

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

AMANDA BUENO DANTAS

**Remédios para reparação do dano causado pelo
inadimplemento contratual: aplicação na arbitragem comercial
internacional e controle judicial na homologação**

São Paulo

2023

AMANDA BUENO DANTAS

Remédios para reparação do dano causado pelo inadimplemento contratual: aplicação na arbitragem comercial internacional e controle judicial na homologação

Versão original

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, na área de concentração do Direito Internacional e Comparado, subárea do Direito do Comércio Internacional, sob a orientação do Prof. Dr. José Augusto Fontoura Costa.

São Paulo

2023

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Catálogo da Publicação

Serviço de Biblioteca e Documentação

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Dantas, Amanda Bueno

Remédios para reparação do dano causado pelo inadimplemento contratual: aplicação na arbitragem comercial internacional e controle judicial na homologação; Amanda Bueno Dantas; orientador Prof. Dr. José Augusto Fontoura Costa -- São Paulo, 2023.

200

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2023.

1. Arbitragem internacional. 2. Inadimplemento contratual. 3. Remédios. 4. Sentença arbitral estrangeira. 5. Homologação. I. Costa, José Augusto Fontoura, orient. II. Título.

DANTAS, Amanda Bueno. **Remédios para reparação do dano causado pelo inadimplemento contratual**: aplicação na arbitragem comercial internacional e controle judicial na homologação, 2023. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional e Comparado, subárea do Direito do Comércio Internacional, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, 2023).

Aprovado em:

Banca examinadora:

1) Orientador: Prof. Dr. José Augusto Fontoura Costa

Julgamento:

2) _____

Instituição:

Julgamento:

3) _____

Instituição:

Julgamento:

4) _____

Instituição:

Julgamento:

AGRADECIMENTOS

A inspiração para o presente trabalho surgiu na manhã de 11 de outubro de 2019, quando da plateia do evento “*Law in Action: Direito Contratual na Arbitragem. Determinação do Dano*”, organizado pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBAr, ouvi as palavras das Professoras Catarina Monteiro Pires e Renata C. Steiner a respeito dos desafios que encerram a aplicação do direito material na arbitragem, especialmente internacional, na seara da reparação dos danos decorrentes do inadimplemento contratual.

Agradeço-lhes pelo impulso inicial, que me levou a participar do processo seletivo para o Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo naquele mesmo ano.

Especial agradecimento também ao meu orientador, Professor José Augusto Fontoura Costa, que me abriu as portas para o mestrado na Universidade de São Paulo. Foi grande satisfação poder contar com sua orientação e lhe reencontrar em minha trajetória acadêmica.

Em 2022, tive o privilégio da participação das Professoras Renata C. Steiner e Aline de Miranda Valverde Terra em minha banca de qualificação. As críticas foram essenciais para que minhas ideias tomassem forma e fossem transmitidas ao leitor de forma que as concebi.

Também contei com o apoio dos meus chefes, mentores e amigos, Giovanni Ettore Nanni e Pedro Guilhardi, que me acolheram (e acolhem) desde que dei os primeiros passos na carreira, em 2013. Muito além do conhecimento técnico, agradeço por confiarem e acreditarem em mim, mesmo quando eu mesma não fui capaz.

Aos meus avós, paternos e maternos, ao meu pai e à minha mãe (*in memoriam*): agradeço por serem as bases que me sustentaram durante toda vida, e por prezarem pela educação, que ficará como minha maior herança.

Aos meus amigos, Beatriz Muniz, Bruna Macedo, Camila Marsola, Douglas Catarucci e Lucas Diniz. Cada um de vocês foi (e é), sabendo ou não, essencial para mim.

Ao Nemo, meu companheiro de quatro patas, colega de apartamento, suporte emocional e maior confidente, o meu agradecimento e amor incondicional.

RESUMO

DANTAS, Amanda Bueno. **Remédios para reparação do dano causado pelo inadimplemento contratual:** aplicação na arbitragem comercial internacional e controle judicial na homologação, 2023. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional e Comparado, subárea do Direito do Comércio Internacional, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, 2023).

O presente trabalho se propõe a analisar o tratamento dado ao dano decorrente do inadimplemento de contratos internacionais, particularmente os principais remédios aplicados pelos árbitros em disputas submetidas à arbitragem comercial internacional. Além da reparação pecuniária, com base na extensão do prejuízo, despontam aplicação de cláusulas penais ou de *liquidated damages*, assim como a reparação específica. Por meio do estudo de diferentes sistemas jurídicos nacionais, cuja eleição como Direito aplicável predomina, expressa ou tacitamente, nos contratos transfronteiriços, e também dos usos e costumes do comércio e dos instrumentos deles derivados para autorregulação das relações mercantis internacionais – *lex mercatoria* – almeja-se identificar o fundamento e a forma pela qual os árbitros aplicam os remédios disponíveis na reparação dos danos advindos do inadimplemento contratual. Além disso, dada a corriqueira necessidade de executar sentenças arbitrais internacionais perante um ou outro ordenamento jurídico, será avaliada a interação entre a arbitragem e o Poder Judiciário quando a sentença arbitral internacional é submetida ao processo de homologação no país em que se deseja obter o cumprimento forçado, notadamente se há (in)compatibilidade de algum dos remédios com o artigo V da Convenção de Nova Iorque, Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958 (Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002).

Palavras-chave: Arbitragem internacional. Contratos internacionais. *Lex mercatoria*. Direito estrangeiro. Inadimplemento contratual. Sentença arbitral estrangeira. Cláusula penal. *Liquidated damages*. Reparação específica. Homologação.

ABSTRACT

DANTAS, Amanda Bueno. **Remedies for damages arising out of breach of contract: application in commercial international arbitration and judicial control during recognition**, 2023. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional e Comparado, subárea do Direito do Comércio Internacional, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, 2023).

This work aims to analyse the forms of reparation of damages arising out of breach of international contracts, particularly the main remedies adopted by arbitrators when disputes of such are submitted to international commercial arbitration. Besides monetary relief, based upon the extent of the damages, the application of penalty clauses or *liquidated damages*, as well as specific performance, stand out as remedies for damages caused by breach of contract. Through the study of different national legal systems, whose rules are often applicable to international contracts by express or implied reference, as well as usages and traditions of commerce and sets of self-regulatory rules for international transactions – *lex mercatoria* – the goal is to identify the grounds and the means employed by arbitrators in applying available remedies for damages resulting of breach of contract. Furthermore, given that arbitral awards often need to be recognised before national courts to ensure enforcement, the interaction between arbitration and State Courts responsible for recognition of international arbitral awards will also be examined, notably if the selected remedies are (in)compatible with article V of the 1958 New York Convention of the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards.

Keywords: International arbitration. International contracts. *Lex mercatoria*. International Law. Breach of contract. Foreign arbitral award. Penalty clause. Liquidated damages. Specific performance. Recognition.

LISTA DE ABREVIACÕES

AAA	<i>American Arbitration Association</i>
ABzG	<i>Abzahlungsgesetz</i>
<i>Arbitration Act</i>	<i>English Arbitration Act</i>
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
CAM	<i>Camara Arbitrale di Milano</i>
CC	Código Civil brasileiro
CCI	Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional
CISG	Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014)
CNY	Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002)
CPC	Código de Processo Civil, <i>Code de Procédure Civile</i>
Dec.	Decreto, <i>Décret</i>
DIS	<i>Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V.</i>
EUA	Estados Unidos da América
EUR	Euro
FAA	<i>Federal Arbitration Act</i>
FSIA	<i>Foreign Sovereign Immunities Act</i>
HGB	<i>Handelsgesetzbuch</i>

ICDR	<i>International Centre for Dispute Resolution</i>
KLRAC	<i>Kuala Lumpur Regional Arbitration Center</i>
LArb	Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, com as alterações inseridas pela Lei nº 13.129, de 26 de maio de 2015.
LCIA	<i>London Chamber of International Arbitration</i>
Lei Modelo	<i>UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 With amendments as adopted in 2006</i>
LINDB	Lei de introdução às normas do Direito brasileiro
Min.	Ministro
nr.	Nota de rodapé
PEDC	Princípios Europeus do Direito Contratual
Princípios UNIDROIT	Princípios do UNIDROIT relativos aos Contratos Comerciais Internacionais
Regras de Arbitragem Comercial da AAA	<i>AAA Commercial Arbitration Rules and Mediation Procedures Including Procedures for Large, Complex Commercial Disputes</i>
Rel.	Relator
RFC	<i>Restatement (first) of Contracts</i>
RSC	<i>Restatement (second) of Contracts</i>
SEC	Sentença Estrangeira Contestada
SGA	<i>Sales of Goods Act 1979</i>
STJ	Superior Tribunal de Justiça
U.S. Code	<i>The United States Code</i>

UCC	<i>Uniform Commercial Code</i>
UCTA	<i>Unfair Contract Terms Act 1977</i>
UNCITRAL	Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional
UNIDROIT	<i>International Institute for the Unification of Private Law</i>
UTCCR	<i>Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999</i>
VIAC	<i>Vienna International Arbitration Center</i>
ZPO	<i>Zivilprozessordnung</i>

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 ESCLARECIMENTOS PRELIMINARES: ESCOPO, METODOLOGIA E DEMAIS JUSTIFICATIVAS.....	17
2 O DANO NO DIREITO CONTRATUAL CONTEMPORÂNEO	19
2.1 Princípio da reparação integral.....	21
2.2 Opção do credor ou regra da monetização da reparação do dano	26
2.3 Espaço dado à autonomia privada	27
3 O TRATAMENTO DADO AO DANO CONTRATUAL NA ARBITRAGEM INTERNACIONAL	30
4 A REPOSIÇÃO NATURAL OU ESPECÍFICA	37
4.1 Tradição continental: breve digressão histórica.....	40
4.2 Direito francês.....	47
4.3 Direito alemão	49
4.4 Direito brasileiro.....	51
4.5 Tradição anglo-americana: breve digressão histórica	56
4.5.1 Direito inglês.....	62
4.5.2 Direito norte-americano	65
4.6 <i>Lex mercatoria</i>	67
4.6.1 CISG.....	68
4.6.2 Princípios UNIDROIT.....	70
4.6.3 PEDC.....	72
4.7 Execução específica na arbitragem internacional	73
5 A CLÁUSULA PENAL OU DE <i>LIQUIDATED DAMAGES</i>	77
5.1 Direito francês.....	79
5.2 Direito alemão	82
5.3 Direito brasileiro.....	84
5.4 Direito anglo-americano.....	93
5.4.1. Direito inglês	94
5.4.2. Direito norte-americano	96
5.5 <i>Lex mercatoria</i>	97

5.5.1	CISG.....	98
5.5.2	Princípios UNIDROIT e PEDC	98
5.6	A cláusula penal ou de <i>liquidated damages</i> na arbitragem internacional.....	101
6	A HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS: INTRODUÇÃO À SEÇÃO DE ESTUDO DE CASOS.....	104
6.1	Homologação de sentenças arbitrais com ordem de execução específica	109
6.1.1	Hardy Expl. & Prod. (India), Inc. v. Gov't of India, Ministry of Petroleum & Nat. Gas	111
6.1.2	NTT Docomo Inc. v. Ultra D.O.O.....	117
6.1.3	Four Seasons Hotels and Resorts v. Consorcio Barr	118
6.1.4	Telecom Business Solution, LLC et. al. v. Terra Towers Corp. et. al.	120
6.1.5	A comparabilidade entre decisões proferidas em processos de homologação e anulatórios de sentenças arbitrais domésticas.....	125
6.1.5.1	Grayson-Robinson Stores v. Iris Construction Co.....	129
6.1.5.2	Staklinski & Pyramid Elec. Co.	132
6.1.6	Conclusões sobre a recepção de sentenças arbitrais pela execução específica do contrato no <i>Common Law</i>	134
6.2	Pedidos de homologação sentenças arbitrais que ordenaram a reparação do dano pela aplicação de cláusula penal ou <i>liquidated damages</i>	139
6.2.1	Pencil Hill Limited v US Citta Di Palermo S.p.A.....	140
6.2.2	Sweeny, Inc. et al v. Conocophillips Co.	142
6.2.3	Superior Energy Servs. Columbia S.A.S. v. Premium Petroleum Servs. S. De R.L.	145
6.2.4	Caso ‘Germany no. 168’	147
6.2.5	Caso ‘Germany no. 166’	148
6.2.6	Caso 8 Sch 06/05.....	149
6.2.7	AA, S.L.P e AA & Associados, R.L. v. BB.....	151
6.2.8	Xilam Films v. Lnk Videos.....	153
6.2.9	Chelsea Football Club Ltd. v. Mutu.....	154
6.2.10	Conclusões sobre a recepção de sentenças arbitrais que ordenaram a reparação do dano pela aplicação de cláusula penal (ou <i>liquidated damages</i>).....	156
	CONCLUSÃO	162

REFERÊNCIAS	168
ANEXO A – COMPARAÇÃO DE ORDENAMENTOS: REPARAÇÃO ESPECÍFICA.....	190
ANEXO B – COMPARAÇÃO DO ARTIGO 34 DA LEI MODELO DA UNCITRAL COM O ARTIGO V DA CNY)	192
ANEXO C – HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS: REPARAÇÃO ESPECÍFICA	194
ANEXO D – COMPARAÇÃO DE ORDENAMENTOS: CLÁUSULA PENAL..	196
ANEXO E – HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS: CLÁUSULA PENAL	198

INTRODUÇÃO

A ideia de que quem causa dano a outrem deve repará-lo baliza, há muito, o funcionamento das sociedades organizadas. De modo a manter a harmonia da vida em comunidade, seus integrantes não devem infligir prejuízos uns aos outros.

O dano é elemento norteador da responsabilidade civil, que se subdivide em extracontratual e contratual. Esta última engloba estudo do contrato, hoje concebido como acordo de vontades, capaz de criar obrigações exigíveis pelas partes contratantes, reciprocamente.

O contrato nasce como reflexo da autonomia privada, e assim é tutelado pelo Estado que, em regra, não intervém no seu conteúdo. Mas, não admite, porém, que seu descumprimento passe sem consequências para a parte inadimplente. Afinal, *pacta sunt servanda*.

Nem sempre, contudo, o Direito conferiu proteção ao mero acordo de vontades. Seja na tradição continental ou *Common Law*, o descumprimento de promessa (em sentido *lato*), externada por meio de contrato, recebeu tratamentos variados até dar azo, entre outros, ao dever de indenizar.

A indenização, por sua vez, pode ser efetivada por diferentes remédios jurídicos. Remédio é expressão adotada para se referir às ferramentas disponíveis para reparação dos prejuízos oriundos do inadimplemento contratual. É o exemplo do pagamento de perdas e danos, em dinheiro, ou da execução *in natura* da prestação (cumulável com perdas e danos, se o caso).

Com a sofisticação da atividade econômica, operações antes inexistentes ingressaram no fluxo do comércio. Os agentes do mercado precisavam regulá-las – e o faziam (como ainda fazem) por meio dos contratos.

Mais do que isso, os comerciantes precisavam da segurança de que esses contratos seriam cumpridos ou, alternativamente, que não suportariam por conta e risco prejuízos provocados pela contraparte que, injustificadamente, descumprissem a avença.

Na medida em que a globalização avançou, ganharam relevo os contratos internacionais, celebrados entre partes de diferentes nacionalidades e estipulando o cumprimento de obrigação(es) no país em que se situa uma ou nenhuma delas.

Esses instrumentos, responsáveis pela fluidez das relações do comércio internacional, se relacionam, de forma vinculante ou não, voluntária ou involuntária, a uma multiplicidade de ordenamentos jurídicos, normas e/ou costumes supranacionais.

Não por outro motivo, quando se faz necessário reparar os danos causados pela violação de obrigações contratuais no Direito do Comércio Internacional, ingressa-se em terreno propício ao conflito de normas.

Também deve ser equacionada a preferência pela via arbitral para solução das disputas do comércio internacional¹, em que é possível confeccionar um procedimento sob medida para as necessidades específicas de cada caso concreto.

No procedimento arbitral, os agentes do comércio internacional encontram a forma de resolução de conflitos mais compatível com culturas jurídicas diversas, quando em comparação com o processo judicial. A arbitragem é mais flexível, conferindo às partes autonomia para que escolham a lei aplicável (ao mérito e ao procedimento) e para submetam sua disputa a julgadores – árbitros – especializados no objeto da lide.

Possibilita, ainda, que o procedimento se desenrole em uma nação sem relação com as partes ou com o contrato, por meio da eleição de um local neutro como sede. Garante-se, assim, que nenhuma das partes será beneficiada (ou prejudicada) por sua familiaridade (ou desconhecimento) do sistema jurídico alheio ou do idioma local.

Os árbitros serão incumbidos da tarefa de, a um só tempo: (i) ater-se às regras aplicáveis à disputa, eleitas pelas partes expressa ou tacitamente; (ii) interpretá-las e aplicá-las ao caso concreto, à luz do texto contratual, e (iii) blindar-se das influências

¹ 97% (noventa e sete por cento) dos requeridos em arbitragens comerciais internacionais afirmam que preferem resolver suas disputas por meio de arbitragem, cf. QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON; WHITE & CASE LLP. **2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration**. [S. l.], 2018. Disponível em: [https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF). Acesso em: 23 maio 2023.

advindas de seus próprios sistemas jurídicos (ou de outros ordenamentos) que se revelem incompatíveis com o contrato em questão.

Por não serem detentores de poderes coercitivos, os árbitros não são capazes de promover o cumprimento forçado da sentença arbitral internacional que será proferida. A parte perdedora, inconformada com o resultado da disputa, poderá deixar de cumprir a decisão definitiva proferida na arbitragem. Já a parte vencedora ver-se-á compelida a buscar amparo das cortes estatais para sua execução. Para tanto, precisará submeter a sentença arbitral internacional a procedimento homologatório.

Os parâmetros para homologação de sentenças arbitrais internacionais constam do art. V da CNY, em que o Poder Judiciário poderá analisar irregularidades procedimentais graves e eventual ofensa à ordem pública.

Em que pese cada país possua suas próprias regras internas para o reconhecimento e homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, a maioria ou simplesmente se refere ao texto da CNY ou adota em lei interna redação muito similar.

Variações no rito processual da homologação não interferirão no escopo do escrutínio da sentença arbitral pelo Poder Judiciário que, embora limitado, tem o condão de impedir que determinadas decisões, com comandos visando à reparação dos danos causados pelo inadimplemento contratual, se tornem exequíveis.

Esta dissertação de mestrado se propõe a identificar se existe ou se é possível cogitar remédio universalmente aceito para reparação do dano decorrente do descumprimento do contrato na arbitragem comercial internacional, capaz de garantir a exequibilidade da sentença arbitral, sem que sejam ignoradas as leis ou convenções aplicáveis ao contrato.

No primeiro capítulo, serão apresentadas as questões a serem analisadas, bem como a justificativa para seu enquadramento teórico na subárea do Direito do Comércio Internacional – em que pese a intrincada relação com temas de Direito Civil. Além disso, nesse tópico será indicada a metodologia utilizada e os fundamentos para delimitação do escopo deste trabalho.

O capítulo dois tem por objeto expor o panorama geral do dano na responsabilidade civil, particularmente a contratual, e as principais características do tratamento que lhe é dado pelo Direito contemporâneo.

Em seguida será analisada a reparação do inadimplemento contratual na arbitragem internacional. Nesse terceiro capítulo, haverá a identificação dos principais remédios empregados pelos árbitros no que diz respeito aos danos oriundos do descumprimento do contrato.

O estudo dos remédios identificados no capítulo três será conduzido nos capítulos quatro e cinco, à luz de ordenamentos de tradição romano-germânica, *Common Law* e da *lex mercatoria*. Cada parte será finalizada com os fundamentos que ensejam a aplicação de cada um dos remédios pelos árbitros em casos internacionais.

No capítulo seis, busca-se compreender como as sentenças arbitrais condenatórias que visam à reparação do dano causado pelo inadimplemento contratual no comércio internacional são recepcionadas pelas cortes estatais no processo de homologação.

Ao final, serão identificados quais elementos inerentes à reparação são considerados impeditivos ao *exequatur*; se há ou se pode haver, nesses casos, *standard* de reparação do dano contratual que seja, em regra, aceito pela maioria dos ordenamentos jurídicos da atualidade.

1 ESCLARECIMENTOS PRELIMINARES: ESCOPO, METODOLOGIA E DEMAIS JUSTIFICATIVAS

A fim de identificar como os árbitros harmonizam a aplicação dos remédios jurídicos disponíveis (no contrato, na lei aplicável e nos princípios e normas que regem o comércio internacional) para reparação do descumprimento contratual, será abordado o tratamento da questão: (i) no Direito de tradição *Common Law* e *Civil Law*; e (ii) nas normas supranacionais do comércio (que constituem a *lex mercatoria*), bem assim se sofreram influência de uma ou outra legislação.

Para análise da recepção das sentenças arbitrais internacionais pelo Poder Judiciário do país em que se deseja obter o cumprimento forçado, será realizado estudo de casos em que foi contestado o pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira em virtude do remédio adotado pelo tribunal arbitral para reparação dos danos causados pelo inadimplemento contratual.

Da comparação normativa e do estudo de casos, pretende-se concluir pela existência, ou não, de remédios para reparação do dano na arbitragem internacional que sejam universalmente aceitos pelas cortes estatais no processo de homologação por sua compatibilidade com o art. V da CNY.

A presente dissertação foi enquadrada na subárea do Direito do Comércio Internacional porque dedica-se, ao cabo, ao estudo de operações derivadas de contratos internacionais.

Tangencia temas de Direito Civil, passando por diferentes sistemas jurídicos nacionais, porque predomina a eleição dos direitos estatais contemporâneos – expressa ou tacitamente – como normas aplicáveis aos contratos transfronteiriços.

Os usos e costumes do comércio, e os instrumentos deles derivados para autorregulação das relações mercantis internacionais, também têm relevância para a solução das questões postas. Essas regras igualmente serão examinadas, mas mesmo essa análise se respalda no estudo da legislação de cada nação escolhida.

