meio do conflito que se aprende e amadurece, pois nem todo conflito significa rompimento dos relacionamentos e tampouco todas as controvérsias possuem relevância para o direito. Nas relações empresariais internacionais o conflito também é constante, pois os costumes, a língua, a diferença dos sistemas jurídicos representam barreiras a serem contornadas pelas partes.

Morton Deutsch (2004, p. 34) ressalta que o conflito possui funções positivas.

O conflito previne estagnações, estimula interesse e curiosidade, é o meio pelo qual os problemas podem ser manifestados e no qual chegam as soluções, é a raiz da mudança pessoal e social. O conflito é frequentemente parte do processo de testar e de avaliar alguém e, enquanto tal, pode ser altamente agradável, na medida em que se experimenta o prazer do uso completo e pleno da sua capacidade. De mais a mais, o conflito demarca grupos e, dessa forma, ajuda a estabelecer uma identidade coletiva e individual; o conflito externo geralmente fomenta coesão interna.

Os conflitos ou diferenças são vivenciados com muita intensidade na fase de formação dos contratos internacionais, justamente por ser o momento oportuno para se conhecer, aparar as arestas e finalizar o negócio ou verificar que sua conclusão não é a decisão acertada e se retirar das negociações. Porém, se ocorrer um rompimento injustificado ou que gere prejuízos a outrem esse conflito ganhará relevância jurídica e necessitará do auxílio do direito para sua solução.

O conflito se manifesta como uma contraposição intersubjetiva de direitos e obrigações, como um fenômeno que se produz quando a respeito de um mesmo bem coexistem duas pretensões conjuntas, ou melhor, uma pretensão por um lado e uma resistência por outro (CAIVANO; GOBBI; PADILLA, apud SANTOS, R., 2004, p. 13).

Assim, conflito⁸¹ pode ser entendido como o que torna incompatível o bom relacionamento das pessoas, sejam naturais ou jurídicas, públicas ou privadas, no âmbito das relações pessoais, familiares, profissionais, empresariais,

81 Morton Deutsch (2004, p. 31-32) assinala os fatores que afetam o conflito: 1. As características das partes em conflito; 2. Os relacionamentos prévios delas; 3. A natureza da questão que dá origem ao conflito; 4. O âmbito social em que o conflito ocorre; 5. Os espectadores interessados no conflito; 6. A estratégia e a tática empregada pelas partes no conflito e 7. As conseqüências do conflito para cada participante e para outras partes interessadas.

sociais ou internacionais. Nesse sentido, Morton Deutsch (2004, p. 41-42) salienta que o "conflito é determinado pelo que é valorizado pelas partes conflitantes e por quais crenças e percepções elas detêm".

Fábio Portela Lopes de Almeida (2003, p. 176), ao analisar a teoria dos jogos e os métodos de resolução de disputa, informa que o conflito é "a situação na qual duas pessoas têm que desenvolver estratégias para maximizar seus ganhos, de acordo com certas regras pré-estabelecidas", ocorrendo, portanto, quando atividades incompatíveis entre pessoas, grupos ou nações acontecem.

Para resolução dos conflitos decorrentes dos contratos internacionais ou de suas negociações preliminares, as partes poderão optar pelo método judicial, por meio da cláusula de eleição de foro, ou então por um ou mais métodos extrajudiciais.

Se a escolha for pela submissão ao Poder Judiciário de um determinado Estado, deve-se observar se aquele possui competência para julgar a causa. Por sua vez, se tal opção recair sobre um método extrajudicial, ter-se-á a possibilidade de utilizar-se de um ou mais métodos para a solução do conflito, tais como a arbitragem, a mediação, a conciliação e a negociação direta. Em alguns métodos será necessária a intervenção de um terceiro e ele poderá decidir (heterocomposição) ou não (autocomposição) o conflito, dependendo do que a lei ou as partes determinarem.

Assim, Ricardo Soares Stersi dos Santos (2004, p. 14) diferencia as formas autocompositivas das heterocompositivas informando que as primeiras "são aquelas em que as próprias partes interessadas, com ou sem a colaboração de um terceiro, encontram, através de um consenso, uma maneira de resolver o problema"; enquanto nas segundas "o conflito é administrado por um terceiro, escolhido ou não pelos litigantes, que detém o poder de decidir, sendo a referida decisão vinculativa em relação às partes".

Com essas noções gerais, passa-se a analisar os tipos de solução de conflitos das relações empresariais durante as negociações preliminares, objetivando diferenciá-los para se ater mais à frente à arbitragem, objeto desse estudo.

3.1.1 Solução Judicial e Foro de Eleição

Dentre os métodos heterocompositivos tem-se a solução judicial⁸², onde é permitido, em regra, às partes escolherem o foro, mas não o julgador que é determinado e designado pelo Estado, sendo sua decisão vinculativa. Se a sentença judicial tiver que ser executada em outro Estado, tal decisum necessitará da homologação do Judiciário daquele Estado. Nesse sentido, os Estados podem elaborar tratados de cooperação a fim de facilitar os trâmites para a homologação e execução da sentença estrangeira.

Ricardo Soares Stersi dos Santos (2004, p. 23) elenca algumas características do modelo de administração judicial dos conflitos:

- a) a existência de um terceiro-juiz, indicado pelo Estado para resolver conflitos submetidos pelas partes;
- b) o poder atribuído ao juiz pela ordem jurídica para decidir conflitos de maneira vinculativa e obrigatória para as partes;
- c) a obrigatoriedade do juiz em proferir decisão, seja de mérito ou extintiva;
- d) o poder do juiz para tomar a decisão que coloque fim ao conflito das partes advém do Estado (por delegação da sociedade) e não das partes em conflito;
- e) a tomada de decisão é realizada após o desenvolvimento de processo e procedimento impostos pela ordem jurídica e não fruto da escolha das partes;
- f) a possibilidade do juiz de utilizar a força (coerção) para garantir o cumprimento da decisão proferida.

No que se refere à escolha do foro, segundo Garcez (2003, p.

só é limitada pelas questões relativas a ordem pública interna dos países, como é o caso, no Brasil, das questões sobre imóveis, que devem ser julgadas, exclusivamente, pela autoridade judiciária brasileira. De resto, o elemento geográfico da escolha da jurisdição deve ter, em geral, algo a ver com a estrutura do contrato, guardando conexão ou com o local de domicílio de uma das partes ou com o local da execução do contrato, conforme preceituam a doutrina e a jurisprudência internacionais.

Luiz Olavo Baptista (1980, p. 95) informa que as cláusulas de eleição de foro nos contratos internacionais são geralmente aceitas universalmente,

82 ALMEIDA, 2003, p. 189-190. Numa análise de aplicação da teoria dos jogos, tem-se que o processo judicial não é um jogo-cooperativo e caracteriza um jogo de soma zero, pois "a cooperação implicaria a vitória do adversário" e o juiz deve considerar o direito e não os interesses das partes.

desde que o foro escolhido tenha alguma relação com o contrato e que a escolha não tenha decorrido de tentativa de fraude à lei.

Celso Bastos e Eduardo Amaral Gurgel Kiss (1990, p. 04-05) alertam que um dos critérios utilizados para a escolha do foro deve ser o local onde o réu possui bens, "pois nenhum Estado gosta de ver suas decisões desrespeitadas ou ineficazes. E é o que poderia acontecer quando proferisse decisões cujo cumprimento dependesse de atos executórios a serem praticados em outros países".

A cláusula de eleição de foro determinará a qual jurisdição estatal as partes estarão submetidas na eventualidade de um conflito. No Brasil, o Código de Processo Civil em seus artigos 88 a 90 e a Lei de Introdução ao Código Civil em seu art. 12 regulam a competência internacional. O art. 88 do CPC permite eleger a competência brasileira quando: i) o réu, independente de sua nacionalidade estiver domiciliado no país, ou ii) a ação se originar de fato ocorrido ou de ato praticado no país.

Além da competência denominada relativa acima exposta, têm-se alguns aspectos que a lei processual, em seu art. 89, de forma absoluta exclui qualquer outra autoridade judiciária: i) para conhecer de ações relativas a imóveis situados no Brasil; ou ii) para proceder a inventário e partilha de bens situados no país, independente da nacionalidade e residência do autor da herança.

Assim, ter-se-á a exclusão de outros métodos de solução de controvérsias quando: a) houver opção pela autoridade judiciária para resolução de todas as questões do contrato; b) estiver obrigatoriamente submetida a ela; c) ou em caso de omissão no estabelecimento do foro de eleição e não houver opção por uma forma alternativa de solução de conflito.

Já por outro vértice, a escolha pela solução judicial pode ocasionar que cada parte busque o amparo do seu Judiciário⁸³ para a resolução do conflito, o que causará um grande transtorno⁸⁴ na medida em que o art. 90 do Código de Processo Civil brasileiro reza que "a ação intentada perante tribunal estrangeiro não

83 Por questões de segurança e conforto, pois conhece os procedimentos que serão utilizados por seu Judiciário nacional.

84 "O motivo principal para atribuir eficácia jurídica à litispendência internacional é o de evitar julgados contraditórios, favorecendo assim a certeza de direito. Ademais, o reconhecimento da litispendência internacional contribui para a realização da economia processual" (RECHSTEINER, 2006, p. 314).

induz litispendência⁸⁵, nem obsta a que a autoridade judiciária brasileira conheça da mesma causa e das que lhe são conexas". Ou seja, até que se homologue a sentença estrangeira, o processo nacional prosseguirá e pelo inverso, se houver sentença nacional transitada em julgado, o STJ não homologará a sentença estrangeira para que não haja conflito de sentenças a serem aplicáveis em território nacional.

Como se denota, muitas são as implicações decorrentes da escolha da solução de conflitos e a opção pelo método judicial possui algumas particularidades, especialmente por envolver a questão da soberania dos Estados. Necessário observar, portanto, que nem sempre escolher o judiciário nacional é o caminho mais apropriado para a solução de eventual controvérsia, principalmente se houver a maior probabilidade de ser o credor, pois se escolher seu próprio foro e seus pedidos forem julgados procedentes, terá que inicialmente conhecer as normas imperativas e a ordem pública do país onde deverá ser cumprida a sentença tida como estrangeira e posteriormente buscar sua homologação e cumprimento conforme as regras do Estado onde estiver localizado o devedor e seus bens para que alcance a efetividade e a coercitividade necessárias.

Assim, na escolha do foro, as partes devem conciliar uma justiça de acesso amplo, de linguagem conhecida para evitar problemas de tradução e interpretação e que não dificulte a produção de provas.

Outra particularidade interessante e às vezes problemática⁸⁶ decorre da divergência entre a escolha da lei aplicável e do foro de eleição, pois nesse caso, um juiz nacional terá que aplicar uma lei material estrangeira para solução da lide, o que dificultará o próprio julgamento, já que tal legislação lhe será desconhecida em seu conteúdo, hermenêutica e vigência, necessitando as partes lhe proverem de provas do seu texto e vigência (art. 14 LICC). Além disso, as partes terão dificuldades de apresentarem as provas dos fatos ocorridos no estrangeiro, pois, os tribunais pátrios, exemplificativamente, não admitem provas que a lei brasileira

85 Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (2003, p. 475) ao comentarem o art. 90 do Código de Processo Civil: "À justiça brasileira é indiferente que se tenha ajuizado ação em país estrangeiro, que seja idêntica a outra que aqui tramite. O juiz brasileiro deve ignorá-la e permitir o regular prosseguimento da ação".

86 Melissa Furlan (2004, p. 103) esclarece que "quando um país declara-se competente para julgar um dado litígio, são as leis desse país que irão reger todo o processo, seus aspectos formais, procedimentais, pois a organização judiciária desse Estado deve ser respeitada, mesmo que os aspectos de direito material desse litígio sejam regidos por lei diversa da daquele país".

desconheça (art. 13 LICC). Além dos embaraços mencionados, pode-se acrescentar que nem sempre o juiz nacional está preparado⁸⁷ para conhecer de assuntos de comércio exterior o que dificultará ainda mais a solução razoável da lide.

Ressalta-se ainda que as considerações anteriores basearam-se na solução de conflitos decorrentes de contratos internacionais concluídos, ou seja, com um mínimo de disposições e cláusulas essenciais, documentação etc, e mesmo assim, diversas são as peculiaridades e dificuldades.

Porém, o presente estudo trata da fase de formação dos contratos internacionais, muitas vezes sem instrumentos jurídicos escritos, o que torna a situação ainda mais complexa pela ausência ou deficiência do que as partes pretendiam e das obrigações de cada uma. Não há um acordo de vontades formado, mas sim o rompimento de suas tratativas. A interpretação do que pode ou não ser caracterizado como obrigação durante as negociações preliminares, dano a ser reparado e o valor de sua fixação, podem variar muito de Estado para Estado, de julgador para julgador.

No entanto, essa insegurança jurídica geralmente é sanada na prática internacional por meio da escolha da arbitragem⁸⁸ como método de solução de conflitos. Nesse sentido, José Maria Rossani Garcez (1999, p. 147) esclarece que

[...] o comércio internacional vem, ao longo do tempo, buscando e aperfeiçoando fórmulas alternativas, confiáveis e mais rápidas, para a solução dos conflitos contratuais que os façam escapar, em princípio, do congestionamento endêmico das estruturas judiciárias dos Estados. Assim, nos contratos internacionais, é conveniente e comum prever-se a solução extrajudicial de disputas mediante métodos de mediação, conciliação ou arbitragem.

Por todo o exposto é que, em âmbito das relações empresariais internacionais opta-se pela exclusão de autoridades judiciárias estatais e se busca o amparo das soluções extrajudiciais também sustentadas pelo direito e com maior

87 As rápidas e qualificadas soluções de controvérsias exigidas pelas relações empresariais internacionais, muitas vezes, são incompatíveis com a rotina árdua e volumosa de trabalho do Poder Judiciário, pois o juiz nacional não é preparado durante sua carreira a identificar elementos de conexão, lei aplicável, julgar provas em língua estrangeira e interpretar termos técnicos próprios do comércio internacional.

88 Contudo, necessário alertar que a inserção de uma cláusula de eleição de foro não exclui a arbitragem, pois, em alguns casos, mesmo devendo a solução ser dada por um árbitro, pode o Judiciário ser chamado a auxiliar, seja para a elaboração da convenção arbitral, seja durante o procedimento arbitral, como designação de oitiva de testemunha, concessão de cautelares etc.

autonomia para as partes, atentando-se para a convergência do local de eleição, lei aplicável e língua para facilitar a instrução do processo.

3.1.2 Soluções Extrajudiciais

Há uma vasta gama de métodos alternativos ou extrajudiciais de solução de conflitos, mas os mais utilizados são a negociação direta, a mediação, a conciliação e a arbitragem, sendo os três primeiros autocompositivos e o último heterocompositivo.

Lato sensu, a negociação divide-se em negociação direta, mediação e conciliação. A negociação direta⁸⁹ é o método pelo qual as próprias partes, sem intervenção de terceiros, e opcionalmente assistidas por seus advogados, tentam solucionar os conflitos existentes em um clima de cooperação, buscando a satisfação de suas necessidades. É o método mais usual e informal, pois faz parte do cotidiano das relações empresariais tanto pela vantagem de ter custo ínfimo quanto por possibilitar a continuidade do clima dos negócios. Porém, quando não é suficiente para solucionar a controvérsia, recorre-se a outros métodos, seja judicial ou extrajudicial.

A mediação e a conciliação são formas de negociação autocompositiva, pois as partes resolvem suas controvérsias com o auxílio de um terceiro, mas não com a sua decisão final.

Moore (1998, p. 28) define mediação como

[...] interferência em uma negociação ou em um conflito de uma terceira parte aceitável, tendo um poder de decisão limitado ou não-autoritário, e que ajuda as partes envolvidas a chegarem voluntariamente a um acordo, mutuamente aceitável com relação às questões em disputa".

Para Luiz Olavo Baptista (apud SANTOS, R. 2004, p. 19)

89 "A negociação direta ou a autocomposição caracteriza-se pela solução da controvérsia pelas próprias partes, sem a intervenção de pessoa estranha. Cada uma delas renuncia aos interesses ou a parte deles, concretizando-se pela desistência, transação ou pelo reconhecimento, por parte da demandada da procedência do pedido, com o que se obtêm o acordo, pondo fim ao litígio" (SZKLAROWSKY, 2006, p. 110).

