

Controvérsia no horizonte: Contratação para Resolução Eficaz de Disputas em Transações Comerciais Internacionais. Uma perspectiva norte-americana.*

WILLIAM P. JOHNSON**

Tradução e Notas: Desembargador Alexandre Freitas Câmara e Desembargador Antonio Carlos Esteves Torres

I. Introdução

A importância do relacionamento entre os Estados Unidos e o Brasil em matéria de comércio internacional não pode ser subestimada. Só em 2009, os exportadores norte-americanos exportaram mercadorias para o Brasil com um valor agregado de US \$ 26.095.455.340,00, mais de vinte e seis bilhões de dólares¹ e, de outro lado, os exportadores brasileiros exportaram para os Estados Unidos mercadorias num valor total de USD\$20.069.606.594,00². Desde petróleo e gás, equipamentos de transporte, produtos químicos, ao café, papel e cachaça, o comércio internacional entre os Estados Unidos e o Brasil é robusto e volumoso. Na medida em que barreiras ao comércio caírem, mais e mais entidades brasileiras e norte-americanas irão procurar boas oportunidades de investimento e outras formas de se associarem em transações comerciais mutuamente proveitosas.^{NT1}

Quando as empresas estabelecem negociações que atravessam fronteiras, as duas partes geralmente esperam que boas coisas aconteçam. Dependendo da natureza da transação e do papel que cada uma das partes desempenhe em suas relações, seja como comprador ou vendedor, licenciador ou licenciado, representado ou representante, ou algum outro papel, podem elas esperar novos mercados, novos investidores, nova tecnologia, ou outras novas oportunidades. E cada parte, compreensivelmente, espera tirar proveito de alguma forma do negócio. Às vezes as coisas vão muito bem e todos ficam satisfeitos.

Mas essas relações transfronteiriças de negócio bem sucedido podem infundir nos incautos uma falsa sensação de segurança, porque às vezes as coisas não oferecem

* Este artigo está baseado parcialmente na apresentação proferida pelo autor como integrante do programa acadêmico do XLVI edição da Conferência Federação Interamericana de Advogados (FIA) no Rio de Janeiro, entre 15 e 19 de junho de 2010. Especificamente, o autor fez a apresentação sobre a escolha da lei como parte do Comitê IV. Programa (Direito Civil e Processual Civil) “Os meios de resolução de controvérsias nos distintos países membros da FIA / The means of resolving disputes in the various IABA member countries.”

** Professor de Direito Assistente, Universidade de Dakota do Norte. B.A. Universidade de Minnesota; J.D. Universidade de Michigan. O autor agradece a Jan Stone pela sua valiosa ajuda na pesquisa, e está em débito com o Des. Alexandre Antonio Franco Freitas Câmara, pelo seu consciencioso apoio para este artigo.

© 2010 William P. Johnson

¹ Divisão de Comércio Exterior, Censo dos EUA de 2009 EXPORTAÇÕES PARA O BRASIL DE NAICS TOTAL TODAS AS MERCADORIAS, <http://tse.export.gov/TSE/ChartDisplay.aspx>.

² Divisão de Comércio Exterior, Censo dos EUA de 2009 IMPORTAÇÕES PARA O BRASIL DE NAICS TOTAL TODAS AS MERCADORIAS, <http://tse.export.gov/TSE/ChartDisplay.aspx>.

^{NT1} O vernáculo nacional para o termo transação oferece um histórico acidentado para efeitos semânticos. Houve época em que transação só era concebida como meio de extinção obrigacional (art. 1025 do CC/16). Após longo período de trabalhos de “adaptação” do Código Civil de 1916, admite-se o emprego da expressão como negociação. Assim, passa a ser a referência, doravante.

bons resultados.. De vez em quando, contingências – previstas ou imprevistas – se materializam a ponto de fazer com que ao menos uma das partes sofra perdas significativas. Ou às vezes um mal-entendido pode deteriorar a relação de tal forma que as partes já não possam esperar que alguma coisa boa aconteça. Tais perdas e tais mal-entendidos podem levar a conflitos.

Seria dispensável dizer que litígios de qualquer espécie são geralmente indesejáveis sob uma perspectiva negocial. Conflitos causam atraso; conflitos custam dinheiro, conflitos arruinam relações negociais. Mas os litígios internacionais podem ser especialmente difíceis. Além de todas as dificuldades associadas com os conflitos ordinários, domésticos, as partes em controvérsia devem lidar com sistemas estrangeiros de produção de provas, procedimentos legais estrangeiros, estatutos de direito internacional potencialmente aplicáveis, barreiras idiomáticas, diferenças culturais e dificuldades logísticas no momento de lidar com uma disputa que possa estar ocorrendo no outro lado do planeta.

Mas por estas e outras razões, a verdade é que nenhum conjunto de planos para a solução de conflitos pode assegurar que os litígios que surjam em transações de comércio internacionais serão conduzidos ou resolvidos de forma fácil ou barata. Mas existem algumas questões importantes que devem ser concebidas e tratadas *ex ante* – isto é, antes que as partes estabeleçam um contrato e antes que comecem a conduzir a negociação entre elas – pelos interessados em qualquer negociação internacional. Com respeito à solução de conflitos, há três pontos distintos que se relacionam e que podem e devem ser abordados em qualquer contrato internacional envolvendo contratante norte-americano ou lei norte-americana. O primeiro é a escolha da lei aplicável; o segundo é a escolha do foro; e o terceiro é o meio de solução de conflitos. Estar atento a estes pontos *ex ante* pode ajudar a reduzir o risco de que uma disputa internacional possa progredir fora de controle e atrair as partes para um vórtice internacional do qual nenhuma delas poderá facilmente se desvencilhar.

Desafortunadamente, não raro as empresas envolvidas nessas transações (e, às vezes, seus advogados também) esquecem de considerar estes aspectos antes que seja tarde demais. Estas particularidades, conseqüentemente, não são resolvidas no momento em que se estabelece o acordo e, assim, não são incluídas expressamente no contrato. Quando o desentendimento surge, as partes já não são capazes de concerto razoável para a fixação de parâmetros para a solução do litígio, preferindo, ao contrário, a busca de qualquer vantagem que possa ser obtida elegendo o foro de domicílio de cada contratante ou buscando a qualquer custo a aplicação de diplomas legais mais vantajosos. Isso leva a corridas aos tribunais, concomitantes instaurações de feitos em diferentes jurisdições, e à incapacidade de conciliação sobre mecanismos alternativos de solução por que ambas as partes poderiam ter optado no início. Um firme e consciencioso advogado contratualista pode ajudar a evitar esse desfecho.

Ao aconselhar seus clientes no início da proposta de uma negociação, os advogados especialistas focalizam frequentemente a concretização das tratativas. Eles devem exponenciar a tarefa de conscientizar seus clientes de certos riscos, obrigações ou conseqüências potenciais que uma proposta negocial possa apresentar. Eles devem objetivar a identificação das soluções criativas que permitam a ambos os lados chegar a um compromisso aceitável ao assumirem risco ou responsabilidade. Mas eles também devem pensar, no início da relação negocial, sobre como o relacionamento pode se deteriorar, ou como uma contingência inesperada possa se materializar, ou como um

litígio ou um desentendimento possa surgir e, mais importante, que regras e procedimentos devam ser objeto do ajuste, a partir do momento em que o contrato entra em vigor, para incidir neste litígio ou desentendimento, evitando-se, assim, o custo de se elegerem essas regras quando as partes não estiverem mais interessadas em cooperar umas com as outras. Na realidade, um papel muito importante de qualquer advogado contratualista é considerar e observar o quão conveniente é lidar com litígios que as partes *não* tenham previsto. Este é um papel desafiadoramente difícil de ser realizado, mais ainda quando no contexto internacional.

Este artigo oferece uma visão – por uma perspectiva norte-americana – sobre o planejamento para a solução de conflitos no contexto de transações negociais entre partes americanas e não americanas. Mais especificamente, este artigo identifica os assuntos que as partes localizadas no Brasil ou em outras jurisdições através das Américas deveriam considerar no momento de preparação da proposta, da celebração e conclusão do negócio com contrapartes norte-americanas ou que estabeleçam tratativas em conexão com outros ajustes internacionais que possam envolver o direito norte-americano, mesmo quando não haja contraparte norte-americana, para se prevenir na efetiva condução de conflitos, quando surgirem. Especificamente, este artigo descreve resumidamente a escolha da lei, do foro e do método para a solução de conflitos do ponto de vista norte-americano e descreve algumas das situações que surgem com respeito à preparação e execução da linguagem contratual apropriada a ser utilizada em cada item.^{NT2}

I. Escolha da Lei

Devido à complexidade das transações internacionais e os problemas adicionais que essas operações apresentam, há maior risco envolvido quando as partes não conseguem tempo para converter o acordo em um contrato escrito compreensível. Ao alocar risco e responsabilidade por escrito, de forma que ambas as partes achem mutuamente aceitável, os interessados reduzem a possibilidade de desentendimento e discordância pelo caminho. Mas é impraticável esperar a inclusão de todas as circunstâncias possíveis em qualquer contrato escrito. A cláusula de escolha da lei, portanto, serve como um parâmetro para os termos que os contratantes não levam em consideração ou, simplesmente, não dispõem tempo para reduzi-los a escrito.

Se, por outro lado, as partes não logram eleger a lei que irá regular a sua contratação, um tribunal certamente o fará, podendo selecionar um conjunto de leis indesejável e que, em qualquer caso, é imprevisível, tornando a execução do contrato mais difícil, e a gestão eficaz dos riscos relacionados ao ajuste quase impossível. Por conseguinte, é essencial incluir no contrato formalizado entre as partes uma cláusula expressa de escolha da lei cuidadosamente elaborada.

A. A escolha da lei em geral

Como uma questão inicial, é importante considerar os limites, dentro de uma perspectiva norte-americana, do efeito de uma escolha de cláusula legal. Quando um contrato escrito inclui uma cláusula expressa de opção pelas leis de uma jurisdição específica para reger o acordo, é importante ter em mente que a lei escolhida pelas

^{NT2} O sistema brasileiro especifica diversas fases na relação negocial: proposta, celebração e execução, de acordo com o constante dos arts. 421 a 480 do Código Civil.

partes *não* prevalecerá sempre sobre outras legislações potencialmente aplicáveis. Nos Estados Unidos, como em outras jurisdições, algumas leis (ou outras fontes de direito), aplicáveis, por seus termos, a uma ou ambas as partes ou ao próprio negócio, podem continuar a aplicar-se automaticamente, independentemente de qualquer cláusula de escolha de lei que eleja alguns outros sistemas legislativos para reger o contrato entre as partes.^{NT3}

A título de exemplo, nos Estados Unidos, existe um sistema aplicável ao direito da concorrência chamado Sherman Antitrust Act, que proíbe práticas de concorrência desleal³. Entre outras coisas, os concorrentes são geralmente proibidos pela Lei Antitruste Sherman de dividir mercados entre si e de fixar preços. Se uma empresa norte-americana celebrar um contrato, como um acordo de operação conjunta, com um concorrente estrangeiro, e as partes selecionarem, através de uma cláusula de escolha da lei, a legislação do Peru para reger o seu contrato, elas não terão sido hábeis o suficiente para evitar a aplicação do Sherman Antitrust Act, e não serão capazes de afastar as consequências, no âmbito do Sherman Antitrust Act, se, então, procederem à divisão de mercados e fixarem preços entre si por meio de acordo que, de outro modo, poderia ser legal⁴. O Sherman Antitrust Act não pode ser excluído por força de uma cláusula de escolha da lei e, ainda que o seja, terá seus dispositivos aplicados. Da mesma forma, uma cláusula de escolha da lei, em geral, não permitirá que as partes evitem a incidência de outras exigências reguladoras norte-americanas aplicáveis ou dispositivos norte-americanos de proteção ao consumidor.⁵

Naturalmente, isto não significa que seja inútil nos Estados Unidos escolher o texto legal que regulará o acordo. Quando a cláusula de escolha de lei é eficaz, o que nem sempre é uma certeza absoluta, exigem-se, essencialmente, quatro coisas nos Estados Unidos.

Em primeiro lugar, ao adicionar uma cláusula de escolha da lei aplicável, as partes positivamente selecionam as regras que serão usadas para a compreensão do contrato, inclusive por meio da interpretação ou explicação da linguagem do ajuste em vigor. A lei vai estabelecer regras sobre a prova que pode ser considerada para complementar o acordo; por exemplo, é permitida uma prova extrínseca para explicar ou complementar o acordo, ou tal prova é proibida? A lei pode estabelecer o significado a ser dado a certos termos específicos, por exemplo, o que significa "FOB local de

^{NT3} As regras no direito brasileiro sobre a matéria são — geralmente, na ausência de previsão — regidas pelo princípio *locus regit actum* (art. 9º da LINDB (antiga LICC) e art. 435 do CC, por exemplo).