Apesar do empenho da doutrina, ainda não se tem (ou, ao menos, é bastante controversa a existência de) um direito puramente transnacional, desvinculado de todo e qualquer ordenamento jurídico².

Seja: (i) pela relevância que referidas nações possuem em relações econômicas internacionais (o que lhes vincula direta ou indiretamente aos conflitos decorrentes de contratos internacionais) ou (ii) para avaliar a autonomia da *lex mercatoria* em relação aos Direitos estatais e, de outro lado, a influência destes na formação e aplicação da *lex mercatoria* aos contratos internacionais, os Direitos internos não podem ser ignorados.

A escolha dos ordenamentos estudados em cada tema se justifica: (i) pela sua relevância e influência dentro de cada sistema jurídico, de modo que suas normas influenciaram a legislação de outros países da mesma tradição legal; e/ou (ii) pelo fato de que seu teor foi suscitado como óbice para a homologação das sentenças arbitrais internacionais nos casos analisados.

A metodologia envolveu pesquisa legislativa, bibliográfica e jurisprudencial. Além disso, para delimitação dos remédios a serem estudados, foram utilizadas pesquisas descritivas, como as de opinião e levantamento de dados.

² HUCK, Hermes Marcelo. *Lex mercatoria: horizontes e fronteira do comércio internacional*. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 87, p. 217-218, 1992. p. 217.

2 O DANO NO DIREITO CONTRATUAL CONTEMPORÂNEO

O dano ocupa posição central na responsabilidade civil³. A responsabilidade civil é conceito “essencialmente dinâmico”, que se transmuta com a “finalidade de restabelecer o equilíbrio desfeito por ocasião do dano, considerado, em cada tempo, em função das condições sociais então vigentes”⁴.

Há ordenamentos jurídicos (e a maioria deles o faz) que classificam a natureza do dano e a forma de sua reparação a partir da origem da conduta danosa. Na tradição romano-germânica, a responsabilidade civil bifurcou-se em extracontratual ou contratual.

A violação à lei passou a ser reprimida pela responsabilidade civil extracontratual, ao passo que o dano atrelado à inexecução de um contrato tornou-se objeto da responsabilidade civil contratual⁵. Tão enfática é a posição do dano para a responsabilidade civil - qualquer seja a variação - que no Direito espanhol a disciplina recebe o nome de *Derecho dos Daños*⁶.

A expressão dano remete à ideia de perda; de desvalorização ou destruição de um bem (corpóreo ou incorpóreo) ou interesse, gerando prejuízo a alguém. Pode também referir-se à consequência jurídica dessa lesão⁷, a saber, “o restabelecimento do equilíbrio econômico-jurídico desfeito por ocasião do fato danoso”⁸.

³ NANNI, Giovanni Ettore. Arts. 233 a 420. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Comentários ao Código Civil**: direito privado contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 299; TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil**: volume 4: responsabilidade civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 29.

⁴ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 25.

⁵ DE CUPIS, Adriano. **Il danno**: teoria generale della responsabilità civile. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1966, v. 1, p. 61-62; NANNI, Giovanni Ettore. Arts. 233 a 420. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Comentários ao Código Civil**: direito privado contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 337. *Vide* também: NEVOLA, Riccardo. La responsabilità contrattuale, extracontrattuale e precontrattuale: elementi comuni e differenziali. Analisi sistematica dei fatti costitutivi e dei critérios di imputazione. In: FAVA, Pasquale. *et al.* **La responsabilità civile**. Milão: Giuffrè, 2009, p. 366-373.

⁶ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil**: volume 4: responsabilidade civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 29.

⁷ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil**: volume 4: responsabilidade civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 30.

⁸ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil**: a reparação e a pena civil. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 68.

Os danos passíveis de ressarcimento são aqueles infligidos a sujeito ou coisa por meio de ato considerado ilícito pelo sistema legal no qual foi praticado. Segundo Pontes de Miranda⁹, a afronta de um dever entabulado em contrato caracteriza fato ilícito relativo, porque a obrigação inadimplida diz respeito apenas aos envolvidos na relação negocial.

No Direito continental, o contrato se sujeita às limitações impostas pelas cláusulas gerais, cuja violação também caracteriza inadimplemento contratual e autoriza o ressarcimento dos danos causados ao credor. A interferência do julgador na atividade econômica é admitida em casos específicos de desequilíbrio contratual.

No *Common Law*, a insuficiência das regras existentes para reparação do ato ilícito civil – *Tort* – culminou no surgimento de disciplina autônoma dentro do Direito Privado destinada a dispor sobre obrigações contratuais (e o seu inadimplemento): o Direito dos Contratos (*Contract Law*).

Ao contrapor tais nuances aos elementos do sistema anglo-americano, esse último dá mais margem à autonomia privada, sem admitir, em regra, grande ingerência estatal nas relações entre particulares. A passagem do liberalismo para o *welfare state* não se operou com a mesma intensidade nos países de tradição anglo-americana.

O Direito inglês “se manteve fiel [...] a uma perspectiva marcadamente liberal dos contratos”¹⁰. Bem assim o Direito norte-americano.

A materialização do dano comporta três tipos de tutela: “(a) restitutória [...] [visando à] repristinação ao *status quo ante*; (b) ressarcitória – [que] objetiva compensar o lesado pelo prejuízo econômico sofrido [...] [e] (c) satisfativa [...] [para] satisfação in natura de uma posição subjetiva que restou inatuada, ou defeituosamente atuada”¹¹.

⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, tomo XXVI. p. 19-22.

¹⁰ VICENTE, Dário Moura. A autonomia privada e os seus diferentes significados à luz do Direito Comparado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 8, p. 275-302, jul./set. 2016, n.p. (

¹¹ ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 69.

A tutela ressarcitória almeja “neutralizar as consequências do ilícito”¹², com a compensação do lesado. O responsável por causar o dano poderá ser compelido a reparar o prejuízo de causou com o inadimplemento contratual, em pecúnia ou *in natura*.

2.1 Princípio da reparação integral

No final do século XIX, o BGB consagrou o princípio da reparação integral¹³. Na França e na Itália vigora o mesmo princípio, em que pese a divergência por parte de alguns autores¹⁴.

Esse mesmo parâmetro foi incorporado ao Direito brasileiro por meio do *caput* do art. 944 do CC¹⁵. O dispositivo, em interpretação sistemática com o art. 946¹⁶ do CC, remete ao contrato firmado entre as partes ou, subsidiariamente, à legislação processual para quantificação da indenização¹⁷.

No Direito inglês há referência à reparação integral, originalmente no julgamento do caso *Livingstone v. Rawyards Coal Co.* No sistema norte-americano, a jurisprudência e as legislações de vários estados (*statutes*) também a recepcionam¹⁸.

O princípio tem fundamento na “noção de justiça corretiva desenvolvida por Aristóteles”¹⁹. Sua função é:

[...] colocar o lesado, na medida do possível, em uma situação equivalente à que se encontrava antes de ocorrer o fato danoso [...] como a responsabilidade civil tem como função prioritária a reparação mais completa do dano, dentro do possível, essa norma constitui a

¹² ROSENVALD, Nelson. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 69.

¹³ § 249 do BGB.

¹⁴ BARROS, Vera Cecília Monteiro de. **Previsibilidade do dano contratual no direito do comércio internacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 33-34.

¹⁵ Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

¹⁶ Art. 946. Se a obrigação for indeterminada, e não houver na lei ou no contrato disposição fixando a indenização devida pelo inadimplente, apurar-se-á o valor das perdas e danos na forma que a lei processual determinar.

¹⁷ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. 5, tomo 2. p. 117-118.

¹⁸ FICHTNER, Regis. Notas sobre os lucros cessantes no direito brasileiro e estrangeiro. **Revista brasileira de advocacia**, São Paulo, v. 1, p. 35-56, abr./jun. 2016, p. 40-41.

¹⁹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 51.

diretiva fundamental para avaliação dos prejuízos e quantificação da indenização.

O princípio pode ser invocado tanto na reparação natural como na indenização pecuniária. Na reparação natural, não há maiores dificuldades na sua concretização, bastando que seja restaurada a situação que existiria caso o ato ilícito não houvesse ocorrido pela recomposição do mesmo bem no patrimônio do lesado ou por sua substituição por uma coisa similar. Note-se que, mesmo na reparação natural, a simples devolução ou substituição da coisa pode não ser suficiente para o ressarcimento pleno dos danos causados ao prejudicado. Exemplo dessa situação tem-se no art. 952 do CC/2002, que, ao tratar dos danos causados pela usurpação ou esbulho de uma coisa, prevê, além da sua restituição, a reparação das deteriorações e dos lucros cessantes, correspondendo essa regra a uma concretização do princípio da reparação integral.

Apresenta-se o princípio da reparação integral do dano em sua dimensão mais ampla, evidenciando toda a sua utilidade prática, quando se considera a indenização pecuniária. Os danos causados à vítima devem ser avaliados de tal modo a compensar integralmente todos os prejuízos por ela sofridos. Estabelece-se, assim, que, na quantificação da indenização, o juiz deve considerar a extensão efetiva dos prejuízos decorrentes do evento danoso.²⁰

Quando a reparação do prejuízo ocorre *in natura*, a satisfação da obrigação costuma corresponder à medida da indenização. Sendo insuficiente, cabe a complementação com perdas e danos.

Nos casos em que a indenização se dá pelo pagamento de quantia em dinheiro, deverá ser quantificada de forma a corresponder à extensão dos prejuízos suportados pelo credor, com suporte no princípio da reparação integral²¹.

Por pautar-se na recomposição do dano de acordo com sua exata extensão, a indenização com base no princípio da reparação integral abrange, em geral, a diminuição do patrimônio da vítima (danos emergentes), bem assim os ganhos que deixou de aferir em virtude do dano (lucros cessantes).

²⁰ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 48-49.

²¹ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010, 48.

O dano emergente é resultado da diminuição do patrimônio da vítima, tanto pela diminuição do ativo ou aumento do passivo²². Há discussão se compatível apenas com o dano presente, já materializado, ou também o futuro. No CC brasileiro, apenas os "prejuízos efetivos", isto é, atuais, foram contemplados no art. 403²³.

Danos emergentes são de mais simples aferição, geralmente calculados pela teoria da diferença (*Differenztheorie*)²⁴. “[C]ompara-se o patrimônio da vítima antes da lesão e depois da lesão, apurando-se a diminuição”²⁵.

Lucros cessantes, por sua vez, encontram menção expressa no § 252 do BGB²⁶, bem como no art. 402 do CC brasileiro, que faz referência ao que o credor “*razoavelmente deixou de lucrar*”. Sua apuração “está mais sujeita a incertezas²⁷, porque o lucro frustrado não comporta prova objetiva. É valor razoável, estimado com base na probabilidade suficiente de que algum proveito se materializaria ausente o inadimplemento²⁸”.

O BGB é mais detalhista que o CC brasileiro ao estabelecer parâmetros para aferição dos lucros cessantes. Ao passo que o art. 402 adota o critério da razoabilidade,

²² TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil**: volume 4: responsabilidade civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 31.

²³ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Fundamentos do direito civil**: volume 2: obrigações. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 364.

²⁴ TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Fundamentos do direito civil**: volume 2: obrigações. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 364.

²⁵ SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 158.

²⁶ “§ 252 Der zu ersetzende Schaden umfasst auch den entgangenen Gewinn. Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.”

“§ 252 O dano ressarcível compreende também os lucros cessantes, assim entendidos os lucros que provavelmente poderiam ser esperados com o curso normal dos acontecimentos ou em circunstâncias especiais, particularmente devido às medidas e precauções tomadas.” (Tradução nossa)

As traduções do BGB foram feitas com base no original em alemão, levando em consideração também a forma como o texto foi traduzido para o inglês, conforme disponibilizado no portal https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html, que é integrante do portal do “Bundesministeriums Der Justiz Und Für Verbraucherschutz”, o Ministério da Justiça e de Proteção do Consumidor. Privilegiou-se manter correspondência entre os institutos jurídicos mencionados em detrimento da tradução literal, quando necessário.

²⁷ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil**: volume 4: responsabilidade civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 32.

²⁸ SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 158.

o § 252 do BGB pressupõe a probabilidade, com base no curso normal dos acontecimentos ou em circunstâncias especiais, que possam interferir no valor a ser estimado.

Na França, são, em geral, indenizáveis os lucros cessantes considerados previsíveis no momento da celebração do contrato, a rigor dos artigos 1231-2²⁹ e 1231-3³⁰. No Direito norte-americano, adota-se o critério da “razoável certeza” (“*reasonable certainty*”) para restituição dos lucros cessantes³¹.

O dano emergente é por vezes referenciado como dano positivo, em especial pela doutrina alemã, ao passo que o lucro cessante seria dano negativo. Tal nomenclatura não deve ser confundida com os conceitos de interesse positivo e negativo – que se relacionam com a medida da indenização³².

Com efeito, “[o] interesse negativo não se confunde com os lucros cessantes. A indenização pelo interesse negativo abrange tanto os danos emergentes quanto os lucros cessantes”³³.

O *Common Law* admite, ainda, danos consequenciais (*consequential damages*), também chamados danos especiais (*special damages*), que foram estabelecidos com o precedente inglês *Hadley v. Baxendale*³⁴, julgado em fevereiro de 1854.

²⁹ “Article 1231-2. Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après.”

Article 1231-2. “Os danos devidos ao credor abrangem, em regra, o prejuízo que sofreu e o ganho de que foi privado, ressalvadas as exceções e modificações abaixo.” (Tradução nossa)

³⁰ “Article 1231-2. Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive.”

“Article 1231-2. “O devedor responde apenas pelos danos que tenham sido previstos ou que poderiam ter sido previstos no momento da celebração do contrato, salvo quando o incumprimento resultar de dolo ou culpa grave”. (Tradução nossa)

³¹ FICHTNER, Regis. Regis. Notas sobre os lucros cessantes no direito brasileiro e estrangeiro. **Revista brasileira de advocacia**, v. 1, São Paulo, p. 35–56, abr./jun. 2016, p. 35–56.

³² SCHREIBER, Anderson. **Manual de direito civil contemporâneo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 159; TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Fundamentos do direito civil**: volume 2: obrigações. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023, p. 366.

³³ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil**: volume 4: responsabilidade civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 38.

³⁴ Disponível em: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Exch/1854/J70.html>. Acesso em: 10 maio 2022.

Embora sem referência ao termo *consequential* (ou *special*) *damages*, o julgamento identificou duas espécies de dano passíveis de indenização no inadimplemento contratual.

A primeira espécie abrangeria aqueles danos tradicionalmente aceitos como indenizáveis, decorrentes direta e imediatamente da conduta lesiva da parte inadimplente. São danos previsíveis diante da natureza e finalidade do contrato, que quaisquer das partes poderia antever como risco inerente ao negócio pactuado.

A segunda, que ficou conhecida como danos especiais ou consequenciais, compreenderia danos classificados como *secundariamente* derivados do inadimplemento, e que só existem em razão de circunstâncias especiais da parte lesada (particularmente das atividades comerciais que exerce).

Normalmente, equivalem ao lucro que seria obtido em transações que teriam sido executadas com terceiros, mas que não foram em razão do inadimplemento contratual³⁵. Em *Hadley v. Baxendale*, estabeleceu-se que os danos decorrentes dessas circunstâncias especiais apenas comportariam indenização quando a possibilidade de sua materialização fosse de conhecimento prévio da parte inadimplente desde o momento da contratação. Requisito similar foi contemplado no § 351(2)(b) RSC³⁶.

As cortes norte-americanas, não obstante, tendem a relativizar o requisito do conhecimento prévio com base na previsibilidade daquele dano como resultado do inadimplemento³⁷.

Há, no Direito norte-americano, possibilidade de fixação de danos punitivos (*punitive damages*) quando o dano contratual também decorrer de *Tort*³⁸. Nem todo

³⁵ DIAMOND, Thomas A.; FOSS, Howard. Consequential damages for commercial loss: an alternative to *Hadley v. Baxendale*. **Fordham Law Review**, Nova York, v. 63, n. 3, p. 665-714, 1994, p. 669.

³⁶ "(2) Loss may be foreseeable as a probable result of a breach because it follows from the breach [...] (b) as a result of special circumstances, beyond the ordinary course of events, that the party in breach had reason to know."

"(2) O prejuízo pode ser considerado previsível e for o resultado provável de um inadimplemento, porque decorre dele [...] (b) em virtude de circunstâncias especiais, alheias ao curso normal dos eventos, mas que a parte inadimplente tinha motivos para conhecer". (Tradução nossa)

³⁷ DIAMOND, Thomas A.; FOSS, Howard. Consequential damages for commercial loss: an alternative to *Hadley v. Baxendale*. **Fordham Law Review**, Nova York, v. 63, n. 3, p. 665-714, 1994, p. 669.

³⁸ De acordo com o RSC "§ 355. *Punitive Damages*. *Punitive damages are not recoverable for a breach of contract unless the conduct constituting the breach is also a tort for which punitive damages are recoverable.*"

ordenamento *Common Law* admite a fixação de danos punitivos em caso de inadimplemento contratual. Não é remédio usual, por exemplo, na Inglaterra. São típicos dos EUA e, mais recentemente, foram albergados pelo Canadá³⁹.

Os *gain-based damages*, *disgorgement* e *restitutionary damages*, por sua vez, também oriundos do *Common Law*, permitem que o credor reverta em seu favor os ganhos indevidamente obtidos pela parte inadimplente com a violação do contrato, independentemente do prejuízo sofrido⁴⁰.

A indenização, nesses casos (danos consequenciais, punitivos, *gain-based*, *disgorgement* e *restitutionary damages*) pode superar a exata medida do dano, elemento típico da reparação integral.

2.2 Opção do credor ou regra da monetização da reparação do dano

Nos ordenamentos jurídicos de tradição *Civil Law*, é comum, entre outras, ser dada ao credor a opção pela reposição específica ou pela indenização correspondente em dinheiro, ambos acrescidos de perdas e danos.

Apesar de ser hoje amplamente admitida, por muito tempo não houve espaço para reposição específica como forma de reparação do dano no Direito romano-germânico, mesmo que fosse possível e desejada pelo credor⁴¹. O ressarcimento deveria ser sempre em dinheiro.

Segundo Sanseverino (1010, p. 47), “[a] opção [...] pela reparação natural ou pela indenização pecuniária é um direito do credor [...] mas sem natureza absoluta, devendo

Em tradução livre: “§ 355. Danos Punitivos. Danos punitivos não são uma forma de indenização por inadimplemento contratual, salvo se a conduta que ocasionou o inadimplemento também é negligente ou maliciosa, hipótese em que danos punitivos podem ser concedidos.”

³⁹ CASTAGNO, Niccolò Pietro. International Commercial Arbitration and Punitive Damages. **Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones**, Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación (CIAMEN). San Pablo, v. 4, n. 3, p. 729-751, 2011, p. 729.

⁴⁰ ROSENVALD, Nelson; KUPERMAN, Bernard Korman. Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o disgorgement? **Revista Fórum de Direito Civil**, Belo Horizonte, ano 6, n. 14, p. 11-31, jan./abr. 2017, p. 17.

⁴¹ BARROS, Vera Cecília Monteiro de. **Previsibilidade do dano contratual no direito do comércio internacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2019. p. 40-41.

ser ponderada em face de outros princípios”⁴², como a boa-fé objetiva e a própria reparação integral do dano.

De outro lado, a monetização da reparação do dano é até hoje a regra no direito anglo-americano⁴³. O Direito dos Contratos no *Common Law* se apoiou na ideia de que uma obrigação contratual não é necessariamente uma obrigação de performance, mas uma alternativa entre “performance e indenização compensatória por perdas e danos”⁴⁴. É dizer, o devedor pode optar por cumprir a prestação ou indenizar, pecuniariamente, o credor.

Sem embargo, “o amplo domínio do sistema de indenização pecuniária sobre o regime da reparação *in natura* não impede a coexistência dos dois modelos dentro de um mesmo ordenamento jurídico”⁴⁵.

2.3 Espaço dado à autonomia privada

O conceito de autonomia decorre da liberdade, difundida pelo direito sistematizado no século XIX. Quando essa é plena, sujeita às vontades dos indivíduos sem intervenção significativa do Estado, fala-se em autonomia da vontade, tal como consagrada no liberalismo⁴⁶.

⁴² SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 47.

⁴³ Em meados do século XII, contudo, a execução específica costumava ser empregada com certa frequência também no *Common Law*, cf. POTTER, Harold. **Historical Introduction to English Law**, 3. ed. Londres: Sweet & Maxwell, Ltd. 1959. p. 617.

⁴⁴ Tradução nossa de: “[*The modern law of contract damages is based on the premise that a contractual obligation is not necessarily an obligation to perform, but rather an obligation to choose between performance and compensatory damages*”. GOETZ Charles; SCOTT Robert E. Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach. **Columbia Law Review**, v. 77, p. 555-594, 1977, p. 558.

⁴⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 43.

⁴⁶ SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. Autonomia privada e direitos fundamentais: uma incursão nas limitações à liberdade individual. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 97, p. 177-213, jan./fev. 2019, n.p.; STUART, Luiza Checchia. Liberdade contratual e o princípio da boa-fé. **Revista de Direito Empresarial**, São Paulo, v. 1. n. 0, p. 45-60, nov./dez. 2013, n.p.

“O princípio da autonomia da vontade foi [...] uma aspiração política transplantada para o terreno jurídico”⁴⁷. É conceito hoje superado, substituído pela autonomia privada⁴⁸ – mais adequado aos contornos do dirigismo contratual.

Já a autonomia privada representa o poder conferido pelo Estado para que os indivíduos estabeleçam as regras dos seus negócios jurídicos⁴⁹. Apesar de alguns autores tratarem autonomia da vontade e autonomia privada como figuras equivalentes, elas não o são. Diferem quanto ao momento histórico em que surgiram e também em escopo⁵⁰.