A mediação tem vantagens, porque ela facilita lidar com tudo aquilo que está subjacente à disputa. Permite que as pessoas criem um sentido de aceitação, sentindo que a decisão a que chegaram foi própria, e não imposta de fora para dentro. Tem, portanto, uma tendência de mitigar e eliminar as tensões, criando compreensão e confiança entre os litigantes, evitando a amargura que se segue a uma decisão judicial, para o vencido e, muitas vezes, também para o vencedor.

Assim, as partes não atuam como adversárias, mas como parceiras que por meio da sua vontade comum resolvem o conflito com o apoio do mediador que empenha seu trabalho em obter o acordo ou aproximar as partes. Esse terceiro necessitará conquistar a confiança das partes para que lhes possa demonstrar "as vantagens e importância de buscarem uma decisão construída, visando colocar fim no conflito instaurado" (SANTOS, R. 2004, p. 17). O mediador intervém a fim de

[...] alterar o poder e a dinâmica social do relacionamento conflituoso, influenciando as crenças ou os comportamentos das partes individuais, proporcionando conhecimento ou informação, ou usando um processo de negociação mais eficiente e, assim ajudando os participantes a resolverem questões contestadas (MOORE, 1998, p. 28).

Dessa forma, Garcez (2003, p. 220) explica que o mediador aproxima as partes com vistas a uma solução consensual e a conciliação representa um passo além, em que o conciliador age com o intuito de estimular as partes em direção à obtenção do acordo.

Ou seja, a conciliação é um acordo de vontade entre as partes, obtido com o auxílio do terceiro - conciliador - que propõe a solução considerando os argumentos de ambas as partes, isto é, o conciliador terá um papel mais interventor que o mediador porque fará a sugestão da proposição de acordo, ainda que não seja obrigatória como na arbitragem.

Ricardo Soares Stersi dos Santos (2004, p. 20) chama a atenção para o fato de que dependendo da condução da conciliação podem persistir animosidades entre os envolvidos já que na busca de convencê-los a conciliar, o conciliador acaba se concentrando no objeto da disputa e não nos motivos que geraram a controvérsia, podendo dessa forma, possibilitar eventuais tensões futuras, o que diferencia esse método da mediação que busca uma solução duradoura.

Para César Fiuza (1995, p. 56) "[...] a conciliação é processo pelo qual o conciliador tenta fazer que as partes evitem ou desistam da jurisdição,

encontrando denominador comum, quer pela renúncia, quer pela submissão ou transação".

Carlos Alberto Carmona (1998, p. 45) ensina que

Embora não se confundam arbitragem, conciliação e mediação - o objetivo da primeira é a obtenção de uma solução imposta por um terceiro imparcial, enquanto as duas últimas visam à celebração de um acordo - , convém lembrar que existem hoje, graças à popularidade que vêm alcançando os meios alternativos de solução de controvérsias, variações que devem ser levadas em consideração no momento de escolher o mecanismo que mais convenha aos litigantes para a solução de seus conflitos. Assim, especificamente quanto à arbitragem, três variações vêm sendo empregadas com sucesso: a primeira, denominada med/arb, leva os litigantes a estabelecer as premissas para uma mediação que, não produzindo resultados, autoriza o mediador a agir como árbitro e proferir uma decisão vinculante; a segunda, conhecida como high-low arbitration, procura reduzir os riscos de um laudo inaceitável, estabelecendo as partes, previamente, limites mínimo e máximo para a autoridade do árbitro, a terceira variação leva as partes a optarem por uma arbitragem não vinculante, ou seja, se a decisão é aceitável para os litigantes, eles a cumprirão; em caso contrário, poderão utilizar o laudo em suas negociações futuras.

Observa-se que enquanto na mediação e na conciliação as partes resolvem o conflito apenas com o auxílio do terceiro; na arbitragem, as partes se submetem ao árbitro para que ele o resolva, admitindo que o terceiro escolhido resolva de forma definitiva e obrigatória o conflito.

3.2 ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

A arbitragem é método de administração de conflito extrajudicial porque afasta a jurisdição estatal e é heterocompositiva porque há o envolvimento de um ou vários árbitros⁹⁰ que ditarão de forma obrigatória a solução do conflito que lhes foi confiado pelas partes em decorrência da liberdade contratual que possuem, presumindo-se que as partes cumprirão voluntariamente a resolução dada pelo árbitro em decorrência do princípio da boa-fé objetiva e da confiança que depositaram nele ao escolhê-lo.

Estatisticamente, José Maria Rossani Garcez (2000, p. 348) informa que

90 Observado o número ímpar. Importante ressaltar que quanto maior o número de árbitros, mais cara será a arbitragem.

[...] a arbitragem, sobretudo a internacional, é hoje reconhecida mundialmente como o método empregado para solução de 80% ou mais dos conflitos oriundos dos contratos internacionais. Em alguns deles como os contratos da indústria do petróleo, dos transportes marítimos e das construções de complexos industriais este nível aproxima-se de 100%.

Irineu Strenger (1996a, p. 68) traz a resposta de Serge Lazareff ao seguinte questionamento: "Por que recorrer à arbitragem?". A resposta considera não somente o mundo do direito, mas sim o mundo dos negócios, é a possibilidade de escolher alguém com expertise em comércio internacional que move as pessoas a buscarem a arbitragem:

É que queremos ser julgados por qualquer um que não é somente ativista do direito, mas que conhece além disso, os negócios, suas leis, seus usos, pois a moral do comércio existe. É diferente da moral *tout court*. E é certo que não se pode realizar grandes contratos, grandes negócios, aplicando regras muito estritas.

Assim, conclui-se que o objeto da arbitragem comercial internacional possui natureza mercantil como dispõe o art. 1º da Convenção do Panamá, mas que pode ser contratual ou não, segundo o art. 2º, §1º da Convenção de Nova Iorque e art. 7º da Lei da UNCITRAL.

Por sua natureza mercantil e por se tratar de um contrato, os requisitos de validade da convenção de arbitragem dependerão do ordenamento jurídico de cada Estado, mas dentre os mais comuns estão a forma escrita, a capacidade civil e o consentimento das partes, licitude do objeto e a arbitralidade, ou seja, quais matérias podem ser objeto de arbitragem, estando no Brasil delimitada a direitos patrimoniais disponíveis⁹¹ conforme art. 1º da Lei 9.307/96.

A arbitragem comercial só pode ser utilizada quando os direitos envolvidos são disponíveis⁹² e patrimoniais⁹³. Tânia Lobo Muniz (2005, p. 117)

91 "Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto". (CARMONA, 1998, p. 48)

92 "No campo privado a disponibilidade é a possibilidade qualitativa da alienação a qualquer título, de bens ou direitos individual ou coletivamente titulados. Derivado desta forma de se dispor livremente de bens ou direitos é que a economia conceitua as disponibilidades existentes em um acervo patrimonial, pela maior ou menor possibilidade de sua imediata conversão em valores monetários". (SALLES, 2000, p. 363)

93 Conforme Marcos Paulo de Almeida Salles (2000, p. 363), o conceito de patrimônio é bem ilustrado por Sylvio Marcondes e Oscar Barreto Filho que "concluem pela universalidade de bens e

explica que a expressão direito patrimonial disponível "alcança todos os direitos ou bens que compõem o patrimônio das partes, os quais eles têm a possibilidade de dispor livremente, de acordo com suas vontades", uma vez que disponíveis se refere à livre disposição em negócio jurídico.

Carlos Alberto Carmona (1998, p. 48), ao dissertar sobre o tema, defende que

[...] são arbitráveis, portanto, as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem. Pode-se continuar a dizer, apesar da mudança da lei, que são arbitráveis as controvérsias a cujo respeito os litigantes podem transigir.

Quanto à denominação internacional significa que o seu objeto é a arbitragem que apresenta conexão com dois ou mais sistemas jurídicos. No entanto, para algumas legislações, como a brasileira, não importa a internacionalidade da arbitragem, mas sim o local de seu proferimento para determinar se é nacional ou estrangeira e assim, se necessitará ou não de homologação do Superior Tribunal de Justiça para ser cumprida no país.

3.2.1 Conceito e Natureza Jurídica da Arbitragem

Embora a arbitragem seja um instituto conhecido há milhares de anos e já inserida na legislação brasileira desde a Constituição de 1824, a definição da sua natureza jurídica não é fácil, mas por sua relevância, apresentam-se alguns conceitos.

Arbitragem nas palavras de J. Cretella Junior (1989, p. 12-13) é

o sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos próprios e com força executória reconhecido pelo Direito Comum, mas a este subtraído, mediante o qual duas ou mais pessoas físicas, ou jurídicas, de Direito Privado ou de Direito Público, em conflito de interesses, escolhem de comum acordo, contratualmente, uma terceira pessoa, o árbitro, a quem confiam o papel de resolver-lhes a pendência, anuindo os litigantes em aceitar a decisão proferida.

René David (Apud SANTOS, R., 2004, p. 24) conceitua arbitragem como

[...] técnica visando encontrar solução para uma questão, que interesse à relação de duas ou mais pessoas, por uma ou muitas outras pessoas - o árbitro ou os árbitros -, as quais retiram seus poderes de uma convenção privada, estatuinto sobre a base dessa convenção, sem que sejam investidos dessa missão pelo Estado.

Micaela Barros Barcelos Fernandes (2005. p. 26-27) define arbitragem

como um instrumento jurídico específico para a solução de conflitos de interesse, através da intervenção de uma ou mais pessoas (chamadas de árbitros) que recebem seus poderes das próprias partes interessadas na solução, através de um acordo privado, que irá orientar a atuação dos árbitros e todo o procedimento arbitral, cujo destino será a produção de uma decisão - laudo ou sentença arbitral -, que tem eficácia mandatória entre as partes.

Tânia Lobo Muniz (2005, p. 40) conceitua-a como

procedimento jurisdicional privado para a solução de conflitos, instituído com base contratual, mas de força legal, com procedimento, leis e juízes próprios estabelecidos pelas partes, e que subtrai o litígio da jurisdição estatal.

Para Carlos Alberto Carmona (1998, p. 27)

A arbitragem é técnica para a solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial.

Assim, arbitragem é um método de solução de conflitos com extrema influência dos princípios da autonomia da vontade e da boa-fé objetiva, uma vez que são as partes capazes civilmente, seja pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que escolhem um ou mais árbitros ou uma instituição arbitral para decidir a controvérsia futura ou existente, conforme regras, procedimentos, lei aplicável, sede de arbitragem e língua, de interesse delas, retirando a competência da jurisdição estatal e concedendo poderes para que a decisão desse terceiro seja obrigatória e irrecorrível.

Em relação à natureza jurídica da arbitragem, tem-se a divisão de quatro correntes doutrinárias. A primeira, conhecida como contratualista ou privatista, defende que sua natureza jurídica está vinculada à convenção de arbitragem que é um instrumento contratual de submissão de conflitos presentes ou futuros ao árbitro ou árbitros escolhidos, cujo poder advém da vontade das partes que não possuem o poder de delegar jurisdição (SANTOS, R. 2004, p. 32).

Tânia Lobo Muniz (2005, p. 35) resume que

Os contratualistas privilegiam a convenção arbitral, na qual as partes designam as diretrizes e o conteúdo da arbitragem, estendendo para o juízo arbitral seus efeitos e retirando o fundamento da obrigatoriedade do cumprimento da decisão da própria vontade das partes, não considerando jurisdição por estar despido o juízo arbitral da "coertio" e da "executio".

Já para a corrente publicista ou jurisdicional, o elemento essencial para conceituação da natureza jurídica da arbitragem é a sentença que se constitui em prestação jurisdicional delegada ao árbitro pelo Estado e não oriunda da mera obrigação estabelecida na convenção arbitral (SANTOS, R. 2004, p. 33).

A corrente mista defende que sua natureza é tanto contratual quanto jurisdicional, pois tem seu fundamento inicial na convenção arbitral, mas sua sentença terá natureza pública e jurisdicional, reconhecida pelo Estado (SANTOS, R. 2004, p. 33)⁹⁴. Tânia Lobo Muniz (2005, p. 39) defende essa teoria e sintetiza "o direito de opção foi dado ao indivíduo, o poder de dizer o direito foi entregue ao árbitro, mas o uso da força permaneceu com o Estado".

Irineu Strenger (1996a, p. 24) também é partidário da natureza mista: convencional por sua origem e jurisdicional por sua função. O autor ainda comenta que essas características se encontram na sua conceituação do instituto:

arbitragem é instância jurisdicional praticada em função de regime contratualmente estabelecido, para dirimir controvérsias entre pessoas de direito privado e/ou público, com procedimentos próprios e força executória perante tribunais estatais.

Clávio Valença Filho (2000, p. 379-380) defende que a arbitragem tem natureza híbrida.

94 Nesse sentido o posicionamento de José Cretella Neto (2004, p. 15-16) "A arbitragem tem natureza jurídica mista, sui generis, contratual em seu fundamento, e jurisdicional na forma da solução de litígios e nas consequências que provoca no mundo do Direito".

Contratual em seus fundamentos, pois os poderes do árbitro derivam, antes de tudo, de uma convenção de direito privado, a arbitragem é igualmente jurisdicional em seus resultados, pois a sentença prolatada pelo árbitro decide efetivamente um litígio e se encontra equiparada a uma sentença judicial.

Por sua vez, existe uma quarta corrente que defende que a natureza jurídica da arbitragem é autônoma com o fundamento de que ela se desenvolve com base em suas próprias e específicas regras que embora possam ter similaridades com determinados sistemas jurídicos estatais não estão, necessariamente, vinculados a eles (FERNANDES, 2005, p. 34). Nesse sentido, o posicionamento de Welber Barral de que "somente a compreensão da impossibilidade de sua categorização é que permitirá a evolução da arbitragem, resguardando concomitantemente os interesses coletivos" (BARRAL, 2000, p. 66-67).

A natureza jurídica mista da arbitragem condiz com os princípios regentes desse instituto, que são tanto de caráter processual quanto contratual como se passa a expor.

3.2.2 Princiologia da Arbitragem

A arbitragem é regida por diversos princípios jurídicos, sejam processuais, constitucionais ou contratuais, a fim de garantir sua identidade,

preservar direitos fundamentais dos que a escolhem como método de solução de conflitos, bem como dar segurança jurídica de que o direito lhe assegurará o cumprimento de seu resultado.

Anotam-se alguns princípios relacionados à função jurisdicional da arbitragem, tais como a garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, a igualdade das partes, a celeridade, o livre convencimento do árbitro, sua imparcialidade e o princípio da obrigatoriedade da sentença.

Dentre os princípios da tutela jurisdicional, Selma Lemes (1992, p. 77) enumera três fundamentais correspondentes ao art. 21, §2º da LA: "(1) o da imparcialidade⁹⁵ do árbitro; (2) o do contraditório e igualdade das partes⁹⁶; (3) e o da livre convicção do árbitro⁹⁷".

95 "A imparcialidade do árbitro é pressuposto para que o procedimento arbitral se instaure validamente; o árbitro coloca-se entre as partes mas acima delas, igualando-se à posição do juiz" (LEMES, 1992, p. 77).

Tânia Lobo Muniz (2005, p. 74-75) ministra que

Por um lado cabe ao(s) árbitro(s) o dever de respeitar as partes, garantindo-lhes a posição de iguais, dando oportunidade a ambas de se manifestarem e se defenderem, e para tal é necessário que seja imparcial em relação a elas; por outro lado, tem o direito à liberdade na formação de seu raciocínio que o levará ao julgamento, não podendo as partes imporem quaisquer regras ou pressões, que retirem do julgador essa liberdade, é seu poder-dever de formar livremente seu convencimento.

O árbitro pode ser qualquer⁹⁸ pessoa capaz civilmente, desde que seja da confiança das partes para desenvolver sua função com imparcialidade⁹⁹, independência, competência, diligência e discrição¹⁰⁰, velando pela igualdade das partes e reprimindo os atos contrários à lealdade e à dignidade da justiça, bem como proferindo um laudo arbitral, nacional ou estrangeiro fundamentado, garantindo-se assim sua homologação e execução, quando necessárias.

