
**CONVENÇÃO ARBITRAL
TÁCITA?
CISG, ART. 9º (2)**

Eduardo Talamini

Introdução

CISG, Artigo 9º

- (1) As partes se vincularão pelos usos e costumes em que tiverem consentido e pelas práticas que tiverem estabelecido entre si.
- (2) Salvo acordo em contrário, *presume-se que as partes consideram tacitamente aplicáveis ao contrato, ou à sua formação, todo e qualquer uso ou costume geralmente reconhecido e regularmente observado no comércio internacional, em contratos de mesmo tipo no mesmo ramo de comércio, de que tinham ou devessem ter conhecimento.*

O direito brasileiro - Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996)

Art. 4º, § 1º. A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira.

Art. 4º, § 2º Nos contratos de adesão, a cláusula compromissória só terá eficácia se o aderente tomar a iniciativa de instituir a arbitragem ou concordar, expressamente, com a sua instituição, desde que por escrito em documento anexo ou em negrito, com a assinatura ou visto especialmente para essa cláusula.

Art. 5º, § 1º O compromisso arbitral judicial celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.

Art. 5º, § 2º O compromisso arbitral extrajudicial será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público.

Ainda o direito brasileiro – **Convenção de Nova York**

Entender-se-á por "acordo escrito"
uma cláusula arbitral inserida em
contrato ou acordo de arbitragem,
firmado pelas partes ou contido em
troca de cartas ou telegramas

Um caso de convenção arbitral tácita na jurisprudência brasileira – STJ:

“Sentença arbitral estrangeira. Cláusula compromissória. Contrato não assinado pela requerida. Comprovação do pacto. Ausência de elementos.

“Tem-se como satisfeito o requisito da aceitação da convenção de arbitragem quando a parte requerida, de acordo com a prova dos autos, manifestou defesa no juízo arbitral, sem impugnar em nenhum momento a existência da cláusula compromissória.”

STJ, SEC 856, Corte Especial, v.u., rel. Min.
CARLOS A. M. DIREITO, j. 18.05.2005

Precedentes em outros países

Alemanha:

Decisão da Suprema Corte Federal (BGH), de 03.12.1992, caso n. III ZR 30/91 (publicado em NJW 1993, 1798). Art. 346 do Código Comercial alemão: “costumes mercantis”
Comércio internacional de peles.

Estados Unidos:

Cotton Yarn Antitrust Litigation – decisão da Corte de Apelos para o 4º Circuito, de 12.10.2007

Indústria Têxtil

Argumento contrário à incidência do art. 9º à convenção arbitral

A convenção arbitral afasta a jurisdição estatal. É matéria não só alheia ao objeto da CISG, como também alheia ao direito material. É matéria processual. Aplicam-se-lhe, portanto, as regras processuais pertinentes (outros tratados internacionais, direito interno aplicável etc.).

Possíveis respostas a tal argumento

(1º) Embora a convenção arbitral tenha *eficácia processual*, sua *origem*, formação, é *contratual*.

(2º) Vigora o princípio de que o contrato deve ser compreendido e interpretado como um todo

(3º) O art. 19 (3) da CISG: “Serão consideradas alterações substanciais das condições da proposta, entre outras, as adições ou diferenças relacionadas ao preço, pagamento, qualidade e quantidade das mercadorias, lugar e momento da entrega, extensão da responsabilidade de uma das partes perante a outra ou o meio de solução de controvérsias”

Pressupostos para a aplicação (se aplicável)

Art. 9º (2): “.... *uso ou costume geralmente reconhecido e regularmente observado no comércio internacional, em contratos de mesmo tipo no mesmo ramo de comércio, de que tinham ou devesses ter conhecimento*”

Muitas outras dúvidas

- Ônus da prova da existência do costume?
- Como incidirá o princípio da *Competência-Competência* (casos de arguição como defesa em processo judicial; homologação de sentença arbitral estrangeira; fundamento de ação do art. 7º da LA)?
- Cláusula arbitral tácita vazia ou cheia?