Os indivíduos podem regular suas relações tanto quanto permitido pelo Estado no âmbito da autonomia privada, ou em caráter virtualmente absoluto na autonomia da vontade. Mesmo assim, alguns autores, em especial fora do Direito Civil propriamente dito, continuam a adotar a nomenclatura da autonomia da vontade.

É permitido que as partes, nesse contexto, estipulem fórmulas e remédios para recomposição dos prejuízos decorrentes do inadimplemento, particularmente cláusulas indicando quantia a ser paga em caso de descumprimento de uma ou mais obrigações, de limitação ou exclusão de responsabilidade⁵¹, ou cláusulas de remédio único (*sole remedy*)⁵².

⁴⁷ SALLES, Nancy de Paula. Caráter normativo do negócio jurídico. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**, São Paulo, v. 1, p. 1315-1346, jun. 2011, n.p.

⁴⁸ NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 111-113.

⁴⁹ SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. Autonomia privada e direitos fundamentais: uma incursão nas limitações à liberdade individual. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 97, p. 177-213, jan./fev. 2019, n.p.

⁵⁰ SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. Autonomia privada e direitos fundamentais: uma incursão nas limitações à liberdade individual. **Revista de Direito Privado**, v. 97, São Paulo, p. 177-213, jan./fev. 2019, n.p.

⁵¹ De acordo com António Pinto Monteiro (**Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 106), não há óbice para que as partes optem por restringir o escopo da responsabilidade civil contratual. Alguns ordenamentos regulam expressamente o tema, como o CC português, no art. 800, 2, e o CC italiano, no art. 1229. Outros, como o caso da França, são silentes. Nesse cenário, a doutrina divide-se em quem defende sua admissibilidade com fulcro na autonomia privada e aqueles que entendem ser necessária uma análise criteriosa do cabimento desse tipo de pacto caso a caso. Sobre o tema: FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 285.

⁵² Sobre o tema: “As cláusulas de solução única ou de remédio único, numa tradução literal de “*sole remedy*”, visam, de um modo geral, demarcar os meios de reação das partes a uma perturbação contratual. Essa demarcação pode ser feita de dois modos: positiva ou negativamente. Positivamente, indicando qual o meio de reação associado às perturbações da prestação, sendo, neste caso, frequente a previsão de uma tutela indenizatória, havendo danos, com ou sem cláusula penal. Negativamente, por meio da exclusão de meios de reação previstos no Código Civil, sendo frequentes a anulação por erro, a execução específica e a resolução do contrato.” PIRES, Catarina Monteiro. **Cláusulas de acordo integral e cláusulas de solução**

Essas disposições atuam, inclusive, como forma de alocação de riscos e de estabelecer o equilíbrio econômico-financeiro da operação. Podem assumir diversos formatos, sendo usuais as cláusulas penais, nos ordenamentos romano-germânicos, ou de *liquidated damages*, no *Common Law*.

Por meio de regras específicas ou cláusulas gerais (função social do contrato, boa-fé, ordem pública e bons costumes), impõem-se limites à autonomia privada. No Direito continental, podem ensejar a invalidade do convencionado entre as partes ou sua revisão em juízo.

Já no *Common Law*, a inadmissibilidade desse tipo de pacto implica a invalidade da cláusula, e às partes restará a possibilidade de liquidação dos prejuízos perante o Poder Judiciário, com base na extensão do efetivo prejuízo, como se nada tivesse sido contratado a respeito.

única ou de “remédio” único. *In: II encontros de direito civil: a tutela dos credores*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, p. 74. *Vide também: CORDERO-MOSS, Giuditta. Conclusion: the self-sufficient contract, uniformly interpreted on the basis of its own terms: an illusion, but not fully useless. In: CORDERO-MOSS, Giuditta (Ed.). Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 359-360; BARBOSA, Mafalda Miranda. Ainda o problema da fixação contratual dos direitos do credor: as cláusulas *sole remedy, basket amount e no consequential loss*. *Revista da Ordem dos Advogados*. Lisboa: a. 80, v. 1-2, p. 119-151, jan./jun. 2020.

3 O TRATAMENTO DADO AO DANO CONTRATUAL NA ARBITRAGEM INTERNACIONAL

A reparação pecuniária é a forma mais frequentemente adotada para remediar o inadimplemento contratual na arbitragem internacional⁵³. Nesse modelo, a indenização geralmente garantirá ao credor a satisfação do seu interesse positivo⁵⁴, sendo medida pela extensão do dano.

Os árbitros, contudo, podem conceder outras formas de reparação do dano contratual, como a execução específica, penalidades contratuais (i.e. cláusulas penais ou *liquidated damages*) e danos punitivos⁵⁵.

A doutrina, de modo prevalente, defende que os árbitros possuem discricionariedade para adotar quaisquer remédios que estariam disponíveis perante as cortes estatais⁵⁶, conforme a lei aplicável, mas não de forma exaustiva⁵⁷. O tribunal arbitral não estaria, de acordo com esse entendimento, adstrito às soluções admitidas no Poder Judiciário⁵⁸.

⁵³ SCHNEIDER, Michael. Non-monetary relief in international arbitration: principles and arbitration practice. In: KNOLL, Joachim; SCHNEIDER, Michael; (eds). **Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration**. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 3; EL-HOSSENY, Farouk; HOLLAND, Romilly; MOHTASHAMI, Reza. Non-Compensatory Damages in Civil and Common Law Jurisdictions: Requirements and Underlying Principles. In: TRENOR, John A. (ed.). **The guide to damages in international arbitration**, 2. ed. Londres: Law Business Research Ltd., 2017, p. 82; HOELLERING, Michael F. Remedies in arbitration. **The Forum** (American Bar Association. Section of Insurance, Negligence and Compensation Law). v. 20, n. 3, p. 516-530, spring 1985, p. 516.

⁵⁴ WAINCYMER, Jeffrey Maurice. **Procedure and evidence in international arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2012, p. 1129.

⁵⁵ SCHNEIDER, Michael. Non-monetary relief in international arbitration: principles and arbitration practice. In: KNOLL, Joachim; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration**. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 12; BLACKABY, Nigel; HUNTER, Martin; PARTASIDES, Constatine; REDFERN, Alan. **Redfern and Hunter on international arbitration**, 7. ed. Nova York: Oxford University Press, 2023, § 9.41.

⁵⁶ WAINCYMER, Jeffrey Maurice. **Procedure and evidence in international arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2012, p. 1102-110.3; KRÖLL, Stefan; LEW, Julian; MISTELIS, Loukas. **Comparative international commercial arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2003, p. 649.

⁵⁷ SCHNEIDER, Michael. Non-monetary relief in international arbitration: principles and arbitration practice. In: KNOLL, Joachim; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration**. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 13; REDFERN, Alan; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constatine (eds.). **Redfern and Hunter on international arbitration**, 7. ed. Nova York: Oxford University Press, 2023, §§ 9.45-9.50

⁵⁸ BORN, Gary B., **International commercial arbitration**. The Hague: Kluwer Law international, 2009, p. 2479; HOELLERING, Michael F. Remedies in arbitration. **The Forum** (American Bar Association. Section of Insurance, Negligence and Compensation Law). v. 20, n. 3, p. 516-530, spring 1985, p. 516.

Como de costume, quando o assunto é a definição da lei aplicável, paira a indefinição sobre quais normas devem balizar a reparação dos danos na arbitragem: se aquelas de Direito substantivo/material, que se empregam ao mérito da disputa, ou procedimentais/processuais⁵⁹.

No Direito continental, a lei material dispõe sobre o inadimplemento do contrato e suas consequências, incluindo, pois, a reparação dos prejuízos causados à parte adimplente – em sua extensão e forma. Mas o tema também aparece na lei processual, que operacionaliza as formas de reparação dos danos do regramento substantivo⁶⁰.

Verifica-se, corriqueiramente, sobreposição entre o direito material e processual no tratamento da reparação dos prejuízos pelo descumprimento contratual, não de forma incompatível, mas complementar.

Por isso, embora autores defendam que, nos sistemas romano-germânicos, os remédios são considerados tema de direito substantivo e, portanto, regidos pela mesma lei aplicável ao mérito da disputa⁶¹, a lei processual – no caso da arbitragem internacional, a *lex arbitri* – não deve ser totalmente desconsiderada.

Já no *Common Law*, as formas de reparação do inadimplemento contratual costumam ser tratadas pelo direito processual⁶². Na arbitragem internacional, esse entendimento ensejaria a aplicação da lei da sede.

⁵⁹ COLLINS, Lawrence (ed.). **Morris & Collins on the conflict of laws**. 14. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2006, p. 192; EL-HOSSENY, Farouk; HOLLAND, Romilly; MOHTASHAMI, Reza. Non-Compensatory Damages in Civil and Common Law Jurisdictions: Requirements and Underlying Principles. In: TRENOR, John A. (ed.). **The guide to damages in international arbitration**, 2. ed. Londres: Law Business Research Ltd., 2017. p. 92.

⁶⁰ SCHNEIDER, Michael. Non-monetary relief in international arbitration: principles and arbitration practice. In: KNOLL, Joachim; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration**. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 42-43; ASHFORD, Peter. **Handbook on International Commercial Arbitration**. 2. ed. Londres: JurisNet, 2014. p. 357.

⁶¹ SCHNEIDER, Michael. Non-monetary relief in international arbitration: principles and arbitration practice. In: KNOLL, Joachim; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration**. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 43; ASHFORD, Peter. **Handbook on International Commercial Arbitration**. 2. ed. Londres: JurisNet, 2014. p. 357.

⁶² SCHNEIDER, Michael. Non-monetary relief in international arbitration: principles and arbitration practice. In: KNOLL, Joachim; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration**. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 42-43; ASHFORD, Peter. **Handbook on International Commercial Arbitration**. 2. ed. Londres: JurisNet, 2014. p. 357.

Há, entretanto, outros fatores que devem ser ponderados pelos árbitros antes de definir qual será o remédio e seu fundamento legal para reparação do prejuízo perseguida na arbitragem.

A sede da arbitragem pode ter sido escolhida justamente por não guardar vínculo com nenhuma das partes ou com o contrato, proporcionando um foro neutro. Nesse caso, o emprego da lei da sede para essa finalidade pode não corresponder às expectativas das partes⁶³, tampouco possuir conexão com a relação base de direito material⁶⁴.

Além disso, a aplicação da lei da sede – bem assim da lei material, conforme o caso – pode culminar em sentença não exequível em uma ou mais jurisdições⁶⁵. Evidentemente que não se pode imputar ao árbitro o dever de saber todas as regras dos países em que a execução pode ser necessária.

Não se está a sugerir que cabe ao árbitro conhecê-las e/ou sopesá-las na sentença arbitral, mas a existência de vedação à aplicação de determinado remédio, que tenha sido suscitada por uma das partes, por exemplo, pode ser elemento de suporte à identificação do remédio mais adequado.

Com base no material disponível⁶⁶, é possível identificar que, na arbitragem internacional, alguns remédios despontam mais do que outros⁶⁷. Entre eles, encontram-se, além da reparação clássica, em dinheiro, ordenada pelo tribunal arbitral com base na dimensão do prejuízo, a aplicação de cláusulas penais ou de *liquidated damages*, assim como a reparação específica.

⁶³ ASHFORD, Peter. **Handbook on International Commercial Arbitration**. 2. ed. Londres: JurisNet, 2014. p. 357.

⁶⁴ MENDES, Rodrigo Octávio Bróglia. **Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 115.

⁶⁵ ASHFORD, Peter. **Handbook on International Commercial Arbitration**. 2. ed. Londres: JurisNet, 2014. p. 357.

⁶⁶ Uma das principais características da via arbitral é a confidencialidade. Com isso, nem sempre o inteiro teor das decisões proferidas pelos árbitros é de fácil acesso. A publicação de sentenças arbitrais é tema controvertido.

⁶⁷ “*In international arbitration, theories of damages are called “heads of damages.” (2) The five primary heads of damages are: (1) Compensation/Reparation, (2) Punitive/Exemplary Damages, (3) Liquidated Damages, (4) Restitution, and (5) Unjust Enrichment.*” SENN, Mara; HEWETT, Dawn Yamane (et al.). Chapter 18: Damages in International Arbitration: Understanding the Theories and Methods of Damages Valuation and Compensation. In: CHENG, Tai-Heng; SHORE, Laurence. (eds.). **International Arbitration in the United States**. The Hague: Kluwer Law International, 2017. p. 413.

Antonias C. Dimolitsa, em levantamento realizado no ano de 2008, identificou pelo menos trinta sentenças arbitrais publicadas e/ou reportadas em que foi debatida a aplicação de cláusula penal e/ou de *liquidated damages*⁶⁸.

No ano de 2011, a série especial do ASA⁶⁹ dedicou seu volume de n. 30 ao estudo dos remédios não pecuniários na arbitragem internacional. A publicação contemplou, além de artigos, relatórios elaborados por instituições arbitrais com informações sobre a quantidade de procedimentos sob sua administração em que foram formulados pedidos não-pecuniários, a natureza desses pedidos e a decisão proferida pelo tribunal arbitral a seu respeito.

Os relatórios apresentados pela CAM, CCIG, DIS, VIAC, ICC, ICDR/AAA, KLAC e LCIA, incluídos no volume n. 30 da série especial do ASA, confirmam que, na maioria dos procedimentos arbitrais, os pedidos formulados foram para reparação pecuniária de prejuízos decorrentes de inadimplemento contratual.

Não foi feita distinção se, nesses casos, almejava-se a quantificação do prejuízo efetivamente suportado em dinheiro, conforme apurado na arbitragem, ou a aplicação de cláusula contratual indenizatória, de pré-fixação de perdas e danos ou *liquidated damages*.

À luz dos casos angariados por Dimolitsa⁷⁰, não é exagero presumir que, nesse universo de casos, tendo havido estipulação contratual de pagamento de quantia em dinheiro pelo inadimplemento, os tribunais arbitrais tenham prosseguido com sua aplicação.

Retornando ao tema dos pleitos não-pecuniários, em parcela dominante de procedimentos se pretendia a obtenção de declarações pelo tribunal arbitral, combinadas com as pretensões indenizatórias. Após, aparecem os pedidos para reparação específica.

⁶⁸ DIMOLITSA, Antonias. Contractual Remedies: Clauses Pénales and Liquidated Damages Clauses. *In*: DE LY, Filip J.M.; LÉVY, Laurent (eds.). **Interest, Auxiliary and Alternative Remedies in International Arbitration**. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, 2008, v. 5. p. 13-51.

⁶⁹ KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds.). **Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration**. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011.

⁷⁰ DIMOLITSA, Antonias. Contractual Remedies: Clauses Pénales and Liquidated Damages Clauses. *In*: DE LY, Filip J.M.; LÉVY, Laurent (eds.). **Interest, Auxiliary and Alternative Remedies in International Arbitration**. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, 2008, v. 5. p. 13-51.

A publicação questionou essas instituições se administraram alguma disputa em que tenha sido formulado pedido para execução de determinadas obrigações ao invés de pagamento de quantia dinheiro⁷¹.

Caso a resposta fosse positiva, inquiriu acerca do resultado do julgamento pelo tribunal arbitral e se tiveram conhecimento de algum problema atrelado ao reconhecimento e execução dessas sentenças arbitrais junto ao Poder Judiciário.

A CAM⁷² relatou que, no período 2004 de 2007, foram proferidas cento e noventa e oito sentenças arbitrais em procedimentos administrados pela instituição. Não foi informado quantos desses casos envolviam pedidos para reparação específica, mas dos dezesseis exemplos relatados pela CAM de casos contendo pedidos não-pecuniários, seis eram puramente declaratórios, e outros dez envolviam a reparação específica de obrigações contratuais, principalmente atreladas à abstenção de uso de marca, prestar informações societárias, contratos de construção e entrega de documentos.

A CAM afirmou que não acompanha os desdobramentos dos procedimentos que administra perante o Poder Judiciário após o encerramento dos casos. Apesar disso, informou que chegou ao seu conhecimento que, em uma das disputas, na qual a reparação específica, para emissão de declaração de término da obra e execução de serviços de pintura previstos em contrato, foi determinada pelo tribunal arbitral, sendo que a sentença foi submetida à homologação perante as cortes competentes.

O Poder Judiciário homologou a sentença arbitral, que foi cumprida pelas partes. Não foi indicado se voluntariamente ou com auxílio coercitivo de procedimento de execução.

A CCIG⁷³ indicou que, no período de 2007 a 2010, foram proferidas cento e sessenta e seis sentenças arbitrais nos procedimentos sob sua administração. Não informou quantos desses procedimentos envolviam pedidos de reposição específica, mas

⁷¹ KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy**: non-monetary relief in international arbitration. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 125.

⁷² AZZALI, Stefano. Chamber of Arbitration of Milan. *In*: KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy**: non-monetary relief in international arbitration. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 127-130.

⁷³ BIESEL, Geneva Chamber of Commerce (CCIG) - Swiss Rules. *In*: KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy**: non-monetary relief in international arbitration. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 131-132.

relatou três exemplos de casos com pedidos não-pecuniários e não declaratórios (consubstanciados na transferência de participação societária e entrega de documentos).

O DIS⁷⁴, no ano de 2007, recebeu cento e oitenta e sete requerimentos de instauração de arbitragem, dos quais oitenta e dois buscavam o pagamento de quantia em dinheiro. Dos cento e cinco casos restantes, setenta e seis contemplavam pedidos declaratórios; treze de reposição específica; doze continham pedidos preparatórios de exibição de documentos e quatro para ordens de *cease and desist*.

O VIAC⁷⁵ informou que, entre os anos de 2001 e 2006, trezentos e vinte e nove sentenças arbitrais foram proferidas nas disputas administradas pelo centro, sendo que em quarenta desses casos foram formulados pedidos de cunho não-pecuniários.

Não foram prestadas informações sobre quais desses procedimentos envolviam pedidos de reparação *in natura*, mas daqueles relatados exemplificativamente pelo VIAC (vinte e oito procedimentos), vinte eram sobre pleitos para reparação *in natura*, dos quais cinco foram rejeitados, cinco foram resolvidos por acordo entre as partes e os demais acolhidos pelo tribunal arbitral.

Os pedidos eram relativos a entrega e/ou devolução de mercadorias, reparo de equipamentos, entrega de documentos e transferências de participação societária. Os oito casos remanescentes relatados envolviam pretensões declaratórias.

A ICC⁷⁶ selecionou e reportou catorze sentenças arbitrais, proferidas do ano 2000 ao ano de 2006, envolvendo a reposição específica. Metade desses procedimentos era regido por legislação *Common Law*. A outra metade, *Civil Law*

Despontaram pedidos para: (i) transferência de participação societária (acolhidos em dois casos *Common Law* e um *Civil Law*); (ii) entrega de documentos ou certificados

⁷⁴ BREDOW, Jens. German Institute of Arbitration (DIS). *In*: KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy**: non-monetary relief in international arbitration. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 133-134.

⁷⁵ HEIDER, Manfred. International Arbitral Centre of the Austrian Federal Economic Chamber (Vienna International Arbitral Centre). *In*: KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy**: non-monetary relief in international arbitration. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 135-140.

⁷⁶ MAZZA, Francesca. International Chamber of Commerce (ICC). *In*: KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy**: non-monetary relief in international arbitration. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 141-150.

(acolhidos em um caso *Civil Law* e um *Common Law*); (iii) uso ou abstenção de uso de marca (julgados procedentes em dois casos aplicando *Common Law* e um *Civil Law*); e (iv) devolução ou destruição de documentos ou materiais (deferidos em dois casos *Common Law* e um *Civil Law*).

A ICDR-AAA⁷⁷, em seu turno, noticiou terem sido ajuizados quarenta e um casos, no ano de 2007, com pedidos não pecuniários. Essa câmara também não prestou informação exata sobre quais desses casos envolviam reposição específica, mas, dos seis procedimentos detalhados pela instituição, quatro envolviam algum tipo de pedido dessa natureza.

O KLAB⁷⁸ informou que, no ano de 2007, havia administrado dois procedimentos, envolvendo contratos bancários, em que ordem de reposição específica foi pleiteada e concedida pelo tribunal arbitral.

Por fim, a LCIA⁷⁹ reportou vinte e cinco procedimentos arbitrais nos quais foram formulados pedidos de cunho não pecuniário. Desses casos, quatro eram para reposição específica. Em três o pedido foi rejeitado pelo tribunal arbitral. Vinte casos continham pedidos declaratórios e um buscava medida cautelar. Não foi informado o período abrangido pelas informações

Com base nesses dados, passa-se a focar nos remédios da reposição específica e das cláusulas penais compensatórias ou *liquidated damages*, seu enfoque sob as leis domésticas e na *lex mercatoria*, e seu emprego na arbitragem internacional.

⁷⁷ BOYLE, Ryan. International Centre for Dispute Resolution (ICDR)/American Arbitration Association (AAA). In: KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy**: non-monetary relief in international arbitration. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 151-156.

⁷⁸ Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration. In: KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy**: non-monetary relief in international arbitration. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 157-158.

⁷⁹ SCHNEIDER, Michael E. London Court of International Arbitration (LCIA). In: KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy**: non-monetary relief in international arbitration. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 159-178.

4 A REPOSIÇÃO NATURAL OU ESPECÍFICA

Reposição (ou reparação) específica ou natural se refere ao remédio que culmina na obtenção da reparação na forma que mais se assemelha ao cumprimento do contratado⁸⁰. Por meio dela, a parte credora pugna pela entrega, em natura, do que lhe foi prometido pela parte inadimplente⁸¹.

Não é incomum encontrar referência à expressão execução específica como equivalente à reposição específica ou natural. Encontra-se na doutrina tentativa de distinção entre as duas figuras⁸². “Na execução específica, o credor recebe a prestação devida sem que haja lugar a dano”⁸³. Corrige-se, pois, o inadimplemento. Trata-se do “prolongamento e a projeção do cumprimento no processo executivo”⁸⁴.