Irineu Strenger (1996a, p. 125-126) enumera os princípios fundamentais que devem ser respeitados pelos árbitros:

1) princípio audi alteram partem. Trata-se do direito que se deve atribuir a uma e outra das partes a possibilidade de fazer valer seus argumentos; 2) princípio do contraditório: as provas oferecidas por uma das partes e sobre as quais o árbitro vai fundar sua decisão, devem ser comunicadas à outra parte, para que tenha possibilidade de, eventualmente, refuta-las; 3) princípio da auto-convicção: o árbitro deve fundar sua decisão levando em conta somente o seu próprio convencimento, e não aquele de um outro.

96 "O princípio do contraditório equivale ao princípio da igualdade das partes no procedimento arbitral. O princípio do contraditório encontra ressonância no aforismo romano *audiatur et altera pars*, que equivale ao princípio da audiência bilateral ou do contraditório. O árbitro não pode decidir sobre uma pretensão sem ouvir a outra parte. Às partes devem ser dadas a mesma oportunidade para se manifestarem quanto às provas produzidas e documentos juntados pela outra parte" (LEMES, 1992, p. 80).

97 Segundo Selma Lemes (1992, p. 83) "ao árbitro é permitido o poder de formar sua livre convicção quanto à verdade apurada no procedimento arbitral. Efetuará livre apreciação das provas produzidas, dos argumentos trazidos ao Tribunal pelas partes, bem como outras que julgar oportunas para firmar sua convicção a respeito da demanda".

98 "As pessoas jurídicas não poderão ser árbitros ante as mutações que podem sofrer seus órgãos direcionais, incompatíveis com a confiança pessoal que as partes neles depositam." (DINIZ, 2005, p. 603).

99 Tânia Lobo Muniz (2005, p. 80) defende que o princípio da imparcialidade do árbitro é um princípio ético e técnico. "Como princípio ético pauta a atuação do julgador em relação à sua independência, competência, diligência e discrição, trazendo os casos de suspeição e impedimento do julgador" e "como princípio técnico vai dar ao procedimento arbitral a possibilidade de, através do devido processo, chegar à tutela jurídica, conseguindo propiciar um julgamento justo, dando a cada um o que é de direito".

100 "Os árbitros, enquanto exercem suas funções ou atuarem em razão delas, equiparam-se aos funcionários públicos, no tocante aos efeitos da legislação penal (art. 17), devendo proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição (§6.º do art. 13)". (AZEVEDO, 1998, p. 19)

Ressalta-se que o árbitro possui as mesmas limitações que o juiz togado no que se refere ao impedimento e suspeição, mas mesmo diante desses casos, as partes podem optar por ele para decidir a questão, privilegiando novamente o princípio da autonomia da vontade ao renunciar ao conflito de interesses. Tal dispositivo está inserido no Princípio Geral n.º. 4¹⁰¹ do código de Ética para Árbitros Internacionais organizado pela Comissão de Arbitragem e Mecanismos Alternativos de Solução de Controvérsias (Alternative Dispute Resolution - ADR) da International Bar Association - IBA.

Em conclusão, Tânia Lobo Muniz (2005, p. 75) sintetiza:

[...] para que o procedimento arbitral seja válido e eficaz devem as partes, no desenvolvimento da relação processual, respeitar e garantir o devido processo legal para se chegar à tutela jurídica efetiva. E, para tal, é necessário que prevaleçam os princípios da garantia processual, cujo desrespeito ocasiona a nulidade da sentença arbitral.

Relevante ainda destacar outro princípio norteador da arbitragem que contribui para sua efetividade, qual seja, o princípio da obrigatoriedade da sentença. Esse princípio deve ser respeitado para que não lhe falte estabilidade e segurança. Sem obrigatoriedade a arbitragem seria utilizada como método

101 Princípio 4 - Renúncia pelas Partes. (a) Se, dentro de 30 dias após o recebimento de qualquer divulgação realizada pelo árbitro ou após uma parte tomar conhecimento de fatos ou circunstâncias que possam implicar um potencial conflito de interesses em relação a determinado árbitro, tal parte não apresentar objeção expressa ao árbitro em questão, observados os parágrafos (b) e (c) deste Princípio Geral, ficará caracterizada a renúncia tácita de tal parte a eventual conflito de interesses que pudesse afetar o árbitro em função dos aludidos fatos ou circunstâncias, não podendo a parte suscitar qualquer objeção com base em tais fatos ou circunstâncias em um estágio posterior. (b) Entretanto, se houver fatos ou circunstâncias conforme descrito no Princípio Geral 2 (d), a renúncia por uma parte ou a anuência das partes em manter tal pessoa como árbitro serão consideradas inválidas. (c) Uma pessoa não deve atuar como árbitro quando existir um conflito de interesses, tal como exemplificado na Lista Vermelha de eventos renunciáveis. Entretanto, tal pessoa poderá aceitar sua nomeação como árbitro ou continuar a agir como tal, se preenchidas as seguintes condições: (i) todas as partes, todos os árbitros e a instituição arbitral ou outra autoridade responsável pela nomeação (se houver) devem estar plenamente cientes do conflito de interesses; e (ii) todas as partes devem expressamente reconhecer que tal pessoa poderá atuar como árbitro a despeito do conflito de interesses. (d) O árbitro pode auxiliar as partes a comporem-se amigavelmente em qualquer estágio do procedimento arbitral. Antes de assim proceder, no entanto, o árbitro deve obter o consentimento expresso das partes de que tal prática não o impedirá de continuar atuando como tal. Esse consentimento expresso será considerado uma renúncia efetiva a eventual conflito de interesses que possa advir da participação do árbitro em tal processo, ou das informações a que o árbitro possa ter acesso durante o curso de tal assistência. Se a assistência prestada pelo árbitro não resultar em um acordo definitivo para a demanda, a renúncia acima permanece vinculativa em relação às partes. Entretanto, em consonância com o Princípio Geral 2 (a) e não obstante tal acordo, o árbitro apresentará sua renúncia se, em consequência de seu envolvimento no processo de acordo, surgirem-lhe dúvidas quanto à sua capacidade de permanecer imparcial ou independente no curso futuro do procedimento arbitral.

protelatório e se tornaria um verdadeiro empecilho à justiça, quando na verdade pretende ser célere e eficaz (MUNIZ, 2005, p. 81).

Já na seara dos princípios ligados à função contratual tem-se a autonomia da vontade e a boa-fé objetiva. São esses princípios que se sobressaem no presente estudo, tendo em vista o âmbito de formação dos contratos internacionais.

Tânia Lobo Muniz (2005, p. 66) ressalta que "tendo a arbitragem natureza em parte contratual, predomina a autonomia da vontade, que se constitui na essência do instituto". Selma Lemes (1992, p. 83) ensina que o esse princípio é a essência do juízo arbitral, desde a faculdade de dispor desse meio de solução de controvérsias até os procedimentos que o regerão.

Para José de Albuquerque Rocha (2008, p. 5)

[...] a estrutura da arbitragem funda-se essencialmente na liberdade dos indivíduos, pois, em sua base, estão dois contratos que, como sabemos, são, até por definição, a expressão da liberdade individual: um contrato entre as partes litigantes pelo qual escolhem a arbitragem como forma de solução do conflito; e outro, entre os litigantes de um lado e o árbitro do outro, tendo por objeto a obrigação deste de decidir o conflito em nome e por mandado das partes. Portanto, a liberdade das partes é o elemento nuclear da arbitragem, estando presente em três momentos essenciais de sua estrutura: primeiro, na liberdade de escolher a arbitragem como forma de solução do conflito; segundo, na liberdade de escolher o árbitro; terceiro, na liberdade de estipular o conteúdo dos contratos, isto é, regular todos os aspectos relevantes da arbitragem, tais como: a escolha das questões a serem decididas pelo árbitro, pois nem sempre as partes têm interesse de submeterem à decisão todas as questões que compõem o conflito; o procedimento a ser observado pelo árbitro; o critério de julgamento, isto é, o critério em função do qual o árbitro decidirá, se com base no direito em geral, ou em um certo setor do direito, ou nos usos e costumes, ou nos princípios gerais, ou na equidade, ou nas regras internacionais do comércio etc.

Nesse sentido, Selma Lemes (1992, p. 84) conclui que

as partes têm a liberdade de instituí-la ou não; de convencionar livremente com a outra parte as regras aplicáveis ao procedimento arbitral, lei aplicável (quando for o caso), escolha e número de árbitros, local da arbitragem, concessão para resolver por equidade, enfim, limitadas apenas às leis imperativas e preceitos de ordem pública, que deve ser observados para garantir a validade e executoriedade do laudo arbitral, tanto para as arbitragens domésticas como internacionais.

Assim, especificamente, a Lei 9.307/96 traz em seu bojo (art. 2º, §§1º e 2º) a previsão de que as partes podem escolher livremente as regras de

direito que serão aplicadas na arbitragem, podendo convencionar que se realize com base nos princípios gerais do direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais do comércio.

Nesse aspecto, discute-se se tal autonomia se refere às normas materiais e processuais ou se será restrita a alguma delas.

Carlos Alberto Carmona (1998, p. 27) posiciona-se favorável a ampla liberdade de escolha do direito material e processual a ser aplicado na arbitragem.

Segundo a nova lei, as partes têm liberdade de escolher o direito material (material e processual) aplicável à solução da controvérsia, podendo optar pela decisão por equidade ou ainda fazer decidir o litígio com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais do comércio.

O jurista continua em sua tese:

Em sede de arbitragem, porém, muitos problemas são resolvidos com a expressa escolha da lei aplicável pelas próprias partes, de tal sorte que o árbitro não terá que recorrer às regras de conflitos de leis para estabelecer a norma que regerá o caso concreto. Faz-se mister frisar que as "regras de direito" a que se refere o art. 2º, §1º, são tanto de direito material quanto processual: nada impede que as partes criem regras processuais específicas para solucionar o litígio, reportem-se às regras de um órgão arbitral institucional ou ainda adotem as regras procedimentais de um código de processo civil estrangeiro. (CARMONA, 1998, p. 28)

Já Maristela Basso (2000, p. 313) possui uma interpretação mais restritiva do art. 2º, §1º da LA, observando que:

Acreditamos que o legislador está se referindo apenas às regras de direito material, substancial, caso contrário, parece-nos que haveria confronto com o art. 16 da LICC: "Quando, nos termos dos artigos precedentes, se houver de aplicar a lei estrangeira, ter-se-á em vista a disposição desta, sem considerar-se qualquer remissão por ela feita a outra lei". Assim, quando as regras de procedimento da arbitragem não forem suficientes e o árbitro ou árbitros, tenham que recorrer, subsidiariamente, à legislação processual, essa deverá ser a do local da sede da arbitragem.

Esse questionamento acerca da lei aplicável à arbitragem e a autonomia da vontade das partes leva a reflexão da relação existente entre a Lei de Arbitragem e a Lei de Introdução ao Código Civil novamente. Assim, para alguns as leis convivem harmoniosamente, já que no caso específico da arbitragem, a Lei

9.307/96 prevalece sobre a LICC, enquanto que, quando não houver disposição de arbitragem aplicam-se as regras de conflitos previstas na LICC.

Não se deve ver aí nenhuma anomalia: a lei de arbitragem, que preconiza maior autonomia da vontade das partes, supera a rigidez do diploma de 1942, derogando-o no que diz respeito às causas submetidas ao juízo arbitral. Por conseqüência, enquanto o juiz togado estará atado pelos preceitos do Decreto-lei 4.657/42, o árbitro poderá ter outros parâmetros para julgar. E é conveniente que assim seja, pois não são poucos os contratos celebrados entre brasileiros no exterior (ou entre brasileiro e estrangeiro, no exterior) para execução no Brasil, de tal sorte que a aplicação de Lei de Introdução exigiria a aplicação de lei estrangeira para reger o contrato, o que talvez (*rectius*, muito provavelmente!) contrarie a vontade dos contratantes. De outra parte, o dispositivo servirá para tranqüilizar os estrangeiros que vierem a contratar no Brasil: poderão, eles, também, evitar a aplicação da lei brasileira (que quicá não conheçam), apontando desde logo a lei material que será empregada para qualificar e reger as obrigações que aqui assumirem (e que talvez nem digam respeito a prestações que devam ser aqui executadas). Tudo isso, é claro, está limitado pelos princípios da ordem pública e dos bons costumes, de sorte a evitar que a escolha da lei a ser aplicada pelo árbitro possa dar ensejo a fraudes e falcatruas, como temem os mais conservadores. (CARMONA, 1998, p. 63)

Para Maristela Basso (2000, p. 313), no entanto, é preciso ter cuidado para que não haja dificuldade de executar a sentença arbitral estrangeira no Brasil.

Frente à imprecisão do dispositivo, recomenda-se que as partes - se pretenderem ver executada uma sentença arbitral estrangeira no Brasil - não violem, na escolha da lei ou "das regras de direito a serem aplicadas na arbitragem", as normas constantes da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro -LICC, em especial seu art. 9°."

Observa-se, portanto, que a matéria dos reflexos da autonomia da vontade é bastante controvertida, mas de extrema importância prática para a arbitragem.

Nesse sentido, Tânia Lobo Muniz (2005, p. 69) informa que

Tal princípio manifesta-se, na arbitragem, pela liberdade que tem o indivíduo de extinguir o litígio surgido, por ato de sua própria vontade, dentro dos casos permitidos e dos limites estabelecidos pela lei. A aplicação do princípio inclui a liberdade de escolher as diversas leis para reger o contrato, inserir as chamadas cláusulas de estabilização, excluir ou afastar, qualquer direito nacional e escolher as normas aplicáveis (boa-fé, equidade, princípios gerais de direito, *Lex Mercatoria*, ou cláusulas de escolha negativa total ou parcial de certo direito estatal).

Segundo Fabio Morosini (2006, p. 69) a autonomia da vontade traz como vantagens "a flexibilização das regras de conflito de leis, a previsibilidade e consequente segurança jurídica".

Carlos Alberto Carmona (1998, p. 61) ainda conclui

Resta claro que as partes podem escolher a via arbitral não apenas para evitar a solução judicial dos conflitos, mas especialmente para poderem selecionar a lei material aplicável na eventualidade de litígio, o que é especialmente importante no campo do comércio internacional.

No que se refere ao princípio da boa-fé objetiva¹⁰², sua relevância se explicita em vários planos, seja na interpretação da cláusula compromissória e do modelo jurídico, bem como no cumprimento¹⁰³ da sentença arbitral pelas partes de forma voluntária, o que ocorre em sua maioria.

A Câmara de Comércio Internacional (CCI) tem proferido importantes decisões baseadas no princípio da boa-fé objetiva. Nesse sentido, Maristela Basso (2000, p. 311) descreve algumas:

Na primeira delas, de n. 2.291, de 1975, proferida em arbitragem sediada em Bruxelas, ficou decidido que as partes devem estar perfeitamente conscientes de que somente "uma colaboração leal, total e constante entre elas pode eventualmente permitir a solução de numerosos problemas resultantes da extrema complexidade de formulações e confusões de contratos litigiosos". É, em outras palavras, a "obrigação de cooperação" que a doutrina moderna encontra na boa-fé e que deve governar a execução de todas as convenções.

Na segunda decisão arbitral, de n. 2.508, de 1976, em Genebra, entendeu-se que as partes tem o "dever de minimizar seus prejuízos", e que "aquele que causa prejuízo (dano) por ocasião de uma negociação, faltando com seus deveres de diligência ou com os ditados pela boa-fé ou pela equidade, deve reparar o dano". E isso "vale tanto para as negociações que visam o contrato propriamente dito, quanto, por exemplo, para uma transação para resolver um litígio".

A fim de se compreender melhor o instituto da arbitragem, serão ainda analisadas suas modalidades.

102 Cabe ainda ressaltar que esse princípio está previsto no art. 2º, §1º da Lei Modelo da UNCITRAL.

103 "A grande maioria das obrigações do comércio internacional utiliza-se da arbitragem, do tribunal arbitral para solucionar amigavelmente suas dissensões. A escolha dos árbitros é também domínio da autonomia das vontades. Importante, assim, a boa-fé das partes, inclusive para aceitação do laudo arbitral que lhes é vinculativo". (NAZO, 1986, p. 148)

3.2.3 Modalidades de Arbitragem

Há várias modalidades e classificações possíveis de arbitragem. No entanto, elege-se tratar de algumas nesse tópico visando o conhecimento do instituto para a avaliação de sua aplicação nas negociações preliminares.