³ *Sherman Antitrust Act § 1º, 15 U.S.C. § 1º* ("Todo contrato, combinação sob a forma de truste ou qualquer outra forma, ou associação ilícita, concorrência desleal entre os diversos estados ou com nações estrangeiras, é considerado ilegal."). NT: Esta legislação do fim do século XIX protege o comércio contra restrições e monopólios ilegais. O direito pátrio tem disposições análogas, de acordo com a Lei nº 8.884/1994, arts. 20 e 21.

⁴ Ver, por exemplo, o caso *Mitsubishi Motors Corp. contra Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 637 n.19, 105 S. Ct. 3346, 3359 n.19 (1985) (observando que o Tribunal seria obrigado a considerar o risco, que não tinha ainda se concretizado, de que um painel de arbitragem japonês pudesse usar uma cláusula de escolha da lei para determinar que a lei antitruste dos EUA não seja aplicável, mas observando que "no caso em que as cláusulas de escolha de foro e de leis operaram em conjunto como uma renúncia de direito de uma parte para buscar soluções legais para as violações antitruste, [o Tribunal] dificilmente hesitaria em condenar o acordo como contra a ordem pública").

⁵ Ver, por exemplo, caso *Magnuson-Moss Warranty Act*, 15 U.S.C. §§ 2301-2312 (garantias expressas e contratos de prestação de serviços oferecidos em situação com vendas de produtos ao consumidor). NT – Fórmula sujeita a vedação, em nosso ordenamento, denominada venda casada, reprimida nas disposições do art. 39, I, da Lei nº 8078/90

fabricação”, se os contratantes incluíram esse termo de transporte em seu acordo escrito? E como o termo impõe riscos e responsabilidades entre as partes? Da mesma forma, a lei vai estabelecer as regras de interpretação que serão utilizadas para interpretar a linguagem do contrato, que pode não ser clara.

Em segundo lugar, uma cláusula obrigatória de escolha da lei identifica o texto legal que será utilizado para preencher as lacunas do acordo. As partes não tratarão, em qualquer ajuste por escrito, de todas as possíveis contingências e todos os riscos que possam concebivelmente ocorrer; isto seria demasiadamente dispendioso e muito demorado. Por exemplo, como a legislação aplicável alocaria o risco de alguma circunstância não prevista, especificamente, pelas partes? O que a lei aplicável estabelecerá como prazo razoável para notificação, se as partes não especificaram com qual antecedência o aviso prévio deveria ser dado quando a comunicação é exigida? Quais são as obrigações provenientes de inadimplência, tais como de garantia ou de indenização, que a lei imporá no acordo entre as partes? Que medidas devem ser tomadas (se necessário) antes que uma eventual demanda seja ajuizada por uma das partes?

Em terceiro lugar, uma cláusula eficaz de escolha da lei identifica o ordenamento jurídico que irá determinar as soluções disponíveis para a violação e que irá estabelecer regras de prescrição e defesas afirmativas e afins. Por exemplo, nos Estados Unidos, a regra geral, mas que pode ser modificada pelas partes, sobre honorários advocatícios é a de que cada parte se responsabilize pelos pagamentos a seus respectivos advogados, ao contrário da regra geral em muitos outros locais, onde a parte vencedora pode recuperar da outra parte os gastos com os honorários advocatícios.

Em quarto lugar, pelo menos em certa medida, as partes poderão afastar a aplicação de lei indesejável que regule como cada parte é obrigada ou permitida a interagir com a parte contrária, se tal lei fosse aplicável de acordo com as regras gerais mas subsidiárias do tribunal. .

Assim, enquanto a escolha da lei não afetar cada identificação de risco ou responsabilidade, e não eliminar qualquer outra lei ou ordenamento jurídico potencialmente aplicável, a escolha é relevante.^{NT4}

B. Escolhendo a jurisdição norte-americana

Suponha-se que as partes concordem em que a lei norte-americana presida o ajuste. Quando se trata de identificar o universo legislativo norte-americano que regerá a tratativa para uma transação comercial internacional, isto não é o suficiente para afirmar que as leis dos Estados Unidos regerão o contrato. Pelo contrário, nos Estados Unidos, a lei sobre contratos, direito comercial, direito societário são largamente suplementadas em cada Estado. Em outras palavras, o Estado de Nova York tem a sua própria legislação sobre contratos, direito comercial e societário, o Estado da Califórnia

^{NT4} Quem atua na sistemática norte-americana de formação de contratos sabe que a técnica é justamente prever tanto quanto possível todas as situações eventualmente previsíveis. Daí a notória dimensão dos textos contratuais naquele país.

tem seu próprio ordenamento jurídico, o Estado de Dakota do Norte tem o seu ordenamento jurídico, e assim por diante. Portanto, quando as partes contratantes, sujeitas a alguma legislação norte-americana, escolhem a lei que irá reger o contrato, eles devem escolher especificamente as leis de um Estado. Há cinquenta Estados nos Estados Unidos, há também o Distrito Federal e há vários territórios norte-americanos. Assim, existem muitos ordenamentos legislativos potencialmente aplicáveis quando uma parte americana estiver envolvida numa transação ou a lei americana, por outro lado, incidir na negociação.

i. As leis uniformes dos EUA

Para algumas espécies de transações, a lei do Estado a presidir o negócio não faz muita diferença. Por exemplo, para transações comerciais, e, em especial para operações de venda de mercadorias, há uma lei uniforme nos Estados Unidos conhecida como o Código Comercial Uniforme⁶, que vem sendo adotado em cada unidade federada nos Estados Unidos, menos no Estado de Louisiana. Assim, se uma transação consiste numa venda de bens que deve ser regida pela lei interna norte-americana, provavelmente não importará muito para os aspectos comerciais da operação, se é regulada pelas leis do Alabama, Nova York, Texas, Wisconsin, ou qualquer outro Estado, com exceção do Estado da Louisiana⁷. Não vai importar muito porque, em qualquer caso, a transação será conduzida pelo Código Comercial Uniforme, de acordo com o artigo 2º, quando este diploma legal for aplicável no Estado ou quando ele estiver suplementado pela lei deste Estado.^{8-NT5}

⁶ O Código Comercial Uniforme [a seguir UCC] tem sido amplamente adotado no direito dos Estados dos Estados Unidos. O artigo 2º do UCC geralmente se aplica a todas as transações de mercadorias. Veja U.C.C. § 2-102 (2002). Dado que o artigo 2º do UCC define o termo "bens" de forma bastante ampla e sem exclusões significativas, o âmbito do UCC artigo 2º é muito amplo:

"Bens" significa todas as coisas (incluindo especialmente bens manufaturados) que são móveis no momento da identificação do contrato de venda que não seja o dinheiro com que o preço deve ser pago, valores mobiliários de investimento s (artigo 8º) e as coisas em ação. "Bens" inclui também filhotes de animais em gestação e plantações de alimentos e outras coisas identificadas que sejam acessórias de bens imóveis tal como descrito na seção sobre os bens a serem separados dos imóveis (Seção 2-107).

U.C.C. § 2-105(1) (2002). O artigo 2º da UCC foi adotado por todos os Estados dos Estados Unidos, excluindo o Estado de Louisiana, tornando o artigo 2º da UCC o mais importante dispositivo legal para as operações comerciais internas.

⁷ O Estado da Louisiana é único entre os cinquenta Estados que se insere no *civil law* (sistema jurídico romano), por isso apresenta uma série de diferenças em relação a outros Estados dos Estados Unidos. Por esse motivo, os profissionais dos EUA fora de Louisiana tendem a evitar a escolha da legislação deste Estado para reger as transações de seus clientes.

⁸ Ver U.C.C. § 1-103(b) (2010) ("Ao menos deslocadas pelas disposições específicas do [Código Comercial Uniforme], os princípios do direito e a equidade, incluindo a lei de mercado e da lei em relação à capacidade para contratar, representado e representante, *preclusão*, fraude, falsidade ideológica, coação, coerção, erro, falência e outras causas que validem ou invalidem suas disposições complementares.") (entre parênteses no original).

^{NT5} O sistema norte-americano tem características diversas do sistema brasileiro. Muito especialmente, pela amplitude legislativa de que cada unidade federada dispõe em vários assuntos. Aliás, sobre diferenças terminológicas entre os dois sistemas, vale reproduzir a análise de Roland Séroussi (in Introdução ao Direito Inglês e Norte-Americano, Ed. Landy, SP 2006, Introdução, fls.13, tradução de Renata Maria Parreira Cordeiro): "Muitos princípios, raciocínios, processos ... ou conceitos da *common Law* – como a *consideration* em matéria contratual, o *estoppel* ou *bailment* – continuam desconhecidos do direito romano-germânico e a tornam, sob vários pontos de vista, sibilina".

ii. Lei Empresarial

Ao mesmo tempo, para as operações sobre que incide o direito empresarial, é comum nos EUA que simplesmente se escolham as leis do Estado de Delaware, o Estado da América do Norte líder no desenvolvimento legislativo americano sobre sociedade anônima e o foro de eleição para litígios de grande monta na espécie⁹. Muitas empresas nacionais e multinacionais nos Estados Unidos estão organizadas sob as leis do Estado de Delaware ou têm uma holding ou uma companhia que é organizada sob as leis do Estado de Delaware. As leis empresariais de Delaware são geralmente consideradas bem elaboradas e razoáveis. É comum, portanto, para uma operação societária, ser regida por esta sistemática legislativa, quanto mais não seja quando há alguma relação entre pelo menos uma das partes ou a operação em si e o Estado de Delaware, o que é frequentemente o caso de transações com sociedades anônimas.

iii. Diferenças entre as jurisdições norte-americanas

Assim, em alguns casos, o Estado selecionado pela cláusula de escolha da lei aplicável poderá ser irrelevante e, em outros casos, o Estado a ser selecionado pode ser uma consequência inevitável.

Por outro lado, para outras operações, escolher as leis de um determinado Estado pode gerar consequências significativas. Por exemplo, alguns Estados dos Estados Unidos oferecem diferentes graus de proteção aos distribuidores ou representantes comerciais, ou ambos¹⁰, e é possível fazer com que uma legislação protetiva seja aplicável por uma cláusula de escolha da lei, quando o diploma legal não fosse de outra maneira incidente. Além disso, a aplicação de acordos restritivos é abordada de forma muito diferente pelos vários Estados dos EUA. Um pacto de não concorrência pode não ser absolutamente eficaz sob as leis de um Estado e pode ser plenamente aplicável nas de outro. O Estado da Califórnia, por exemplo, é em geral muito menos receptivo a convênios para não concorrência do que outros e, com poucas exceções baseadas em legislação, correntemente se recusa a cumprir os ajustes para não concorrer.¹¹

Além disso, alguns Estados permitem que as legislações de restrições temporais aplicáveis tenham efeitos reduzidos por contrato, enquanto outras não. E diferentes Estados nos EUA preveem diferentes taxas de juros a incidir em decisões sobre inadimplência. E assim por diante. Deste modo, a região judiciária norte-americana que for selecionada com base em cláusula de escolha da lei aplicável pode ter grande importância. Entidades, pessoas brasileiras e outras partes não-americanas que contratarem fundamentadas no direito norte-americano devem saber que a jurisdição

⁹ Ver, por exemplo, Usha Rodrigues, *The Fetishization of Independence*, 33 JOURNAL OF CORPORATION LAW 447, 450 (2008) (descrevendo Delaware como "a fonte preeminente do direito societário nos Estados Unidos"), ver também Jens Dammann e Henry Hansmann, *Globalizando o Contencioso Comercial*, 94 CORNELL LAW REVIEW 1, 57 (2008) ("Delaware é atualmente o foro preeminente para litígios que envolvem altas participações societárias.")

¹⁰ Ver, por exemplo, Wisconsin Fair Dealership Law, WIS. STAT. § 135.01 *et seq.*

¹¹ Ver CAL. BUS. & PROF. CODE § 16600 ("Sem prejuízo do disposto neste capítulo, cada contrato pelo qual alguém é impedido de exercer uma profissão legal, comercial ou de qualquer tipo de negócio terá considerado nulo").

norte-americana objeto da escolha pode ser relevante, pelo menos para algumas questões.^{NT6}

iv. Limites à Liberdade Contratual

Não obstante a liberdade contratual de que geralmente se dispõe nos Estados Unidos, as partes norte-americanas em operações internas não são simplesmente livres para escolher que jurisdição desejam selecionar. Suponha-se que duas partes de uma transação estejam localizadas na Flórida e Califórnia, respectivamente, e ambas se recusem a aceitar a jurisdição da outra parte como a da lei que regeria o contrato. Numa tentativa de conciliação, pode-se considerar que as partes escolham uma jurisdição neutra, um terceiro lugar, com o qual nenhuma das partes tenha qualquer conexão, como o Estado cuja lei regerá a transação. Talvez as partes escolham a legislação do Estado do Texas como um acordo, pelo motivo específico de que nenhuma das partes tenha qualquer ligação com o Texas.

Embora este tipo de acordo possa ser comum em algumas regiões do mundo, em alguns Estados nos Estados Unidos, como entre as partes norte-americanas contratantes, essa cláusula de escolha da lei em geral não pode ser imposta, devido à falta de ligação com o estado escolhido. Isto é, geralmente exige-se alguma relação entre a operação e o local estipulado, ou é improvável que alguns tribunais nos Estados Unidos admitam a escolha feita pelas partes.¹² Isto se deve ao fato de que, nos Estados Unidos, há limites estabelecidos, variando de Estado para Estado, sobre a liberdade das partes para escolher o local cujas leis regerão seu negócio.