A reposição específica ou natural, por sua vez, encontra espaço após o inadimplemento e a materialização do dano⁸⁵. É, portanto, forma de reparação do dano, que visa “recolocar o lesado no mesmo estado em que estaria se o evento danoso não

⁸⁰ HEIDEMANN, Maren. **Methodology of uniform contract law**. The UNIDROIT Principles in International Legal Doctrine and Practice. Berlin/Heidelberg: Springer-Verlag, 2007, p. 74.

⁸¹ FARNSWORTH E. Allan, **Contracts**. 4. ed. New York: Aspen, 2004, p. 52; SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. 21, p. 19; SILVA, Clóvis do Couto e. In: O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 218-219; MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, tomo XXVI. p. 26-27.

⁸² Há também autores que colocam as duas figuras no mesmo patamar. Bruno Miragem, ao referir-se ao art. 947, do CC brasileiro, que será abordado no Capítulo 4.4. como dispositivo que consagra a reparação natural, leciona: “Estabelece o art. 947 do Código Civil: ‘Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente’. A expressão ‘não puder’ é exata, na medida em que pode o titular do direito, a que corresponde o dever a ser cumprido pelo credor, obrigá-lo a cumprir por intermédio de tutela específica da obrigação, de que tratam os arts. 497 e 498 do Código de Processo Civil de 2015. Assim, também pode ocorrer que o comportamento posterior à violação do direito já não seja útil ao credor ou à vítima, nesse caso, exercendo a pretensão de reparação para obter o equivalente em dinheiro (indenização).” MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 195.

⁸³ PIRES, Catarina Monteiro. **Impossibilidade da prestação**. Coimbra: Almedina, 2020. p. 258, nr. 1231.

⁸⁴ TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDC**, v. 18, Belo Horizonte, p. 49-73, out./dez. 2018, p. 54, em referência a: SILVA, João Calvão da. **Cumprimento e sanção pecuniária compulsória**. Coimbra: Livraria dos Advogados Editora, 1987. p. 144.

⁸⁵ RAMACCIOTTI, Fabio de Souza. **Da reparação em forma específica na responsabilidade civil contratual e extracontratual**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. Acesso em 13 jun. 2023.

tivesse ocorrido, restituindo-lhe, por exemplo, bem semelhante ao subtraído, destruído ou danificado para recomposição do seu patrimônio”⁸⁶.

Segundo Pontes de Miranda, na reposição específica, “o que há de se pedir é a espécie ajustada”⁸⁷. Exemplifica Caio Mario da Silva Pereira que “[n]as obrigações de dar, o agente pode ser condenado à entrega da própria coisa, ou outra idêntica [...]. Em se tratando [...] da *obligatio faciendi* é a prestação, positiva ou negativa, do próprio fato”⁸⁸.

José de Aguiar Dias esclarece que a “reparação específica corresponde melhor ao fim de restaurar [...] [o] *status quo* alterado pelo dano [...] pode consistir na entrega, seja do próprio objeto [...], seja de objeto da mesma espécie, em troca do deteriorado”⁸⁹.

Assim é que a reparação específica pode corresponder exatamente à prestação contratual, ou ser a ela semelhante, conforme o caso. Adota-se, para fins desse trabalho, esse entendimento como premissa. Bem assim, ter-se-á como premissa que a prestação ora referida é aquela que não consiste em pagar quantia em dinheiro, mas praticar ou deixar de praticar determinados atos⁹⁰.

Nas disputas comerciais, a reposição específica costuma ser concedida em contratos de compra e venda de mercadorias, de transferências de propriedade intelectual,

⁸⁶ TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil**: volume 4: responsabilidade civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022, p. 48. Na mesma linha, Giovanni Ettore Nanni: Reposição natural é a reconstituição da posição que se encontraria o credor em caso de cumprimento da obrigação, cujo interesse concreto restou desatendido em função do inadimplemento. E restabelecer não rigorosamente o estado anterior, porém buscar apagar o dano sofrido, alçando seu interesse - tanto quanto, mais próximo e certo possível - à hipotética situação de efetiva satisfação do débito. Na reintegração de forma específica, mesmo que não cancelando o dano do mundo dos fatos, cria situação materialmente correspondente àquela que existiria caso o dano não fosse causado, diferentemente do ressarcimento, que cria situação economicamente equivalente àquela comprometida pela produção do dano. Sua vantagem consiste em dar ao credor uma satisfação tão próxima quanto possível daquela que ele teria obtido com a execução.” NANNI, Giovanni Ettore. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual**: requisitos e efeitos. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 209.

⁸⁷ MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, tomo XXVI. p. 27.

⁸⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 310.

⁸⁹ DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 2, p. 724.

⁹⁰ Tal como em: SCHNEIDER, Michael. Non-monetary relief in international arbitration: principles and arbitration practice. In: KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy**: non-monetary relief in international arbitration. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 14. Especialmente porque a reparação pecuniária não compartilha das mesmas dificuldades que a reparação por meio da prática (ou abstenção de praticar) de determinados atos.

de *joint-venture* e afins⁹¹. A análise da possibilidade de reparação específica em cada caso está sujeita à discricionariedade do julgador⁹².

À luz do princípio *pacta sunt servanda*, as partes que livremente pactuaram determinado contrato, considerado válido pela lei, não podem simplesmente deixar de executá-lo.

Dessa noção, a reposição específica é solução mais natural para o inadimplemento contratual no direito continental. No direito anglo-americano, constitui remédio excepcional que apenas será admitido quando a indenização em dinheiro se mostrar inadequada⁹³.

Trata-se de um dos clássicos embates entre as duas tradições jurídicas, em que o dever moral do *Civil Law* se choca com os princípios do *law and economics*⁹⁴. Sistemas jurídicos de tradição *Civil Law* acolhem a reposição específica de forma mais ampla do que países do *Common Law*⁹⁵.

Hoje, na cultura romano-germânica, costuma ser do credor a opção entre a reparação *in natura* ou indenização por perdas e danos, em dinheiro. Mas, por muito tempo, não houve espaço para execução específica no Direito romano-germânico, mesmo que possível e desejada pelo credor⁹⁶.

⁹¹ WAINCYMER, Jeffrey Maurice. **Procedure and evidence in international arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2012, p. 1108.

⁹² WAINCYMER, Jeffrey Maurice. **Procedure and evidence in international arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2012, p. 1109-1110; BLACKABY, Nigel; HUNTER, Martin; PARTASIDES, Constatine; REDFERN, Alan. **Redfern and Hunter on international arbitration**. 7. ed. Nova York: Oxford University Press, 2023, §§ 9.41.

⁹³ MUÑOZ, David Ramos. The power of arbitrators to make *pro futuro* orders. In: KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration**. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 91; CHAPPUIS, Christine. A comparative overview on performance as a remedy: a key to divergent approaches. In: KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration**. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 51.

⁹⁴ CHAPPUIS, Christine. A comparative overview on performance as a remedy: a key to divergent approaches. In: KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration**. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 51.

⁹⁵ HEIDEMANN, Maren. **Methodology of uniform contract law**. The UNIDROIT Principles in International Legal Doctrine and Practice. Berlin/Heidelberg: Springer-Verlag, 2007. p. 63.

⁹⁶ BARROS, Vera Cecília Monteiro de. **Previsibilidade do dano contratual no direito do comércio internacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2019, p. 40-41.

A ideia de que o inadimplemento de obrigação contratual deve se resolver pela indenização pecuniária encontra explicação na tutela que, historicamente, o Direito concedeu (ou não) à figura do contrato.

O mero acordo de vontades não era, por si só, considerado vinculante. Seu cumprimento não foi sempre amparado pela lei. Ao credor cabia apenas as perdas e danos. Esse pensamento perdurou por muito tempo no *Common Law*. Por isso, o jurista de formação anglo-americana tem dificuldade em entender o apego da tradição continental à reparação específica⁹⁷.

4.1 Tradição continental: breve digressão histórica

No período pré-clássico do Direito romano, vínculos jurídicos entre particulares, para que fossem legalmente respaldados, exigiam o emprego de rituais formais; juras, símbolos, atos coordenados, por vezes perante testemunhas⁹⁸. A *causa civilis* (fundamento jurídico) do contrato como fonte de obrigações era, pois, a formalidade⁹⁹.

O credor poderia compelir o devedor a cumprir forçosamente o avençando ou pleitear a reparação pecuniária dos danos decorrentes do inadimplemento por uma *actio*. A responsabilidade contratual no Direito romano surge atrelada à existência de uma *actio* correspondente, capaz de promover a recomposição do prejuízo sofrido¹⁰⁰.

No Direito romano clássico, as operações econômicas que contavam com a tutela estatal, por meio da *actio*, continuavam a exigir forma ou rito pré-estabelecidos na

⁹⁷ ZEIGEL Jacob S., The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives. In: GALSTON, Nina M.; SMIT, Hans. **International sales: the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, 1999, § 9.03-9.10.

⁹⁸ KASER, Max. **Direito Privado Romano** (Tradução: Ferdinand Hämmerle e Samuel Rodrigues; Revisão: Maria Armada de Saint-Maurice). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999. p. 61-62.

⁹⁹ MACHADO, Iuri Restano. Breves apontamentos acerca da evolução histórica do contrato: do direito romano à crise da modernidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 864, p. 86-100, out. 2007, n.p.

¹⁰⁰ NOGUEIRA, José Duarte; PINTO, Eduardo Vera Cruz. Responsabilidade Civil. Enquadramento jus-romanístico. **Lusíada. Direito**. Lisboa, s. 2, n. 6, p. 155-168, 2008. p. 158.

legislação. Eram eles: *litteris, re e verbis*¹⁰¹. As partes podiam adaptar essas estruturas para conferir proteção às suas operações, mas sem conceber novos tipos contratuais¹⁰².

Instrumentos sem as formalidades inerentes a *litteris, re e verbis* eram denominados *pacta*, mas o seu cumprimento ou a reparação dos efeitos oriundos do seu inadimplemento não poderiam ser exigidos por meio de uma *actio*.

Explica José Cretella Júnior que, enquanto no Direito moderno o mero acordo de vontades – como os *pacta* – recebe proteção legal na hipótese de descumprimento, aos romanos “do simples pacto não nasc[ia] nenhuma ação”¹⁰³. Imperava, ainda, a tutela da forma e não do conteúdo, daí porque não eram equivalentes “o pacto com o contrato, porque se o primeiro é mero acordo de vontades entre as partes, o segundo é o acordo cercado de determinadas formas”¹⁰⁴.

Caso uma das partes do *pactum* viesse a descumpri-lo após o adimplemento da prestação pela outra parte, essa última poderia demandar, mediante *actio condictio*, o ressarcimento daquilo que incorreu para o cumprimento de sua obrigação, mas não poderia exigir a satisfação da contraprestação ou de indenização equivalente em dinheiro¹⁰⁵. A *actio condictio* não tutelava o conteúdo do contrato, mas a vedação ao enriquecimento sem causa.

A essa altura, como os contratos estavam previstos na própria lei, não havia necessidade de se desenvolver uma disciplina da responsabilidade civil contratual. O dano indenizável pelo descumprimento do contrato era simplesmente aquele que decorria de violação à lei.

No período pós-clássico, as operações de compra e venda (*emptio venditio*), locação (*locado conductio*), mandato (*mandatum*) e sociedade (*societas*) sugeriram, com inspiração na *iurisprudencia* clássica e fundamento na *fides* (precursora da boa-fé

¹⁰¹ JUSTO, A. Santos. **Direito privado romano** - II (Direito das obrigações), 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 23-24.

¹⁰² SCHULZ, Fritz. **Derecho Romano Clásico**. Barcelona: Bosch, Casa Editorial S.A., 1960. p. 451.

¹⁰³ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo Código Civil. 30. ed. rev. Rio de Janeiro, Forense, 2009. p. 142.

¹⁰⁴ CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano**: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo Código Civil. 30. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 142.

¹⁰⁵ ZHANG, Lihong. Justice in Roman Contract Law. In: CHOE, Byoung Jo (ed.). **Law, Peace and Justice: A Historical Survey**. Seoul: Kyung-In Publishing Co., 2007. p. 138.

objetiva)¹⁰⁶, como contratos consensuais. Eram intitulados *contratus solo consensu*, pois dependiam apenas da vontade das partes para o seu aperfeiçoamento¹⁰⁷.

Os contratos consensuais, quando inadimplidos, poderiam ser objeto de *actiones civiles bonae fidei*, nas quais cabia ao julgador estabelecer o real conteúdo das obrigações entabuladas pelas partes e determinar a reparação dos danos decorrentes do descumprimento *ex bono et aequo*¹⁰⁸.

É nesse momento que a intenção das partes começou a sobrepor as formalidades ritualísticas romanas, aproximando a noção de contrato a de *pactum*¹⁰⁹. O *Corpus Iuris Civilis* (século VI) de Justiniano, que inclui nas *Institutiones* grande parte das Institutas de Gaio¹¹⁰, passou a amparar um maior número de tipos contratuais¹¹¹.

As avenças que não se enquadrassem como contratos tipificados foram classificadas como contratos inominados (*contractus innominati*), cuja força vinculante advinha da execução da prestação por uma das partes¹¹².

A parte adimplente, embora não pudesse exigir da contraparte o cumprimento da obrigação, poderia intentar *actio praescriptis verbis* para reparação do dano sofrido

¹⁰⁶ SCHULZ, Fritz. **Derecho Romano Clásico**. Barcelona: Bosch, Casa Editorial S.A., 1960. p. 502.

¹⁰⁷ BUCKLAND, W. W.; MCNAIR, Arnold D. **Roman Law and Common Law**. A comparison in outline. 2. ed. (digitally printed). Cambridge: Cambridge University Press, 2008. p. 279-280; KASER, Max. **Direito Privado Romano** (Tradução: Ferdinand Hämmerle e Samuel Rodrigues, Revisão: Maria Armanda de Saint-Maurice). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 226; JUSTO, A. Santos, **Direito privado romano - II** (Direito das obrigações), 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 48-49.

¹⁰⁸ CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de Direito Romano e textos em correspondência com os artigos do Código Civil brasileiro**. v. 1, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1961. p. 287.

¹⁰⁹ KASER, Max. **Direito Privado Romano** (Tradução: Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, Rev. Maria Armanda de Saint-Maurice). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 228. Na mesma linha: ROCHA, Maria Vital da; SILVA, Adriadna Fernandes. A noção de contrato do Direito Romano à contemporaneidade: uma análise evolutiva do sistema contratual moderno. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 1-22, jul./dez. 2017. p. 5.

¹¹⁰ CAENEGEM, R. V. van. **Uma introdução histórica ao Direito Privado** (Tradução: Carlos Eduardo Machado, Revisão: Eduardo Brandão). São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 19.

¹¹¹ JUSTO, A. Santos, **Direito privado romano - II** (Direito das obrigações), 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 26.

¹¹² BIONDI, Biondo. **Istituzioni di Diritto Romano**. 2. ed. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952, p. 490; **Curso elementar de Direito romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 124.

com a execução da sua prestação. Admitia-se a restituição da coisa dada¹¹³, seja pela sua devolução ou pelo pagamento do equivalente em dinheiro¹¹⁴.

Na idade média, a influência romana se soma à da igreja católica, que valorizava o consentimento¹¹⁵. O Direito canônico contribuiu para a ideia de que a violação do contrato, já compreendido como acordo de vontades, equivaleria a um pecado¹¹⁶, e reforçou a máxima *pacta sunt servanda*.

A vontade das partes passa a ser elemento nuclear da formação do vínculo jurídico contratual, situando o Direito canônico como ponto de partida para a expansão da liberdade contratual¹¹⁷, mais tarde refletida na primazia da autonomia privada no Direito moderno.

A regra *ex nudo pacto actio non oritur* (aos *pacta nuda* não se confere ação) foi substituída no *Liber Extra* do Papa Gregório IX, publicado em 1234, pelo postulado *pacta quantum cum que nuda servanda sunt* (todos os contratos/pactos devem ser cumpridos)¹¹⁸.

Os ideais do Direito canônico encontraram suporte na prática mercantil da alta idade média e do sistema feudal. Os comerciantes tinham preferência por contratos consensuais despidos de formalidades¹¹⁹ e esses instrumentos dependiam de amparo

¹¹³ BIONDI, Biondo. **Istituzioni di Diritto Romano**. 2. ed. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952. p. 491-492.

¹¹⁴ JUSTO, A. Santos, **Direito privado romano - II** (Direito das obrigações), 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 97-98.

¹¹⁵ FIORI, Roberto. The Roman Conception of Contract. *In*: MCGINN, Thomas A. J. **Obligations in Roman Law**. Past, present, and future. (The Papers and Monographs of the American Academy in Rome, v. XXXIII), Ann Arbor: University of Michigan Press, 2008. p. 66.

¹¹⁶ FIORI, Roberto. The Roman Conception of Contract. *In*: MCGINN, Thomas A. J. **Obligations in Roman Law**. Past, present, and future. (The Papers and Monographs of the American Academy in Rome, v. XXXIII), Ann Arbor: University of Michigan Press, 2008, p. 66.

¹¹⁷ WALLINGA, Tammo. La libertad contractual – del Derecho romano al Derecho privado moderno. *In*: SÁNCHEZ, Justo García (dir.) **Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo, tomo XI**, Tradición y recepción romanísticas, v. I, Madrid: Editorial BOE, 2021. p. 619; BARREIRO, Alenjadrino Fernández. "*Obligatio*" y "*convention*" tradición romanística y recepción. *In*: SÁNCHEZ, Justo García (dir.) **Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo, tomo XI**, Tradición y recepción romanísticas, v. I, Madrid: Editorial BOE, 2021. p. 162.

¹¹⁸ WALLINGA, Tammo. La libertad contractual – del Derecho romano al Derecho privado moderno. *In*: SÁNCHEZ, Justo García (dir.) **Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo, tomo XI**, Tradición y recepción romanísticas, v. I, Madrid: Editorial BOE, 2021. p. 620.

¹¹⁹ WALLINGA, Tammo. La libertad contractual – del Derecho romano al Derecho privado moderno. *In*: SÁNCHEZ, Justo García (dir.) **Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo, tomo XI**, Tradición y recepción romanísticas, v. I, Madrid: Editorial BOE, 2021. p. 624.

jurídico para fluidez das relações mercantis. No século XVI, praticamente todos os tribunais medievais aplicavam o princípio do *pacta sunt servanda*¹²⁰.

O saldo deixado pelo Direito intermédio ao Direito moderno foi a relevância da causa como fundamento para força vinculante dos contratos¹²¹, que coadunou com os pensamentos iluministas e com o jusnaturalismo racionalista¹²² preponderantes na Europa nos séculos seguintes.

No século XVII, o pensamento ocidental, pautado no racionalismo e cientificismo, marcou a decadência do sistema escolástico. A burguesia ascendente passou a rejeitar o Estado absolutista e a estrutura social estratificada do antigo regime. Os ditames da atividade comercial – intrinsecamente capitalista – como a igualdade formal e a liberdade negocial, tornaram-se o mote iluminista. Para a burguesia, o Estado deveria subordinar-se ao indivíduo¹²³.

Não à toa, a Revolução Francesa, no século XVIII, adotou a liberdade como bandeira, consagrando a teoria da autonomia da vontade; ato contínuo, a Revolução Industrial consolidou a liberdade contratual¹²⁴, da qual o contrato é expressão máxima.

As codificações continentais modernas absorveram o consensualismo canônico, mas o pensamento de Hugo Grócio incorporou à equação o conceito de vontade manifestada ou declarada¹²⁵.

¹²⁰ WALLINGA, Tammo. La libertad contractual – del Derecho romano al Derecho privado moderno. In: SÁNCHEZ, Justo García (dir.) **Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo**, tomo XI, Tradición y recepción romanísticas, v. I, Madrid: Editorial BOE, 2021. p. 626.

¹²¹ WALLINGA, Tammo. La libertad contractual – del Derecho romano al Derecho privado moderno. In: SÁNCHEZ, Justo García (dir.) **Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo**, tomo XI, Tradición y recepción romanísticas, v. I, Madrid: Editorial BOE, 2021. p. 629; BARREIRO, Alenjadrino Fernández. "*Obligatio*" y "*convention*" tradición romanística y recepción. In: SÁNCHEZ, Justo García (dir.) **Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo**, tomo XI, Tradición y recepción romanísticas, v. I, Madrid: Editorial BOE, 2021. p. 162.

¹²² BARREIRO, Alenjadrino Fernández. "*Obligatio*" y "*convention*" tradición romanística y recepción. In: SÁNCHEZ, Justo García (dir.) **Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo**, tomo XI, Tradición y recepción romanísticas, v. I, Madrid: Editorial BOE, 2021. p. 162; WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p. 271.

¹²³ MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do Direito**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 116.

¹²⁴ VILLAS BÔAS, Regina Vera. Marcos relevantes da história da responsabilidade civil. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**, São Paulo, v. 4, p. 145-169, out. 2010. n.p.

¹²⁵ WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. p. 331.

Assim é que os corpos de normas que surgiram no século XIX atenderam aos anseios do individualismo¹²⁶. Na égide do iluminismo, sobreveio o Código Napoleão de 1804, que positivou o princípio do *pacta sunt servanda* em seu art. 1134 ao estabelecer que “[a]s convenções legalmente constituídas têm força de lei para aqueles que as pactuaram”¹²⁷.

O CC de 1804 tutelava o acordo de vontade, desde que não fosse contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes, o que se extrai da interpretação sistemática dos seus arts. 1108¹²⁸ e 1133¹²⁹.

Ao mesmo tempo, no art. 1142, o Código Napoleão estipulou que “qualquer obrigação de fazer ou não fazer se resolve em perdas e danos, em caso de inexecução pelo devedor”¹³⁰.

Em que pese o Código Napoleão tenha influenciado a legislação civil de variados países da Europa continental e também do Brasil¹³¹, nem todos os diplomas do século XIX adotaram regra semelhante à do art. 1142.

¹²⁶ KARAN, Munir. Liberdade, igualdade e direito nas relações negociais. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**, São Paulo, v. 1, p. 1297-1313, jun. 2011. n.p.

¹²⁷ Tradução nossa de: “[l]es conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites”.