A primeira classificação atém-se à vontade das partes que pode ser voluntária ou obrigatória. A voluntária ou facultativa é fundada na vontade livre das partes de elegerem esse meio de solução para seus conflitos, enquanto a obrigatória fundamenta-se na imposição legal de seu uso, sendo bastante rara e não prevista no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que viola os princípios da garantia de acesso ao Poder Judiciário prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal¹⁰⁴ e a autonomia da vontade. Dessa maneira, a voluntária é a forma corrente nas negociações preliminares por se tratar de opção de eficácia e segurança para os negociadores.

Quanto ao procedimento¹⁰⁵, tem-se a ad hoc e a institucional, pois as partes podem optar por elegerem ad hoc um ou mais árbitros para resolverem seus conflitos mediante as regras de procedimento e de direito por eles criadas ou escolhidas dentro dos limites impostos pela ordem jurídica estatal onde ocorrerá; ou uma instituição arbitral pública ou privada, nacional ou internacional, com regras e procedimentos próprios, pré-definidos em um estatuto ou regulamento, com uma lista de árbitros anteriormente eleitos para a solução dos conflitos a ela levados.

Welber Barral (2000, p. 75) informa que a arbitragem ad hoc possibilita às partes uma maior gama de escolhas quanto às regras e procedimento e um custo mais baixo por não ter que se pagar nenhuma taxa de administração a uma instituição. Mas por outro lado, sua desvantagem é que se houver dúvidas ou lacunas no momento do litígio, as partes dificilmente alcançarão um acordo quanto ao procedimento a ser utilizado, sendo esse o motivo da preferência pelas instituições arbitrais renomadas¹⁰⁶, apesar de seus custos.

104 Art. 5º, XXXV, da Constituição Federal: a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário

105 "Dando ampla liberdade aos interessados, possibilita a mesma lei que a arbitragem obedeça ao procedimento por eles estabelecido em sua convenção arbitral. Podem as partes reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada ou, ainda, delegar ao próprio árbitro ou tribunal arbitral a regulamentação do procedimento". (AZEVEDO, 1998, p. 19)

106 Atualmente há diversas câmaras internacionais de renome e com grande atuação, dentre elas, a Câmara de Comércio Internacional de Paris (CCI), a American Arbitration Association (AAA), a Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial (CIAC), a London Court of International Arbitration etc.

Os tribunais arbitrais institucionalizados têm a seu favor a experiência na realização de julgamento e a confiabilidade na sua imparcialidade. Outro aspecto importante é a independência da vontade das partes para sua constituição; basta que tenha havido a opção, na contratação, pela atuação do órgão. Eles atuam auxiliando as partes a superarem as dificuldades na instituição do juízo arbitral, organizando, facilitando o acesso a árbitros, estabelecendo normas procedimentais próprias e administrando os procedimentos até a entrega da sentença (MUNIZ, 2005, p. 162).

Os negociadores, ao optarem por alguma modalidade deve considerar a especialidade e reputação dos árbitros, tanto ad hoc, quanto pela lista de árbitros da instituição arbitral, os sistemas jurídicos envolvidos, a novidade e complexidade dos conflitos que poderão surgir.

A arbitragem ainda pode ser de direito ou de equidade, a critério das partes (art. 2º, caput, Lei 9.307/96), sendo que na primeira o árbitro está vinculado a decidir com fundamento em normas de direito positivo que podem ser escolhidas pelas partes, por ele ou indicadas pela ordem jurídica aplicável; e a segunda lhe dá um poder subjetivo bastante relevante, já que poderá decidir conforme seu sentimento do que é justo e correto naquele caso concreto, sendo facultativo o uso do direito positivo, necessitando, por isso, da expressa concordância de todas as partes envolvidas.

Quanto à nacionalidade, a arbitragem pode ser nacional, internacional¹⁰⁷ ou estrangeira e sua diferenciação não é pacífica, mesmo porque nem todas as legislações as distinguem, como é o caso da lei brasileira que optou pelo sistema monista.

João Bosco Lee (2002, p. 39-40) explica que "dois são os critérios para definir a internacionalidade da arbitragem: o critério jurídico ou objetivo e o critério econômico". O jurídico seria aquele ligado aos elementos de conexão que identificam se o contrato é internacional e o critério econômico dependeria do fluxo e refluxo de bens e serviços através das fronteiras. Para ele, o melhor critério é o misto, ou seja, "a arbitragem será internacional quando uma das partes residir ou tiver o seu estabelecimento no estrangeiro, ou se o litígio puser em jogo os interesses do comércio internacional" (2002, p. 44).

Guido Soares (1989, p. 32) ministra que a arbitragem nacional é aquela que ocorre dentro de um determinado Estado, instaurada por partes e

107 "É "internacional" a arbitragem que se destina a gerar efeitos em duas ou mais ordens jurídicas (Estados) ao mesmo tempo, por razão de domicílio das partes, sede das empresas, localização do contrato objeto de análise etc." (BASSO, 2000, p. 308).

árbitros nacionais ou ali domiciliados com regras de procedimentos e materiais fixadas pela ordem jurídica interna e cuja sentença arbitral seja passível de execução nesse Estado.

Por sua vez, são parâmetros da arbitragem internacional para Irineu Strenger (1996a, p. 21-23):

[...] a nacionalidade distinta das partes, o fato do lugar da arbitragem estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem situar-se em Estado diverso do da nacionalidade das partes; a existência de lugar diverso do da nacionalidade das partes para a execução de parte substancial das obrigações decorrentes da relação contratual celebrada; a existência de estreita conexão do objeto do litígio com lugar diverso do da nacionalidade das partes e a existência de acordo entre as partes, declarando que o objeto da convenção de arbitragem tem conexão com a ordem jurídica de mais de um Estado.

Cláudio Valença Filho (2000, p. 380) explica que os poderes dos árbitros derivam da convenção de arbitragem concluída pelas partes e pelo *receptum arbitri*, onde o árbitro aceita a missão jurisdicional outorgada pelas partes e toda vez que essa dupla convenção de direito privado apresentar relevantes elementos de estraneidade estar-se-á submetido ao regime dos contratos internacionais, logo, do direito internacional privado, suas regras de conflito e seus elementos de conexão.

A Lei Modelo da UNCITRAL em seu art. 1º, §3º, estabelece que a arbitragem é internacional quando

a) as partes de uma convenção de arbitragem têm, no momento da celebração desse acordo, seus estabelecimentos em Estados diferentes; b) um dos lugares seguintes está fora do Estado em que as partes tenham seus estabelecimentos: i) o lugar da arbitragem se foi determinado no acordo de arbitragem ou em conformidade ao acordo de arbitragem ou ii) o lugar do cumprimento de uma parte substancial das obrigações da relação comercial ou o lugar com o qual o objeto do litígio tenha uma relação mais estreita; c) as partes tiverem expressamente convencionado que o objeto da Convenção de Arbitragem está relacionada com mais de um Estado.

Já a lei brasileira em seu art. 34, parágrafo único, determina que sentença arbitral estrangeira é aquela proferida fora do território nacional, ou seja, a lei pátria não distingue a sentença nacional da internacional, pois deixa esse critério para a autonomia da vontade das partes, preocupando-se com o critério da territorialidade da prolação da sentença.

João Bosco Lee (2002, p. 39) critica essa opção legislativa brasileira:

Ao unificar a arbitragem interna/internacional num mesmo diploma legal, a Lei 9.307/96 submete a arbitragem internacional a regras restritivas e arcaicas, fundamentadas na prática judiciária e, por consequência, ignora questões essenciais da arbitragem comercial internacional.

E por último, quanto às pessoas envolvidas, há a arbitragem pública e a privada, que se distinguem em relação aos seus sujeitos e fontes normativas. Se os sujeitos de direito internacional público - Estados e organizações internacionais intergovernamentais - estiverem exercendo seu direito de império, independentemente do envolvimento de particulares tratar-se-á de arbitragem pública que dependerá da liberdade de submissão deles. Porém, se a relação for negocial, independente de envolver entes privados ou sujeitos de direito internacional público tratar-se-á de arbitragem privada sujeita às normas predefinidas por eles e necessitará de incorporação ao ordenamento interno se for internacional.

No âmbito do presente estudo, pode-se dizer que as modalidades mais abordadas ou que aqui servem de referência são: i) a facultativa que prima pela autonomia da vontade; ii) a institucional por ser a mais comum e trazer maior segurança no contexto negocial internacional, possibilitando que diante do caso concreto sejam eleitos árbitros especialistas naquele determinado conflito; iii) a de direito pela segurança de se escolher uma lei aplicável ao caso, sendo a de equidade mais subjetiva e rara; iv) internacional por envolver dois ou mais sistemas jurídicos e v) privada.

3.3 CONVENÇÃO DE ARBITRAGEM: CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA E COMPROMISSO ARBITRAL

A convenção de arbitragem é o acordo anterior ou posterior ao conflito, onde as partes definem as regras que regerão a relação existente entre elas e o árbitro. Se o a opção for anterior estar-se-á diante de uma cláusula compromissória e se posterior, de um compromisso arbitral.

Para Ricardo Soares Stersi dos Santos (2004, p. 42)

A convenção de arbitragem pode ser definida como um acordo de vontade, estabelecido por partes capazes, via de regra por escrito, assumindo o compromisso de que os litígios presentes ou futuros, oriundos das relações contratuais ou extracontratuais venham a ser dirimidos através da arbitragem.

Assim, por convenção de arbitragem entende-se, segundo a lei brasileira em seu art. 3º, tanto o compromisso arbitral quanto a cláusula compromissória. A adoção de qualquer um deles tem o condão de excluir a jurisdição estatal e de extinguir um processo judicial sem resolução de mérito (art. 267, VII, CPC) podendo ser arguido como preliminar de defesa pelo réu (art. 301, IX, CPC). Dessa forma, a cláusula compromissória pode sofrer execução específica a fim de ser exigido seu cumprimento diante do Poder Judiciário nacional.

Pela convenção arbitral possuir natureza mista, ou seja, contratual em sua essência, sua validade dependerá dos requisitos essenciais aos contratos, como a capacidade das partes, livre manifestação de vontade que deve ser expressa, com objeto lícito e forma não defesa ou prescrita em lei, o que exige que seja firmada por escrito (MUNIZ, 2005, p. 68-86).

Para Álvaro Villaça Azevedo (1998, p. 20)

[...] a convenção arbitral é um verdadeiro instrumento democrático, elaborado pelas partes, em pleno exercício de sua liberdade contratual, escolhendo as regras que entendem melhores para a solução de suas controvérsias. Essa convenção é, na essência, a revitalização da *lex privata*, ditada pelas próprias partes, na solução de seus próprios problemas (a convenção faz lei entre as partes).

É importante esclarecer que diante da legislação brasileira, convenção de arbitragem é gênero e cláusula compromissória e compromisso arbitral são espécies; e dessa forma, há diferença entre eles no que se refere à aplicação do procedimento arbitral a um conflito, lembrando que nem todo ordenamento faz tal distinção.

3.3.1 Compromisso Arbitral

O compromisso é um contrato entre as partes, um acordo de vontades¹⁰⁸, segundo o qual elas, diante de um conflito jurídico específico e já existente, estabelecem o pacto de confiar sua solução a árbitros.

Maria Helena Diniz (2005, p. 600) ensina que

[...] compromisso vem a ser o acordo bilateral, em que as partes interessadas submetem suas controvérsias jurídicas à decisão de árbitros, comprometendo-se a acatá-la, subtraindo a demanda da jurisdição da justiça comum.

Álvaro Villaça de Azevedo (1998, p. 16) conceitua compromisso arbitral como "acordo que as partes contratantes fazem para dirimir, por meio de árbitro ou árbitros, problema ou dúvida, surgidos de sua contratação, pendentes ou não de decisão judicial".

Segundo a prescrição do art. 9º da Lei 9.307/96 "o compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial". Daí se tem que diante de um conflito existente e determinado que pode até se encontrar submetido à jurisdição estatal, haverá a faculdade de se optar por resolvê-lo pela arbitragem, elegendo um ou mais árbitros, obrigando-se a aceitar sua decisão, devendo esse compromisso ser realizado por escrito.

Para Luiz Olavo Baptista (apud SANTOS, R., 2004, p. 49) "o compromisso é negócio jurídico de características muito especiais, pois através dele as partes deliberam, de modo irrevogável, colocar a solução em mãos do árbitro para pôr fim a um litígio já existente".

A Lei 9.307/96 determina os requisitos obrigatórios no art. 10 e os requisitos facultativos no art. 11 referentes ao compromisso arbitral. Os obrigatórios são a qualificação das partes; qualificação dos árbitros; especificação do objeto do litígio e o lugar da arbitragem, sob pena de nulidade do negócio jurídico. Já os facultativos não geram sua nulidade, mas auxiliam no bom funcionamento do instituto, sendo eles: o local onde se desenvolverá a arbitragem; a autorização para

108 Importante observar a limitação do compromisso às matérias dispostas no art. 852 do Código Civil, ou seja, questões de estado, de direito pessoal de família e de outras que não tenham caráter estritamente patrimonial.

julgar por equidade; prazo para decisão; opção pela lei aplicável; responsabilidade pelo ônus da sucumbência. As causas de extinção do compromisso arbitral são poucas e foram introduzidas no art. 12 da Lei, devendo-se à recusa, impedimento, suspeição ou falecimento ulterior do árbitro e que não seja possível ou desejado pelas partes a substituição ou pela falta de prolação da sentença no prazo (MUNIZ, 2005, p. 92-94).

Carlos Alberto Carmona (1998, p. 29) defende que tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso são capazes de originarem uma convenção de arbitragem. Nesses termos, ele afirma:

O compromisso será mera formalidade se a cláusula compromissória for completa: nesse caso, por conta do disposto no art. 5º da nova Lei, bastará acionar os mecanismos predeterminados pelas partes na convenção de arbitragem para que se instaure o juízo arbitral, que se considera instituído com a aceitação, pelo árbitro, do encargo, independentemente de compromisso, repita-se!

Quanto à natureza jurídica, o compromisso arbitral pode ser judicial ou extrajudicial:

1º) Judicial, referindo-se à controvérsia já ajuizada perante a justiça ordinária, celebrando-se, então, por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal por onde correr a demanda. Tal termo será assinado pelas próprias partes ou por mandatário com poderes especiais (CC, arts. 851 e 661, §2º, CPC, art. 38, com redação da Lei n. 8.952/94; Lei n. 9.307/96, art. 9º, §1º). Feito o compromisso, cessarão as funções do juiz togado, pois os árbitros decidirão.

2º) Extrajudicial, se ainda não existir demanda ajuizada. Não havendo causa ajuizada, celebrar-se-á o compromisso por escritura pública ou particular, assinada pelas partes e duas testemunhas (CC, art. 851; Lei n. 9.307/96, art. 9º, §2º). (DINIZ, 2005, p. 602).

Diante desse breve estudo, há de se ressaltar que o compromisso é passível de utilização em conflitos decorrentes das negociações preliminares, mas não é recomendável que se deixe para o momento em que já existe o conflito para que as partes usem o bom senso para elegerem o método de solução de conflitos. Por isso o enfoque deste estudo é a inserção da cláusula compromissória de arbitragem nos modelos jurídicos utilizados nas negociações preliminares, já que a intenção é tratar do âmbito preventivo da utilização da arbitragem.

3.3.2 Cláusula Compromissória de Arbitragem

A cláusula compromissória é compromisso de adoção da arbitragem perante eventuais conflitos contratuais. Segundo Tânia Lobo Muniz (2005, p. 86) é "acordo das partes pelo qual, voluntária e antecipadamente, se obrigam a solucionar as divergências decorrentes de relação jurídica havida entre elas por meio de juízo arbitral." O art. 4º da Lei 9.307/96 reza que "a cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato".

Adriana Noemi Pucci (1997. p. 65) ensina que

A cláusula compromissória, como seu nome indica, é um dispositivo geralmente inserido como uma cláusula a mais no contrato principal. No momento de sua estipulação em um contrato ainda não surgiu qualquer conflito, as partes ainda não têm conhecimento de qual será a controvérsia, e mesmo se o conflito acontecerá, isto é, não têm sequer a certeza de que haverá qualquer disputa.