C. Segundo Repositório sobre Conflito de Leis

Embora os limites sejam determinados na base de Estado para Estado, mais estados seguem uma versão da abordagem estabelecida no Repositório sobre Conflito de Leis do que qualquer outra.¹³ Sob este enfoque, os tribunais podem recusar

^{NT6} A palavra jurisdição é empregada aqui em sentido distinto daquele em que normalmente é encontrada nos estudos destinados ao direito processual, e isso se deve ao próprio modo como juristas norte-americanos costumam empregá-la.

¹² Ver, por exemplo, FLA. STAT. § 671.105(1) (2009): Ressalvado o disposto nesta seção, quando uma transação tem um nexó razoável com o Estado e também com outro Estado ou Nação, as partes podem acordar que a lei de um ou outro Estado ou Nação regerá os seus direitos e deveres. Impossível o acordo, aplica-se este código a operações tendo alguma relação com este estado. *Id.* (grifos nossos).

¹³ Repositórios da Lei, incluindo o Segundo Repositório de Conflito de Leis, são produzidos num esforço para esclarecer o direito pelo American Law Institute, uma organização independente nos Estados Unidos, formada por advogados, juízes e professores de direito. <http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=about.overview>. As coletâneas são produzidas em um esforço para explicar a lei, mas os Repositórios não são direito vinculativo por si sós. No entanto, têm uma influência considerável sobre as decisões dos tribunais nos EUA.

NT – Esta “conexão” entre nós, basicamente, dá-se por razões domiciliares da partes ou por eleição de foro, o que, em linha ontológica, não separa incisivamente os dois sistemas em análise. Aliás, por decisão do STJ, que ampliou na faculdade atribuída aos consumidores para a escolha do foro em que ajuízam suas reivindicações, acidente automobilístico ocorrido em , com vítimas da localidade e beneficiários aí residentes, admitiu-se que o feito fosse julgado no Rio de Janeiro. – verbete 33/Súmula STJ- CC 106676/RJ.

cumprimento a uma cláusula de escolha da lei aplicável em duas situações específicas: primeiro, quando não existir um fundamento razoável para a escolha das partes e, segundo, quando a aplicação da lei escolhida violar política pública fundamental de outra jurisdição, com interesses substancialmente maiores na disputa¹⁴. E quando as partes não têm nenhuma relação com o estado selecionado, a maioria dos tribunais de jurisdição norte-americana acaba por concluir que não existe um fundamento razoável para a opção, tornando a escolha ineficaz.

Jurisdições nos Estados Unidos que não seguem a abordagem descrita no Segundo Repositório sobre Conflito de Leis seguem uma das outras poucas abordagens para determinar se devem ou não acolher a escolha da lei pelas partes. Independentemente da abordagem utilizada por qualquer órgão jurisdicional, se o tribunal concluir que a escolha da lei pelas partes é ineficaz, usará seus próprios princípios sobre conflito de leis para determinar que lei o juiz aplicará para reger a transação e o conflito. E a lei selecionada pelo tribunal pode ser a da jurisdição onde está localizado o tribunal, mas não necessariamente a daquela jurisdição. Isso faz incerto o ordenamento aplicável mesmo quando existe uma cláusula de escolha da lei, tida como inadmissível.

Agora, se os mesmos limites de escolha da lei se aplicam às partes de uma transação internacional, é uma questão não resolvida. Há um precedente a sugerir que os tribunais norte-americanos permitem uma maior liberdade para escolher as leis de uma jurisdição neutra, quando a transação for internacional. Mas essa questão não foi definitivamente resolvida pelos tribunais norte-americanos. E há pelo menos um risco de que alguns tribunais nos Estados Unidos não aceitem uma cláusula de escolha da lei aplicável, mesmo em uma transação internacional, quando a cláusula opta pelas leis de uma jurisdição neutra, salvo se as partes puderem mostrar alguma relação com essa jurisdição. Esse risco parece ser bastante diminuto, mas existe.

D. Escolha da lei de Nova York

No entanto, para escolher as leis de um determinado Estado dos Estados Unidos com fim de reduzir o risco de não aplicação, mesmo na ausência de uma relação com o Estado, escolhe-se o Estado de Nova York. Na verdade, é muito comum para as partes de transações comerciais internacionais regidas pela lei norte-americana escolher Nova York como o Estado cuja lei regerá a transação. E isto acontece tenha a operação ou não qualquer relação com este Estado.

O costume de escolher a lei de Nova York para reger transações comerciais internacionais deve-se a vários fatores. Primeiro, quando os credores norte-americanos estão envolvidos no financiamento de uma transação ou projeto, frequentemente

¹⁴ O Segundo Repositório dispõe, em parte relevante, como se segue: (1) A lei do Estado escolhido pelas partes para reger os seus direitos e deveres contratuais será aplicada se a questão específica for aquela por que as partes poderiam ter decidido por uma disposição explícita no acordo direcionada para essa questão. (2) A lei do Estado escolhido pelas partes para reger os seus direitos e deveres contratuais será aplicada, mesmo se a questão em particular for uma que as partes não poderiam ter resolvido por uma disposição explícita no acordo dirigido a esta questão, exceto se: (a) o Estado escolhido não tiver nenhuma relação significativa com as partes ou a transação e não houver nenhuma outra base razoável para a escolha das partes, ou (b) a aplicação da lei do Estado escolhido for contrária a uma política fundamental de um Estado que tenha interesse substancialmente maior do que o do Estado escolhido para a definição da questão particular e que, ao abrigo da regra do § 188, seria o Estado da lei aplicável na ausência de uma escolha efetiva da lei pelas partes. Repositório (Segundo) de Conflito de Leis § 187

insistirão na lei de Nova York para regular o documento contratual¹⁵. E isso se aplica não apenas aos documentos que se relacionam diretamente com a relação contratual entre credores e devedor, mas também aos termos do contrato celebrado pelo mutuário com terceiros que atuarão pelo tomador do empréstimo. Os financiadores norte-americanos fazem isso por uma variedade de razões, incluindo a coerência e previsibilidade, mas também o fazem para ter certeza de que a garantia dada pelos mutuários como proteção contra o risco de inadimplência quanto ao pagamento será admitida e executada - contra qualquer parte interessada - nos termos da legislação aplicável. Ao adotar coerentemente a lei de Nova York, os financiadores norte-americanos reduzem o risco de não se reconhecer ou pagar o juro de um título.

Em segundo lugar, mesmo quando credores norte-americanos não estão envolvidos na transação, a lei de Nova York muitas vezes é escolhida porque Nova York é um foro com que as partes não-americanas simplesmente tendem a ficar mais confortáveis para transações internacionais, talvez devido à familiaridade com o Estado, talvez devido a alguma experiência anterior; talvez, devido a um sentimento de que Nova York é uma jurisdição relativamente sofisticada; talvez por outras razões. Independentemente dos motivos, as partes não-americanas tendem a aceitar a lei de Nova York mais facilmente do que as leis de outros Estados não tão familiares.

Na verdade, Nova York goza de reputação por força do direito comercial e financeiro altamente desenvolvidos¹⁶. Em alguns aspectos, Nova York parece estar despontando como o foro que, em relação ao direito comercial e financeiro, significa o que o Estado de Delaware é para o direito societário.

Em qualquer caso, Nova York é um foro cuja legislação, tribunais, centro de experiências e instituições jurídicas são geralmente familiarizados com as complexidades das operações internacionais, tornando-se uma escolha racional, sem dúvida, para transações desta ordem e dimensão..

Mas também existe uma base legal para a escolha da lei de Nova York. Existe um diploma legal de Nova York que estabelece que "As partes em qualquer contrato, acordo ou compromisso ... podem concordar em que a lei de [Nova York] regerá seus direitos e deveres, no todo ou em parte, mesmo que o contrato, acordo ou o compromisso não tenham relação razoável com [o estado de Nova York] ", desde que o contrato, acordo ou compromisso envolvam uma transação que compreenda pelo menos 250 mil dólares¹⁷.

¹⁵ Veja Kimmo Mettälä, *Leis de Regência de Contratos de Empréstimo em Projeto Internacional de Financiamento*, 20, *THE INTERNATIONAL LAWYER* 219 (1986).

¹⁶ Quando Nova York promulgou a Lei Geral de Obrigações de Nova York Seção 5-1401, *infra* discutido, especificamente "procurou assegurar e aumentar a sua reputação como um centro de comércio internacional". *Lehman Brothers Commercial Corp. contra Minmetals International Non-Ferrous Metals Trading Co.*, 179 F. Supp. 2d 118, 136 (S.D.N.Y. 2000) (citando Edith Friedler, *Party Autonomy Revisited: A Statutory Solution To a Choice-of-Law Problem*, 37 *LEI DE REVISÃO KANSAS* 471, 497-98 (1989)).

¹⁷ N.Y. GEN. OBLIG. LAW § 5-1401(1) (grifos nossos). O parágrafo 1 da Convenção de Nova York prevê, no seu conjunto, como segue:

(1) As partes em qualquer contrato, acordo ou compromisso, contingentes ou não, tendo em consideração, ou relativas a qualquer obrigação decorrente de uma operação de cobertura no total não inferior a duzentos e cinquenta mil dólares [dos EUA], incluindo uma transação se não coberto por uma subseção da seção 1-105 do Código Comercial Uniforme, podem acordar em

Certos tipos de transação ou relacionamento são excluídos do âmbito de incidência da lei. A lei não se aplica aos contratos de trabalho ou prestação de serviços, ou a contratos relativos a qualquer operação de ordem familiar ou serviços domésticos, por exemplo.¹⁸ Diferentemente de algumas exclusões limitadas, porém, a lei deixa claro que, do ponto de vista de Nova York, as partes podem escolher as leis deste estado para comandar as suas operações, quer as partes e a transação tenham relação com o Estado de Nova York ou não.

Vale lembrar que este particular é contrário aos princípios tradicionais de conflitos de leis nos Estados Unidos. O ordenamento de Nova York, portanto, cria uma questão sobre se os tribunais irão ignorar seus tradicionais princípios de conflitos de leis em respeito à lei de Nova York, ou, em vez disso, adotá-los e não permitir que as partes, mesmo que não tenham razoável relação com o Estado de Nova York, escolham aquela lei estadual.

Não resta dúvida de que os tribunais de Nova York transferem o caso para a Convenção de Nova York, na ausência de restrições constitucionais a esta remissão. Na medida em que o diploma legal seja diretamente recepcionado pelos tribunais em Nova York, a legislação terá sido acolhida¹⁹. A questão mais difícil é saber se os tribunais de outros estados dentro dos Estados Unidos desconsiderariam seus princípios sobre conflitos de leis e permitiriam às partes escolher a lei de Nova York, mesmo na ausência de uma relação com o Estado de Nova York. Em outras palavras, o que os tribunais na Califórnia e Delaware ou qualquer outro Estado fariam quando seus princípios sobre conflitos legais, normalmente, não permitissem que as partes escolhessem a lei de Nova York?

Há pouca jurisprudência até agora, e a pergunta permanece largamente sem solução. Mas na medida em que os tribunais americanos fora de Nova York têm considerado o efeito da lei deste estado, os tribunais a têm privilegiado e, portanto, têm recepcionado e executado cláusulas de escolha da lei sob a aplicação do ordenamento jurídico de Nova York²⁰. Parece provável que as cortes americanas fora de Nova York

que a lei deste estado conduza seus direitos e deveres, no todo ou em parte, tenha ou não tal contrato, acordo ou obrigação uma relação razoável com esse estado. Esta seção não é aplicável a qualquer contrato, acordo ou compromisso: (a) para prestação de serviços trabalhistas ou pessoais, (b) relativamente a qualquer operação de pessoal, familiar ou serviços domésticos, ou (c) na medida do previsto em contrário no ponto dois da seção 1-105 do Código Comercial Uniforme.

Id. Subseção (2) da Seção 1-105 do UCC, aprovada pelo Estado de Nova York, dispõe: "Quando uma das seguintes disposições da presente lei especifica a legislação aplicável, esta disposição prevalece que uma convenção em contrário só será eficaz na medida permitida pela legislação (incluindo as regras de conflito de leis), assim se especificam: [referências legais omitidas]". N.Y. U.C.C. LAW § 1-105(2).

¹⁸ N.Y. GEN. OBLIG. LAW § 5-1401(1).