¹²⁸ “1108. *Quatre conditions sont essentielles pour la validité d'une convention :*

Le consentement de la partie que s'oblige ;

Sa capacité de contracter ;

Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ;

Une cause licite dans l'obligation .”

“A validade de um contrato depende de quatro condições essenciais:

O consentimento da parte que se obriga;

A capacidade de contratar;

Que a matéria do contrato seja um objeto certo;

A causa da obrigação deve ser lícita.” (Tradução nossa)

¹²⁹ “1133. *La cause est illicite quand elle est prohibé par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public”*

“A causa é ilícita quando ela é proibida pela lei, contrária aos bons costumes ou à ordem pública.” (Tradução nossa)

¹³⁰ Tradução nossa de: “1.142. *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur”*

¹³¹ PEREIRA, Caio Mario da Silva. Código Napoleão. Influência nos sistemas jurídicos ocidentais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 32, p. 01-32, out. 1989. p. 9-10.

O CC português de 1867, por exemplo, previa o direito do credor de pleitear a execução do contrato pela parte inadimplente como alternativa às perdas e danos¹³². Também é esse o caso do BGB de 1896¹³³. Esses regramentos, contudo, sobrevieram já no final do século XIX.

À essa altura, a liberdade, quase ilimitada do início século XIX, já havia sido “[...] utilizada pelos detentores do poder negocial para a exploração da liberdade contratual em desfavor dos contratantes vulneráveis, submetendo-os a situações abusivas e desvantajosas”¹³⁴, desencadeando crises e movimentos populares de cunho social.

Tornou-se, então, necessária a intervenção do Estado para controlar a disparidade entre os contratantes decorrentes da estrutura burguesa e acúmulo de capital. Ganhou espaço o modelo dirigista, em que a liberdade contratual foi limitada em prol do bem-estar social (*welfare state*)¹³⁵, com a consequente “adaptabilidade da tutela jurisdicional”¹³⁶.

Nessa esteira, foram conferidos poderes mais amplos (mas ainda limitados) aos julgadores, dentre os quais o de determinar o cumprimento forçado da avença pela parte inadimplente.

¹³² “ARTIGO 676º O pactuante, que satisfiz áquillo a que se obrigou, póde exigir do que não houver satisfeito, não só o que pela sua parte prestou, ou a correspondente indemnização, mas também a pena convencional estipulada.

§ 1º Se nenhum dos pactuantes tiver cumprido o contracto, e só um deles se prestar a cumpri-lo **este póde exigir do outro, ou só a execução do contracto**, ou a correspondente indemnização, ou só a pena convencional; mas nunca uma e outra cousa simultaneamente.” (grifo nosso)

¹³³ “§ 311a.(2) Der Gläubiger kann nach seiner Wahl Schadensersatz statt der Leistung oder Ersatz seiner Aufwendungen in dem in § 284 bestimmten Umfang verlangen. [...]”

“(2) O credor pode, a seu critério, exigir indenização em vez do cumprimento do contrato, ou reembolso de suas despesas na medida do § 284. [...]” (Tradução nossa)

¹³⁴ CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Marcos Vargas. Direito Civil Constitucional. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 61, p. 13-35, jan./mar. 2015. n.p.

¹³⁵ SANTOS, Arthur Deucher Figueiredo. Princípios, cláusulas gerais e conceitos vagos: diferenças entre os institutos e critérios para colmatação dos respectivos conteúdos. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 85, p. 45-82, jan. 2018. n.p.

¹³⁶ ANDRADE, Daniel de Pádua. **Tutela específica das obrigações contratuais**. São Paulo: Almedina, 2022. p. 34.

4.2 Direito francês

O art. 1142 do Código Napoleão não mais reflete o atual entendimento a respeito do tema na França¹³⁷. Ao longo do tempo, o art. 1142 foi sendo interpretado como exceção à autorização geral para execução específica, fundada no princípio da força obrigatória dos contratos.

Parte da doutrina passou a sugerir que o art. 1142 seria aplicável apenas nos casos em que a reparação específica implicasse no uso da força contra o devedor¹³⁸. O exemplo clássico dado pelos autores é o do pintor que não pode ser compelido a elaborar obra de arte¹³⁹.

Diante do descompasso das regras contidas no original do Código Napoleão, ora em suporte da obrigatoriedade dos contratos, ora pela impossibilidade da sua execução específica, a *Cour de Cassation* (Corte de Cassação) teve papel crucial no desenvolvimento de parâmetros para a reparação *in natura* no direito francês.

Atualmente, o CC francês autoriza que o credor escolha o remédio de sua preferência em caso de inadimplemento. O art. 1217 em vigor, com a redação dada pela Lei n° 2018-287, de 20 de abril de 2018¹⁴⁰, permite ao credor, inclusive cumulativamente,

¹³⁷ MACKAAY, Ejan. Civil Law of Contract. In: GEEST, Gerrit De (ed.). **Contract Law and Economics**. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. p. 424

¹³⁸ TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. **Tutela específica dos direitos**: Obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011, n.p. *Ebook*; ALVIM, Arruda. **Direito processual civil**. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 172.

¹³⁹ FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; MAZEAUD, Denis (eds.). **European Contract Law**. Materials for a common frame of reference: terminology, guiding principles, model rules. Munique: Sellier european law publishers, 2008. p. 481.

¹⁴⁰ “Article 1217

La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :

- *refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ;*
- *poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ;*
- *obtenir une réduction du prix ;*
- *provoquer la résolution du contrat ;*
- *demander réparation des conséquences de l'inexécution.*

Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter.”

“Artigo 1217

A parte para com a qual o contrato não foi cumprido, ou foi cumprido de forma imperfeita, pode:

- se recusar a cumprir ou suspender o cumprimento de sua própria obrigação;
- requerer a execução forçada e em espécie da obrigação;

quando não houver incompatibilidade: (i) recusar-se a executar sua contraprestação contratual; (ii) pleitear a execução forçada, *in natura*, da obrigação inadimplida; (iii) obter uma redução no preço acordado; (iv) a resolução do contrato; ou (v) a reparação pecuniária dos prejuízos advindos do inadimplemento.

Em complemento, o art. 1221, com as alterações promovidas pela *Ordonnance* n° 2016-131, de 10 fevereiro de 2016, estipula que o credor pode exigir o “cumprimento [do contrato] em espécie, salvo se tal cumprimento for impossível ou se houver manifesta desproporção entre o seu custo para o devedor de boa-fé e o seu interesse para o credor”¹⁴¹.

Essa exceção, pautada na onerosidade da reparação específica para o devedor, foi inspirada pelos PEDC. Também é similar ao texto do § 275 do BGB. Ambos serão analisados mais adiante.

Parte da doutrina aduz que a regra do art. 1221 do CC francês sofreu influência demasiada do *Common Law* e dos fundamentos do *law and economics*, acabando por enfraquecer o princípio da força vinculante dos contratos. De outra feita, houve quem recebeu bem as modificações da *Ordonnance* n° 2016-131, pois impediria a ruína das atividades dos devedores para satisfazer os interesses do credor¹⁴².

Seja qual for o entendimento, o direito de exigir a reparação específica encontra-se bem assentado pela lei, que também admite a coerção indireta do devedor ao cumprimento¹⁴³.

-
- obter redução de preço;
 - rescindir o contrato;
 - pleitear indenização pelas consequências do inadimplemento.”

As sanções não incompatíveis podem ser cumulativas; danos sempre podem ser adicionados a ele.”
(Tradução nossa)

¹⁴¹ Tradução nossa de: “*Article 1222*

Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin.”

¹⁴² Cf. apontam CHÉNEDÉ, François; LEQUETTE, Yves; SIMLER, Philippe; TERRÉ, François; **Droit civil**: les obligations. Paris: Dalloz, 2019, p. 835, referenciando, no primeiro caso, T. Genicon, L. Leveneur; M. Mekki, P. Chauviré, e no segundo D. Mainguy (nr. 3 e 2, respectivamente).

¹⁴³ AYNÈS, Laurent; MALAURIE, Philippe; STOFFEL-MUNCK, Philippe. **Droit civil**: droit des obligations. 8. ed. Paris: LGDJ, 2016. p. 500.

O CPC francês¹⁴⁴, para assegurar a exequibilidade das decisões que ordenam a execução específica, confere aos juízes do processo de execução a possibilidade de conceder *astreintes* para compelir o devedor ao cumprimento da obrigação. Os valores fixados a esse título devem ser pagos ao próprio credor.

4.3 Direito alemão

O Direito alemão enfatiza a força obrigatória dos contratos. A reparação específica coloca-se, assim, como forma principal de reparação do dano advindo do inadimplemento contratual¹⁴⁵.

No BGB, o § 241 contém regra que autoriza a parte credora a “pleitear a performance [de obrigação] pelo devedor”¹⁴⁶. Dentro da estrutura do BGB, o artigo sobre reparação específica antecede o princípio da boa-fé objetiva, consagrado no § 242.

A cláusula geral da boa-fé enseja a procura por uma conduta ideal das partes contratantes, de quem se espera atuação congruente “na busca da finalidade comum, que é o correto adimplemento da obrigação” pactuada¹⁴⁷.

A preferência pela execução específica, sempre que possível, guarda relação com o princípio da conservação dos contratos¹⁴⁸, que, por sua vez, também deriva da boa-fé objetiva.

O § 275 estabeleceu as hipóteses em que não será cabível a pretensão de reparação específica de determinada obrigação: (i) a impossibilidade da execução pelo devedor e qualquer terceiro, devendo-se levar em conta se e/ou em que grau a impossibilidade foi provocada pelo devedor (ii) casos em que a reparação específica ensejaria gastos exagerados pelo devedor em comparação com o próprio objeto da performance e, à luz

¹⁴⁴ Arts. 1.131 *et. seq.*

¹⁴⁵ HEIDEMANN, Maren. **Methodology of uniform contract law**. The UNIDROIT Principles in International Legal Doctrine and Practice. Springer-Verlag: Berlin/Heidelberg, 2007. p. 117.

¹⁴⁶ Tradução nossa de: “[...] von dem Schuldner eine Leistung zu fordern”

¹⁴⁷ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 44-45.

¹⁴⁸ JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes. **The German Law of contract: a comparative treatise**. 2. ed. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2006. p. 388.

da boa-fé objetiva, seria manifestamente desproporcional ao interesse do credor na execução específica; (iii) a recusa do devedor em realizar obrigação de cunho personalíssimo.

Nessa última hipótese, o motivo da recusa e o interesse do credor na reparação específica devem ser sopesados. O devedor poderá ser desonerado da execução em natura se essa se mostrar irrazoável.

A preponderância da reparação específica como remédio preferencial no BGB encontra suporte no ZPO, que operacionaliza a performance de acordo com a natureza das obrigações (§§ 884 a 890 ZPO).

Com fulcro no § 888 do ZPO¹⁴⁹, pode haver a fixação de penalidade coercitiva para garantir o cumprimento da prestação, limitada a EUR 25.000,00 (vinte e cinco mil euros), ou detenção do devedor.

A existência de lei processual que fornece mecanismos para garantir a eficácia da decisão determina que a reparação específica é essencial. Caso contrário, a ordem de reparação específica não será grande utilidade para o credor¹⁵⁰.

¹⁴⁹ “§ 888 *Nicht vertretbare Handlungen*

(1) *Kann eine Handlung durch einen Dritten nicht vorgenommen werden, so ist, wenn sie ausschließlich von dem Willen des Schuldners abhängt, auf Antrag von dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges zu erkennen, dass der Schuldner zur Vornahme der Handlung durch Zwangsgeld und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, durch Zwangshaft oder durch Zwangshaft anzuhalten sei. Das einzelne Zwangsgeld darf den Betrag von 25 000 Euro nicht übersteigen. Für die Zwangshaft gelten die Vorschriften des Zweiten Abschnitts über die Haft entsprechend.*

(2) *Eine Androhung der Zwangsmittel findet nicht statt.*

(3) *Diese Vorschriften kommen im Falle der Verurteilung zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrag nicht zur Anwendung.”*

“(1) Quando a obrigação de fazer depender exclusivamente da vontade do devedor e não puder ser cumprida por terceiro, e caso tenha sido interposta a correspondente petição, o tribunal competente de primeira instância incitará o devedor a cumpri-la por meio da fixação de multa coercitiva que, caso não quitada, poderá ser convertida detenção punitiva coercitiva, sendo ainda possível a condenação direta à detenção punitiva coercitiva. Uma única multa coercitiva não pode ser arbitrada em valor superior a 25.000 euros. As estipulações do Capítulo 2 relativas à detenção aplicam-se *mutatis mutandis* à detenção punitiva coercitiva.

(2) Nenhuma advertência será emitida sobre as medidas coercitivas.

(3) As disposições desse artigo não se aplicam nos casos em que uma pessoa é condenada a prestar serviços no âmbito de um contrato de trabalho.” (Tradução nossa)

¹⁵⁰ ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein, **An Introduction to Comparative Law**, (translated by Tony Weir), 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998. p. 470-474.

Apesar do direcionamento legislativo, a experiência prática não demonstra a mesma preferência pela execução específica¹⁵¹. De qualquer maneira, não paira dúvida quanto à possibilidade de se pleitear tal providência.

4.4 Direito brasileiro

O Estado social restou estabelecido com a CF de 1934¹⁵², que iniciou o processo de publicização do Direito Privado, inspirada na Constituição alemã de Weimar, mas foi a CF de 1988 que alinhou o ordenamento brasileiro à nova estrutura mundial.

A CF viabilizou a união do Direito Público com o Privado ao elencar princípios norteadores das relações privadas como a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III¹⁵³), dando outro enfoque à autonomia da vontade, que fez sua passagem à autonomia privada.

Institui como princípios limitadores a solidariedade (art. 3º, I¹⁵⁴), a função social da propriedade (art. 5º, XXIII¹⁵⁵), da livre iniciativa e da justiça social (art. 170, *caput*¹⁵⁶), que se estenderam também ao Direito dos Contratos.

¹⁵¹ CHAPPUIS, Christine. A comparative overview on performance as a remedy: a key to divergent approaches. In: KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration**. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 56-57.

¹⁵² LÔBO, Paulo Luiz Netto. Dirigismo contratual. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. São Paulo, p. 385-406, jun. 2011, v. 3. n.p.; BOYADJIAN, Gustavo Henrique Velasco. A cláusula geral da função social dos contratos: enfoque específico na sua eficácia externa, sob a perspectiva civil-constitucional. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 58, p. 111-137, abr./jun. 2014.

¹⁵³ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;”

¹⁵⁴ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;”

¹⁵⁵ “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;”

¹⁵⁶ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)”

A CF de 1988 não eliminou a liberdade contratual. Ao contrário, também a consagrou por meio da liberdade de escolha de profissão e seu livre exercício (art. 5º, XIII¹⁵⁷), liberdade de associação (art. 5º, XVII¹⁵⁸), liberdade intelectual e artística (art. 5º, IX¹⁵⁹), de religião (art. 5º, VI¹⁶⁰), entre outros que, segundo explica Renan Lotufo, “*configuram sempre evidências de que qualquer formação de contrato com base nas liberdades há de ser admitida, por contida dentro da autonomia privada, e, portanto, na autonomia negocial, ou contratual*”¹⁶¹.

Ao mesmo tempo que garantiu os direitos individuais, os submeteu aos interesses sociais. O CC de 1916, concebido à luz da individualidade que inspirou os diplomas do século XIX, já não era mais compatível com a dinâmica civil-constitucional e a necessidade de substituí-lo por outro diploma ganhou força.

No que diz respeito à execução específica, Beviláqua entendia que a “promoção da tutela *in natura* das prestações de fato” representaria “intromissão na liberdade individual”, pelo que a indenização pelo equivalente pecuniário seria “mal menor”¹⁶², apesar de suas limitações.

Mesmo antes da promulgação do CC de 1916, defendia Beviláqua:

[...] as obrigações são, em regra, apreciáveis economicamente redutíveis a uma *somma* de dinheiro. Só excepcionalmente a redução não se dará, mas, em todo o caso, será necessário recorrer a um critério pecuniário para constranger a execução ou para punir a inexecução. Por esse efeito, aparecerão as multas, a indenisações, que apreçarão aquilo que, por sua essência e por seu proprio destino, é naturalmente inapreciável.¹⁶³

¹⁵⁷ “XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;”

¹⁵⁸ “XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;”

¹⁵⁹ “IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;”

¹⁶⁰ “VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias;”

¹⁶¹ LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 3. p. 20.

¹⁶² ANDRADE, Daniel de Pádua. **Tutela específica das obrigações contratuais**. São Paulo: Almedina, 2022, p. 38.

¹⁶³ BEVILÁQUA, Clóvis. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1896. p. 12.

O pensamento foi refletido no texto do CC 1916, que não contemplou o remédio da execução específica.

De outra tona, se o Direito brasileiro desenvolveu preferência pela reparação específica do dano com mais ênfase após a ascensão do *welfare state*, essa inclinação já dava sinais¹⁶⁴ desde as Ordenações Filipinas de 1595¹⁶⁵ e do Código Comercial de 1850¹⁶⁶.

O texto promulgado do CC de 2002 restringiu a liberdade contratual em seu art. 2035, parágrafo único, e nos arts. 421 e 422, com base na função social do contrato e na boa-fé¹⁶⁷, e na ordem pública e bons costumes, no art. 104, II.

Possibilitou, simultaneamente, maior ingerência do Estado na garantia do cumprimento dos contratos. O art. 475 positivou a alternativa da ampla tutela ao interesse creditório ao estabelecer que a “parte lesada pelo inadimplemento pode pedir a resolução do contrato, se não preferir exigir-lhe o cumprimento, cabendo, em qualquer dos casos, indenização por perdas e danos”.

¹⁶⁴ ANDRADE, Daniel de Pádua. **Tutela específica das obrigações contratuais**. São Paulo: Almedina, 2022. p. 34-36.

¹⁶⁵ Cf. § 5 do Título LXXVIII do Livro III, *in verbis*: “5. "E quanto ao terceiro caso dos autos extrajudiciaes, que não são começados, mas comminatorios, dizemos que a parte, que se teme, ou receia ser aggravada per a outra parte, póde recorrer aos Juizes da terra, implorando seu Officio, que o provejam, como l lhe não seja feito agravo. E poderá ainda fóra do Juizo appellar de tal comminação pondo-se sob poderio do Juiz, requerendo, e protestando de sua parte áquelle, de que se teme ser aggravado, que tal agravo lhe não faça. E se depois do dito requerimento e protestaçoão assi feita, fôrr alguma novidade commetida ou attentada, mandará o Juiz (se fôr requerido) tornar e restituir tudo ao primeiro stado. E em tal protestaçoão será inserta e declarada a causa verisimil e razoada, porque assi protestou: póde-se pôr exemplo: se algum se temer de outro, que o queira offender na pessoa, ou que lhe queira, sem razão, occupar e tomar suas cousas, poderá requerer ao Juiz que segure à elle as suas cousas do outro, que o quizer offender, a qual segurança lhe o Juiz dará; e se depois d della ele receber offensa daquelle, de que foi seguro, restituil-o-ha o Juiz, e tornará tudo o que foi commettido e attentado depois da segurança dada, e mais procederá contra o que a quebrantou, e menosprezou se umandado, como achar per Direito.” ALMEIDA, Candido Mendes de. **Codigo Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal : recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I**. 14. ed. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870. p. 688-689.

¹⁶⁶ *Vide* arts. 202 e 546: “Art. 202 - Quando o vendedor deixa de entregar a coisa vendida no tempo aprazado, o comprador tem opção, ou de rescindir o contrato, ou de demandar o seu cumprimento com os danos da mora; salvo os casos fortuitos ou de força maior.

[...]

Art. 546 - Os officiais e quaisquer outros individuos da tripulação, que, depois de matriculados, abandonarem a viagem antes de começada, ou se ausentarem antes de acabada, podem ser compelidos com prisão ao cumprimento do contrato, a repor o que se lhes houver pago adiantado, e a servir l (um) mês sem receberem soldada.”

¹⁶⁷ STUART, Luiza Checchia. Liberdade contratual e o princípio da boa-fé. **Revista de Direito Empresarial**, São Paulo, v. 0, p. 45-60, nov./dez. 2013, n.p.

A redação do art. 475 gera confusão porque nem sempre a expressão “exigir-lhe cumprimento” será correspondente à execução específica, que são institutos que não se confundem.

Por meio da “execução específica, o credor recebe a exata prestação contratada, satisfazendo plena e integralmente seu interesse com a obtenção da mesma utilidade, do mesmo resultado prático que teria obtido caso o devedor tivesse cumprido espontânea e pontualmente a prestação”¹⁶⁸. Assegura-se o interesse primário do credor, consubstanciado no próprio adimplemento do avençado, nos termos pactuados.

Não constitui, a rigor, alternativa à resolução do contrato¹⁶⁹, que vem acompanhada de perdas e danos. Aliás, as perdas e danos também são cabíveis no caso da execução específica, calculadas mediante o abatimento do resultado do cumprimento da obrigação contratual inadimplida – que satisfará ao menos parte dos danos decorrentes do descumprimento.

O caráter alternativo se verifica entre a resolução e o equivalente pecuniário, cabível quando a execução específica encontrar obstáculo de ordem material para sua exigência, a saber, a natureza do inadimplemento.

Com efeito, apenas será possível a execução específica no inadimplemento relativo – mora –, caso em que a prestação ainda se mostra útil ao credor. Convertido o inadimplemento em absoluto, não há razão de ser para execução específica¹⁷⁰.

Nesses casos, a prestação contratual não é mais possível ou querida, a solução será a substituição pelo equivalente pecuniário, que servirá como forma de cumprimento da avença. A execução pelo equivalente não implica resolução do contrato, mas modificação da contraprestação originalmente pactuada¹⁷¹.

¹⁶⁸ TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDC**, v. 18, Belo Horizonte, p. 49-73, out./dez. 2018, p. 52.

¹⁶⁹ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Comentários ao novo Código Civil**: v. 6, tomo 2: da extinção do contrato. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 436.