Irineu Strenger (1996a, p. 110) explica que a cláusula compromissória é preventiva: "as partes antes que intervenha entre elas alguma dissidência, convencionam que, se qualquer divergência ocorrer na execução do contrato, recorrerão, para resolvê-la, à arbitragem".

Nesse sentido, a utilização dessa cláusula

permite às partes escolherem o procedimento, o(s) árbitro(s) ou a instituição arbitral, o direito aplicável (material e processual), o local da arbitragem, a língua a ser utilizada, retirando do Poder Judiciário nacional, da parte ex adversa¹⁰⁹ ou até mesmo de um terceiro sistema jurídico, desconhecido para ambas as partes, a solução do conflito. (BARROZO; COSTA; MUNIZ, 2007, p. 243)

Desse contexto nasce a discussão se é mais conveniente firmar um compromisso arbitral ou uma cláusula compromissória e nesse último caso, completa ou vazia. Pela cláusula compromissória ser anterior ao litígio, entende-se que será mais fácil de negociá-la porque as partes estarão em um clima de

109 "Por que a arbitragem vicejou tão frondosamente no campo das relações comerciais internacionais? Porque é um meio de vencer as incertezas e inseguranças que naturalmente surgem quando uma parte domiciliada em um país acerta um negócio com outra, domiciliada em outro país. Em tais circunstâncias somente a arbitragem é capaz de assegurar que nenhuma das partes incorrerá no risco de uma possível controvérsia sobre o negócio contratado ser decidida por um tribunal do país da parte ex-adversa" (LOBO, 2003. p. 4).

cooperação, no entanto, traz consigo a dificuldade de delimitar e prever a natureza, dimensão e conseqüência do litígio por não conhecê-lo, diferentemente do que ocorre no compromisso arbitral.

A cláusula compromissória deve ser escrita e pode apresentar-se inserida no contrato definitivo, no modelo jurídico obrigacional das negociações preliminares ou ainda apartada, em instrumento anexo aqueles.

Estabeleceu a lei que a cláusula pode estar ou não inserida no corpo de um contrato, de tal sorte que a avença será contemporânea ao contrato ou posterior a ele: nesta última hipótese, a cláusula será convencionada através de trocas de cartas, telegramas, telex ou mesmo fac-símiles que se reportem a um negócio jurídico, prevendo a solução de eventuais e futuras controvérsias por arbitragem. (CARMONA, 1998, p. 29)

O momento e documento onde deve ser inserida a cláusula compromissória são de extrema relevância, mas não há discussão doutrinária suficiente a respeito da permissão da sua inserção nos modelos jurídicos utilizados nas negociações preliminares. Assim, relevante a análise da Lei Brasileira, das convenções internacionais e da Lei Modelo da UNCITRAL a respeito desse assunto.

Está consolidada sua inclusão nos contratos, como dispõe a Lei de Arbitragem Brasileira em seu art. 4º, caput:

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

Por sua vez, as convenções internacionais são mais flexíveis e reconhecem que nem sempre, no comércio internacional, há contratos formalmente redigidos, sendo mais freqüente a troca de cartas, telex, e-mails e documentos entre as partes, que resultam na obrigação contraída e por conseqüência permitem a cláusula compromissória.

A Convenção de Nova Iorque de 1958 que trata do Reconhecimento e Execução de Sentença Arbitral Estrangeira corrobora o entendimento e determina em seu art. 2º, I, que não só as relações contratuais podem ser submetidas à arbitragem, mas também as não contratuais:

Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível ou não de solução mediante arbitragem.

No inciso II, a Convenção de Nova Iorque ainda esclarece que:

Entender-se-á por "acordo escrito" uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas.

Nesse sentido, reza o art. 1º da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional realizada no Panamá:

É válido o acordo das partes em virtude do qual se obrigam a submeter à decisão arbitral as divergências que possam surgir ou que hajam surgido entre elas com relação a um negócio de natureza mercantil. O respectivo acordo constará do documento assinado pelas partes, ou de troca de cartas, telegramas ou comunicações por telex.

A Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1985 emendada em 2006 posiciona-se da mesma forma no art. 7º¹¹⁰, determinando que o acordo de arbitragem refere-se à relação jurídica contratual ou não contratual (opção 2) e poderá adotar a forma de uma cláusula

110 **Opción I.** Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje. "1) El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. 2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. 3) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio. 4) El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por "comunicación electrónica" se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax. 5) Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando este consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. 6) La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato".

Opción II. Artículo 7. Definición del acuerdo de arbitraje. "El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no".

compromissória incluída em um contrato ou a forma de um acordo independente, devendo ser escrito, consignado em documento firmado pelas partes ou em um intercâmbio de cartas, e-mails, telex, telegramas ou outros meios de comunicação eletrônica onde haja mensagem de dados que demonstre o acordo ou em uma troca de escritos de pedidos e contestações em que a existência de um acordo seja afirmada por uma parte sem que seja negada pela outra (opção 1).

Ou seja, pela análise dos textos, nota-se que a LA brasileira não seguiu a tendência internacional, embora as Convenções de Nova Iorque e do Panamá tenham sido ratificadas pelo país. Assim, cabe ressaltar que embora não se tenha o contrato definitivo durante as tratativas, defende-se a inserção da cláusula compromissória no instrumento obrigacional - de denominações variadas conforme a autonomia da vontade - utilizado nessa fase a fim de se alcançar o contrato internacional definitivo.

Considera-se para esse estudo que os modelos jurídicos utilizados durante as negociações preliminares com aspectos obrigacionais são capazes de gerar contratos de arbitragem, pois a cláusula compromissória é um contrato autônomo¹¹¹ de onde decorre o princípio da competência-competência, ou seja, "o árbitro possui a competência para julgar sua própria competência em apreciar o litígio que lhe é submetido" (SANTOS, R., 2004, p. 46).

[...] se aceita a autonomia de tal estipulação, dissociando-se a convenção arbitral do próprio contrato, os árbitros estarão habilitados a dirimir pretensões das partes acerca da nulidade ou anulabilidade do contrato principal sem que sua competência entre em jogo, salvo hipóteses excepcionais (GUERREIRO apud SANTOS, R., 2004, p. 46).

O intuito de se firmar instrumentos jurídicos durante as tratativas e inserir-lhe uma cláusula compromissória é prevenir lacunas ou minimizar os efeitos dos conflitos eventualmente existentes antes da conclusão do contrato, possibilitando maior segurança e eficácia aos negócios internacionais. E para tanto, a inserção de uma cláusula vazia ou em branco¹¹² com a simples previsão de que todos os conflitos futuros serão resolvidos por arbitragem não é suficiente, pois, se

111 Art. 8º da Lei 9.307/96: "A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória".

112 "Quando se limita a apontar a arbitragem como solução da controvérsia, sem identificação ou designação de árbitros" (STRENGER, 1996a, p. 116).

posteriormente, diante do conflito, as partes não chegarem a um acordo sobre quem, onde, de qual forma, idioma e lei serão aplicados, será necessária a intervenção¹¹³ do Judiciário para que aquela previsão inicial seja efetivada por meio do compromisso arbitral (BARROZO; COSTA; MUNIZ, 2007, p. 245-246). A realização do compromisso acarretará obstáculos à rápida solução e o rompimento do "equilíbrio econômico do contrato ao incrementar os custos de transação" (PINTO, 2006, p. 69-70)

Eleonora Pitombo ressalta que é preciso atentar para a não submissão à cláusula compromissória patológica ou vazia que contêm vícios que dificultam e inviabilizam o procedimento arbitral, pois elas são verdadeiras barreiras para a boa condução da arbitragem (PITOMBO, 2006, p. 48).

Assim, segundo Luiz Antonio Scavone Junior (2008, p. 71) a cláusula arbitral vazia ou em branco é aquela em que as partes não estabelecem as regras mínimas para o desenvolvimento da solução arbitral e, tampouco, indicam as regras de uma entidade especializada e então, quando surgir um conflito, as partes necessitarão firmar um compromisso arbitral para estabelecer tais regras e indicar um ou mais árbitros.

Irineu Strenger (1996a, p. 116) cita Eisemann para explicar que a cláusula é patológica quando deixar de preencher suas funções essenciais:

1) produzir efeitos obrigatórios sobre as partes; 2) descartar a intervenção de tribunais estatais, ao menos antes da prolação da sentença arbitral; 3) dar aos árbitros poder de regular os litígios; 4) permitir a formação de procedimento que conduza nas melhores condições o pronunciamento de uma sentença eficaz.

As conseqüências das cláusulas patológicas, segundo Strenger (1996a, p. 116-117), podem ser curáveis¹¹⁴ ou incuráveis¹¹⁵. "Em certos casos, a

113 Nesse sentido, aconselhável a previsão da cláusula de eleição de foro quando for necessária a intervenção do Judiciário. "A cláusula de eleição de foro nos contratos não afasta e sequer colide com a cláusula arbitral, pois existem hipóteses em que a provocação do Poder Judiciário é necessária, como quando a cláusula arbitral é vazia e quando há nulidade da cláusula arbitral ou da sentença arbitral". (SCAVONE JUNIOR, 2008, p. 67)

114 Para Strenger (1996a, p. 118) "é sempre admissível que se tente "curar" a cláusula patológica, quando esta não impeça a formulação nítida da vontade das partes, circunstância em que se deve desprezar os vícios decorrentes de irregularidades formais".

115 "No que concerne às cláusulas patológicas incuráveis, a hipótese resulta de insuficiência na redação, de modo a tornar ambígua e incompleta a vontade das partes, o mesmo acontecendo quando pletores de precauções contratuais engendram contradições e incertezas" (STRENGER, 1996a, p. 118).

arbitragem de qualquer modo se realiza, apesar dos defeitos da cláusula compromissória. Em outros, a arbitragem não terá condições de realizar-se".

Assim, é recomendável que se utilize uma cláusula completa ou não patológica, que contenha a determinação da lei aplicável, da sede da arbitragem, do idioma a ser utilizado, do procedimento ou regulamento que serão obedecidos, a indicação do árbitro ou da instituição arbitral.

Para Luiz Antonio Scavone Junior (2008, p. 69),

A cláusula arbitral cheia é aquela que contém os requisitos mínimos para que possa ser instaurado o procedimento arbitral (as condições mínimas do art. 10 da Lei de Arbitragem), como, por exemplo, a forma de indicação dos árbitros, o local etc., tornando prescindível o compromisso arbitral.

A inserção da cláusula compromissória completa

[...] nos instrumentos jurídicos elaborados durante as negociações preliminares trará benefícios às relações empresariais, sem a submissão de seus conflitos ao Judiciário, seja nacional ou da parte contrária, não por incapacidade, mas por maior agilidade na solução dos litígios, conhecimento técnico e jurídico específico dos árbitros, tratamento equânime dado às partes, autonomia da vontade." (BARROZO; COSTA; MUNIZ, 2007, p. 244)

A cláusula compromissória cheia corresponde à expressão da liberdade de escolher o que é melhor para as partes, desde que não contrarie a ordem pública. Nesse sentido, José Maria Garcez (1999, p. 148) assinala:

Pode a cláusula compromissória, assim, prever, por exemplo, como o conflito surgido será denunciado, como serão apresentados os sumários dos casos, inclusive com a fixação de prazos para isto ser realizado, o número e a qualificação prévia que os árbitros devem ter, o prazo para emissão da sentença ou laudo arbitral, ou fazer referência às normas de uma instituição arbitral existente que administre o procedimento arbitral para as partes em conflito ou, ainda, adotar fórmulas já consagradas para aplicar diretamente a arbitragem pelas partes, num sistema misto.

Para Luiz Antonio Scavone Junior (2008, p. 70) há duas formas de cláusula arbitral cheia: a) onde as partes pactuam todas as condições para a instauração da arbitragem ou b) se referem às regras de uma entidade especializada. Nesse último caso, ele aconselha que as partes anexem o regulamento da entidade e vistem as folhas dando ciência das regras que

escolheram para resolver seu eventual conflito, especialmente porque as instituições arbitrais podem alterar seu regulamento (p. 71).

Dessa forma, durante as negociações preliminares é necessário que as partes estabeleçam quais os objetivos e deveres decorrentes dessa fase, já admitindo que se houver algum conflito entre elas, esse será resolvido por meio de arbitragem, interpretando-se que os tratados internacionais mencionados e ratificados pelo Brasil permitem essa interpretação. Necessário que insiram uma cláusula compromissória não patológica, tomando-se os cuidados acima expostos para que não seja necessária a interferência do Judiciário com a finalidade das partes firmarem o compromisso arbitral por ausência de previsões de árbitros ou instituição arbitral, procedimentos, lei aplicável, língua e sede da arbitragem.

3.4 CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA DE ARBITRAGEM E AS NEGOCIAÇÕES PRELIMINARES

A importância da inserção da cláusula compromissória de arbitragem em instrumentos jurídicos utilizados durante as negociações preliminares consiste em possibilitar aos negociadores a liberdade de decisão de como, onde e quem julgará o eventual conflito; e com isso gerar segurança de que não haverá indecisões, dúvidas ou até vazios jurídicos acerca da solução de eventual controvérsia na fase de formação dos contratos internacionais, retirando do Judiciário a competência de julgamento, tanto por se tratar de matéria complexa e distante da rotina dos juízes nacionais, bem como pela especialidade dos árbitros ou da instituição escolhida.

Assim, muitas são as justificativas de se inserir uma cláusula compromissória de arbitragem em um contrato internacional, o que se constata nas estatísticas de uso da arbitragem no contexto comercial internacional. As vantagens da arbitragem sob a jurisdição estatal no plano internacional são variadas e podem ser visualizadas sob os aspectos jurídico e sócio-econômico, que se confundem, uma vez que a arbitragem é instituto jurídico tipicamente ligado às relações empresariais internacionais.

No entanto, o presente estudo não visa analisar os contratos internacionais concluídos - onde a utilização da arbitragem já está consolidada na prática internacional - mas os que estão em fase de formação *ex intervallo temporis* e, portanto, são muito mais frágeis, necessitando, por vezes, diante de sua

complexidade e custo, de se utilizar de modelos jurídicos criados pela vontade das partes para desde esse momento se prevenirem de futuros conflitos, já que para se evoluir nas tratativas, às vezes, é preciso contrair obrigações.

É nesse aspecto que se nota a relevância ainda maior de se utilizar a arbitragem como método alternativo de solução de conflito em busca de se evitar os problemas decorrentes do envolvimento de dois ou mais sistemas jurídicos e ainda pelas diversas interpretações legislativas que se tem a respeito das negociações preliminares e seu grau de vinculação entre os negociadores, o que gera incertezas acerca das responsabilidades que podem advir dessa fase.

3.4.1 Vantagens da Arbitragem Comercial Internacional

A arbitragem comercial internacional tem se mostrado o meio de solução de conflitos mais utilizado nas relações empresariais internacionais, inclusive conquistando a participação e respeito cada vez maior dos empresários brasileiros.

Garcez (2003, p. 220) elenca as vantagens da escolha da arbitragem nos contratos internacionais em relação à jurisdição estatal e tais vantagens também se aplicam às negociações preliminares.

- a) evitar o congestionamento crônico dos judiciários estatais, proporcionando, somente por esta razão, maior celeridade na solução do caso;
- b) evitar o intrincado e ramificado quadro dos recursos judiciários, com o mesmo efeito de celeridade;
- c) permitir que o caso seja decidido por sigilo, o que não ocorre nas jurisdições estatais;
- e, sobretudo, na área internacional;
- d) permitir muitas vezes um julgamento por especialistas em questões técnicas ou mais específicas;
- e) permitir que a questão seja julgada por normas genéricas, princípios gerais do comércio internacional, normas gerais de direito, por equidade, ou mesmo pela legislação do país que venha a ser escolhido pelas partes;
- f) permitir que o julgamento ocorra em país neutro, evitando, assim, os preconceitos e eventuais restrições encontráveis no país de uma das partes.