¹⁹ Ver, por exemplo, casos *Lehman Brothers Commercial Corp. contra Minmetals International Non-Ferrous Metals Trading Co.*, 179 F. Supp. 2d 118, 135-38 (S.D.N.Y. 2000); *Supply & Building Co. contra Estee Lauder International, Inc.*, No. 95 Civ. 8136 (RCC), 2000 WL 223838, at *3 (S.D.N.Y. Feb. 25, 2000); *Bank of America National Trust and Savings Association contra Envases Venezolanos, S.A.*, 740 F. Supp. 260, 265 (S.D.N.Y. 1990) (Acórdão para que, quando um contrato é de mais de US \$ 250.000 e contém uma disposição de escolha de lei que designa a lei de Nova York como a lei que rege os litígios decorrentes do contrato, o estatuto de Nova York "autoriza a execução da escolha da norma de direito")

²⁰ Ver *In re Stone & Webster, Inc.*, 354 B.R. 686, 690-91 (D. Del. 2006) (Execução de uma cláusula de escolha de lei optando pela lei de Nova York, apesar do argumento de que nenhuma das partes, nem a operação em si, teria alguma ligação ou contato com Nova York); ver também *International Business Machines Corp. contra Bajorek*, 191 F.3d 1033, 1037 (9th Cir. 1999); *Santa Fe Pointe, LP contra*

continuarão a fazê-lo, mesmo quando não houver nexos com o Estado de Nova York, especialmente quando a transação for internacional.²¹

E. Excluindo os princípios sobre conflitos de leis

Seja qual for a jurisdição selecionada, ela terá tanto as leis substanciais quanto os princípios sobre conflitos de leis. Se a escolha da cláusula-lei simplesmente indica que o contrato é regido pelas leis de Nova York ou de algum outro Estado e não diz nada mais, então alguns tribunais norte-americanos geralmente começam a sua análise, aplicando os princípios sobre conflitos de leis do Estado eleito. Os princípios de conflito de leis são, afinal, parte do direito do Estado selecionado. E os princípios de conflito de leis do Estado selecionado poderão levar à aplicação das leis substanciais de alguma outra jurisdição, o que talvez fosse uma consequência não intencional. A cláusula de escolha de lei deve ser elaborada para evitar esse resultado, afastando expressamente a aplicação de quaisquer princípios de conflitos de leis. No entanto, a cláusula de escolha de leis nos contratos norte-americanos frequentemente omite essa importante especificação.

F. A CISG

Outro ponto importante relativo à escolha da lei nos Estados Unidos é que este país faz parte da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Venda Internacional de Mercadorias, ou CISG²². O Brasil não é membro desta Convenção, pelo menos ainda não²³.^{NT7} Venezuela e Bolívia e um número de outros Estados americanos também ainda não fazem parte do CISG²⁴. Mas as partes de uma transação de venda de mercadorias são livres para optar pela CISG. Da mesma forma, muitos países das Américas aderem à CISG, e outros países também o fazem rotineiramente²⁵. Se se trata de uma transação de venda de mercadorias entre partes que tenham os seus estabelecimentos em diferentes países que integram a CISG, na maioria dos casos, a

Greystone Servicing Corp., No. C-07-5454 MMC, 2009 WL 1438285, at *3-4 (N.D. Cal. May 19, 2009); McAllister Software Systems, Inc. contra Henry Schein, Inc., No. 1:06CV00093 RWS, 2008 WL 922328, at *3 (E.D. Mo. Apr. 2, 2008); Maxcess, Inc. contra Lucent Technologies, Inc., No. 6:04-cv-204-Orl-31DAB, 2005 WL 6125471, ao *10-11 (M.D. Fla. Jan. 5, 2005).

²¹ O Estado da Califórnia adotou uma legislação muito semelhante à de Nova York, que permite que as partes escolham a lei da Califórnia, mesmo na ausência de qualquer relação com o Estado. Veja Cal. Código Civ. § 1646.5. Por diversas razões, porém, é simplesmente menos comum para os causídicos (e seus clientes), fora da Califórnia, escolher a lei deste estado para reger um contrato internacional, do que escolher a lei de Nova York.

²² Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para a Venda Internacional de Bens, *aberta à assinatura* em 11 de abril de 1980, 1489 UNTS 3, 19 I.L.M. 668 (em vigor desde 01 de janeiro de 1988) [doravante CISG].

²³ UNCITRAL, Status, 1980 - Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para a Venda Internacional de Mercadorias, disponível em http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html [doravante Status CISG].

^{NT7} Existe, hoje, no Brasil, um intenso movimento favorável à adesão à CISG. Entre outros, já se manifestou sobre o tema o Senador Valdir Raupp, em discurso pronunciado no Senado Federal em 23/2/2010.

²⁴ *Id.* A Venezuela foi um dos signatários originais do CISG, mas nunca a ratificou. Como a CISG está sujeita à ratificação, consulte CISG, supra nota 22, art. 91, a Venezuela não é parte da Convenção.

²⁵ Mais recentemente, a República Dominicana aderiu à CISG em 7 de junho de 2010, e a CISG entrará em vigor para a República Dominicana, em 01 de julho de 2011, e a Turquia aderiu à CISG em 07 julho de 2010, e o CISG vai, portanto, entrar em vigor para a Turquia em 01 de agosto de 2011. Veja Status CISG, supra nota 23.

CISG automaticamente rege o negócio, salvo se as partes efetivamente excluírem a sua aplicação²⁶. Em muitas jurisdições dentro dos Estados Unidos, é provável que isso signifique que a CISG deva ser específica e expressamente excluída²⁷.

Não obstante, a simples escolha das leis de Nova York ou de qualquer outro Estado não será, por si só, suficiente para excluir a aplicação da CISG, por uma razão de Direito Constitucional norte-americano. Isto porque a CISG tornou-se parte da lei de Nova York – e de qualquer outro Estado norte-americano – assim que entrou em vigor para os Estados Unidos²⁸.

A Constituição norte-americana faz todos os tratados elaborados sob a autoridade dos Estados Unidos, incluindo a CISG, "a lei suprema do país"²⁹. Porque a CISG é autoexecutável³⁰, não requer legislação regulatória, a fim de tornar-se lei nos Estados Unidos, tornando-se lei automaticamente no país (e parte da lei suprema do país), após sua entrada em vigor.³¹

Como parte da lei suprema do país, os tratados celebrados sob a autoridade dos Estados Unidos são vinculativos para cada Estado dentro do país³². E, como parte da lei

²⁶ CISG, nota *supra* 22, arts. 1(1)(a), 6.

²⁷ Ver, por exemplo, *Easom Sistemas de Automação, Inc. contra Thyssenkrupp Fabco, Corp*, n.º 06-14553, WL 2008 1901236, na 2.ª (ED Mich 25 de abril de 2008) ("Os tribunais têm declarado que as partes só podem optar por sair da CISG se o contrato prevê explicitamente esse fato. Como nem o pleito do autor da ação, nem a ordem de compra do réu continham uma disposição expressa optando pela CISG, é apropriado aplicá-lo aqui") (citações omitidas); *Sky Cast, Inc. contra Global de Distribuição Direta, LLC*, Civ. Ação n.º 07-161-JBT, WL 2008 754734, n.º 4.ª (ED Kentucky 18 de março de 2008) ("Apesar de as partes de um contrato, normalmente controlada pela CISG, poderem excluir a aplicabilidade da CISG ao seu contrato, essa exclusão, deve ser explícita").

²⁸ A CISG é um tratado que foi assinado pelo Executivo em nome dos Estados Unidos e foi ratificado pelo Senado dos EUA, tudo em conformidade com o artigo II da Constituição dos EUA. O artigo II estabelece o assim denominado "poder convencional": "[O presidente dos Estados Unidos da América] terá o poder de, através do Senado, concluir tratados, mediante o quórum de dois terços da Casa." Const. dos EUA art. II, § 2, cl. 2.

²⁹ *Veja* a Const. norte-americana art. VI. O Artigo VI prevê, na parte relevante:

Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do país; os juizes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados..

Veja também Restatement (Terceira), da Lei das Relações Exteriores dos Estados Unidos, § 111 (1) ("O Direito Internacional e os acordos internacionais dos Estados Unidos são leis dos Estados Unidos e superiores às leis dos diversos Estados.").

³⁰ *Ver* Carta de Apresentação de George P. Schultz, secretário de Estado dos EUA, para Ronald Reagan, Presidente dos Estados Unidos da América (30 de agosto de 1983), *reeditada* no U.S. Treaty Doc. No. 98-9, no vi ("A Convenção é sujeita à ratificação pelos Estados signatários (artigo 91 (2)), mas é autoexecutável e, portanto, não requer a legislação federal implementadora para entrar em vigor em todos os Estados Unidos"), *ver também* *Chicago Prime Packers, Inc. contra Northam Food Trading Co.*, 408 F.3d 894, 897 (7th Cir. 2005) (descrevendo a CISG como um "acordo de autoexecução entre os Estados Unidos e outros países signatários").

³¹ *Ver* Carta de Apresentação de George P. Schultz, secretário de Estado dos EUA, para Ronald Reagan, Presidente dos Estados Unidos da América (30 de agosto de 1983), *reeditada* no U.S. Treaty Doc. No. 98-9, no vi; *ver também* *Whitney contra Robertson*, 124 U.S. 190, 194, 8 S. Ct. 456, 458 (1888); *Foster & Elam contra Neilson*, 27 U.S. (2 Pet.) 253, 314 (1829); Restatement (Terceira), da Lei de Relações Exteriores dos Estados Unidos, § 111 (3).

³² *Veja* *Ware contra Hylton*, 3 U.S. 199, 236 (1795) (considerando que um tratado não pode ser a lei suprema do país, se qualquer ato de uma legislatura estadual está em seu caminho), *ver também* *Skiriotes contra o Estado da Flórida*, 313 U.S. 69, 72-73, 61 S. Ct. 924, 927 (1941) (citando *Paquete Habana*, 175 U.S. 677, 700, 20 S. Ct. 290 (1900), e afirmando que "lei [i]nternational é uma parte do nosso direito e

suprema da nação³³, tais tratados precedem a lei estadual com eles inconsistente. Na verdade, os tratados feitos sob a autoridade dos Estados Unidos são lei estadual³⁴.

Como consequência, uma cláusula de escolha da lei aplicável que expressamente escolha as leis do Estado de Nova York - ou de qualquer outra jurisdição nos Estados Unidos - escolhe também a CISG, se a CISG, pelos seus termos, for aplicável ao contrato, porque a CISG é parte da lei do Estado de Nova York e de qualquer outro Estado e território dos Estados Unidos.

No entanto, a CISG em si não requer exclusão expressa³⁵. Mas para se ter certeza de sua exclusão, ela deve ser expressa. Naturalmente, as partes de uma transação internacional podem sempre decidir pela não exclusão da CISG, ou mesmo optar por ela, quando por algum motivo não fosse aplicável, o que podem fazer por uma variedade de razões, mas isto deve ser feito consciente e intencionalmente, e não ao acaso.

G. Orientações Práticas para a Escolha da Lei

Ao se negociar com uma contraparte norte-americana ou quando se negociar um contrato que envolva interesses norte-americanos significativos, como um projeto financeiro em que figuram credores norte-americanos, há vários pontos-chave relacionados à escolha da lei aplicável.

Primeiro, é essencial inserir uma cláusula de escolha de lei cuidadosamente elaborada para assegurar previsibilidade e segurança no que toca ao diploma legal que rege a transação.

Em segundo lugar, mesmo quando uma cláusula obrigatória de escolha da lei estiver prevista, haverá leis inderrogáveis ou leis que não possam ser evitadas pela cláusula de escolha de lei.

Em terceiro lugar, alguns tribunais norte-americanos podem recusar cumprimento a uma cláusula de escolha da lei aplicável, caso as partes sejam incapazes de demonstrar uma relação com o local escolhido, embora esse risco seja mais remoto para as operações internacionais do que para as operações norte-americanas internas, e, escolhendo-se a lei de Nova York, reduz-se ainda mais este risco.

como tal é a lei de todos os Estados da União, mas é uma parte da nossa lei para a aplicação de seus próprios princípios, e estes estão relacionados com os direitos e deveres internacionais e não com direitos e deveres domésticos"), reapreciação negada, 313 EUA 599, 61 S. Ct. 1093.

³³ *Veja* Restatement (Terceira), da Lei das Relações Exteriores dos Estados Unidos, § 111 (1), § 111 comentário d. Alguns tribunais dos EUA reconheceram que a CISG precede a lei estadual. Ver, por exemplo, *Forestal Guarani, S.A. contra Daros Int'l, Inc.*, Civ. Action No. 03-4821 (JAG), 2008 WL 4560701, at *2 n.4 (D.N.J. Oct. 8, 2008) ("[A] CISG, um tratado dos Estados Unidos, a lei estadual precede contrato estadual e direito consuetudinária, ao ponto de sujeitar esses fundamentos aos propósitos da CISG. ").

³⁴ *Hauenstein contra Lynham*, 100 EUA 483, 490 (1880) ("É preciso sempre ter em mente que a Constituição, leis e tratados dos Estados Unidos também são parte do direito de cada Estado, como se fossem as suas próprias leis e Constituição locais. Este é um princípio fundamental em nossa complexa organização nacional. ").

³⁵ *Ver* CISG, nota 22 supra, art. 6. Para uma análise mais aprofundada, ver William P. Johnson, *Entendendo Exclusão da CISG: Um Novo Paradigma de Determinação das Intenções das Partes*, a ser publicado.

Em quarto lugar, é importante excluir princípios sobre conflito de leis e também lembrar da CISG e incluir uma disposição expressa quanto à sua exclusão ou aplicação.