¹⁷⁰ TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 18, p. 49-73, out./dez. 2018, p. 51-52 e 54.

¹⁷¹ ZANETTI, Cristiano. Arts. 421 a 480. In: NANNI, Giovanni E (coord.). **Comentários ao Código Civil**: direito privado contemporâneo. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2021. p. 466.

Também não representa montante indenizatório ao qual o credor faria jus no caso da resolução. Refere-se ao valor pecuniário da obrigação inadimplida, que ainda poderá ser acrescido de perdas e danos¹⁷². No caso do inadimplemento absoluto, de fato, facultase ao credor, guiado pela boa-fé e sem ingerência do devedor, escolher entre o adimplemento contratual pelo equivalente, mais perdas e danos, ou a indenização¹⁷³.

Se o inadimplemento é relativo, a expressão “exigir-lhe cumprimento” do art. 475 CC corresponderá à execução específica, mas nesse caso não poderá o credor escolher livremente entre o remédio e a resolução do contrato. Não obstante, é cabível entendimento de que art. 475 somente é empregável nos eventos de inadimplemento absoluto, mas não nos de mora.

Ressalvada a imprecisão textual, o CC de 2002 adotou uma postura progressista ao admitir a exigência do cumprimento contratual¹⁷⁴.

A preferência pela reparação natural também se extrai do art. 947 CC, segundo o qual “[s]e o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente”. Embora:

[s]em a clareza dos enunciados correspondentes das codificações alemã e portuguesa, essa disposição legal denota que **a preferência do Código Civil brasileiro também é pela reparação do dano in natura**, pelo menos na execução específica de uma obrigação, deixando-se a sua transformação para indenização em pecúnia de modo subsidiário.

[...] o enunciado do art. 947 do CC/2002 refere-se precipuamente à execução específica de obrigações nascidas de negócio jurídico, embora possa ser aplicado também na responsabilidade extracontratual.
¹⁷⁵ (grifo nosso)

¹⁷² TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil**, Belo Horizonte, v. 18, p. 49-73, out./dez. 2018, p. 65.

¹⁷³ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Comentários ao novo Código Civil**: v. 6, tomo 2: da extinção do contrato. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 635.

¹⁷⁴ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 40.

¹⁷⁵ SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 37-38.

A possibilidade de multa cominatória vinha consignada no artigo 644 do CPC de 1973)¹⁷⁶, com autorização expressa para que o juízo da execução a fixasse, deixando implícito que poderia também o juiz do processo conhecimento fazê-lo desde logo em sentença.

O CPC de 2015 corroborou a primazia da tutela específica nos arts. 497 a 501, 536 a 538 e arts. 806 a 823. A fixação de multa coercitiva constou dos arts. 500¹⁷⁷, 536, *caput* e parágrafo 1º¹⁷⁸, 811, parágrafo 1º¹⁷⁹, e 814¹⁸⁰.

4.5 Tradição anglo-americana: breve digressão histórica

A reparação do ilícito civil no direito anglo-americano remonta a meados do ano 1200, em que a *Chancery Division* (Divisão de Chancelaria) – precursora das *Chancery Courts* (Cortes de Chancelaria), estabelecidas no século XVI para resolver conflitos que não cumpriam os rígidos requisitos formais das cortes de *Common Law* – passaram a expedir, em nome do rei, documento oficial chamado *writ of trespass vi et armis*.

¹⁷⁶ “Art. 644. Na execução em que o credor pedir o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, determinada em título judicial, o juiz, se omissa a sentença, fixará multa por dia de atraso e a data a partir da qual ela será devida.

Parágrafo único. O valor da multa poderá ser modificado pelo juiz da execução, verificado que se tornou insuficiente ou excessivo.”

¹⁷⁷ “Art. 500. A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa fixada periodicamente para compelir o réu ao cumprimento específico da obrigação”

¹⁷⁸ “Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.”

¹⁷⁹ “Art. 806. O devedor de obrigação de entrega de coisa certa, constante de título executivo extrajudicial, será citado para, em 15 (quinze) dias, satisfazer a obrigação.

§ 1º Ao despachar a inicial, o juiz poderá fixar multa por dia de atraso no cumprimento da obrigação, ficando o respectivo valor sujeito a alteração, caso se revele insuficiente ou excessivo.”

¹⁸⁰ “Art. 814. Na execução de obrigação de fazer ou de não fazer fundada em título extrajudicial, ao despachar a inicial, o juiz fixará multa por período de atraso no cumprimento da obrigação e a data a partir da qual será devida.”

O *writ* – aqui referido quase como espécie de auto de infração – continha: (i) breve descrição do ato ilícito e dos danos sofridos pela vítima e (ii) ordem para que um xerife local conduzisse o infrator perante um juiz para se defender das acusações.

Logrando êxito em provar a ocorrência de transgressão (*trespass*), a vítima poderia obter a reparação dos danos causados pela conduta do infrator. A prova que deveria ser feita era do ato ilícito, e não do dano. Mesmo porque, na origem, o *writ of trespass* era remédio para atos comissivos, praticados com violência ou força, diretamente por uma pessoa à outra em afronta à paz real.

Ao *writ* se atribui a origem da *Tort Law*, de equivalência funcional à disciplina da responsabilidade civil da tradição continental. Do *writ of trespass* surgiu uma variedade de hipóteses de reparação civil, que passaram a abranger também danos decorrentes de condutas omissivas, como negligência, por meio dos *writs of trespass on the case*.

Admitia-se, ainda, no século XIII, outros dois *writs* que viabilizavam a satisfação contratual: *covenant* e *debt*¹⁸¹. Na ação de *debt*, “uma pessoa deveria pagar o preço acordado porque havia recebido um benefício em troca (e não porque promessas devem ser cumpridas)”¹⁸². Essa era a via para o credor obter a execução da obrigação de pagar quantia certa em dinheiro¹⁸³.

Para o uso do *writ of covenant*, era necessário haver prova documental de que havia uma promessa formal entre elas, usualmente um *deed under seal* (pacto selado)¹⁸⁴.

A essa altura, o *Common Law* inglês tinha quatro *writs* que viabilizavam a reparação do dano oriundo do descumprimento contratual: *debt* e *covenant*, já vistos acima; *detinue*, para recuperar um bem móvel específico – mas o devedor não poderia ser obrigado a entregar a coisa, tão somente o seu valor em dinheiro –, sendo que não havia

¹⁸¹ CRYSTAL, Nathan M.; KNAPP, Charles L. Knapp; PRINCE, Harry G. **Problems in Contract Law: cases and materials**. 8. ed. Nova York: Wolters Kluwer, 2016. p. 103.

¹⁸² MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. A noção de contrato no direito inglês – perspectiva histórica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 143, p. 239-256, jul./set. 1999. p. 252.

¹⁸³ SCHWENZER, Ingeborg. Specific Performance and Damages According to the 1994 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. **European Journal of Law Reform**, v. 1, n. 3, p. 289-303, 1999. p. 290.

¹⁸⁴ MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. A noção de contrato no direito inglês – perspectiva histórica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 143, p. 239-256, jul./set. 1999. p. 252.

forma de reparação para o caso de o bem ser entregue em más condições; e *account*, ação mais morosa, também utilizada para obtenção de reparação em dinheiro quando o devedor recebeu um bem ou quantia no lugar de outra pessoa¹⁸⁵.

A exigência do selo, contudo, impedia que grande parte dos contratos fosse submetida ao *writ of covenant*. Daí porque os *writs of trespass on the case* eram invocados quando os acordos existentes não atendiam o requisito de forma do instrumento selado.

Entre os anos de 1360 e 1370, os *writs of trespass on the case* já eram, em circunstâncias especiais, usados para obter a reparação do dano quando o ato ilícito cometido derivava da existência de acordo informal entre as partes¹⁸⁶.

Por volta de 1400, os *writs of trespass on the case of an assumpsit* serviam para reaver prejuízos decorrentes da execução não satisfatória de uma obrigação voluntariamente assumida. A ação de *assumpsit* apenas remediava a performance insatisfatória ou imprópria da obrigação (*misfeasance*).

Não era cabível nos casos de inexecução total da obrigação (*nonfeasance*)¹⁸⁷. Nesses casos, admitia-se o *writ of covenant*. Assim é que a inexecução de uma obrigação era apenas coibida se atendida determinada forma – o selo – que era condição para reparação dos danos decorrentes do inadimplemento. A exigência do selo também existia no direito norte-americano.

Essa regra foi sendo relativizada ao longo do século XV e, no começo do século XVI, a ação de *assumpsit* já era utilizada para diversas hipóteses de mera inexecução da obrigação, e o credor podia obter a recomposição dos prejuízos incorridos sem a necessidade de instrumento selado. O *writ of assumpsit* acabou se sobrepondo ao

¹⁸⁵ POTTER, Harold. **An historical introduction to the English law and its institutions**. 3. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1948, p. 441-449. Os termos estrangeiros indicados entre parênteses no corpo do texto principal foram traduzidos de forma livre para refletir da melhor forma o seu sentido e não significado literal.

¹⁸⁶ SIMPSON, A. W. Brian. **A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit**. Oxford: Clarendon Press, 1987. p. 208-209.

¹⁸⁷ CRYSTAL, Nathan M.; KNAPP, Charles L. Knapp; PRINCE, Harry G. **Problems in Contract Law: cases and materials**. 8. ed. Nova York: Wolters Kluwer, 2016. p. 104.

covenant e, posteriormente, ao *debt*, em especial após o julgamento do caso *Slade v. Morley*, em 1602, pela corte de Exchequer¹⁸⁸.

No século XVI, a ideia de que o contrato era figura jurídica que merecia respaldo legal apenas por se tratar de um acordo de vontades ainda era recebida com estranheza no direito inglês. Aqueles que defendiam esse entendimento eram percebidos com descrédito¹⁸⁹.

Para que o credor fizesse jus a alguma forma de compensação pelo inadimplemento do contrato, era necessário que tivesse cumprido, ao menos parcialmente, sua parte da avença.

No *debt*, era necessário que coisa de valor tivesse sido entregue ao devedor; na ação de *assumpsit*, ao menos originalmente, era imprescindível a performance insatisfatória da obrigação (*misfeasance*). Da noção de que para exigir a reparação do dano sofrido o credor deveria ter executado sua parcela do contrato ou, de outro modo, sido induzido a crer que a contraparte cumpriria o contrato surge o conceito de *consideration*.

Por *consideration* entende-se o benefício que é trocado entre as partes e que para elas precisa ser dotado de valor. Para Patrick Atiyah, o *consideration* é a razão que vincula as partes ao contrato¹⁹⁰.

A definição de *consideration* é de difícil assimilação, em especial para os juristas de tradição continental, mas mesmo para os formados no direito comum. James Gordley explica que essa dificuldade decorre da pouca preocupação das cortes em estabelecer uma definição coerente do *consideration*¹⁹¹.

De forma pragmática, os julgadores verificavam o que uma parte havia prometido para outra e em que medida o objeto do contrato havia sido entregue, realizado ou

¹⁸⁸ CRYSTAL, Nathan M.; KNAPP, Charles L. Knapp; PRINCE, Harry G. **Problems in Contract Law: cases and materials**. 8. ed. Nova York: Wolters Kluwer, 2016, p. 104.

¹⁸⁹ GORDLEY, James. **The philosophical origins of modern contract doctrine**. Nova York: Oxford University Press Inc., 1991. p. 135-136, menciona Edmund Plowden, que analisou o caso *Reniger v. Fogossa*, de 1550, em que o contrato como *aggregatio mentium*, latim para encontro de mentes.

¹⁹⁰ ATIYAH, Patrick S. **The rise and fall of freedom of contract**. Oxford: Claredon Press, 1979. p. 448.

¹⁹¹ GORDLEY, James. **The philosophical origins of modern contract doctrine**. Nova York: Oxford University Press Inc., 1991. p. 137.

motivado as partes a se movimentarem para executar, em todo ou em parte considerável, essa promessa. As partes eram livres para escolher a *consideration* que desejassem¹⁹².

O termo *consideration*, no sentido ora empregado, não encontra correspondência em nosso idioma, tampouco equivalente funcional. As tentativas de compará-lo ao conceito de causa do *Civil Law* são, na expressão de Guido Alpa, ilusórias. Trata-se de “uma doutrina, um princípio e uma tendência do c.l. [*Common Law*] que varia de acordo com as épocas e as circunstâncias”¹⁹³.

A ideia não é totalmente estranha à digressão histórica do dano contratual na tradição *Civil Law*. Guarda semelhança com a *actio condictio* romana, que exigia cumprimento do credor para que houvesse ressarcimento (limitado ao que incorreu para a satisfação de sua obrigação), e também com os contratos inominados (*contractus innominati*) e a *actio praescriptis verbis* do período *justinianeus*.

Os princípios gerais do direito dos contratos anglo-americano, pautados na teoria da vontade, surgiram no século XVIII, entre 1700 e 1800, atrelados aos ideais econômico-políticos da época¹⁹⁴.

Os EUA viviam momento social similar ao europeu com a Revolução Americana de 1776¹⁹⁵. A Inglaterra, berço do liberalismo clássico com a obra de Adam Smith, posteriormente influenciada de John Stuart Mill, cedeu pouco espaço à atuação estatal nas relações privadas.

O papel do *consideration* foi alterado conforme o *Common Law* transicionou do modelo que tutelava os contratos na medida em que tivessem sido executados, por uma ou ambas as partes (*executed contracts*), para o que protegia os contratos ainda a pendentes de execução (*executory contracts*)¹⁹⁶.

¹⁹² No original: “*A contracting party can stipulate for what consideration he chooses*”. A frase é de Lord Somervell no julgamento do caso *Chappell & Co Ltd v Nestle Co Ltd* [1960] AC 87, pela Câmara dos Lordes em 18 de junho de 1959.

¹⁹³ Tradução nossa de: “[...] *consideration è (anche) una doctrine, un principio e una tendenza del c.l. che varia a seconda delle epoche e delle circostanze.*” ALPA, Guido. **Contratto e common law**. Milani: CEDAM - Padova, 1987. p. 58.

¹⁹⁴ ATIYAH, Patrick S. **The rise and fall of freedom of contract**. Oxford: Clarendon Press, 1979, p. 14.

¹⁹⁵ CAMBI, Eduardo; FOGAÇA, Marcos Vargas. Civil Constitucional. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, v. 61, p. 13-35, jan./mar. 2015. n.p.

¹⁹⁶ ATIYAH, Patrick S. **The rise and fall of freedom of contract**. Oxford: Clarendon Press, 1979, p. 419.

Destaca-se a atuação de Lorde Mansfield, *Chief Justice* do *King's Bench*, no emprego dos conceitos de moral e boa-fé para o direito contratual. Mansfield almejava eliminar o *consideration* em favor de uma regra geral de coercibilidade dos contratos enquanto promessas. O dever moral de cumprir o avençado seria suficiente para satisfazer o requisito do *consideration*¹⁹⁷.

As cortes inglesas passaram a admitir a reparação específica em sede excepcional, quando uma condenação em dinheiro se mostrava inadequada, como quando o objeto do contrato é de tamanha especificidade que não poderia ser adquirido de terceiro¹⁹⁸.

É possível encontrar no Direito inglês pedidos para reparação específica que remetem aos séculos XIV e XV, apesar da ausência de menção expressa ao instituto¹⁹⁹. As atuais regras para concessão da restituição específica no Direito inglês foram desenvolvidas no final do século XVII²⁰⁰ e mais plenamente no século XVIII²⁰¹.

Ao contrário do que ocorreu no Direito romano-germânico, a reparação específica no *Common Law* não deriva diretamente da máxima do *pacta sunt servanda*²⁰². Consolidou-se como alternativa residual à reparação do dano causado pelo inadimplemento contratual.

Em princípio, as partes de um contrato assumem uma obrigação principal, que é a de cumprir a promessa que fizeram no contrato. Caso assim não procedam, “nasce uma

¹⁹⁷ ATIYAH, Patrick S. **The rise and fall of freedom of contract**. Oxford: Clarendon Press, 1979, p. 424.

¹⁹⁸ JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes. **The German Law of contract: a comparative treatise**. 2. ed. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2006. p. 392-393; SCHWARZ Alan, The Case for Specific Performance. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 89, p. 271-306, 1979, p. 271.

¹⁹⁹ ATIYAH, Patrick S. **The rise and fall of freedom of contract**. Oxford: Clarendon Press, 1979. p. 441-448. Era comum ser pleiteado que o devedor fizesse o que manda a boa-fé.

²⁰⁰ No caso *Pusey v Pusey*, julgado em 1684, determinou-se a execução específica de obrigação de entregar um chifre de caça que pertenceu ao rei dinamarquês Canuto, por se tratar de objeto único, que não poderia ser substituído. Um relato do caso pode ser encontrado em: WHITE, Frederick Thomas; TUDOR, Owen Davies (et. al.). **A Selection of Leading Cases in Equity: With Notes**, Filadélfia: T & J W Johnson & Company, 1876, v. 1. p. 1109. Também em: KRONMAN, Anthony T. Specific Performance. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 45, n. 23, p. 351-382, 1973, p. 356.

²⁰¹ KHANDANI, Kourosh Majdzadeh. Does the CISG, compared to English law, put too much emphasis on promoting performance of the contract despite a breach by the seller? **Manchester Student Law Review**, Manchester, v. 1, p. 108, 2012.

²⁰² HEIDEMANN, Maren. **Methodology of uniform contract law**. The UNIDROIT Principles in International Legal Doctrine and Practice. Springer-Verlag: Berlin/Heidelberg, 2007. p. 74-75

obrigação secundária de pagar indenização”, distinta daquela principal que pressupunha o cumprimento da obrigação contratada²⁰³.

O raciocínio está intrinsicamente ligado à influência da análise econômica do Direito na tradição anglo-americano (especialmente o último), segundo a qual deveria ser aplicada a solução mais economicamente eficiente ao inadimplemento do contrato²⁰⁴.

O mesmo pensamento foi responsável pela construção da teoria do *efficient breach of contract* (inadimplemento eficiente do contrato), de acordo com a qual o descumprimento da avença deve ser autorizado quando resultar à parte inadimplente ganho maior do que o prejuízo causado pela outra parte²⁰⁵. Mas a teoria econômica do direito não é livre de críticas mesmo pelos autores do *Common Law*²⁰⁶.

4.5.1 Direito inglês

Para obter a reparação específica no Direito inglês, a parte requerente deveria preencher uma série de requisitos. Segundo Atiyah: (i) quando a reparação monetária for inadequada; (ii) quando o contrato envolver serviços de natureza pessoal; (iii) quando a corte possuir condições de assegurar que a decisão pela reparação específica será cumprida²⁰⁷, esse remédio poderia ser concedido.

Tanto a doutrina como a jurisprudência tiveram papel importante na identificação de situações que obstariam a reparação específica: adimplemento excessivamente difícil para o devedor; contrato pactuado por meios desonestos, ainda que seu conteúdo não

²⁰³ Tradução nossa de: “*his failure to perform gives rise to a secondary obligation to pay damages [...]*” HARRIMAN, Edward Avery. **The Law of contracts**, 2. ed. Londres: Clear Prints, 1901, § 551.

²⁰⁴ CHAPPUIS, Christine. A comparative overview on performance as a remedy: a key to divergent approaches. *In*: KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration**. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 74.

²⁰⁵ CHAPPUIS, Christine. A comparative overview on performance as a remedy: a key to divergent approaches. *In*: KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration**. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 70.

²⁰⁶ FARNSWORTH E. Allan. **Contracts**, 4. ed. New York: Aspen, 2004. p. 737; ATTIYAH, Patrick. **The rise and fall of freedom of contract**. Oxford: Clarendon Press, 1979. p. 383. Sobre o tema, *vide* também: FRIEDMANN, Daniel. The Efficient Breach Fallacy. **The Journal of Legal Studies**, v. 18, n. 1, p. 01-24, jan. 1989.

²⁰⁷ ATIYAH, Patrick S. **Introduction to the law of contract**. 6. ed. Oxford: Clarendon Press, 2005. p. 378-379.

fosse considerado injusto o suficiente para afetar sua validade; casos em que a reparação em natura representasse afronta à liberdade individual da parte contratante etc.²⁰⁸.

Para Farnsworth, o teste da adequação era o mais importante, e deveria levar em consideração as indefinições e dificuldades em executar uma ordem para reparação específica, a natureza da obrigação, disposições de ordem pública, entre outros fatores²⁰⁹.

Nessa conjuntura, tornou-se geralmente aceito pelo Direito inglês que contratos que previam a venda de mercadorias específicas, que não poderiam ser substituídas por outras encontradas no mercado, seriam passíveis de reparação em natura. Para tanto, a parte credora deveria demonstrar que adotou as medidas necessárias para mitigar os prejuízos, tentando encontrar substituto²¹⁰.

A inadequação da reparação pecuniária foi considerada pré-requisito essencial para reparação específica, até o julgamento do caso *Beswick v. Beswick*, em 1968, quando se estabeleceu que a inadequação seria apenas um entre muitos fatores que podem ser considerados como fundamento para a decisão em favor da reparação específica²¹¹.

A partir de então, notou-se uma tendência das cortes pelo favorecimento da execução específica²¹². Cumpre diferenciar que, no Direito Inglês, uma ordem para que a

²⁰⁸ FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; MAZEAUD, Denis (eds). **European Contract Law**. Materials for a common frame of reference: terminology, guiding principles, model rules. Munique: Sellier european law publishers, 2008. p. 480.

²⁰⁹ FARNSWORTH, Allan E. Comparative Contract Law. *In*: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 929-932.

²¹⁰ JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes. **The German Law of contract: a comparative treatise**. 2. ed. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2006. p. 393; CHAPPUIS, Christine. A comparative overview on performance as a remedy: a key to divergent approaches. *In*: KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration**. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 63. *Vide também*: KHANDANI, Kouros Majdzadeh. Does the CISG, compared to English law, put too much emphasis on promoting performance of the contract despite a breach by the seller? **Manchester Student Law Review**, Manchester, v. 1, p. 98-135, 2012. p. 108. Khandanki relata o julgamento do caso *Cohen v Roche*, em 1927, no qual se entendeu que a obrigação de entregar cadeiras no estilo *Hepplewhite* seria substituível. O credor poderia adquirir as mesmas cadeiras de outro fornecedor para vendê-las em sua loja.