Basicamente, as principais vantagens¹¹⁶ e justificativas da arbitragem internacional são celeridade, qualificação dos árbitros, confidencialidade, custo, possibilidade de conciliação, garantia de tratamento igualitário entre partes de nacionalidades diferentes, autonomia na escolha do procedimento, da lei aplicável, da equidade e do árbitro, o descongestionamento do Poder Judiciário com questões

relativas ao comércio internacional, a segurança e o desenvolvimento do comércio internacional com instrumentos de solução de conflitos mais eficazes.

Um ponto interessante da arbitragem é que as partes podem escolher o local de proferimento da sentença arbitral, o que influenciará a necessidade ou não de sua homologação¹¹⁷ se for considerada estrangeira no local a ser cumprida. Embora o árbitro não esteja vinculado a uma jurisdição ou a aplicar as regras processuais ou materiais do local eleito, é aconselhável que haja no contrato ou modelo jurídico escolhido uma cláusula de eleição de foro para o caso de se fazer necessária a intervenção do Poder Judiciário.

Micaela Barros Barcelos Fernandes (2005. p. 59-60) ressalta que

[...] a vantagem da arbitragem reside justamente no fato de as partes não estarem vinculadas a qualquer jurisdição, e desta forma terem muito mais independência para debaterem num local neutro, ou mais próximo do lugar da execução do contrato, ou das provas referentes à relação jurídica que instruirão o processo, ou ainda, realizarem o procedimento em vários locais (através, por exemplo, da oitiva de testemunhas em um lugar, e o exame de documentos em outro). Enfim, as partes poderão optar pelo(s) local (is) que, de acordo com seus exclusivos critérios seja(m) mais apropriado(s) para ambos.

Essa liberdade de escolha remete à autonomia da vontade, que possui presença marcante no instituto de arbitragem combinado com os modelos jurídicos utilizados nas negociações preliminares dos contratos internacionais que possibilitam a determinação das regras do procedimento e da lei aplicável conforme os anseios dos envolvidos, considerando sempre os limites concedidos pelos Estados, como a ordem pública, os bons costumes e a soberania. Sua manifestação ocorre em diversos momentos como esclarece

Almeida Santos (apud SANTOS, R., 2004, p. 40):

116 Ver RECHSTEINER, 1997, p. 34 e BASSO, 1996b, p. 14-15.

117 Adriana Braghetta (2006, p. 10) exemplifica que no Brasil "o expediente de homologação de laudo arbitral estrangeiro perante o Superior Tribunal de Justiça pode levar mais de seis meses e, até lá, o laudo estrangeiro não produzirá efeitos no território brasileiro. Algumas empresas estrangeiras já reconhecem a vantagem, pois, de a sede ser no Brasil, caso se sajam vencedoras de uma demanda arbitral, para agilizar a execução do laudo arbitral no território brasileiro".

- a) a possibilidade de escolha da arbitragem mediante celebração da convenção de arbitragem, afastando a partir deste instrumento a competência do Poder Judiciário para dirimir o mérito do litígio e cuja competência será delegada ao árbitro;
- b) a possibilidade de escolha do árbitro, determinando o julgador a partir de um critério de confiança quanto a sua capacidade de administrar a resolução do conflito;
- c) a possibilidade de escolha das regras do procedimento arbitral, permitindo a adequação do procedimento aos interesses das partes no que tange a melhor maneira de se obter a consecução dos objetivos da arbitragem;
- d) a possibilidade de escolha do direito a ser aplicado ao fundo do litígio. As partes podem escolher, inicialmente, se a arbitragem será de direito ou de equidade. Quando a escolha recair em regras de direito, as partes terão que definir se aplicam: a lei substancial de um determinado Estado; os princípios gerais de direito; a *lex mercatoria*; os usos ou os costumes. Quando a escolha recair na equidade utilizar-se-á o parâmetro de justiça adotado pela sociedade naquele momento histórico ao caso concreto.

Tânia Lobo Muniz (2005, p. 68-69) expõe que a autonomia da vontade é limitada pelas restrições impostas pela lei e

[...] sendo assim, nem todos os atos jurídicos de cunho obrigacional podem se utilizar da autonomia. Aqueles cujas regras predominantes têm o caráter imperativo não caberá a liberdade às partes (como nos contratos de seguro, bancários, de trabalho, dentre outros). A lei busca, impondo tais limitações, garantir o equilíbrio às partes, fazendo com que o aspecto conjuntural da contratação possa ser suprido.

Assim, analisando o princípio da autonomia da vontade e o instituto da arbitragem em conjunto com a legislação brasileira, tem-se que esse princípio foi amplamente abarcado pela legislação pertinente, sofrendo apenas a limitação das leis imperativas e preceitos de ordem pública que garantirão a validade e executoriedade da sentença arbitral no território brasileiro, independente de ser nacional ou internacional (MUNIZ, 2005, p. 72).

Como dito acima, a autonomia da vontade possibilita a decisão por equidade, se as partes assim convencionarem mutuamente, o que permitirá ao árbitro desenvolver o mesmo raciocínio lógico do juiz, porém sem obrigação da aplicação do direito positivo. A grande liberdade de subjetividade dada ao árbitro demonstrará a confiança depositada nele que desencadeará na propensão a voluntariedade no cumprimento da sentença. Nesse caso, a exigência de que o árbitro tenha uma reputação ilibada será ainda maior.

O sigilo também é ponto relevante, especialmente pelo âmbito concorrencial internacional, pois evita o vazamento de informações confidenciais,

uma vez que o segredo envolve todo o procedimento arbitral que ocorre de forma privada, inclusive a instrução de depoimentos verbais e outras provas que não ficam expostas ao público como na justiça estatal. No entanto, se a sentença arbitral condenatória não for voluntariamente cumprida, será necessária a intervenção de autoridade judiciária e o processo de execução não mais será protegido pelo sigilo, a priori. Ao mesmo tempo em que essa exposição pública é um risco, pode ser um fator influenciador para o cumprimento voluntário da sentença, caso o vencido não queira que essa condição seja conhecida pela concorrência ou por fornecedores/consumidores.

Irineu Strenger (1996a, p. 297) ministra que o procedimento arbitral é flexível e rápido em relação ao judicial e ainda apresenta diversas outras vantagens:

Se desenvolve com discrição que, por razões mercantis e fiscais, interessa às partes. Seu custo em termos relativos é menor. A designação do árbitro para resolver um caso concreto, feita pelos interessados ou encomendada a uma instituição responsável é garantia de dedicação e perícia. Equidistante dos tribunais dos Estados, sob cuja jurisdição se encontram as partes, o árbitro se considera órgão neutro. Daí a esperança no acerto de uma sentença, fruto de escrupulosa atenção de profissionais versados e, por acréscimo, comparativamente barato, que permite às partes continuar, sem interromper suas relações comerciais.

Além disso, esse método propicia a conciliação por sua essência ser baseada no princípio da boa-fé objetiva e por não ser um procedimento essencialmente litigioso como a demanda judicial contribuindo para a continuidade das relações empresariais e seu conseqüente desenvolvimento. A arbitragem é tida como um método mais flexível que o judicial por não estar envolvido por tantos procedimentos burocráticos.

Nesse aspecto, foi feita uma pesquisa¹¹⁸ pela PriceWaterhouseCoopers em conjunto com a Escola Internacional de Arbitragem da Universidade de Londres comentada por Zínia Baeta no Jornal Valor Econômico em 17/05/2006 (BAETA, 2010) e a pesquisa confirmou que as empresas preferem usar a arbitragem quando discutem conflitos decorrentes de contratos internacionais e

118 A PriceWaterhouseCoopers elaborou em conjunto com a Escola Internacional de Arbitragem da Universidade de Londres pesquisas acerca do assunto, a primeira em 2006, a segunda em 2008 e uma terceira está em andamento para este ano de 2010. Os resultados das pesquisas estão disponíveis em <http://www.arbitrationonline.org/research/index.html>.

relatou as vantagens apontadas que justificam a preferência: a flexibilidade, o sigilo e a possibilidade de escolha do árbitro.

Outro aspecto de suma importância é a garantia de tratamento equânime que afasta a natural incerteza quanto à isenção dos tribunais locais em lides internacionais, sendo uma das justificativas mais plausíveis no âmbito comercial internacional.

Nadia de Araujo (1996, p. 93) ensina que

A escolha por um tribunal arbitral afasta boa parte da angústia causada pela incerteza jurídica, pois este é considerado como uma forma de evitar os problemas advindos da insegurança ligada às soluções obtidas na justiça estatal de um Estado nacional.

Na visão de Adriana dos Santos Silva (2006, p. 220), a arbitragem é essencial para o processo de desenvolvimento, pois alia a autonomia da vontade com princípios sociais como a boa-fé, a função social e outros.

Existem indícios forte para acreditar que, nesta abordagem justiça e desenvolvimento, a arbitragem preenche algumas funções essenciais deste processo de desenvolvimento, promovendo a condição de agente e sendo uma expressão de liberdade individual com perfil social, pois integra a idéia de que ao indivíduo é dada a autonomia para decidir qual o meio melhor para solucionar seus conflitos, mas também a limita segundo critérios sociais.

Uma das mais marcantes e polêmicas vantagens da arbitragem é a celeridade que pode ser analisada tanto do ponto de vista jurídico como sócio-econômico, pois com a resolução mais rápida da controvérsia, tem-se um maior crédito no instituto que não admite recursos e possibilita o investimento em novos projetos ao se desvencilhar da pendência. Diversos fatores concorrem para a rapidez na solução arbitral em comparação à judicial¹¹⁹, listando-se a possibilidade de escolha do procedimento e regras, de julgadores com experiência na questão e a irrecorribilidade da decisão.

Por sua vez, Goulene e Racine (apud SANTOS, R., 2004, p. 31) apontam de forma crítica que o procedimento arbitral está perdendo sua rapidez e flexibilidade, principalmente nos procedimentos institucionais que acabam sendo

119 A Lei n. 9.307/96 no art. 23 estatui que a sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes, ou em sua falta, no prazo de seis meses, podendo as partes e os árbitros de comum acordo prorrogá-lo.

muito formais e complexos, possibilitando práticas de obstrução processual às partes e seus procuradores, o que exige avaliação das partes e da própria instituição para que não prejudique a imagem e utilização desse método de solução de conflitos. No entanto, a prática internacional demonstra que as arbitragens duram em média 18 meses e uma ação judicial no Brasil pode passar de 10 anos¹²⁰.

A qualificação profissional e técnica dos árbitros especializados em decidir litígios com conexão internacional e relacionados ao comércio resultam em economia de tempo, esforço e dinheiro (peritos) que seriam despendidos com um tribunal não especializado, auxiliando no custo-benefício da arbitragem em relação à solução judicial. Além disso, tal qualificação permite maior segurança às partes e confiança nos procedimentos a serem adotados pelo árbitro, o que também pode acarretar uma solução mais rápida e rentável para os envolvidos.

"A arbitragem possibilita maior grau de justiça, na solução dos conflitos particulares, por ser diretamente ligada aos interessados, que podem escolher as normas e os árbitros para a resolução de seus problemas". (AZEVEDO, 1998, p. 20)

Já em relação ao custo, o do procedimento arbitral é proporcionalmente menor que o do Judiciário considerando-se a economia de tempo que se despende com os processos estatais e suas possibilidades de recursos, o que proporciona maior rapidez na solução do conflito e a conseqüente liberdade para outros investimentos a critério do empresário. Não se defende a utopia de que o custo da arbitragem seja acessível à sociedade em geral, mas nas relações empresariais internacionais se mostra bastante vantajosa como esclarece Carlos Alberto Carmona (1990, p. 39)

A arbitragem tende a uma finalidade bastante específica: resolver problemas decorrentes do comércio, especialmente do comércio internacional e comercial como de costumes e praxes do comércio. O custo, nestas hipóteses, é bem mais suportável, e as vantagens decorrentes da solução arbitral são mais visíveis.

Além da grande importância para a dinamização dos contratos internacionais, a arbitragem colabora com o descongestionamento do Poder Judiciário estatal, principalmente em um país como o Brasil, onde o Judiciário é

120 Ver comentários de Zínia Baeta sobre a pesquisa da PriceWaterhouseCoopers publicada no Valor Econômico de 17/05/2006.

lento, caro, desgastante e despreparado para os conflitos comerciais internacionais. Micaela Barros Barcelos Fernandes (2005, p. 57), ao tecer comentários sobre o crescimento da arbitragem privada internacional no Brasil, explica que em âmbito interno a importância da arbitragem é inegável diante da sobrecarga do Judiciário; e na esfera internacional seu relevo é ainda maior pelo fato da jurisdição estatal já ter se mostrado inadequada como instrumento de pacificação social nesses casos que envolvem a soberania e a competência dos Estados.

Ailton Stropa Garcia (2000, p. 29) ensina que

[...] a solução de conflitos entre as empresas de países diferentes pela jurisdição estatal, por envolver a delicada questão da soberania entre os Estados, vinha se mostrando inadequada, havendo necessidade do surgimento de um poder supranacional de solução de conflitos, que seria a Arbitragem.

Depois de numerar as vantagens da arbitragem tanto para as partes quanto para o Estado, Micaela Barros Barcelos Fernandes (2005, p. 73) sopesa que esse instituto não pode ser sobrevalorizado sob pena de ser mal utilizado e não alcançar seu objetivo de harmonia e paz social.

É necessário ter prudência e bom senso, pois, se utilizada dentro dos limites de suas possibilidades, a arbitragem será um valioso instrumento posto à disposição dos cidadãos para dirimir seus conflitos de interesses e concretizar Justiça, não concorrendo, mas agindo em colaboração ao Judiciário, que assim ficará mais livre para julgar as causas que não podem ser objeto de julgamento paraestatal. De outro lado, o excesso de expectativas e o uso inadequado da arbitragem levarão ao seu mau funcionamento, que acarretará a própria desvalorização do instituto, reduzindo seu alcance como instrumento jurídico capaz de contribuir para a obtenção da harmonia e da paz social.

Por sua vez, Ricardo Soares Stersi dos Santos (2004, p. 31-32) elenca algumas desvantagens trazidas pela doutrina, tais como os custos econômicos, os excessivos meios de intervenção do Poder Judiciário, maior possibilidade de serem proferidas decisões arbitrárias, bem como subtração da aplicação do direito material do Estado sede da arbitragem e falta de atribuição de poder coercitivo ao árbitro para dar cumprimento as suas decisões.

No entanto, pelo caráter da arbitragem internacional aqui defendida, entende-se que essas desvantagens são insuficientes para o impedimento ou diminuição desse instituto na solução de conflitos comerciais internacionais,

principalmente na fase de formação dos contratos, sobrepondo - se, dessa forma, suas justificativas e vantagens.

Nesse sentido, confirma-se a importância da arbitragem como método alternativo de solução de conflitos internacionais, principalmente na fase de formação dos contratos internacionais, pois há uma grande dificuldade de se encontrar uma solução adequada referente às cláusulas de lei aplicável, foro de eleição e língua, diante da confusão feita pelo Judiciário nacional. (BARROZO; COSTA; MUNIZ, 2007, p. 244-245)

O investimento em conscientização dos empresários, juristas e autoridades judiciárias estatais nacionais permitirá o fortalecimento do instituto da arbitragem e a conseqüente participação do Brasil com maior intensidade e qualidade no mercado internacional, inspirando confiança e credibilidade aos investidores e parceiros comerciais ao saberem que não há empecilhos para a escolha desse método para a solução de eventuais conflitos em qualquer fase da contratação internacional envolvendo brasileiros.

Essa conscientização, aliada à modernização da legislação brasileira e a ratificação de alguns tratados referentes ao tema, transformará o país num mercado mais seguro para investidores e mais ativo no comércio exterior; aumentando a receita das empresas, do Estado por meio da tributação e da geração de trabalho, inclusive para os juristas, seja, atuando como árbitros ou advogados, bem como ainda apresenta-se como vantagem para o consumidor que terá uma gama maior de escolha de produtos e prestadores de serviços.

3.4.2 A Inserção da Cláusula Compromissória Completa nas Negociações Preliminares

Considerando as vantagens acima expostas, principalmente a possibilidade de escolha da lei aplicável, da sede da arbitragem, do árbitro ou instituição arbitral de confiança, da língua a ser utilizada durante o procedimento arbitral e da garantia de tratamento equânime, justificada está a utilização da arbitragem como método de solução de conflitos decorrentes de contratos internacionais.