H. Modelo de Linguagem Contratual

Assim, uma cláusula de escolha da lei do contrato cuidadosamente elaborada deveria incluir a jurisdição eleita, seja esta do Estado de Nova York ou qualquer outra; a exclusão de princípios incidentes sobre litígios com respeito a leis, e expressa consideração com respeito ao acordo sobre a CISG, sobre se a decisão a exclui ou a aplica. Desta forma, dependendo das circunstâncias e das partes envolvidas, a cláusula de escolha da lei típica em contratos formulados em inglês, quando as partes tenham concordado em excluir a aplicação do CISG, deve ter a seguinte configuração aproximadamente:

Escolha da lei. ESTE CONTRATO SERÁ PRESIDIDO E INTERPRETADO DE ACORDO COM AS LEIS DO ESTADO DE NOVA YORK, ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA DO NORTE, SEM REFERÊNCIA A QUALQUER PRINCÍPIO ATINENTE A CONFLITOS SOBRE LEIS. A CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE CONTRATOS DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE BENS (CISG) NÃO SERÁ APLICÁVEL A ESTE CONTRATO OU A QUALQUER VENDA FEITA COM BASE NELE, AS PARTES AQUI PRESENTES EXCLUEM A APLICAÇÃO DA CISG.

Uma cláusula típica de escolha da lei do contrato formulado em língua inglesa, quando as partes concordarem que a CISG é aplicável e prevalente sobre lei doméstica inconsistente deve ter mais ou menos a seguinte configuração:

Escolha da lei: ESTE CONTRATO SERÁ REGIDO E INTERPRETADO DE ACORDO COM AS LEIS DO ESTADO DE NOVA YORK, ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA DO NORTE, SEM REFERÊNCIA A QUALQUER PRINCÍPIO ATINENTE A CONFLITOS SOBRE LEIS. ALÉM DISSO, A CISG DEVE PRESIDIR ESTE CONTRATO E SOBRE ELE INCIDIR, BEM COMO SOBRE TODA E QUALQUER VENDA FEITA SOB ESTE AJUSTE. NA HIPÓTESE DE QUALQUER CONFLITO ENTRE A CISG E AS LEIS DO ESTADO DE NOVA YORK, A CISG DEVE PREVALECER.

III. Eleição de Foro

A legislação que rege o contrato é uma questão importante mas igualmente importante é definir onde as disputas entre as partes serão resolvidas. Se o contrato se cala quanto a essa questão, então, em uma transação internacional, as possibilidades sobre onde uma disputa poderia ser julgada se agiganta, fazendo a segurança em relação ao desempenho do contrato e a previsibilidade em matéria de resolução de litígios praticamente inatingível.

Assim, os advogados especializados em contratos devem aconselhar os seus clientes a identificar o local onde os litígios serão resolvidos por meio de uma cláusula

de eleição de foro, tendo em conta uma série de questões importantes que surgem no contexto norte-americano.

A. Duplo Sistema Judicial

Nos Estados Unidos, existe um sistema judicial federal, e há um sistema judicial estadual diversificado em cada um dos cinquenta estados norte-americanos. Cada sistema estadual tem seus próprios órgãos julgadores e um tribunal. Alguns Estados também têm tribunais de segundo grau intermediários, além de varas especializadas, como as fazendárias, e com outras complexidades. O Supremo Tribunal de cada Estado é a autoridade final quanto à lei estadual, mas está sujeito ao Supremo Tribunal norte-americano sobre questões federais.

O sistema judiciário federal consiste de um Supremo Tribunal Norte-Americano, que é a mais alta corte do judiciário; doze regionais do Circuito de Tribunais de Justiça (*Circuit Courts of Appeals*) e um Tribunal de Apelações para o Circuito Federal, que são cortes de apelação federais intermediárias, e 94 Tribunais Distritais (varas judiciárias), bem como os juízos falenciais e outros especializados.³⁶

O local estipulado pela cláusula de eleição do foro poderia ser um específico, determinado juízo, ou poderia se referir a todos os tribunais federais norte-americanos em uma jurisdição particular ou aos tribunais estaduais, em uma determinada jurisdição, ou poderia ainda simplesmente referir-se a qualquer tribunal competente localizado em uma determinada jurisdição, que poderia ser um Município, uma Cidade ou um Estado.

B. Competência em Geral

Ao selecionar o foro, as partes, naturalmente, devem considerar se o foro eleito terá competência para a causa. Nos Estados Unidos, a parte autora deve estar preparada para demonstrar que o tribunal onde a demanda é proposta tem competência para conhecer do pedido, mostrando duas coisas.

i. Competência em razão da matéria

Primeiro, a parte que ajuizar a demanda deve estar pronta para demonstrar que o Tribunal tem competência em razão da matéria ou para conhecer da espécie de demanda ajuizada.³⁷ Muitos tribunais estaduais nos EUA são juízos de competência geral e, dependendo do valor da controvérsia e excluindo alguns tipos particulares de feitos, têm geralmente competência com relação à matéria para julgar todas as espécies de demandas ajuizáveis.

Mas os tribunais federais nos EUA são tribunais de jurisdição relativa, só tendo competência para julgar algumas espécies de demanda. Quando, entretanto, os litígios emergem de transações entre uma parte americana e outra não americana, geralmente haverá uma base legal estabelecendo a competência federal³⁸. Uma base para que

³⁶ Informações adicionais sobre como o sistema judiciário federal dos EUA está estruturado e como ele funciona está disponível no seguinte URL: <http://www.uscourts.gov/FederalCourts.aspx>.

³⁷ Cabe ao autor o ônus de convencer a corte, pela supremacia da prova, que o tribunal tem competência. Ver caso *McNutt contra General Motors Acceptance Corp.*, 298 U.S. 178, 189, 56 S. Ct. 780 (1936).

³⁸ “As cortes distritais têm competência originária para toda ação cível proveniente de matéria constitucional, leis ou tratados dos EUA.” 28 U.S.C. § 1331

prevaleça a jurisdição federal aparece quando a causa envolve uma questão federal³⁹, ou quando qualquer feito surja de tratado — incluindo CISG — por envolver questão federal⁴⁰. Uma outra base para que a competência se apresente é quando há diversidade de nacionalidade.

ii. Competência em Razão da Pessoa

Em segundo lugar, além de competência em razão da matéria, a parte que ajuíza a demanda deve estar apta a mostrar que o tribunal tem competência em relação à parte contra quem o pedido é dirigido. É princípio geral de direito nos Estados Unidos que um tribunal tem o poder de exercer jurisdição sobre uma pessoa se a relação da pessoa com o Estado onde o órgão julgador está localizado seja de tal ordem a ponto de tornar razoável o exercício dessa competência.⁴¹ Mais uma vez, no entanto, a norma é estabelecida na base de Estado para Estado.

Há certos meios tradicionais de demonstrar competência de acordo com a pessoa, incluindo o domicílio ou a presença da parte na jurisdição, ou outros mínimos contatos com o Estado.⁴² Uma maneira de obter a competência em razão da pessoa é através do consentimento da parte contra quem o pedido é ajuizado⁴³.

iii. Acordo sobre a Competência

³⁹ A lei aplicável prevê o seguinte:

Os juízos regionais terão competência originária para todas as ações cíveis em que a matéria em controvérsia exceder o montante ou o valor de \$ 75.000, fora juros e encargos, e estiver entre (1) cidadãos de Estados diferentes, (2) cidadãos de um Estado e cidadãos ou súditos de um Estado estrangeiro, (3) cidadãos de diferentes Estados e em que cidadãos ou súditos de um Estado estrangeiro figuram como terceiros interessados...

28 U.S.C. § 1332.

⁴⁰ A lei que prevê a remoção para o juízo federal dispõe na parte relevante da seguinte forma:

(a) Exceto quando expressamente previsto pela Lei do Congresso, qualquer ação cível intentada num tribunal do Estado onde os tribunais distritais dos Estados Unidos têm competência originária, podem ser remetidas pelo réu ou os réus ao tribunal distrital dos Estados Unidos para o distrito e divisão englobando o lugar onde essa ação se encontra pendente. Para efeitos de afastamento previstos neste capítulo, a cidadania dos réus processados sob nomes fictícios será ignorada.

(b) Qualquer ação civil para a qual os tribunais distritais têm competência originária fundada sobre matéria de direito ou decorrente da Constituição, tratados ou leis dos Estados Unidos, deve ser removível, sem levar em conta a cidadania ou residência das partes. Quaisquer outras medidas devem ser removíveis somente se nenhuma das partes com interesses adequadamente ligados e figurando como réus for um cidadão do Estado em que tal ação seja proposta.

28 U.S.C. § 1441.

⁴¹ Restatement (2d) de Conflito de Leis § 24 (1).

⁴² Na ausência de uma base tradicional de fixação da competência (domicílio, presença ou consentimento), o devido processo legal exige que o réu tenha "ligação mínima com (o foro do estado) de tal forma que a manutenção do feito não ofenda as noções tradicionais de justa e substancial justiça. *International Shoe Co. contra Washington*, 326 U.S. 310, 316, 66 S. Ct. 154 (1945). Ver também Restatement (2d) de Conflito de Leis § 27 (1).

⁴³ Veja, por exemplo, *National Equipment Rental Ltd. v. Szukhent*, 375 U.S. 311, 316, 84 S. Ct. 411, 414 (1964) (Afirmando que "as partes de um contrato podem acordar com antecedência se submeterem à jurisdição de um dado tribunal"), ver também Restatement (2d) de Conflito de Leis §§ 27(1)(e), 32 and 43.

Como a jurisdição pessoal pode ser obtida por meio de consentimento, a anuência à jurisdição do foro eleito pode e deve ser determinada por contrato através de uma cláusula expressa de eleição de foro⁴⁴. No entanto, ainda que haja assentimento, ainda se pode revogá-lo antes que uma demanda seja proposta. Portanto, o consentimento quanto à competência de tribunal ou tribunais escolhidos não só deve ser expresso no contrato, mas também deve ser irrevogável, subsistindo ao término ou expiração do contrato. Por outro lado, a cláusula de aquiescência à competência deve se restringir claramente às causas decorrentes do acordo, sua execução ou obrigatoriedade.

C. *Caso M/S Bremen contra Zapata Off-Shore Co.*

Em última análise, a questão, do ponto de vista dos EUA, é se um tribunal norte-americano aplicará a cláusula de eleição do foro caso uma parte não a respeite e proponha uma demanda em algum outro foro nos Estados Unidos e a outra parte opta pela permanência ou deslocamento do processo deste tribunal com base no dispositivo de eleição. Nesse caso, os tribunais norte-americanos geralmente prestigiam a cláusula de eleição de foro⁴⁵.

Na verdade, há precedente na Suprema Corte dos EUA estabelecendo uma ampla liberdade para que as partes em transações internacionais tenham larga discricionariedade para escolher um foro neutro como exclusivo para a resolução de suas disputas. O caso inaugural sobre esta questão é uma decisão bem conhecida da Suprema Corte dos EUA no caso *M/S Bremen contra Off-Shore Zapata Companhia*⁴⁶.

O litígio tratado na decisão do caso *Bremen* surgiu de um grande contrato de reboque, celebrado a fim de levar uma plataforma de perfuração do Golfo do México ao Mar Adriático⁴⁷. A proprietária do equipamento, *Zapata Off-Shore Company*, uma empresa americana, abriu concorrência para a operação, e *Unterweser Reederei GmbH*, uma empresa alemã, apresentou a proposta de melhor preço⁴⁸. *Zapata* acolheu o projeto da *Unterweser* e exigiu dela um contrato escrito⁴⁹. *Unterweser* apresentou uma proposta escrita de contrato que continha a seguinte cláusula: "Qualquer eventual litígio deve ser tratado perante a Justiça de Londres"⁵⁰. *Zapata* alterou alguns termos, mas não modificou a cláusula de eleição do foro ou a de limitação de responsabilidade que foi incluída na proposta de acordo, assinando-a, e retornou para *Unterweser*⁵¹. *Unterweser* aceitou a revisão da proposta por *Zapata*, e o contrato formalizou-se⁵².

⁴⁴ Uma cláusula típica de escolha de foro constando de um contrato em Inglês poderia ser algo como o seguinte:

As partes, irrevogavelmente, concordam com a jurisdição [exclusiva] dos tribunais estaduais e federais situados no [_____] Município, no Estado de [_____] com relação a todas e quaisquer ações decorrentes ou relacionadas ao presente Acordo ou à sua execução ou o cumprimento. Esta seção prevalecerá após a rescisão ou expiração deste Acordo.

⁴⁵ Ver, por exemplo, *M/S Bremen contra Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1, 15, 92 S. Ct. 1907, 1916 (1972); *Filanto, S.p.A. contra Chilewich Int'l Corp.*, 789 F. Supp. 2d 1229, 1241 (S.D.N.Y. 1992).

⁴⁶ *M/S Bremen contra Zapata Off-Shore Co.*, 407 U.S. 1, 92 S. Ct. 1907 (1972).

⁴⁷ *Ver id.* ao 2-4, 92 S. Ct. ao 1909-10.