²¹¹ JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes. **The German Law of contract: a comparative treatise**. 2. ed. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2006. p. 394

²¹² BURROWS, Andrew (ed.). **Principles of the English Law of Obligations**. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 1310.

parte se abstenha de fazer algo é considerada uma *prohibitory injunction*, e não encontra as mesmas barreiras da reparação específica²¹³.

Igualmente, quando a obrigação contratual em questão é de pagar quantia em dinheiro, a parte deve persegui-la por meio da *action 'for an agreed sum'* – que resulta em forma de reparação distinta tanto da reparação específica como da indenização por perdas e danos.

Em 1979, o SGA regulou a reparação específica no caso da compra e venda de mercadorias dotadas de características muito próprias, distintas de outras encontradas no mercado. Sem muito inovar frente aos critérios adotados pela jurisprudência, o art. 52 submete a possibilidade de reparação específica à discricionariedade do julgador, mediante pedido da parte interessada.

Não é possível extrair do Direito Inglês regra fixa e uniforme para concessão da reparação específica. O cabimento do remédio será analisado caso a caso²¹⁴. Acerca do tema, Lorde Hoffmann, no julgamento do caso *Co-operative Insurance Society*, em 1997, traçou paralelo entre o Direito inglês, alemão e francês:

[...] in countries with legal systems based on civil law, such as France, Germany and Scotland, the plaintiff is prima facie entitled to specific performance. The cases in which he is confined to a claim for damages are regarded as the exceptions. In practice, however, there is less difference between Common Law and civilian systems than these general statements might lead one to suppose. **The principles upon which English judges exercise the discretion to grant specific performance are reasonably well settled and depend upon a number of considerations, mostly of a practical nature, which are of very general application. I have made no investigation of civilian systems, but a priori I would expect that judges take much the same matters into account in deciding whether specific performance would be inappropriate in a particular case.**²¹⁵ (grifo nosso)

²¹³ No Direito brasileiro, à semelhança de outros ordenamentos romano-germânicos, a tutela inibitória é considerada espécie de provimento jurisdicional da execução específica, caracterizado pela diferente finalidade que possui no plano do direito material. Com efeito, a execução específica comporta, no plano processual três tipos de tutela: além da inibitória, a reintegratória (que busca desfazer o descumprimento já praticado) e a ressarcitória (que busca reparar *in natura* o dano sofrido). Cf. DIDIER JR., Fredie *et al.* **Curso de direito processual civil** - Execução. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, v. 5. p. 569-578.

²¹⁴ JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes. **The German Law of contract: a comparative treatise**. 2. ed. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2006. p. 398.

²¹⁵ No caso, foi determinada a reparação específica em caso de inadimplemento de contrato de aluguel de loja no Hillsborough Shopping Centre. Lord Browne-Wilkinson Lord Slynn of Hadley Lord Hoffmann Lord Hope of Craighead Lord Clyde. Disponível em: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1997/17.html>. Acesso em: 17 maio 2023.

A afirmação tem parcela de verdade, mas o parâmetro do que seria, e.g., uma dificuldade na realização da obrigação capaz de afastar a reparação específica no direito romano-germânico aparenta mais rigidez ao remeter à impossibilidade.

Além disso, o exame que se faz no *Civil Law* é pelo não cabimento da execução específica, que são as hipóteses de exceção a esse remédio. A análise do *Common Law* é oposta, pois a própria execução específica é a exceção à regra geral da reparação contratual.

Por fim, e à semelhança do *Civil Law*, as Cortes de Chancelaria também impunham sanções para assegurar o cumprimento da obrigação pela parte inadimplente, por meio do *contempt of court*. Esse mecanismo poderia, inclusive, ensejar a prisão do devedor, o que contribuiu para a percepção de que a execução específica seria solução muito rígida para o descumprimento contratual²¹⁶.

4.5.2 Direito norte-americano

Já nos EUA, onde a teoria econômica do Direito encontra maior recepção, contratos de prestação de serviços dificilmente admitem a execução específica, por entenderem as cortes que tal determinação interferiria da liberdade individual do devedor.

No que diz respeito ao principal exemplo de execução específica admitida na Inglaterra – a venda de coisas específicas, que não poderiam ser substituídas por outras encontradas no mercado – o direito norte-americano fez distinção entre mercadorias consideradas únicas e aquelas que não estavam disponíveis de imediato para aquisição junto a outros vendedores.

No primeiro caso, seria admissível a execução específica, especialmente fundada na dificuldade de se mensurar o valor do dano. No último, pôr a indisponibilidade imediata dos produtos no mercado não significa sua inexistência, de modo que seria possível aferir os custos de aquisição de equivalente com terceiros – o que serviria de medida para a indenização (*market value*). Estando os bens disponíveis para compra de

²¹⁶ HEIDEMANN, Maren. **Methodology of uniform contract law**. The UNIDROIT Principles in International Legal Doctrine and Practice. Springer-Verlag: Berlin/Heidelberg, 2007. p. 77-78.

outros vendedores, diferença entre os preços praticados no mercado e o do contrato pode ser cobrada do devedor como indenização²¹⁷.

A execução específica atua, pois, como ferramenta de mensuração dos danos quando não é possível estimá-los com base em outros métodos²¹⁸, como *market value*, *reliance damages* (que tinham como objetivo colocar o credor na mesma posição em que estaria se o contrato jamais tivesse sido pactuado – comparável ao interesse negativo) e *expectation interests* (que tinham como objetivo colocar o credor na mesma posição em que estaria se o contrato tivesse sido adequadamente cumprido – comparável ao interesse positivo).

Em nível federal, relevante o RSC, publicado em 1981, e o UCC, originalmente publicado em 1952, com os aditamentos promovidos em 2001, 2003 e 2013, que dispuseram sobre o tema.

Os §§ 357-360 do RSC²¹⁹ contêm lista de fatores que podem ser considerados para aferir a inadequação da reparação pela via pecuniária. Um desses fatores é justamente a dificuldade de se mensurar o valor dos danos.

O § 2-716(1)84 do UCC versa sobre o cabimento da execução específica nos casos de compra e venda de mercadorias. Com referência à necessidade de se tratar de produtos únicos, também admite o uso desse remédio em “outras circunstâncias apropriadas”²²⁰. A redação genérica permite, em tese, seu emprego em uma variedade de situações.

²¹⁷ MACKAAY, Ejan. The Civil Law of Contract. DE GEEST, Gerrit (ed.) **Encyclopedia of Law and economics**. 2. ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2010. p. 28-29.

²¹⁸ HEIDEMANN, Maren. **Methodology of uniform contract law**. The UNIDROIT Principles in International Legal Doctrine and Practice. Springer-Verlag: Berlin/Heidelberg, 2007. p. 92.

²¹⁹ § 357(1): “*Subject to the rules stated in §§ 359-69, specific performance of a contract duty will be granted in the discretion of the court against a party who has committed or is threatening to commit a breach of the duty;*”

§ 359(1): “*Specific performance or an injunction will not be ordered if damages would be adequate to protect the expectation interest of the injured party;*”

§ 360: “*In determining whether the remedy in damages would be adequate, the following circumstances are significant: (a) the difficulty of proving damages with reasonable certainty, (b) the difficulty of procuring a suitable substitute performance by means of money awarded as damages, and (c) the likelihood that an award of damages could not be collected.*”

²²⁰ Tradução nossa de: “[...] *or in other proper circumstances*”.

Como no Direito inglês, a realização de obrigação que implique ônus indevido ao contratante inadimplente também não será determinada, de modo a evitar o desperdício de recursos financeiros²²¹.

4.6 *Lex mercatoria*

Além dos direitos estatais, o inadimplemento contratual também recebe tratamento na *lex mercatoria*. É relevante a análise do tema porque, nas palavras de José A. Engrácia Antunes:

Não obstante seja discutido se estaremos aqui diante de uma verdadeira fonte autónoma de Direito comercial (não faltando mesmo quem conteste a sua própria existência), tal corpo normativo e principiológico actua hoje decerto, no mínimo, como direito dispositivo para o qual as empresas remetem frequentemente a regulação das suas relações contratuais plurilocalizadas, sendo assim perfeitamente admissível, por exemplo, que as partes de um contrato jusmercantil internacional escolham o direito aplicável através de uma remissão, directa ou indirecta, para semelhante “*lex mercatoria*”.²²²

Em que pese as divergências sobre quais fontes do direito integram a *lex mercatoria*²²³, adota-se a definição de Goldman, ampla, pela abrangência de princípios, convenções, tratados e normas oriundas de organizações internacionais²²⁴.

Pela facilidade oriunda da sistematização, pretende-se a análise dessas últimas, notadamente a CISG, os Princípios UNIDROIT e os PEDC. Tais normas adotaram o princípio da reparação integral²²⁵ e remédios variados para reparação do dano oriundo do inadimplemento contratual. O *status* da execução específica em cada uma delas será analisado a seguir.

²²¹ JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes. **The German Law of contract: a comparative treatise**. 2. ed. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2006. p. 418. *Vide* § 348 do RSC.

²²² ANTUNES, José A. Engrácia. **Direito dos contratos comerciais**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 66.

²²³ HUCK, Hermes Marcelo. *Lex mercatoria: horizontes e fronteira do comércio internacional*. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 87, p. 213-235, 1992. p. 217-218.

²²⁴ GOLDMAN, Berthold. *Frontières du Droit et lex mercatoria*. **Doutrinas Essenciais de Direito Internacional**, São Paulo, v. 5, p. 43-61, fev. 2012. n.p.

²²⁵ Art. 74 da CISG, art. 7.4.2 dos Princípios UNIDROIT e art. 9:501 dos PEDC.

4.6.1 CISG

A execução específica na CISG está consolidada nos arts. 46(1) e 62. No texto original, adotou-se a expressão “*require performance*”, que foi traduzida para o português como “exigir [...] o cumprimento de suas obrigações” no Dec. nº 8.327/2014:

Artigo 46

(1) O comprador poderá exigir do vendedor o cumprimento de suas obrigações, salvo se tiver exercido qualquer ação incompatível com esta exigência.

Artigo 62

O vendedor poderá exigir do comprador o pagamento do preço, o recebimento das mercadorias ou a execução de outras obrigações que a este incumbirem, salvo se o vendedor houver exercido algum direito ou ação incompatível com tal exigência.

A execução específica não será aplicada quando se mostrar incompatível com ação adotada pelo devedor. É essa a exceção que constou da parte final dos arts. 46(1) e 62. Sobre ações e direitos incompatíveis, Schlechtriem e Schwenger (2014, p. 595):

[o] direito ou ação concorrente do comprador baseado no direito interno somente é admissível quando preenchidas três condições: os fundamentos em que se baseia o direito ou ação não podem estar dentro dos limites próprios da Lei Uniforme de Compra e Venda; o direito ou ação não pode estar em conflito com os objetivos regulatórios da Lei Uniforme de Compra e Venda; e o próprio direito interno deve permitir a utilização concorrente do direito ou ação.²²⁶

Além disso, o art. 28 impôs restrição de ordem processual²²⁷, fundada no direito processual do país da disputa:

²²⁶ SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. **Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias**. Coordenação de tradução Ingeborg Schwenger, Eduardo Grebler, Véra Fradera, César Guimaraes Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 595.

²²⁷ HEIDEMANN, Maren. **Methodology of uniform contract law**. The UNIDROIT Principles in International Legal Doctrine and Practice. Springer-Verlag: Berlin/Heidelberg, 2007. p. 76.

Artigo 28

Se, de conformidade com as disposições da presente Convenção, uma das partes tiver o direito de exigir da outra o cumprimento de certa obrigação, o juiz não estará obrigado a ordenar sua execução específica salvo se devesse fazê-lo segundo seu direito nacional, em relação a contratos de compra e venda semelhantes não regidos pela presente Convenção.

Schlechtriem e Schwenger afirmam que costuma ser “possível e preferível”²²⁸ solucionar a questão relativa à exigência da execução específica sem recorrer ao art. 28 ou à lei interna, com base na interpretação dos próprios arts. 46 e 62 ou do princípio da boa-fé (consignado no art. 7(1) da CISG²²⁹).

Caso se recorra à aplicação do art. 28, não basta a mera constatação da disponibilidade do remédio da execução específica no direito interno. É necessária análise discricionária de se o juiz, com base em seu próprio direito, entenderia pela aplicação da execução específica no caso concreto²³⁰.

O dispositivo se afasta do princípio maior da uniformização do Direito pela convenção. Por isso, deve-se reservar a aplicação do art. 28 às hipóteses em que haja distinção significativa entre a CISG e o direito interno.

²²⁸ SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. **Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias**. Coordenação de tradução Ingeborg Schwenger, Eduardo Grebler, Véra Fradera, César Guimaraes Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 595.

²²⁹ “Artigo 7. (1) Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional.”

²³⁰ SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. **Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias**. Coordenação de tradução Ingeborg Schwenger, Eduardo Grebler, Véra Fradera, César Guimaraes Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 597.

4.6.2 Princípios UNIDROIT

No caso dos Princípios UNIDROIT, “o direito à execução, isto é, do direito a reclamar a execução específica da prestação”²³¹, é objeto da Seção 2, do Capítulo 7, em especial dos arts. 7.2.1 e 7.2.2, *in verbis*:

ARTIGO 7.2.1

(Adimplemento de obrigação monetária)

Se a parte obrigada a pagar soma em dinheiro não o faz, a outra parte pode exigir pagamento.

ARTIGO 7.2.2

(Adimplemento de obrigação não-monetária)

Se a parte que deve uma obrigação outra que pagamento em dinheiro não a adimplir, a outra parte pode exigir adimplemento, exceto se:

- (a) o adimplemento for impossível de fato ou de direito;
- (b) o adimplemento ou, sendo o caso, sua execução forçada exigirem custos ou despesas desrazoáveis; (a) a parte credora da obrigação puder razoavelmente obter a prestação por outra via;
- (b) o adimplemento for de caráter personalíssimo; ou (c) a parte credora da prestação não exige o adimplemento em prazo razoável após o momento em que teve, ou deveria ter tido, conhecimento do inadimplemento.

Os Princípios UNIDROIT, inspirados nesse aspecto pela CISG²³², denotam influência do direito romano-germânico ao enquadrar a execução específica como o remédio principal para o inadimplemento contratual. A classificação é condizente com o enfoque dado à força vinculante dos contratos, constante do art. 1.3²³³.

²³¹ GAMA JÚNIOR, Lauro. Os princípios do UNIDROIT relativos aos contratos do comércio internacional: uma nova dimensão harmonizadora dos contratos internacionais. *In*: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (orgs.). **Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo**: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 122.

²³² GAMA JÚNIOR, Lauro. **Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 374.

²³³ “ARTIGO 1.3 (Força obrigatória do contrato) Um contrato validamente celebrado é vinculatório entre as partes. Ele somente pode ser modificado ou extinto em conformidade com o disposto em suas próprias

Para Lauro Gama Jr., o art. 7.2.2 “constitui compromisso entre os sistemas de tradição romano germânica e os de *common law*”²³⁴, dado o aspecto controverso que a execução específica assume nesse último.

Como a exigência do cumprimento e o conceito de *efficient breach* são incompatíveis, os Princípios UNIDROIT não contemplam possibilidade em que é dado a parte descumprir o contrato quando a execução se mostrar mais onerosa que o pagamento de indenização. Contudo, quando a prestação se tornar excessivamente onerosa, a execução forçada poderá ser substituída por pagamento de soma em dinheiro²³⁵.

As exceções contempladas pelo art. 7.2.2, em seu turno, incluem elementos que são ponderados pelas cortes de *Common Law* ao apreciar o cabimento da execução específica (e.g. o custo inerente ao cumprimento, a possibilidade de satisfação por outra via e/ou prazo necessário para cumprimento da obrigação). A razoabilidade é parâmetro importante e confere ao julgador certa liberdade para afastar a execução específica no âmbito dos princípios UNIDROIT²³⁶.

As exceções também não são estranhas ao *Civil Law*, em especial àquela da impossibilidade de cumprimento da obrigação e a execução forçada de prestação de cunho personalíssimo, cuja recusa em cumprir estaria fundada na liberdade individual.

Para Schwenger, o *standard* de execução específica nos Princípios UNIDROIT é mais rígido do que o da CISG. Também é incerto o quanto um juiz norte-americano estaria disposto à aplica-lo, embora a recepção das cortes americanas à abordagem Princípios UNIDROIT seja receptiva quando adotada por árbitros²³⁷.

cláusulas, ou pelo comum acordo das partes, ou ainda segundo previsão diversa contida nos presentes princípios.”

²³⁴ GAMA JÚNIOR, Lauro. **Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: soft law**, arbitragem e jurisdição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 373.

²³⁵ CHAPPUIS, Christine. A comparative overview on performance as a remedy: a key to divergent approaches. In: KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration**. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 82-83.

²³⁶ CHAPPUIS, Christine. A comparative overview on performance as a remedy: a key to divergent approaches. In: KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration**. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 81.

²³⁷ SCHWENZER, Ingeborg. Specific Performance and Damages According to the 1994 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. **European Journal of Law Reform**, v. 1, n. 3, p. 289-303, 1999. p. 292.

O art. 7.2.4 reproduz o sistema do CPC francês ao autorizar “[o] tribunal que ordena uma parte a adimplir” a “determinar que esta pague uma penalidade caso não cumpra a ordem”. E prossegue: “[a] penalidade deverá ser paga à parte prejudicada, a menos que normas imperativas da lei do foro disponham o contrário”.

A norma foi criticada por contemplar penalidade de natureza processual em estatuto de ordem material. É controverso se essa penalidade, caso fixada por tribunal arbitral, seria aceita pelas cortes estatais²³⁸.

4.6.3 PEDC

Os PEDC constituem compilado de regras modelo, elaborado pelos principais doutrinadores do direito contratual europeu. Contemplam regras básicas do direito dos contratos e das obrigações que a maioria dos sistemas jurídicos dos estados-membro da União Europeia têm em comum.

Sua criação é atribuída à Comissão Europeia do Direito dos Contratos, criada por Ole Lando (*Lando Commission*). Foram inspirados na CISG e guardam similaridades com os Princípios UNIDROIT, em tal medida que os comentários do Capítulo 4.6.1 e 4.6.2 também são aplicáveis aos arts. 9.101 a 9.103 dos PEDC, que regulam a execução específica das obrigações contratuais:

Article 9:101: Monetary Obligations

- (1) The creditor is entitled to recover money which is due.
- (2) Where the creditor has not yet performed its obligation and it is clear that the debtor will be unwilling to receive performance, the creditor may nonetheless proceed with its performance and may recover any sum due under the contract unless:
 - (a) it could have made a reasonable substitute transaction without significant effort or expense; or
 - (b) performance would be unreasonable in the circumstances.

²³⁸ SCHWENZER, Ingeborg. Specific Performance and Damages According to the 1994 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. *European Journal of Law Reform*, v. 1, n. 3, p. 289-303, 1999. p. 302.

Article 9:102: Non-monetary Obligations

(1) The aggrieved party is entitled to specific performance of an obligation other than one to pay money, including the remedying of a defective performance.

(2) Specific performance cannot, however, be obtained where:

(a) performance would be unlawful or impossible; or

(b) performance would cause the obligor unreasonable effort or expense; or

(c) the performance consists in the provision of services or work of a personal character or depends upon a personal relationship, or

(d) the aggrieved party may reasonably obtain performance from another source.

(3) The aggrieved party will lose the right to specific performance if it fails to seek it within a reasonable time after it has or ought to have become aware of the non-performance.

Article 9:103: Damages Not Precluded

The fact that a right to performance is excluded under this Section does not preclude a claim for damages.

Os PEDC não contêm disposição que autoriza o arbitramento de multa com a finalidade de assegurar o cumprimento da obrigação, tampouco regra que se assemelhe à do art. 28 da CISG. Assim, no âmbito dos PEDC, a lei processual não é relevante para aferir o cabimento da execução específica.

4.7 Execução específica na arbitragem internacional

Na arbitragem internacional, que é fruto da autonomia privada, a execução específica deve ser percebida primeiramente como um direito das partes, não um poder

conferido aos árbitros²³⁹. O cabimento de tal remédio, em princípio, decorreria da mesma fonte que deu ensejo à própria solução de conflitos pela via arbitral: o contrato²⁴⁰.

Se as partes dedicaram tempo (e dinheiro) na redação de contrato que contempla expressamente a reparação do dano pela execução específica da obrigação, o tribunal deverá assim ordenar, desde que repute preenchidos os requisitos para tanto – que podem estar tanto no contrato como na lei aplicável ao mérito ou procedimento²⁴¹.

Comparações com os remédios disponíveis aos juízes estatais não seriam adequadas porque, no Poder Judiciário, a vontade das partes está submetida em maior grau aos interesses da coletividade. As cortes judiciais não são constituídas sob medida de modo a atender à vontade das partes. Já os tribunais arbitrais são dotados dessa característica, limitada apenas por princípios fundamentais do devido processo legal, independência e imparcialidade dos árbitros e questões de ordem pública.

Os árbitros eleitos pelas partes para solucionar determinado conflito devem dar ao contrato a interpretação mais compatível com as expectativas das partes, geralmente nele refletidas. Por isso, a maioria dos regulamentos de arbitragem, ou mesmo cláusulas compromissórias ou termos de arbitragem/atas de missão contemplam texto indicando que a disputa deverá ser resolvida em conformidade com o contrato.

Afora disso, como visto no Capítulo 3, os árbitros devem recorrer à lei aplicável – substantiva e/ou processual – incluindo os regulamentos de arbitragem. É raro que regulamentos disponham sobre o tema.

²³⁹ MUÑOZ, David Ramos. The power of arbitrators to make *pro futuro* orders. In: KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy**: non-monetary relief in international arbitration. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011, p. 98.