No entanto, o presente trabalho não se restringe a concluir as vantagens da arbitragem, mas sim justificar a inserção da cláusula compromissória

completa no instrumento obrigacional firmado pelas partes durante as negociações preliminares.

A fase de formação sucessiva dos contratos internacionais do comércio gera insegurança para os negociadores, pois o contrato definitivo ainda não foi alcançado e sequer se sabe se chegará ao mesmo, já que as negociações, em regra, não obrigam a conclusão do contrato, segundo os mais tradicionais. Ao mesmo tempo, muitos investimentos podem ser empreendidos com a finalidade de se concluir o acordo, tais como tempo, estudos, viagens, contratação de profissionais e revelação de informações sigilosas e o Direito não pode ficar alheio a essa dinâmica comercial.

Além disso, a insegurança se agrava na medida em que diversas legislações e interpretações podem ser aplicadas no momento do rompimento das tratativas ou do descumprimento de alguma obrigação anterior à conclusão do contrato definitivo, aliada a imprecisão da lei aplicável, do foro competente, da língua e do procedimento que podem ser empregados diante de um conflito.

Tudo isso fez com que os próprios empresários e advogados criassem modelos jurídicos para proteger essa fase, sendo que alguns, mesmo antes da conclusão do contrato definitivo, já trazem em seu bojo certas obrigações, seja de guardar sigilo, de informar, de arcar com custos etc. São nesses instrumentos que a arbitragem deve ser inserida por meio de uma cláusula compromissória completa.

Ninguém melhor que um árbitro experiente e especializado em comércio internacional para entender a necessidade das partes nesse momento tão frágil, mas de grandes perspectivas e altos investimentos. Só um árbitro escolhido com base em sua qualificação e na confiança das partes poderá ter a liberdade de analisar a situação em conformidade com a prática do comércio, desapegado do formalismo da jurisdição estatal. Necessário lembrar que quanto mais qualificado o árbitro, maior a confiança das partes nele, podendo, inclusive, submeterem-se ao julgamento por equidade.

Ainda, somente por meio da arbitragem as partes terão a autonomia de regerem esse momento, escolhendo a lei aplicável, outro fator de extrema relevância para dar uma maior segurança às negociações e às soluções de seus conflitos.

Também vale ressaltar que a arbitragem propicia a conciliação e é comum em âmbito comercial internacional que as partes queiram continuar negociando, embora tenha surgido algum conflito entre elas. A postura da litigância diante de um Judiciário desconhecido por uma ou ambas as partes não propiciará um clima favorável à continuidade da negociação, o que mais uma vez torna a arbitragem o meio mais indicado para a solução da controvérsia.

Porém, não basta a inserção de uma cláusula compromissória de arbitragem para que se alcance segurança e efetividade, é preciso que a cláusula seja completa, ou seja, que traga a previsão dos requisitos que seriam necessários para a constituição do compromisso arbitral, justamente para evitá-lo, isto é, o número e qualificação do árbitro ou da instituição arbitral, a lei aplicável, o local em que a sentença será proferida, o idioma, o procedimento ou regulamento a ser seguido etc.

Esse cuidado evitará ou diminuirá a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário para a determinação da convenção arbitral, o que contribuirá para uma decisão célere e para o exercício da autonomia da vontade.

Tendo em consideração que conflitos podem ocorrer desde esta fase e que a solução dos mesmos demandará grandes dificuldades e inseguranças aos envolvidos diante das diferentes interpretações que as legislações nacionais possuem acerca das negociações preliminares e dos instrumentos utilizados nessa fase, bem como que a arbitragem é o método de solução de controvérsias mais utilizado no comércio internacional demonstrase a importância da inserção da cláusula compromissória de arbitragem nesses modelos jurídicos obrigacionais nascidos durante a formação dos contratos internacionais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das reflexões acerca da presente proposta de estudo, pode-se inferir que:

- a) A evolução do comércio internacional é um fato relevante tanto para a economia quanto para o direito, pois, além do envolvimento das empresas nacionais ou transnacionais, estão presentes também os Estados e as organizações internacionais. Pelo fato das relações empresariais internacionais envolverem dois ou mais sistemas jurídicos com leis e procedimentos distintos e por cada Estado regular esse conflito de leis por meio do seu Direito Internacional Privado - por ato de soberania-, faz-se necessário avançar na harmonização de referidas normas, papel que já vem sendo desempenhado pelas organizações internacionais. Assim, o envolvimento existente entre o Estado contemporâneo e os demais atores internacionais deve ser regido pelo equilíbrio para que se alcance um comércio internacional sustentável, desafio e norte para o desenvolvimento no século XXI;
- b) Os contratos internacionais do comércio são acordos de vontade ligados a algum elemento de estraneidade e regidos por diversos princípios, destacados nesse estudo, os da boa-fé objetiva e da autonomia da vontade que também fundamentam o contrato de arbitragem. A autonomia da vontade, significa em âmbito internacional, o exercício da liberdade de escolher a lei que regerá a relação jurídica, flexibilizando as normas jurídicas nacionais relativas ao Direito Internacional Privado para atender com rapidez e criatividade à dinâmica comercial global. Apresentam três fases: formação, conclusão e execução, cuja ênfase é a de formação que pode ser instantânea ou prolongada. A formação prolongada é denominada de tratativas ou negociações preliminares e não obrigam, em regra, à conclusão do contrato, já que são caracterizadas como período de conhecimento a fim de se analisar a viabilidade da conclusão do contrato almejado, respeitando-se, inclusive, a autonomia da vontade;

c) Embora as negociações preliminares não vinculem os negociantes a concluírem o contrato que estão analisando a viabilidade - o que seria uma incongruência à autonomia da vontade - há deveres que surgem da boa-fé objetiva, tais como agir com lealdade, probidade, informar o outro do não interesse de continuidade nas negociações, não revelar os segredos ou informações sigilosas a que teve acesso, não causar prejuízo etc. Assim, mediante a necessidade de fazer altos investimentos e despende tempo, profissionais, estudos, projetos e inclusive revelar segredos, muitos negociantes se sentem inseguros e buscam o auxílio do direito para criação de modelos jurídicos que lhes tragam um pouco mais de segurança nessa fase. Mesmo assim, não é pacífico para a doutrina que esses modelos gerem obrigações nesse momento;

d) Entende-se que há modelos que realmente não geram obrigações, mas tão somente firmam as intenções das partes, entretanto, há outros instrumentos que independente de sua denominação obrigam as partes em relação a seu objeto - não a firmarem o contrato principal almejado, exceto os pré-contratos. Dessa forma, as tratativas são importantíssimas para o sucesso e execução contratual, pois é o momento de conhecer, analisar e firmar o que realmente se almeja do outro. Sua relevância jurídica é revelada no comércio internacional na medida em que a prática cria novos modelos capazes de expressar a verdadeira necessidade das partes, dando-lhes proteção, inserindo cláusulas de lei aplicável e método de solução de conflitos, bem como ganhando o reconhecimento da jurisprudência arbitral;

e) Há modelos jurídicos que criam obrigações às partes mesmo antes da conclusão do contrato que almejam e por isso são passíveis de serem resolvidas eventuais controvérsias por meio da arbitragem como disposto nas Convenções Internacionais do Panamá e de Nova Iorque, assim como na Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional;

f) Diversos são os métodos de solução de conflitos comerciais internacionais, passando pelo judicial e pelos extrajudiciais, como a negociação, conciliação, mediação e arbitragem, podendo, ainda utilizar-

se mais de um. A arbitragem é o método alternativo e heterocompositivo de solução de conflitos mais utilizado no comércio internacional que privilegia a autonomia da vontade das partes em possibilitar a escolha da lei aplicável ao conflito, o idioma, o local de proferimento da sentença, o árbitro e o procedimento a ser seguido por ele, além de ser mais célere, sigiloso, possibilitar a conciliação e continuidade dos negócios, garante tratamento equânime entre as partes, o que traz maior voluntariedade ao seu cumprimento, desenvolvimento econômico, dinamização da contratação, descongestionamento do judiciário e paz social;

g) A convenção arbitral pode ocorrer tanto antes do conflito, por meio da cláusula compromissória quanto posteriormente através do compromisso arbitral. Por se tratar o presente de um estudo preventivo, seu foco será a cláusula compromissória. Concluiu-se que na fase das negociações preliminares dos contratos internacionais do comércio não basta somente a inserção da referida cláusula compromissória, o que pode acarretar em um vazio que impossibilite ou dificulte a aplicação da arbitragem com todas as suas vantagens. Assim, tal cláusula deve ser cheia, completa, ou seja, trazer todos os requisitos autorizadores do início da solução do conflito sem a intervenção do Judiciário;

h) Recomenda-se que durante as negociações preliminares de contratos internacionais do comércio os negociadores firmem documentos relacionando quais os objetivos, deveres e conclusões a que querem chegar, bem como a responsabilidade de cada um no alcance ou não da conclusão contratual, sendo pontuais em relação a deveres de sigilo, colaboração com os investimentos a serem feitos, despesas com viagens, reuniões, projetos, contratação de profissionais, pareceres etc. Além disso, esses documentos devem prever qual a norma a que estão submetidos e de que forma será resolvido qualquer eventual conflito. A arbitragem - por meio da cláusula compromissória completa - é o método mais adequado de se solucionar eventual conflito negocial, pois as partes podem eleger árbitros qualificados e com experiência em comércio internacional e inclusive, se a arbitragem será baseada nos usos e costumes do comércio ou até mesmo na equidade em decorrência da confiança depositada no árbitro. A autonomia da vontade auxilia na

solução do conflito, pois dará oportunidade às partes de regerem as regras aplicáveis a essa resolução, o que coaduna com a necessidade comercial global, já que nem sempre a legislação e hermenêutica nacional tradicional favorecem essa dinâmica.

Nesse esteio, a proposta da inserção da cláusula compromissória completa nos instrumentos jurídicos utilizados na fase de formação dos contratos internacionais objetiva o desenvolvimento do comércio de forma mais segura e eficaz, minimizando prejuízos e discussões jurídicas acerca dos procedimentos que envolvam a resolução dos conflitos nessa fase contratual.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ruy Rosado de. Cláusulas abusivas no Código do Consumidor. In: MARQUES, Cláudia Lima. (Coord.). **Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no Mercosul**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 13-32. Disponível em: <http://www.stj.gov.br/Discursos/0001102/Cl%C3%A1usulas%20abusivas%20no%20C%C3%B3digo%20do%20Consumidor.doc>. Acesso em: 18 fev. 2005.

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa. In: AZEVEDO, André Gomma (Org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, v. 2, 2003.

AMARAL JUNIOR, Alberto do. A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas. **Revista de direito do consumidor**, São Paulo, n. 6, p. 27-33, abr.-jun. 1993.

AMARAL, Ana Paula Martins. **Princípios norteadores dos contratos internacionais**. 1999. 165fl. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Econômicas Internacionais) – Pontifícia Universidade Católica, São Paulo.

AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do. O direito do comércio internacional na era da globalização: liberalização e integração econômica. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). **Direito do Comércio Internacional: aspectos fundamentais**. São Paulo: Aduaneiras, 2004. p. 39-54.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**. Introdução. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ANDRADE, Roberto Braga de. Reflexões sobre as tratativas nos contratos paritários de conteúdo complexo. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, n. 62, a. 16, p. 68-78, out. - dez. 1992.

ARAUJO, Nadia de. A nova lei de arbitragem brasileira e os "princípios uniformes dos contratos comerciais internacionais", elaborados pelo UNIDROIT. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). **Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional**. São Paulo: LTr, 1996. p. 87-116.

_____. Contratos internacionais e a jurisprudência brasileira: Lei aplicável, ordem pública e cláusula de eleição de foro. In: RODAS, João Grandino (Coord.). **Contratos internacionais**. 3 ed. São Paulo: RT, 2002. p. 195-229.

_____. **Contratos internacionais: autonomia da Vontade, Mercosul e convenções internacionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

_____. Controvérsias comerciais internacionais: Os princípios do DCI e os Laudos do Mercosul. In: MEDEROS, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.). **Jornadas de**

Direito Internacional Público no Itamaraty. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007. p. 101 -131.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Arbitragem. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 753, a. 87, p. 11-23, jul. 1998.

BAETA, Zínia. Empresas preferem a arbitragem. **Valor Econômico**. 17 mai 2006. Disponível em: <<http://www.mediarsaopaulo.com.br/63201/2082.html>>. Acesso em: 23 fev. 2010.

BAPTISTA, Luiz Olavo. A boa-fé nos contratos internacionais. **Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem**, São Paulo, n. 20, a. 6, p. 24-46, abr.-jun. 2003.

_____. Contratos internacionais. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 270, a. 76, p. 87-100, abr.-jun. 1980.

_____. **Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática.** São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. Formação do contrato internacional. **Revista de direito público**, São Paulo, n. 80, a. XIX, p. 152-157, out.-dez. 1986.

_____. O risco nas transações internacionais: problemática jurídica e instrumentos (de defesa). **Revista de direito público**, São Paulo, n.66, a. XVI, p. 265-273, abr.-jun. 1983.

BARBI FILHO, Celso. Contrato de compra e venda internacional: abordagem simplificada de seus principais aspectos jurídicos. **Revista do curso de direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia, v. 25, n.1/2, p. 15-37, dez. 1996.

BARRAL, Welber. **A arbitragem e seus mitos.** Florianópolis: OAB/SC, 2000.

BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Coord.). **A Nova interpretação Constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas.** Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROZO, Helena Aranda; COSTA, Patricia Ayub da; MUNIZ, Tânia Lobo. A cláusula compromissória de arbitragem na formação dos contratos comerciais internacionais. In: MENEZES, Wagner (Org.). Estudos de direito internacional: **Anais... 5º Congresso Brasileiro de Direito Internacional.** Curitiba: Juruá, v. 10, 2007. p. 239-247.

BASSO, Maristela. A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borba (Coords.). **Direito e Comércio internacional: tendências e perspectivas: estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger.** São Paulo: LTr, 1994. p. 42-66.

_____. As cartas de intenção ou contratos de negociação. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 769, a. 88, p. 28-47, nov. 1999.

_____. As leis envolvidas nas arbitragens comerciais internacionais: campos de regência. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, n. 9, a. 3, p.307-314, jul.-set. 2000.

_____. **Contratos internacionais do Comércio**: negociação, conclusão, prática. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. Introdução às fontes e instrumentos do comércio internacional. **Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial**, São Paulo, n. 77, a. 20, p. 60-71, jul.-set. 1996a.

_____. Lei nova revitaliza a arbitragem no Brasil como método alternativo-extrajudicial de solução de conflitos de interesses. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 733, a. 85, p. 11-23, nov. 1996b.

BASTOS, Celso Ribeiro; KISS, Eduardo Amaral Gurgel. **Contratos internacionais**: compra e venda internacional, carta de crédito comercial, o "hedge" e o contrato de "hedge". São Paulo: Saraiva, 1990.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BORGES, Nelson. **Manual Didático das Obrigações** - contratos e revisão contratual. Curitiba: Juruá, 2006.

BRAGHETTA, Adriana. A escolha da sede na arbitragem. **Revista do Advogado**, São Paulo, n. 87, a. XXVI, p. 7-13, set. 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 1 mar. 2010.

BRASIL. **Decreto nº 1.902, de 9 de maio de 1996**. Promulga a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 30 de janeiro de 1975 (Convenção do Panamá). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1902.htm>. Acesso em 14 dez. 2009.

BRASIL. **Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929**. Promulga a Convenção de direito internacional privado, de Havana (Código Bustamante). Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/bustamante.htm>>. Acesso em: 02 mar. 2010.

BRASIL. **Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002.** Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 10 de junho de 1958 (Convenção de Nova Iorque). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm>. Acesso em 14 dez. 2009.

BRASIL. **Decreto nº. 2.411, de 2 de dezembro de 1997.** Promulga a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, Montevideú, 8 de maio de 1979. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/D2411.htm>. Acesso em: 1 mar. 2010.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del4657.htm>>. Acesso em 23 fev. 2009.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 fev. 2010.

BRASIL. **Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980.** Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6815.htm>. Acesso em: 1 mar. 2010.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 20 fev. 2010.

BRASIL. **Lei nº 8.569, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm>. Acesso em 20 fev. 2010.

BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996.** Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9279.htm>. Acesso em: 1 mar. 2010.