⁴⁸ *Id.* ao 2, 92 S. Ct. ao 1909.

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ *Id.* Houve também restrições de significados literais pretendendo limitar a responsabilidade da *Unterweser*, e havia alguns outros termos também.

⁵¹ *Id.* ao 3, 92 S. Ct. ao 1910.

⁵² *Id.*

Infelizmente para as partes, houve uma tempestade no mar; as pernas do elevador romperam o equipamento, que foi rebocado para Tampa, na Flórida, que era o porto alternativo mais próximo⁵³.

Não obstante a cláusula de eleição do foro, Zapata processou Unterweser perante a Justiça Federal em Tampa, alegando negligência e violação de contrato⁵⁴. Unterweser ofereceu um requerimento para destituir e, alternativamente, para permanecer⁵⁵. Como fundamento ao pleito, Unterweser invocou a cláusula de eleição de foro contida por escrito no acordo entre as partes, e argumentou que a Corte não tinha competência e que o local era impróprio sob a tese de foro não conveniente⁵⁶.^{NT8} Depois de uma série complexa de movimentação, considerou-se que o Tribunal Distrital dos EUA em Tampa, Flórida, tinha competência para conhecer do feito⁵⁷. A decisão do juízo de primeira instância foi confirmada em recurso ao Quinto Circuito, o tribunal federal intermediário de apelações⁵⁸. No entanto, a Suprema Corte norte-americana não confirmou o decidido pelos tribunais inferiores, e a decisão foi cassada e devolvida a julgamento⁵⁹.

Na sua decisão, a Suprema Corte norte-americana concluiu que o tribunal não deu a devida atenção à cláusula de eleição de foro⁶⁰. E o tribunal reconheceu diversas razões pelas quais a cláusula deveria ter sido executada em uma transação internacional complexa como esta, principalmente por força da complexidade das transações internacionais e da necessidade de deferência entre as nações parceiras comerciais:

Há fortes razões pelas quais um contrato internacional privado livremente negociado, não afetado por fraude, abuso de influência, ou poder de barganha despropositado, como a hipótese em comento, deva ser plenamente aplicado. Neste caso, por exemplo, estamos tratando de uma operação muito distante das que se dão entre empresas de dois países diferentes contemplando o reboque de uma peça de equipamento extremamente cara de Louisiana, do outro lado do Golfo do México e do Oceano Atlântico, através do Mar Mediterrâneo para o seu destino final no Mar Adriático. No curso da viagem, atravessaram-se as águas de muitas jurisdições. O Chaparral poderia ter sido danificado em algum ponto ao longo da rota, e havia inúmeros portos possíveis para abrigo. Que o acidente ocorreu no Golfo do México e a chata foi rebocada para Tampa em situação de emergência foram meros acasos. Não se pode

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *Id.* ao 3-4, 92 S. Ct. ao 1910.

⁵⁵ *Id.* ao 4, 92 S. Ct. ao 1910.

⁵⁶ *Id.* A doutrina do *forum non conveniens* é uma doutrina do *common law* aplicada primacialmente nos Estados Unidos, pela qual um juízo pode declinar do exercício de sua jurisdição. Veja Restatement (segunda) de Conflito de Leis § 84 ("Um Estado não vai exercer a sua jurisdição se for um foro gravemente inconveniente para o julgamento da ação, desde que um foro mais adequado esteja disponível para o autor.").

^{NT8} A sistemática processual brasileira proíbe ajustes derogatórios de competência estabelecida em razão da matéria ou hierarquia. A exceção de incompetência, se relativa, é obrigatoriamente arguida, embora, nula a cláusula de eleição de foro em contrato de adesão, o juiz — como o faz em casos de incompetência absoluta — possa declará-la de ofício. Ver artigos 111, 112 e 113 do CPC.

⁵⁷ 407 U.S. ao 4-7, 92 S. Ct. ao 1910-11.

⁵⁸ *Id.* ao 7-8, 92 S. Ct. 1912.

⁵⁹ *Id.* ao 20, 92 S. Ct. ao 1918.

⁶⁰ *Id.* at 8, 92 S. Ct. at 1912.

duvidar sequer por um momento que as partes procuraram estabelecer um foro neutro para a resolução de quaisquer litígios que surgissem durante a operação. Claramente, muita incerteza e possivelmente grande inconveniente para ambas as partes poderiam surgir se a ação pudesse ser mantida em qualquer jurisdição na qual um acidente viesse a ocorrer ou se a competência fosse estipulada para qualquer lugar onde o Bremen ou o Unterweser pudessem ser encontrados. A eliminação de todas essas incertezas, por via de um acordo prévio sobre um foro aceitável para ambas as partes, é um elemento indispensável nas negociações internacionais, comércio, e contratação⁶¹.

A Corte ademais fundamentou que "[a] expansão dos negócios e indústria americanos dificilmente será incentivada se, não obstante contratos solenes, insistirmos em um conceito provinciano de que todas as disputas devam ser resolvidas no âmbito das nossas leis e nos nossos tribunais."⁶²

Uma coisa interessante e instrutiva na decisão Bremen é como as partes deram pouca atenção à resolução de litígios no seu contrato escrito. As partes denominaram o tribunal Inglês equivocadamente, referindo-se ao "London Court of Justice" e não "High Court of Justice, em Londres." O contrato se ressentia da ausência de uma opção expressa pela cláusula de escolha da lei. E não há expresso consentimento à jurisdição do Supremo Tribunal de Justiça, em Londres. Em suma, ele oferece um exemplo de má redação. Embora a Suprema Corte norte-americana incisivamente tenha instruído os tribunais inferiores a dar maior prestígio à cláusula, a sua genérica, imprecisa e incompleta natureza, sem dúvida, contribuiu para a falta de certeza quanto à concordância *ex-ante* das partes para litigar em Londres e, finalmente, quase certamente, contribuiu com a disposição da Zapata para ignorar e desafiar a cláusula de eleição de foro.

Em última análise, a atitude da Suprema Corte dos EUA na decisão de *Bremen*, revela a disposição do Tribunal de mostrar grande respeito pela escolha do foro pelas partes em uma transação internacional. Especificamente, o Tribunal considerou que uma cláusula de eleição de foro deve ser efetivada em uma transação internacional, a menos que a parte, pretendendo evitá-la, possa "mostrar claramente que a efetivação seria irracional e injusta, ou que a cláusula fosse inválida por motivos tais como fraude ou abuso."⁶³

Agora, o caso *Bremen* envolveu uma hipótese de almirantado e foi restringido pela Suprema Corte dos EUA para esses casos. No entanto, os tribunais dos EUA, considerando as cláusulas de eleição de foro têm, em grande escala, embora não universalmente, seguido o fundamento do caso *Bremen*.⁶⁴ E o Supremo Tribunal dos EUA expandiu o entendimento quando posteriormente aplicou o mesmo entendimento em outra questão diversa envolvendo a implementação de um compromisso arbitral,

⁶¹ *Id.* at 12-14, 92 S. Ct. at 1914-15 (foram omitidas as notas de rodapé).

⁶² *Id.* at 9, 92 S. Ct. at 1912.

⁶³ *Id.* at 15, 92 S. Ct. at 1916.

⁶⁴ Ver, por exemplo, *Gita Sports Ltd. v. SG Sensortechnik GmbH & Co. KG*, 560 F. Supp. 2d 432, 438 (W.D. N. Car. 2008); Como exemplo de uma decisão judicial nos EUA, quando o tribunal se recusa a acolher uma cláusula de eleição de foro, ver *McDonnell Douglas Corp. v. Islamic Republic of Iran*, 758 F.2d 341 (8th Cir. 1985).

numa determinada jurisdição⁶⁵. Assim, é provável que os tribunais dos EUA reconheçam e apliquem as cláusulas de eleição de foro em contratos que presidam as transações comerciais internacionais⁶⁶.

D. Execução de sentenças estrangeiras nos Estados Unidos

Se as partes elegeram uma Justiça fora dos Estados Unidos, incluindo qualquer tribunal no Brasil, como foro eleito, então a parte não americana deve confirmar que a parte americana tenha bens sujeitos à penhora na jurisdição eleita. Caso contrário, qualquer decisão proferida em favor da parte não americana pode não ter valor algum, porque os tribunais dos EUA não ficarão automaticamente vinculados e não executarão a sentença daquele tribunal estrangeiro. Os Estados Unidos não são parte em qualquer tratado internacional que obrigue os tribunais americanos a reconhecer ou executar as decisões de qualquer tribunal estrangeiro, e os tribunais norte-americanos, portanto, só executarão uma sentença estrangeira em circunstâncias limitadas, estabelecidas em base de Estado para Estado, como uma questão de direito de Estado.^{NT9}

E. Lei Uniforme de Reconhecimento de Julgamentos Patrimoniais Estrangeiros

Não é o caso, no entanto, de que as sentenças estrangeiras nunca serão aplicadas pelos tribunais dos EUA. Pelo contrário, a maioria das jurisdições dos EUA adotou uma lei uniforme conhecida como Lei Uniforme de Reconhecimento de Julgamentos Patrimoniais Estrangeiros de 1962 (a "Lei").⁶⁷ E a Lei geralmente prevê o reconhecimento e a execução de sentenças estrangeiras que garantem ou neguem a restituição de uma quantia de dinheiro, pelo menos quando a decisão for "conclusiva"⁶⁸. No entanto, há situações em que o julgamento não é conclusivo:

A sentença estrangeira não é conclusiva [e, portanto, não deve ser reconhecida nos termos da lei] se (1) a sentença foi proferida no âmbito

⁶⁵ Ver *Scherk v. Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506, 516, 94 S. Ct. 2449, 2455-56 (1974), *reapreciação negada* (aplicação de uma cláusula de seleção de foro que prevê arbitragem em Paris, França, ao raciocínio de que, na ausência de uma cláusula de eleição de foro, uma incerteza considerável "quase inevitavelmente existe em relação a qualquer contrato abrangendo dois ou mais países, cada um com suas próprias leis substanciais e regras de conflitos de leis").

⁶⁶ Recentemente, a Suprema Corte dos EUA emitiu outra decisão, demonstrando a sua inclinação a admitir a arbitragem, neste caso, no contrato de emprego. Veja *Rent-A-Center, West, Inc. contra Jackson*, 130 S. Ct. 2772, 2779 (2010) (considerando que uma cláusula de um contrato de trabalho delegando a um árbitro autoridade para decidir se o acordo era válido ou inválido foi considerada eficaz).

^{NT9} Há, como se pode perceber, uma imensa diferença entre o sistema jurídico norte-americano, ainda infenso – ao menos em alguma medida – ao reconhecimento de sentenças estrangeiras, e o brasileiro, que adota o sistema de delibação de provimentos estrangeiros, sem sequer exigir reciprocidade. Assim, sentenças oriundas de tribunais norte-americanos poderão ser homologadas no Brasil, desde que preenchidos os requisitos exigidos por lei.

⁶⁷ O *Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act* de 1962 foi adotado por trinta e duas jurisdições nos Estados Unidos, mas está em vias de ser substituído pelo *Uniform Foreign-Country Money Judgments Recognition Act of 2005*. O ato de substituição é substancialmente semelhante ao de 1962. Até aqui, a lei substitutiva de 2005 foi aprovada por catorze estados e introduzida em um décimo quinto.

⁶⁸ *Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act* §§ 2-3 (1962). A Lei de 1962 dispõe em sua parte relevante: "Salvo o disposto na seção 4, uma sentença estrangeira que satisfaça os requisitos da seção 2 é conclusiva entre as partes até o ponto em que garanta ou negue a recuperação de uma quantia em dinheiro." *Id.* no § 3. E o Ato de 1962 descreve as decisões judiciais sobre as quais incida: "Esta lei incide sobre qualquer julgamento estrangeiro final, conclusivo e exequível, no que for aplicável, mesmo que apelável ou pendente de recurso interposto." *Id.* no § 2.

de um sistema que não prevê tribunais imparciais ou procedimentos compatíveis com as exigências do devido processo legal (2); o tribunal estrangeiro não era competente com relação ao réu, ou (3) o tribunal estrangeiro não era competente para a matéria.^{69 NT10}

Da mesma forma, existem outras exceções significativas:

A sentença estrangeira não precisa ser reconhecida [mas poderia ser, a critério do tribunal, se o julgamento de outra forma se qualifica para reconhecimento, ao abrigo da Lei] se (1) o réu nos procedimentos perante o tribunal estrangeiro não foi chamado em tempo útil para se defender; (2) a sentença foi obtida mediante fraude; (3) a [causa de pedir] [fundamentação da defesa] em que a sentença se baseia for ofensivo à política pública desse estado; (4) o julgamento conflitar com outro julgamento final e definitivo; (5) o processo no tribunal estrangeiro tiver sido contrário a um acordo entre as partes para que o litígio fosse resolvido de outra forma que não por um processo neste tribunal, ou (6) no caso de competência com base apenas em citação pessoal, a justiça estrangeira tiver sido um foro gravemente inadequado para o julgamento da ação.⁷⁰

Assim, com o alcance limitado de aplicabilidade, as muitas exceções e o fato de que diversas jurisdições dos EUA não adotaram a lei, a incerteza permanece.