BRASIL. **Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9307.htm>. Acesso em 23 de fev. 2009.

BULGARELLI, Waldirio. **Contratos Mercantis.** 9 ed. São Paulo: Atlas, 1997.

CARAVACA, Alfonso-Luis Calvo; GONZALEZ, Javier Carrascosa. **Derecho internacional Privado.** 3 ed. Comares: Granada, v. 2, 2002.

CARMONA, Carlos Alberto. Arbitragem e jurisdição. **Revista de Processo,** São Paulo, n. 58, a.15, p. 33-40, abr-jun. 1990.

_____. **Arbitragem e processo**: um comentário à Lei 9.307/96. São Paulo: Malheiros, 1998.

CARVALHO, José Augusto Moreira de. Introdução à Teoria dos Jogos no Direito. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 59, a. 15, p. 213-234, abr.-jun. 2007.

CASELLA, Paulo Borba. Utilização no Brasil dos princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais. In: CASELLA, Paulo Borba (Coord.). **Contratos internacionais e direito econômico no Mercosul**. São Paulo: LTr, 1996. p. 95-105.

COELHO, Fabio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2002.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Estatuto da Corte Internacional de Justiça. Disponível em: http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/ji_cortes_internacionais/cij-estat_corte_intern_just.pdf >. Acesso em: 1 mar. 2010.

COSTA, Patricia Ayub da; GOMES, Sergio Alves. O princípio da boa-fé objetiva à luz da constituição. In: Encontro preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 17., 2008, Salvador, Bahia. **Anais...** Disponível em: http://www.conpedi.org/manaus/arquivos/anais/salvador/patricia_ayub_da_costa.pdf >. Acesso em: 13 jan. 2010.

COSTA, Patricia Ayub da; MUNIZ, Tânia Lobo. O papel do advogado nas negociações dos contratos internacionais. In: MENEZES, Wagner (Org.). Estudos de direito internacional: **Anais...** do 6º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Curitiba: Juruá, v. 14, 2008. p. 182-190.

COSTA, Patricia Ayub da. Negociações dos contratos internacionais do comércio. In: PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). **Direito internacional e da integração**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003, p. 370-376.

_____. Cuidados na contratação internacional. *Newsletter - Internacional & Ambiental*, Londrina, n. 1, out. 2008. Disponível em: http://www.graca.adv.br/bra/newsletters/newsletter_internacional_ambiental_o_utubro08.pdf >. Acesso em: 05 dez. 2009.

_____. O princípio da boa-fé nas negociações dos contratos internacionais do comércio. In: MENEZES, Wagner (Org.). Estudos de direito internacional: **Anais...** do 2º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Curitiba: Juruá, v. 2, 2004. p. 296-301.

CRETELLA JÚNIOR, J. Da arbitragem e seu conceito categorial. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 643, a. 78, p. 7-13, mai. 1989.

CRETELLA NETO, José. **Curso de Arbitragem**: arbitragem comercial, arbitragem internacional, Lei brasileira de arbitragem, Instituições internacionais de arbitragem, Convenções internacionais sobre arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DELGADO, Mauricio Godinho. Princípios da Dignidade humana, da Proporcionalidade e/ou Razoabilidade e da Boa-fé no Direito do Trabalho -diálogo do ramo juslaborativo especializado com o universo jurídico geral. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 102, a. 27, p. 85 -117, abr. - jun. 2001.

DEUTSCH, Morton. The resolution of conflict: constructive and destructive processes. New Haven and London: Yale University Press, 1973. Arthur Coimbra de Oliveira (Trad.) e Schertel Mendes (Rev.). In: AZEVEDO, André Gomes de. (Org). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, v. 3, 2004.

DI SENA JÚNIOR, Roberto. **Comércio internacional & Globalização**: a cláusula social na OMC. 1 ed. 3 tir. Curitiba: Juruá, 2006.

DIAS, Mario; COSTA, Roberto Figueiredo. **Os vinte mandamentos da negociação empresarial bem sucedida**. São Paulo: Edicta, 1999.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 21 ed. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2005.

_____. **Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____. **Vocabulário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 1.

DOLINGER, Jacob. A autonomia da vontade para escolha da lei aplicável no Direito Internacional Privado Brasileiro. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coord.). **Arbitragem**: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernandes Silva Soares. 1 ed. 2 reimpr. São Paulo: Atlas, 2007. p. 72-111.

_____. **Direito internacional privado**: parte geral. 8 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. **Laudos arbitrais estrangeiros - Reconhecimento e execução**: teoria e prática. 1 ed. 3 tir. Curitiba: Juruá, 2005.

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

FIUZA, César. **Direito Civil**: curso completo. 11 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

FRITZ, Karina Cristina Nunes. **Responsabilidade pré-contratual por rompimento das negociações preliminares**. São Paulo, 2005. 160 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo.

FURLAN, Melissa. **A autonomia da vontade nos contratos internacionais e suas limitações**. 2004. 195 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Sociais) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos**: teoria geral. 5 ed. São Paulo: Saraiva, v. 4 2009. tomo I.

GARCEZ, José Maria Rossani. Constitucionalidade da Lei 9.307/96. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, n. 10, ano 3, p.348-359, out.-dez. 2000.

_____. **Contratos internacionais comerciais**: planejamento, negociação, solução de conflitos, cláusulas especiais, convenções internacionais. São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. **Curso de direito internacional privado**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Elementos básicos de direito internacional privado**. Porto Alegre: Síntese, 1999.

GARCIA, Ailton Stropa. A arbitragem no direito econômico nacional e internacional. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 33, a. 8, p. 28-45, out-dez. 2000.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GREBLER, Eduardo. O contrato de venda internacional de mercadorias. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 319, a. 88, p. 310- 317, jul.-set. 1992.

IBA - International Bar Association. **Diretrizes da IBA relativas a Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional, de 22 de maio de 2004**.

Disponível em:

<www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUId=EB37DA96>. Acesso em: 1 mar. 2010.

JUSTINIANUS, Flavius Petrus. **Institutas do Imperador Justiniano**. Tradução de José Cretella Junior, Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LATORRE, Nilton Rafael. **A autonomia da vontade no direito internacional privado**. 2004. 138 f. Dissertação (Mestrado em Direito das Relações Econômicas Internacionais) - Pontifícia Universidade Católica, São Paulo.

LEE, João Bosco. A Lei 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; REIS, Murilo Gouvêa dos. (Org.) **Direito comercial internacional**: arbitragem. Florianópolis: OAB/SC, 2002. p. 37-55.

LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem. Princípios Jurídicos Fundamentais. Direito brasileiro e comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 686, a. 81, p. 73-89, dez. 1992.

LOBO, Carlos Augusto da Silveira. Uma introdução à arbitragem comercial internacional. In: ALMEIDA, Ricardo Ramalho (Coord.). **Arbitragem interna e internacional**: questões de doutrina e da prática. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 3-51.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do Direito Civil. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 3, n. 33, jul. 1999. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=507>>. Acesso em: 16 jun. 2003.

LOZARDO, Ernesto. Desdobramentos da crise financeira global. **Gazeta Mercantil**, Opinião. Disponível em: <http://www.mre.gov.br/portugues/noticiario/nacional/selecao_detalhe3.asp?ID_RESENHA=555076>. Acesso em: 11 mar. 2009.

MAGALHÃES, José Carlos de; TAVOLARO, Agostinho Tofolli. Fontes do Direito do Comércio Internacional: A *Lex Mercatoria*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). **Direito do Comércio Internacional**: aspectos fundamentais. São Paulo: Aduaneiras, 2004. p. 57-68.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. **Regulação estatal e interesses públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARQUES, Alexandre de Moura. **Comércio exterior**: aspectos legais relativos às operações de comércio exterior e internacional. Porto Alegre: Síntese, 1999.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. **O direito privado como um "sistema em construção"**: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. Disponível em: <www.ufrgs.br/mestredir/doutrina/martins1.htm>. Acesso em 15 fev. 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 13 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MELO, Jairo Silva. **Contratos internacionais e cláusula hardship**. São Paulo: Aduaneiras, 1999.

MINERVINI, Nicola. **O Exportador**. 3 ed. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2001.

MOORE, Christopher W. **O processo de mediação**. 2 ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MOROSINI, Fabio. A arbitragem comercial como fator de renovação do direito internacional privado brasileiro dos contratos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 851, a. 95, p. 63-85, set. 2006.

MÜLLER, Mary Stela; CORNELSEN, Julce Mary. **Normas e Padrões para Teses, Dissertações e Monografias**. 6 ed. Londrina: Eduel, 2007.

MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. 1 ed. 5 tir. Curitiba: Juruá, 2005.

MURTA, Roberto de Oliveira. **Contratos em comércio exterior**. 2 ed. São Paulo: Aduaneiras, 1998.

NAZO, Georgette. A lei aplicável ao contrato internacional e a ordem pública. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**, São Paulo, n. 35, a. 10, p. 144-153, jan. - mar. 1986.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

NINIO, Marcelo. OMC vê onda protecionista com a crise. **Folha de São Paulo**. São Paulo, 27 março 2009. Disponível em: <<https://conteudoclipingmp.planejamento.gov.br/cadastros/noticias/2009/3/27/omc-ve-onda-protecionista-com-a-crise>>. Acesso em: 07 abr. 2009.

NUNES JUNIOR, Venilto Paulo. O conceito de soberania no século XXI. **Revista de Direito Constitucional e internacional**, São Paulo, n. 42, a. 11, p. 144-166, jan.-mar. 2003.

OBAMA, Barack Hussein. We seek a new way forward. **Chicago Tribune**. Disponível em: <<http://www.chicagotribune.com/news/politics/obama/chi-obama-speech-090120,0,1085546.story?page=2>>. Acesso em: 27 jan. 2009.

OEA - Organização dos Estados Americanos. **Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, México, 17 de março de 1994, Quinta Conferência Especializada Interamericana sobre Direito Internacional Privado (CIDIP-V)**. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/CIDIPV_home.htm>. Acesso em: 1 mar. 2010.

ONU - Organização das Nações Unidas. Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento adotada pela Resolução 41/128, da Assembléia Geral das Nações Unidas, 04.12.1986. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). **Constituição Federal**: coletânea de direito internacional. 5 ed. São Paulo: RT, 2007. p. 777- 780.

ONU - Organização das Nações Unidas. Declaração Universal dos Direitos Humanos aprovada pela Resolução 217, na 3ª Sessão Ordinária da Assembléia Geral da ONU, Paris, 10.12.1948. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). *Constituição Federal: coletânea de direito internacional*. 5 ed. São Paulo: RT, 2007. p. 773-777.

PARRA, Jorge Barrientos. O contrato internacional como instrumento de ação do comércio internacional. **Revista do curso de direito da Universidade Federal de Uberlândia**, Uberlândia-MG, v. 21, n. 1/2, p. 143-155, dez. 1992.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. vol. 3.

PINHEIRO, Ricardo R. **Curso de assistente de comércio exterior**. Curitiba: Aduaneiras, mar. 2003. Apostila.

PINTO, José Emilio Nunes. A escolha pela arbitragem e a garantia de sua instituição. **Revista do advogado**, São Paulo, n. 87, a. XXVI, p. 67-75, set. 2006.

PITOMBO, Eleonora M. Bagueira Leal Coelho. Relevância do advogado para a arbitragem. **Revista do advogado**, São Paulo, n. 87, a. XXVI, p. 46-51, set. 2006.

PRADO, Maurício Curvelo de Almeida. **Contrato Internacional de Transferência de Tecnologia: patente e know-how**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitragem comercial nos países do MERCOSUL: análise comparativa da legislação, jurisprudência e doutrina dos autores da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai relativas à arbitragem**. São Paulo: LTr, 1997.

REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. **Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem**, São Paulo, n. 21, a. 6, p. 11-13, jul.-set. 2003.

_____. **O direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. **Arbitragem Privada internacional no Brasil, depois da nova lei 9.307, de 23.09.1996: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Direito internacional Privado: teoria e prática**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

REQUIÃO, Rubens. **Curso de direito comercial**. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 1998. vol. 1.

- RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. Batalha das formas e negociação prolongada nos contratos internacionais. In: RODAS, João Grandino (Coord.). **Contratos internacionais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 223-237.
- ROCHA, José de Albuquerque. **Lei de Arbitragem: uma avaliação crítica**. São Paulo: Atlas, 2008.
- RODAS, João Grandino; MÔNACO, Gustavo Ferraz de. **A conferência da Haia de direito internacional privado: a participação do Brasil**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. 28 ed. São Paulo: Saraiva, v. 3, 2002.
- ROSA, Luis Fernando Franceschini da. **Curso de Negociação de contratos internacionais**. Londrina: Instituto Paranaense de Relações Internacionais -INPRI, 17 e 18 out. 2002. Informações orais.
- ROVIRA, Suzan Lee Zaragoza de. Estudo comparativo sobre os contratos internacionais: aspectos doutrinários e práticos. In: RODAS, João Grandino (Coord.). **Contratos internacionais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 51-90.
- RUBIO, Delia Matilde Ferreira. **La buena fe: el principio general en el derecho civil**. Madrid: Editorial Montecorvo, 1984.
- SABA, Sérgio. **Comércio Internacional e Política Externa Brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- SALLES, Marcos Paulo de Almeida. Da arbitralidade. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, n. 10, a. 3, p.360-365, out.-dez. 2000.
- SANTOS, José Alexandre Rangel dos. **Contratos Internacionais do Comércio**. Campinas, SP: Copola Livros, 1997.
- SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções Gerais da Arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- SCAVONE JUNIOR, Luiz Antônio. **Manual de Arbitragem**. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- SCHLEE, Paula Christine. Política e globalização econômica: o relacionamento Estado- empresas transnacionais. In: CAUBET, Christian Guy (Coord.). **A força e o direito nas relações internacionais: as repolarizações do mundo**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 53-70.
- SILVA, Adriana dos Santos. A arbitragem como instrumento de desenvolvimento. In: BARRAL, Welber; PIMENTEL, Luiz Otávio (Org.). **Teoria jurídica e desenvolvimento**. Florianópolis: Boiteux, 2006. p. 191-220.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 7 ed. Rio de Janeiro: 1982.

SOARES, Guido F. S. A ordem pública nos contratos internacionais. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 55, a. 23, p. 122-129, jul. - set. 1984.

_____. Arbitragens comerciais internacionais no Brasil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 641, a. 78, p. 29-57, mar. 1989.

STRENGER, Irineu. **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTR, 1996a.

_____. **Comentários à lei brasileira de arbitragem**. São Paulo: LTr, 1998a.

_____. **Contratos internacionais do comércio**. 3 ed. São Paulo: LTr, 1998b.

_____. **Da autonomia da vontade: direito interno e internacional**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2000a.

_____. **Direito do comércio internacional e Lex Mercatoria**. São Paulo: LTr, 1996b.

_____. **Direito internacional privado**. São Paulo: LTr, 2000b.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. A arbitragem e a Constituição. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, n. 57, a. 14, p. 109-131, out. dez. 2006.

TIBURCIO, Carmen. A arbitragem no direito brasileiro: histórico e Lei 9.307/96. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 104, a. 26, out.-dez. 2001.

UNCITRAL - Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional. **Convenção das Nações Unidas sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, Viena, 1980**. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/CISG-s.pdf>>. Acesso em: 1 mar. 2010.

UNCITRAL - Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional. **Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1985 com as emendas aprovadas em 2006**. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf>. Acesso em: 24 fev. 2010.

UNIDROIT - Instituto Internacional para a Uniformização do Direito Privado. **Princípios UNIDROIT sobre contratos comerciais internacionais de 2004**. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2004/translations/blackletter2004-spanish.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2010.

VALENÇA FILHO, Clávio. Aspectos de direito internacional privado na arbitragem. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, n. 7, a. 3, p. 379-391, jan. - mar. 2000.

VELASCO, Ignácio M. Poveda. A boa fé na formação dos contratos (direito romano). **Revista de direito civil, imobiliário, agrário e empresarial**, São Paulo, n. 61, a. 16, p.35-42, jul. - set. 1992.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 6 ed. São Paulo: Atlas, v. 2, 2006.

WALD, Arnaldo. O novo Código Civil e o solidarismo contratual. **Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem**, São Paulo, n. 21, a. 6, p. 14-47, jul. - set. 2003.