F. Outras Questões

Finalmente, ao se escolher o processo judicial como método de resolução de litígios, há vários aspectos importantes a serem considerados do ponto de vista dos EUA. Em primeiro lugar, à luz da Seção II deste artigo, é importante confirmar que o foro escolhido imporá às partes a cláusula de escolha da lei. Em segundo lugar, nos Estados Unidos há um direito geral a um julgamento por júri popular. Se a parte não americana concorda em litigar nos Estados Unidos, deverá ponderar se pretende ter um júri como mediador no exame dos fatos. Se não, é imperativo incluir uma inequívoca e expressa renúncia ao júri no contrato escrito. Em terceiro lugar, o sistema de produção de prova, nos Estados Unidos, pode ser muito mais amplo do que a que a parte não americana está acostumada. E, em quarto lugar, é possível que o processamento permita ou exija etapas diferentes nos Estados Unidos. Pode ser útil indicar, por contrato, como o processamento pode ou deve ocorrer⁷¹.

⁶⁹ *Id.* at § 4.

^{NT10} A sistemática brasileira de homologação de sentença estrangeira obedece ao critério previsto na Constituição Federal - art. 105, inciso I, "i" -, na LINDB (antiga LICC) - art. 15 -, no CPC - arts. 483 e 484 - e na Resolução nº 09/05 do Superior Tribunal de Justiça.

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ Os Estados Unidos são parte da Convenção da Haia sobre Prestação Judicial e Extrajudicial a respeito de Documentos Cíveis ou Comerciais, 15 de novembro de 1965, 20 U.S.T. 361, T.I.A.S. No. 6638.

G. Guia Prático de Escolha de Foro

I. Ao negociar com uma contraparte norte-americana ou na negociação de um contrato que envolva interesses importantes dos EUA, existem diversos pontos-chave relacionados com a escolha do foro.

Primeiro, é essencial identificar um foro adequado para resolver conflitos e incluir no contrato escrito uma cláusula de eleição de foro cuidadosamente elaborada, para proporcionar a previsibilidade e a certeza em relação ao foro onde as disputas serão resolvidas.

Em segundo lugar, é importante confirmar que o foro escolhido será considerado competente e incluir uma cláusula expressa e irrevogável pela qual as partes concordem com a competência do foro eleito, para aumentar a probabilidade de que a competência será aceita.

Terceiro, é importante confirmar que a cláusula de escolha de lei estipulada pelas partes será aplicada pelo foro eleito.

Em quarto lugar, ao selecionar um foro situado nos Estados Unidos, a parte de fora dos EUA deve considerar e apontar problemas que se apresentem nesta eleição, tais como o direito a um julgamento pelo júri, o a amplitude da produção de prova e o processamento.

Em quinto lugar, ao selecionar um foro diferente do da jurisdição onde a outra parte tem os seus ativos, a parte de fora dos EUA deve ter certeza de determinar de antemão se qualquer julgamento será realmente válido, pela exequibilidade em uma jurisdição onde a outra parte tenha bens que possam ser apreendidos para satisfazer o julgamento.

III. Método de resolução de litígios - ARBITRAGEM

Pelo menos tão importante quanto a escolha do foro é a seleção do método de resolução de litígios. As partes podem decidir que a via judicial é o método preferido. Mas por uma variedade de razões, as partes devem, pelo menos, considerar métodos alternativos de resolução de litígios e, em qualquer caso, devem designar, por contrato, o método acordado de resolução de litígios. É claro que, nos Estados Unidos, como em outras jurisdições, a alternativa mais óbvia é a arbitragem.

A. A Convenção de Nova York

Os Estados Unidos, como o Brasil, fazem parte da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, ou Convenção de Nova York⁷². E a Convenção de Nova York foi considerada parte da legislação dos EUA por meio da Lei Federal de Arbitragem⁷³. Assim, tribunais nos EUA estão

⁷² Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, aberta à assinatura 10 de junho de 1958, 21 U.S.T. 2517, 330 U.N.T.S. 3 (em vigor desde 07 de junho de 1959) [doravante Convenção de Nova York].

⁷³ Lei Federal de Arbitragem § 1º e segs., 9 U.S.C. §§ 201-208. "A Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, de 10 de junho de 1958, deve ser aplicada nos tribunais dos Estados Unidos em conformidade com o presente capítulo." Id. no § 201.

obrigados a executar convenções arbitrais provenientes de relações comerciais⁷⁴. As cortes norte-americanas estão obrigadas a conhecer e executar decisões que são proferidas de acordo com uma convenção de arbitragem⁷⁵ NT11.

B. Compromisso Arbitral

Se as partes efetivamente escolhem a arbitragem como único método para a solução de controvérsias, e a parte norte-americana tenta resistir, a parte não americana poderá executar o compromisso arbitral em lugar do litígio, já que os tribunais norte-americanos estão muito inclinados a garantir o método às partes.⁷⁶

Uma importante decisão da justiça norte-americana, no caso *Mitsubishi Motors Corp. contra Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, fornece um especial exemplo de emprego de compromisso arbitral.⁷⁷ O caso envolvia um distribuidor porto-riquenho (Soler Chrysler-Plymouth, Inc., ou Soler), uma fornecedora automotiva (Chrysler International, S.A., or CISA), e uma fabricante de automóveis japonesa (Mitsubishi Motors Corporation, or Mitsubishi).⁷⁸ A Mitsubishi foi constituída como resultado de uma joint venture entre a CISA e uma montadora japonesa (Mitsubishi Heavy Industries, Inc.).⁷⁹ O objeto da *joint venture* foi a distribuição por representantes da Chrysler, fora dos EUA, de veículos fabricados pela Mitsubishi e portando as marcas Chrysler e Mitsubishi.⁸⁰

CISA apontou Soler como distribuidora de veículos de fabricação Mitsubishi num determinado território.⁸¹ Na mesma data, CISA, Soler e Mitsubishi encetaram um acordo sobre procedimentos e vendas⁸². O acordo continha uma cláusula obrigatória sobre resolução de conflito dispondo sobre arbitragem no Japão:

Todas as disputas, controvérsias ou desentendimentos que possam surgir entre [Mitsubishi] e [Soler] proveniente do ou em relação aos Artigos I-B ao V deste Acordo ou em razão de sua inadimplência deverão ser definitivamente solvidos por arbitragem no Japão, de acordo com as

⁷⁴ O artigo II, parágrafo 1 da Convenção de Nova York dispõe da seguinte forma:

Cada Estado contratante deve reconhecer um acordo por escrito pelo qual as partes assumem que submetem à arbitragem toda e qualquer divergência que seja ou venha a ser proveniente de certa relação legal, seja contratual ou não, concernente a matéria capaz de solução por arbitragem.

⁷⁵ O Artigo III da Convenção de Nova York dispõe: “Cada estado contratante deve reconhecer decisões arbitrais como obrigatórias e executá-las de acordo com as regras de procedimento do território em que a decisão incidir, sob as condições previstas nos seguintes artigos.”

^{NT11} As disposições dos artigos 4º, 5º, 7º e 10 da Lei Arbitral brasileira nem sempre têm interpretação pacífica em termos de fundo e de nomenclatura. A denominada cláusula compromissória cheia — que prevê os mecanismos de nomeação de árbitros exigidos para a instituição e processamento da arbitragem — se equipara, para todos os fins, segundo a doutrina dominante, ao compromisso arbitral.

⁷⁶ Ver, e.g., *Vimar Seguros y Reaseguros, S.A. contra M/V Sky Reefer*, 515 U.S. 528 (1995); *Mitsubishi Motors Corp. contra Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 105 S. Ct. 3346 (1985); *Scherk contra Alberto-Culver Co.*, 417 U.S. 506, 94 S. Ct. 2449 (1974), reapreciação negada.

⁷⁷ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614, 105 S. Ct. 3346 (1985).

⁷⁸ *Id.* ao 616-17, 105 S. Ct. at 3348-49.

⁷⁹ *Id.* ao 616, 105 S. Ct. at 3348-49.

⁸⁰ *Id.* ao 616-17, 105 S. Ct. at 3349.

⁸¹ *Id.* at 617, 105 S. Ct. at 3349.

⁸² *Id.*

regras e regulamentos da Associação Comercial Japonesa de Arbitragem.⁸³

Inicialmente, o negócio deu bons resultados, e as partes estavam aparentemente satisfeitas. Mas, em seguida, as vendas caíram, o que incutiu dificuldades entre a Soler e as outras partes⁸⁴. Mitsubishi ajuizou uma demanda em face de Soler na Justiça Federal de Porto Rico, buscando a imposição obrigatória do uso de arbitragem no Japão, de acordo com a cláusula sobre a solução de conflitos introduzida no acordo sobre procedimentos de vendas, contra o que se pôs a Soler.⁸⁵ A Soler respondeu tanto contra a Mitsubishi quanto contra a CISA, aduzindo inúmeras inadimplências contratuais e agregando argumentos legais, incluindo fundamento na Lei Sherman Antitruste, devido a alegadas violações antitruste.⁸⁶

A justiça federal impôs a arbitragem na maioria das causas, incluindo os feitos baseados em lei especial provenientes de argumentos de violações antitruste.⁸⁷ O tribunal intermediário entendeu em sentido contrário ao do juízo de primeiro grau, concluindo que a matéria antitruste não era arbitrável.⁸⁸

A Suprema Corte dos EUA aceitou julgar o feito para “fundamentalmente considerar se a justiça norte-americana deveria executar um acordo para solucionar feitos sobre antitruste via arbitragem, quando este ajuste originar-se de uma transação internacional.” A Suprema Corte reformou a decisão do tribunal inferior, concluindo que as “preocupações com a harmonia internacional, com o respeito pelas capacidades do tribunais estrangeiros e transnacionais e a sensibilidade para a necessidade de previsibilidade do sistema comercial internacional na resolução de litígios exigem a execução do acordo entre partes, mesmo se um resultado diferente tivesse sido apropriado em um contexto puramente nacional.”⁸⁹

Assim considerando, a Corte argumentou que, no fundo, o objeto da causa com base nas leis antitruste é apenas de reparação de danos.⁹⁰ Não há o que impeça um litigante internacional de buscar a reparação desses danos por quaisquer meios além do julgamento judicial ou arbitragem.⁹¹ Assim, no contexto internacional, uma demanda indenizatória por dinheiro pode ser geralmente objeto de arbitragem, mesmo se proveniente de um texto legislativo de fundamental importância, e mesmo que não pudesse ser objeto de arbitragem no contexto doméstico.

Evidentemente, a busca de indenizações em dinheiro não é o único remédio desejável. A parte pode pleitear liminar ou execução específica em juízo, a respeito de direitos de propriedade ou qualquer outro bem não-monetário. E esses remédios não serão ordenados por árbitro nos EUA. Desta forma, mesmo na eleição pelas partes de arbitragem impositiva ou obrigatória, como o único e exclusivo meio de solver

⁸³ *Id.* (Colchetes no original).

⁸⁴ *Id.* at 617-18, 105 S. Ct. at 3349.

⁸⁵ *Id.* at 618-19, 105 S. Ct. at 3349-50.

⁸⁶ *Id.* at 619-20, 105 S. Ct. at 3350.

⁸⁷ Vide *id.* at 620, 105 S. Ct. at 3350.

⁸⁸ Vide *id.* at 621-23, 105 S. Ct. at 3351-52.

⁸⁹ *Id.* at 629, 105 S. Ct. at 3355.

⁹⁰ Vide *id.* at 635-36, 105 S. Ct. at 3358-59.

⁹¹ Vide *id.* at 636, 105 S. Ct. at 3359.

divergências, é importante levar em conta o direito, por contrato, de buscar outros remédios em juízo, quando apropriados.

C. O cumprimento de uma Decisão Arbitral

Se as partes incluem no contrato disposição sobre arbitragem em ajuste sobre negociações internacionais, o laudo arbitral, por conseguinte, será executável perante os tribunais americanos, sempre que o remédio buscado pela parte prejudicada for referente a danos econômicos. Igualmente importante, com algumas significativas mas limitadas exceções, é que qualquer decisão arbitral resultante deste procedimento provavelmente será reconhecida e executada pelos tribunais norte-americanos.

As exceções se refletem largamente em duas reservas apresentadas pelos Estados Unidos, quando ratificaram a Convenção de Nova York. Uma reserva significativa refere-se ao fato de as cortes norte-americanas só aplicarem a Convenção para o reconhecimento e execução de laudos arbitrais produzidos em território de um país que seja parte do tratado.⁹² O Brasil formulou a mesma reserva quando da ratificação da Convenção de Nova York.⁹³ A reserva não oferece problema se a arbitragem ocorre nos Estados Unidos ou no Brasil, porque ambos são partes na Convenção de Nova York. Se as partes escolhem, entretanto, um local neutro para a arbitragem, devem assegurar-se de escolherem um país que seja signatário da Convenção de Nova York.⁹⁴

Ademais, os Estados Unidos formularam reserva para o fato de seus tribunais só aplicarem a Convenção para questões oriundas de relações jurídicas que forem consideradas comerciais de acordo com a lei nacional, o que muitas transações negociais provavelmente são, para fins de execução de um acordo arbitral. Alguns assuntos devem ser considerados impassíveis de arbitragem, mas se a finalidade almejada for dinheiro, isso é improvável.

D. Finalidade da Decisão Arbitral

Um potencial benefício da impositividade da arbitragem, de uma perspectiva norte-americana, está na finalidade do laudo arbitral. Os fundamentos por que uma sentença arbitral possa ser rejeitada por um tribunal nos EUA são muito limitados e as cortes norte-americanas tendem a evitar conjecturas suplementares sobre a manifestação dos árbitros. Consequentemente, considerando-se que muitas partes prefeririam evitar demorados, custosos e longos recursos, a arbitragem compulsória pode ser preferível ao litígio prolongado.

Para os tribunais dos EUA, as limitações estabelecidas no Artigo V da Convenção de NY para a rejeição da execução de um laudo arbitral são as únicas com

⁹² – UNCITRAL – Código -, 1958 – Convenção sobre Reconhecimento e Execução de Laudos Arbitrais Estrangeiros... http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html.

⁹³ – *Id*

⁹⁴ - Atualmente, há 144 partes signatárias da Convenção de Nova York, incluindo o Brasil e os Estados Unidos. Veja *id*. Notadamente, dos trinta e cinco estados membros da Organização dos Estados Americanos, apenas cinco ainda não fazem parte da Convenção de Nova York. Esses países são Belize, Granada, Guiana, São Cristóvão e Nevis e Suriname. Todos os outros Estados membros da OEA integram a Convenção de Nova York. Veja *id*.

respeito a decisões arbitrais produzidas fora dos EUA.⁹⁵ Mas, com respeito a decisões produzidas nos EUA não consideradas “domésticas” (por terem relação com um estado estrangeiro), bases adicionais garantidoras da recusa da execução de um laudo arbitral podem ser consideradas pelos tribunais norte-americanos por força do Artigo V (1)(e) da Convenção de Nova York.⁹⁶ Ainda assim, essas disposições adicionais são limitadas sob a lei norte-americana interna.

Como regra geral, se as partes concordaram em estabelecer o procedimento arbitral, elas estarão obrigadas a cumprir a decisão dos árbitros. Os parâmetros para se recusar a execução de um laudo arbitral no Estados Unidos são difíceis de se atingir. Não é impossível anular uma decisão arbitral. Mas não é tão simples. Um exemplo incisivo disso é oferecido pela decisão do Tribunal de segundo grau, no caso *Yusuf Ahmed Alghanim & Sons, W.L.L. contra Toys “R” Us, Inc.*⁹⁷

Em 1982, Toys “R” Us, Inc., uma empresa norte-americana que opera uma rede de franquias de brinquedos e jogos, entrou em negociações com Yusuf Ahmed Alghanim & Sons, W.L.L., uma sociedade kuwaitiana, através da qual Toys “R” Us deu a Alghanim o direito de abrir e operar lojas de Toys “R” Us em algumas jurisdições no Kuwait e regiões adjacentes, incluindo catorze países.⁹⁸ Após onze anos, Alghanim abriu quatro lojas, no Kuwait.⁹⁹ De acordo com Toys “R” Us, apenas uma dessas estava em efetivo início como uma loja da Toys “R” Us¹⁰⁰. De qualquer forma, as lojas eram um largo insucesso¹⁰¹ (...). Toys “R” Us extinguiu os contratos, não os renovando, concedendo seis meses de prazo, através de notificação, em que comunicava sua intenção de não renovar o acordo de licença e assistência técnica, extinguindo, assim, o direito de Alghanim de operar como uma franqueada¹⁰². As partes tentaram então proceder à tentativa de negociar o término de sua relação em termos mutuamente aceitáveis, mas não foram capazes de fazê-lo¹⁰³. Alghanim ofereceu USD \$2.000.000,00, mas Toys “R” Us recusou¹⁰⁴. Toys “R” Us tentou estender a franquia a duas outras empresas, dividindo o território da Alghanim entre as duas¹⁰⁵.

Toys “R” Us invocou então a impositividade da cláusula arbitral inserida no contrato entre as partes e iniciou os procedimentos arbitrais perante a Associação Americana de Arbitragem, buscando a declaração de que o Contrato de licença e assistência técnica com a Alghanim estava legitimamente extinto¹⁰⁶. Alghanim rebateu argumentando quebra de contrato e as ponderações das partes foram submetidas a

⁹⁵ O artigo V da Convenção de NY facilita (ou dispõe sobre) as únicas bases sobre as quais a admissibilidade e exequibilidade da sentença arbitral pode ser rejeitada. Ver New York Convention, *supra* nota 72, art. V

⁹⁶ Um juízo pode rejeitar reconhecimento e execução a uma decisão demonstrando que “... a decisão ainda não se terá tornado exequível entre as partes, ou terá sido afastada ou suspensa por autoridade competente do país em que ou sob cuja lei a decisão tenha sido proferida.” Convenção de Nova York, nota 72 *supra*, art. V (1)(e).

⁹⁷ *Yusuf Ahmed Alghanim & Sons, W.L.L. v. Toys “R” Us, Inc.*, 126 F.3d 15 (2d Cir. 1997).

⁹⁸ *Id.* ao 17.

⁹⁹ *Id.*

¹⁰⁰ *Id.*

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ *Id.*

¹⁰⁵ *Id.* ao 17-18.

¹⁰⁶ *Id.* ao 18.

arbitragem¹⁰⁷. O árbitro julgou improcedente o pleito declaratório de Toys “R” Us, entendendo que Alghanim tinha pleno direito, de acordo com os dispositivos contratuais sobre extinção, de abrir lojas de brinquedo, mesmo depois de notificada sobre o fim do contrato, desde que a última loja estivesse aberta há cinco anos¹⁰⁸.

Após a produção de argumentos, moções e oitivas, durante 29 dias, o árbitro concedeu a Alghanim USD \$46.440.000,00 – mais de 46 milhões de dólares americanos – por perdas advindas do contrato, mais juros, tendo a parte vencedora pedido ao Tribunal local (...) que confirmasse a decisão com base na Convenção de Nova York¹⁰⁹.

Toys “R” Us pleiteou perante o Tribunal a anulação ou alteração do decidido em sede arbitral porque “claramente desarrazoado, em manifesto desamparo legal e inobservância dos termos do contrato.”¹¹⁰. O Tribunal, entretanto, confirmou a decisão arbitral, considerando, no mérito,¹¹¹ desprovidos de sustentação os argumentos de Toys “R” Us, que apelou¹¹².

Estendendo os efeitos da decisão do árbitro, a Corte federal apelada confirmou a decisão de primeiro grau.¹¹³ Assim concluindo, o Tribunal formulou importante alcance para as decisões arbitrais:

A confirmação de sentença arbitral é um procedimento sumário que simplesmente transforma o que já é em si decisão arbitral final em decisão judicial. A revisão de decisões arbitrais é muito limitada... para evitar que se fragilize o duplo objetivo da arbitragem, nomeadamente, resolver conflitos eficientemente e evitar longa e dispendiosa disputa.¹¹⁴

Embora não seja o caso de se dizer que não haja revisão judicial de decisões arbitrais nos Estados Unidos, os critérios para derrubar um laudo arbitral são difíceis de ser satisfeitos. O Segundo Circuito esclareceu que a decisão de um árbitro “faz jus a uma deferência substancial e o árbitro precisa somente motivar suas razões interpretativas sobre o contrato em termos que ofereçam uma tênue justificativa para o resultado alcançado, a fim de ficar imune à revisão judicial”.¹¹⁵

E. Associação Americana de Arbitragem^{NT12}

Com respeito à identificação das regras que comandam a arbitragem entre as partes, as que o forem em relações negociais internacionais escolhem entre uma variedade de organizações arbitrais. Talvez o centro arbitral mais conhecido nos EUA

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ *Id.*

¹¹¹ *Id.*

¹¹² *Id.*

¹¹³ *Id.* at 25.

¹¹⁴ *Id.* ao 23 (citações e referências internas omitidas).

¹¹⁵ *Id.* (citações e referências internas omitidas).

^{NT12} A instituição é largamente conhecida no universo doutrinário e contratual com a sigla AAA. As menções a esta organização poderão, ao longo deste trabalho de tradução, ser feitas em qualquer das línguas.

seja a American Arbitration Association, ou AAA. A American Arbitration Association mantém um site com informações, entre outras coisas, sobre suas regras e procedimentos.¹¹⁶ As disposições internacionais podem ser encontradas em diversas línguas, incluindo Inglês e Português^{117 NT13}.

F – MODELO DE TEXTO CONTRATUAL

Por fim, dependendo das circunstâncias e das partes envolvidas, uma cláusula típica referente a arbitragem impositiva e obrigatória como o único meio de solução de conflito pode ser da seguinte forma elaborada num contrato formalizado em Inglês e presidido por algum diploma legislativo americano:

Método de Solução de Conflitos – Exceto se de outra forma estiver expressamente prevista neste Contrato, qualquer litígio, controvérsia ou ação originária deste Contrato ou a ele referente, sua interpretação ou execução, inobservância, extinção, término ou invalidade deve ser submetido a impositiva e obrigatória arbitragem em -----,-----, conduzida por (International Centre for Dispute Resolution of American Arbitration Association), sob as suas (Disposições Internacionais de Arbitragem) e aplicadas (as Disposições) por um (árbitro individual) (colegiado de três árbitros) nomeados de acordo com as disposições legais. Os procedimentos arbitrais serão conduzidos em Inglês, língua em que o(s) árbitro(s) deve(m) ser fluente(s). Qualquer documento que não esteja em Inglês apresentado por qualquer das partes deve ser acompanhado da respectiva tradução para a língua inglesa. Qualquer demanda judicial sobre o laudo arbitral pode ser ajuizada em foro competente. O laudo arbitral é definitivo e obrigatório para qualquer das partes para as quais seja aplicável qualquer outro remédio ou procedimento, assegurado, entretanto, que qualquer das partes possa providenciar liminar em medida cautelar ou decisão liberatória a respeito deste Contrato antes do início ou durante qualquer procedimento arbitral. Na hipótese de qualquer inadimplência por parte do Comprador com respeito a suas obrigações financeiras (monetárias) neste Contrato, o Vendedor terá o direito de, à sua opção, ajuizar ação com respeito a esta inadimplência, em lugar da arbitragem, em qualquer foro competente para o lugar em que o Comprador tenha suas principais atividades comerciais.

É possível prever maiores detalhes ainda dos que os que são previstos no modelo. O que não for especificado no Contrato pode ser previsto pelas disposições arbitrais aplicáveis.^{NT14}

¹¹⁶ <http://www.adr.org/>

¹¹⁷ As disposições Internacionais da AAA são disponíveis no seguinte URL: <http://www.adr.org/sp.asp?id=33994>. E as disposições internacionais estão disponíveis em português no seguinte URL: <http://www.adr.org/sp.asp?id=34623>.

^{NT13} As vicissitudes lingüísticas impõem esta curiosidade: em escritos sobre *websites*, nossos textos reduzem o vocábulo saxão mas não o traduzem, preferindo o anglicismo *site*.

^{NT14} As disposições da Lei nº 9.307/96, que dispõe sobre arbitragem, devem ser objeto de atenção especial, para as hipóteses de atração da competência dos Tribunais brasileiros, mesmo em se tratando de ajuste internacional, por força do contido nos artigos 7º e 34-40 deste diploma.

V. Conclusão

Quando um advogado contratualista entende o negócio do cliente e compreende o grau de sua inclinação ao risco, bem como os aspectos peculiares que podem surgir numa negociação internacional, o profissional pode ajudar na concepção de uma forma contratual que, em primeiro lugar, tenha potencial de evitar litígios. O advogado especialista pode ainda ajudar a reduzir custos (despesas) processuais e evitar o desnecessário gasto de tempo na solução de conflitos, estabelecendo, logo no início, disposições viáveis, em acordo mútuo, com vistas à escolha da lei, eleição de foro ou meios de solução de conflitos.

Como arquitetado pelo Supremo Tribunal norte-americano, disposições contratuais “especificando antecipadamente o foro em que dissensões serão resolvidas e a lei a ser aplicada [são] .. quase indispensável precondição para a consecução da ordem e previsibilidade essencial para qualquer transação negocial internacional”¹¹⁸. O erro ou incapacidade para antecipar previsibilidade no tocante à solução de conflitos, nas palavras da Suprema Corte norte-americana, “certamente prejudicaria a construção do comércio e dos negócios mundiais, pondo em risco a disposição e a habilidade dos homens deste ramo para ingressar nos acordos internacionais de comércio.”¹¹⁹ Este risco pode ser significativamente reduzido, através de contratos cuidadosamente preparados que criem condições para a efetiva solução de conflitos.

¹¹⁸ Scherk v. Alberto-Culver Co., 417 U.S. 506, 516, 94 S. Ct. 2449, 2455 (1974), *rehearing denied*.

¹¹⁹ *Id.* ao 517, 94 S. Ct. ao 2456.