²⁴⁰ SCHNEIDER, Michael. Non-monetary relief in international arbitration: principles and arbitration practice. In: KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy**: non-monetary relief in international arbitration. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 4-5.

²⁴¹ MUÑOZ, David Ramos. The power of arbitrators to make *pro futuro* orders. In: KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy**: non-monetary relief in international arbitration. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011, p 99.

Há exceção nas Regras de Arbitragem Internacional da ICDR-AAA (Regras ICDR-AAA)²⁴² – que não dispõe sobre a execução específica como as Regras de Arbitragem Comercial Doméstica da AAA (Regras da AAA)²⁴³ – mas estabelecem que:

Article 34: Applicable Laws and Remedies

1. The arbitral tribunal shall apply the substantive law(s) or rules of law agreed by the parties as applicable to the dispute. Failing such an agreement by the parties, the tribunal shall apply such law(s) or rules of law as it determines to be appropriate.

2. In arbitrations involving the application of contracts, the tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account usages of the trade applicable to the contract.

[...]

4. Unless the parties agree otherwise, the parties expressly waive and forego any right to punitive, exemplary, or similar damages unless any applicable law(s) requires that compensatory damages be increased in a specified manner. This provision shall not apply to an award of arbitration costs to a party to compensate for misconduct in the arbitration.

Encontra-se na doutrina posição no sentido de que o árbitro deve considerar o potencial impacto do remédio escolhido no procedimento de homologação e execução das sentenças arbitrais estrangeiras. A justificativa é garantir o adequado funcionamento da CNY, instrumento que contribuiu (e contribui) para a efetividade da arbitragem internacional²⁴⁴.

As dificuldades no procedimento homologatório existem – e serão objeto do Capítulo 6 – mas parecem superáveis e, portanto, inaptas a afastar a possibilidade de execução específica²⁴⁵.

²⁴² Disponível em: https://www.adr.org/sites/default/files/ICDR_Rules_0.pdf. Acesso em: 16 maio 2023.

²⁴³ Cf. art. 47 das Regras da AAA: “The arbitrator may grant any remedy or relief that the arbitrator deems just and equitable and within the scope of the agreement of the parties, including, but not limited to, specific performance of a contract.” Disponível em: <https://adr.org/sites/default/files/Commercial%20Rules.pdf>. Acesso em: 16 maio 2023.

²⁴⁴ ELDER, Troy. The Case against Arbitral Awards of Specific Performance. **Arbitration International**, v. 13, issue 1, p. 1-32, 1997, p. 31-32.

²⁴⁵ A mesma conclusão foi atingida em: SCHNEIDER, Michael. Non-monetary relief in international arbitration: principles and arbitration practice. In: KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy**: non-monetary relief in international arbitration. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 6.

Com base na combinação dos elementos do contrato, das leis aplicáveis e na interação entre a via arbitral e as cortes estatais, bem assim com base em sua experiência prática, Robert Gemmel²⁴⁶, árbitro e *fellow* do CIArb, elaborou nove perguntas a serem respondidas para identificar o cabimento da execução específica em caso concreto.

Enquanto árbitro, questionou se seria capaz de: (i) estabelecer detalhada e adequadamente a obrigação a ser desempenhada; (ii) supervisionar o cumprimento da obrigação, (iii) sem se colocar na posição de fiscalizar se a obrigação foi satisfeita a contento; (iv) estabelecer prazo para cumprimento, a partir do qual a parte adimplente poderá requerer medidas de execução coercitiva, se necessário; e (v) proferir uma sentença passível de monitoramento.

Caso a resposta para tais perguntas fosse positiva, deveriam ser sopesadas em favor da concessão da execução específica.

Também respondeu às seguintes perguntas: (vi) seria necessária a supervisão contínua do cumprimento da obrigação?; (vii) seria possível a compensação monetária em vez da execução específica?; (viii) a tutela seria viável de acordo com as normas e princípios aplicáveis?; e (ix) a execução específica seria concedida pelas cortes estatais como alternativa a perdas e danos ou seria, por si só, um remédio adequado?

Nesses casos, as respostas positivas seriam computadas contra a determinação de execução específica.

Por fim, existe a possibilidade de sustentar o remédio da execução específica nos poderes inerentes e/ou implícitos do árbitro. Segundo essa concepção, os árbitros possuem poderes que não necessariamente estão expressamente previstos na cláusula compromissória, contrato e leis aplicáveis.

Esses poderes são aqueles necessárias para o adequado desempenho de seu encargo, com a efetiva solução do litígio que lhe for colocado pelas partes²⁴⁷.

²⁴⁶ GEMMELL, Robert J. To Order Specific Performance? **Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management**, v. 76, issue 3, p. 467-473, ago. 2010. p. 469-470.

²⁴⁷ MUÑOZ, David Ramos. The power of arbitrators to make *pro futuro* orders. In: KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration**. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 110.

5 A CLÁUSULA PENAL OU DE *LIQUIDATED DAMAGES*

A cláusula penal se destina, de forma genérica, a resguardar o ressarcimento do credor de possíveis prejuízos decorrentes de inadimplemento do devedor.

Para Pontes de Miranda, trata-se de “prestação, de ordinário em dinheiro, que alguém, devedor ou não, promete, como pena a que se submete, para o caso de não cumprir a sua obrigação, ou não a cumprir satisfatoriamente, ou para o caso de se dar algum fato, concernente ao negócio jurídico, ou não se dar”²⁴⁸.

É admitida na maioria das jurisdições *Civil Law*²⁴⁹. Em regra, cláusulas penais são consideradas válidas, ainda que tenham, em algum grau, função punitiva, o que o *Common Law*²⁵⁰ tende a rejeitar.

Com a pactuação de cláusula penal compensatória, o credor fica isento da necessidade de comprovar os prejuízos efetivamente incorridos; de outro, submete-se ao risco de as perdas serem maiores do que a prefixação acordada.

O devedor, por sua vez, tem a segurança e a certeza de que nada pagará além do valor avençado na cláusula penal, submetendo-se, contudo, ao risco de pagar valor superior ao prejuízo sofrido pelo credor²⁵¹.

As cláusulas penais refletem o princípio de autoconfiguração das relações privadas²⁵², pelo qual as partes procedem à autorregulamentação dos seus próprios interesses e relações²⁵³.

²⁴⁸ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, tomo XXVI. p. 62.

²⁴⁹ É o caso, por exemplo, do art. 1231-5 do CC francês, § 339 do CC alemão e art. 810.(1) do CC português.

²⁵⁰ BEALE, Hugh; LANDO, Ole (eds.). **Principles of European Contract Law: Parts I and II, Combined and Revised**, The Hague: Kluwer Law International, 2000. p. 455. No mesmo sentido: DIMOLITSA, Antonias. Contractual Remedies: Clauses Pénales and Liquidated Damages Clauses. *In*: DE LY, Filip J. M.; LÉVY, Laurent (eds.). **Interest, Auxiliary and Alternative Remedies in International Arbitration**. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, v. 5, 2008. p. 15.

²⁵¹ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**, v. 5, tomo 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 727; MONTEIRO, António Pinto. Cláusula penal e comportamento abusivo do credor. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, v. 25, Rio de Janeiro, p. 113-141, 2004. p. 122.

²⁵² FLUME, Werner. **El negocio jurídico: parte general del derecho civil**. Tradução de: José María Miquel González e Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998, tomo 2. p. 23.

²⁵³ BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994. p. 49. *Idem*: NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual**. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 114-116; NETO, Francisco dos Santos

Nos contratos comerciais, a autonomia privada remanesceu ampla, mesmo com o advento do estado dirigista. Conquanto sejam observados limites imperativos da lei aplicável, serão as próprias partes contratantes que estabelecerão o conteúdo de seus contratos, que possuem conotação de verdadeira lei entre as partes²⁵⁴.

A interferência do Estado, por meio da lei ou pelo controle judicial por ela autorizado, é limitada. Apenas por exceção, dá-se a interferência na liberdade contratual associando, aos negócios empresariais celebrados pelas partes, cláusulas e regras de sua autoria²⁵⁵. Por isso se diz que o contrato comercial é eivado de maior grau de autonomia privada a ser preservado²⁵⁶, especialmente no surgir de um litígio.

Mas interferência limitada não significa inexistente. Na esteira das reformas ocorridas nas codificações na segunda metade do século XX, tanto na América Latina quanto na Europa, estava a tendência de ampliar os critérios para revisão da cláusula penal.

Antes, as legislações inspiradas no Código Napoleão impunham o critério da imutabilidade da cláusula penal, permitindo a modificação apenas no caso de cumprimento parcial.

No Direito Comparado, as legislações estrangeiras contemplam uma variedade de soluções para a cláusula penal excessiva: faculdade ou dever de revisar; necessidade de pleito de redução pelo devedor ou poder de agir *ex officio*²⁵⁷.

Em algumas situações, a norma tem por fundamento evitar que a cláusula penal, cujo teor é predominantemente definido pelo credor, contenha multa demasiadamente

Amaral. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, a. 26, n. 102. p. 213-215, abr./jun. 1989; MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado**: critérios para a sua aplicação. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 248-249.

²⁵⁴ ANTUNES, José A. Engrácia. **Direito dos contratos comerciais**. Coimbra: Almedina, 2014. p. 55.

²⁵⁵ CORDEIRO, António Menezes. **Direito comercial**. 4. ed. com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro. Coimbra: Almedina, 2016. p. 559.

²⁵⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**, vol. 3. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 36; FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 119.

²⁵⁷ CC francês (art. 1.132); BGB (§ 343).

rígida, incompatível com o objeto da avença e/ou com o inadimplemento que se visa coibir²⁵⁸.

No caso de cláusula de prefixação das perdas e danos que supera o valor do negócio, por exemplo, o credor pode ter mais interesse no descumprimento do que no cumprimento do contrato, estimulando-o.

O direito anglo-americano, em que a autonomia privada encontra, atualmente, concepção mais plena, também permite a estipulação a cláusula compensatória de prefixação de perdas e danos, a qual dão o nome de *liquidated damages*²⁵⁹.

As cortes inglesas observam as cláusulas de prefixação de perdas e danos desde que o valor represente uma legítima estimativa dos prejuízos decorrentes da violação contratual.

Ocasões em que o montante se mostra incompatível com a natureza do dano ou se presta a coagir qualquer das partes ao cumprimento do contrato, a cláusula de *liquidated damages* é considerada inválida.

5.1 Direito francês

A cláusula penal no direito francês (*clause pénale*) é aquela que contempla uma avaliação antecipada das perdas e danos, para o caso de inadimplemento absoluto ou mora. Sua pactuação é vedada em determinados casos, como contratos de trabalho e de consumo²⁶⁰.

Após a reforma implementada pela *Ordonnance* n° 2016-131, de 10 de fevereiro de 2016, a cláusula penal passou a ser regulada pelo art. 1231-5, segundo o qual:

²⁵⁸ NANNI, Giovanni Ettore. Arts. 233 a 420. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 393.

²⁵⁹ Sobre a definição de cláusula compensatória de pré-fixação de perdas e danos (*liquidated damages*) no Direito inglês e maior detalhamento acerca das hipóteses em que são consideradas válidas ou inválidas ver: RAWLE, Francis (rev.). **Bouvier's Law Dictionary and Concise Encyclopedia**, 3rd revision. 8. ed. Kansas: Vernon Law Book Company/West Publishing Company, 1914, v. II. p. 2024-2025.

²⁶⁰ TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves; CHÉNEDÉ, François. **Droit civil: les obligations**. Paris: Dalloz, 2019. p. 957-958.

Quando o contrato estipular que a parte inadimplente pagará certa quantia a título de indenização, não poderá ser concedida à outra parte quantia maior ou menor.

Não obstante, o juiz poderá, mesmo de ofício, moderar ou aumentar a pena convencionada, se for manifestamente excessiva ou irrisória.

Quando o compromisso tiver sido parcialmente executado, a pena pactuada poderá ser reduzida pelo juiz, ainda que de ofício, na proporção do benefício que a execução parcial tiver proporcionado para o credor, sem prejuízo da aplicação da alínea anterior.

Qualquer estipulação contrária às duas alíneas anteriores será considerada não escrita.

Salvo no inadimplemento definitivo, a sanção incide apenas quando o devedor for constituído em mora.²⁶¹

A maioria dos doutrinadores franceses dos séculos XVIII e XIX (Pothier, Laurent, Aubri e Rau e Savatier) atribuem à cláusula penal função assecuratória. Estimular o cumprimento da obrigação seria a própria natureza da cláusula penal, ora distinguindo a natureza da finalidade (como é o caso de Aubry e Rau). Enquanto sua natureza seria assecuratória, surgindo daí o nome de teoria do reforço, sua função seria indenizatória²⁶².

De todos eles, Savatier é quem, segundo Limongi França, mais se aproximava da teoria da pena (segundo a qual a cláusula penal seria punição ao inadimplemento), mas ainda atrelado à teoria do reforço²⁶³. Pouco depois, Demogue difundiu a teoria eclética, segundo a qual a cláusula penal possui uma multiplicidade de funções²⁶⁴.

De acordo com a doutrina atual, é essa corrente que melhor define a natureza da cláusula penal, já que, simultaneamente: (i) evita contestação quanto à dimensão da

²⁶¹ No original: “*Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.*”

Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.

Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent.

Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite.

Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure.”

²⁶² FRANÇA, R. Limongi. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 142-143.

²⁶³ FRANÇA, R. Limongi. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 143-144.

²⁶⁴ FRANÇA, R. Limongi. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 152.

indenização; (ii) dispensa o credor de comprovar a efetiva extensão do dano experimentado; (iii) confere ao devedor conhecimento antecipado das consequências do seu inadimplemento e (iv) encoraja o cumprimento das obrigações contratuais²⁶⁵.

Ademais, a atividade jurisdicional que seria exercida futuramente pelo juiz, visando à quantificação dos prejuízos após surgido um litígio, é substituída pelo acordo das partes²⁶⁶.

Por se tratar de estimativa feita antes da materialização do prejuízo, a cláusula penal não pode, por sua própria natureza, garantir equivalência absoluta com a dimensão do dano. Seu valor costuma ser, de fato, superior ao do prejuízo efetivamente experimentado quando ocorre o inadimplemento, e aí reside seu caráter cominatório²⁶⁷.

A intangibilidade da cláusula penal era afirmada pelo Código Napoleão, por mais injustos que fossem os efeitos²⁶⁸. Na versão de 1804, o art. 1152 continha a mesma redação da primeira alínea do texto dado pela *Ordonnance* n° 2016-131, de 10 de fevereiro de 2016 ao art. 1132 – mas sem quaisquer das exceções.

A Lei n° 75-596, de 9 de julho de 1975, acrescentou uma alínea ao art. 1.152²⁶⁹ e deu nova redação ao art. 1.231²⁷⁰. Sua interpretação conjugada resultava em disposição

²⁶⁵ CHÉNEDÉ, François; LEQUETTE, Yves; SIMLER, Philippe; TERRÉ, François; **Droit civil**: les obligations. Paris: Dalloz, 2019. p. 958.

²⁶⁶ CHÉNEDÉ, François; LEQUETTE, Yves; SIMLER, Philippe; TERRÉ, François; **Droit civil**: les obligations. Paris: Dalloz, 2019. p. 959.

²⁶⁷ AYNÈS, Laurent; MALAURIE, Philippe; STOFFEL-MUNCK, Philippe. **Droit civil**: droit des obligations. 8. ed. Paris: LGDJ, 2016. p. 576.

²⁶⁸ AYNÈS, Laurent; MALAURIE, Philippe; STOFFEL-MUNCK, Philippe. **Droit civil**: droit des obligations. 8. ed. Paris: LGDJ, 2016. p. 577.

²⁶⁹ “Art. 1° - *L'article 1152 du code civil est complété par l'alinéa suivant:*

<< Néanmoins, le juge peut modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputé non écrite. >>” Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/download/securePrint?token=rxvpKtD!yn2VZNF0!idp>. Acesso em: 17 maio 2023.

”Art. 1° - O artigo 1152 do Código Civil passa a ser complementado pelo seguinte texto:

“Todavia, o juiz pode diminuir ou aumentar a pena pactuada, se for manifestamente excessiva ou irrisória. Qualquer estipulação em contrário será considerada não escrita.” (Tradução nossa)

²⁷⁰ “Art. 2 - *L'article 1231 du code civil est modifié comme suit :*

<< Art. 1231. - Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut être diminué par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'article 1155. Toute stipulation contraire sera réputé non écrite. >>”.

“Art. 2 - O artigo 1231 do Código Civil é alterado nos seguintes termos:

similar à do atual art. 1.132, sem, contudo, a constar a possibilidade de o juiz proceder à modulação da cláusula penal de ofício.

Apesar disso, a jurisprudência francesa da década de noventa já se posicionava pela possibilidade de modulação da cláusula penal *ex officio*. As cortes estatais, além disso, interpretaram restritivamente o poder moderador inserido pela Lei nº 75-596, de 9 de julho de 1975: para reduzir ou aumentar a cláusula penal, o juiz precisava indicar os motivos que ensejaram a alteração. A conduta do devedor não era considerada motivo suficiente para redução²⁷¹.

Por fim, ao consignar que as partes não poderão dispor a respeito do poder moderador do juiz sobre a cláusula penal, resta caracterizada a natureza de ordem pública da norma contida nas alíneas dois e três, do atual art. 1.231-5.

5.2 Direito alemão

No BGB, os § § 339 e 341 conceberam a cláusula penal (a qual dão o nome de *Vertragsstrafe*) não como forma de liquidar antecipadamente o prejuízo como um todo, mas sim como a estipulação do valor mínimo devido em caso de inadimplemento contratual²⁷².

Quanto à natureza da cláusula penal, a teoria do reforço foi encabeçada na doutrina por Dernburg e Hedemann e Larenz²⁷³. Savigny e Windscheid propagaram a teoria da pena²⁷⁴.

‘Art. 1231. - Quando a obrigação tiver sido executada em parte, a penalidade pactuada poderá ser reduzida pelo juiz na proporção dos proveitos que a execução parcial tiver apurado para o credor, sem prejuízo da aplicação do art. 1.155. Qualquer estipulação em contrário será considerada não escrita.’” (Tradução nossa)

²⁷¹ AYNÈS, Laurent; MALAURIE, Philippe; STOFFEL-MUNCK, Philippe. **Droit civil: droit des obligations**. 8. ed. Paris: LGDJ, 2016. p. 577-578.

²⁷² ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. **Tratado de Derecho Civil – Derecho de Obligaciones**. Traducción Blas Pérez González e José Alger. Barcelona: Librería Bosch, 1933. v. I. p. 187-188.

²⁷³ FRANÇA, R. Limongi. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 144-145.

²⁷⁴ FRANÇA, R. Limongi. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 149.

Enneccerus-Lehmann aderiu à corrente eclética, como Savatier na França, entre a teoria do reforço e a da pena. António Pinto Monteiro afirma que o texto do BGB²⁷⁵ contribuiu para ascensão da tese da dupla função da cláusula penal: coercitiva e indenizatória.

O BGB seguiu a mesma linha do *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* (Código Comercial Alemão) de 1861, sem estipular limites ao valor da cláusula penal, mas admitindo sua redução em caso de desproporção.

Nos casos em que há desproporção entre o inadimplemento e a pena, pode o juiz reduzi-la para um valor adequado a luz de critérios equitativos²⁷⁶, nos termos do § 343:

Seção 343

Redução da pena

(1) Se a penalidade for desproporcionalmente alta, pode ser reduzida, a pedido do devedor, a um valor razoável, por decisão judicial. Ao aferir a adequação [da penalidade], deve-se levar em consideração todos os interesses legítimos do credor, não apenas seus interesses patrimoniais. Uma vez paga a penalidade, fica prejudicada a redução.²⁷⁷

²⁷⁵ MONTEIRO, António Joaquim de Matos Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. Coimbra: Almedina, 1999. p. 402.

²⁷⁶ MEDICUS, Dieter. **Tratado de las relaciones obligacionales**. Tradução de: Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1995, v. 1, p. 212-213; JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes. **The German Law of contract: a comparative treatise**. 2. ed. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2006. p. 444.

²⁷⁷ Tradução nossa de: “§ 343 Herabsetzung der Strafe

(1) *Ist eine verwirkte Strafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie auf Antrag des Schuldners durch Urteil auf den angemessenen Betrag herabgesetzt werden. Bei der Beurteilung der Angemessenheit ist jedes berechnigte Interesse des Gläubigers, nicht bloß das Vermögensinteresse, in Betracht zu ziehen. Nach der Entrichtung der Strafe ist die Herabsetzung ausgeschlossen.*

(2) *Das Gleiche gilt auch außer in den Fällen der §§ 339, 342, wenn jemand eine Strafe für den Fall verspricht, dass er eine Handlung vornimmt oder unterlässt.*”

O § 348 do BGB restringe a aplicação do § 343 no caso de contratos comerciais²⁷⁸. A redução não ocorre *ex officio*, mas mediante pedido da parte. Norma de teor similar já constava do art. 4(1) do AbzG²⁷⁹, de 1894²⁸⁰.

O teor da cláusula penal pode ser declarado nulo com fulcro no § 138 do BGB, como qualquer outra disposição contratual. O caráter acessório da penalidade vem registrado no § 344, segundo o qual a nulidade do contrato se estende à cláusula penal.

Se a cláusula penal constar de termos de condições padronizados (os conhecidos *standard terms*), deve ainda observar requisitos adicionais de validade previstos no § 309²⁸¹.

Por último, o § 345 do BGB atribui ao devedor o ônus de demonstrar ter adimplido, no todo ou em parte, sua obrigação para ser desonerado do pagamento da cláusula penal.

5.3 Direito brasileiro

A maioria dos doutrinadores brasileiros subdivide a cláusula penal a partir do evento que enseja sua incidência, isto é, o inadimplemento absoluto ou relativo do contrato²⁸². Se o inadimplemento for absoluto, a multa contratual será compensatória; se o descumprimento for relativo, tratar-se-á de multa contratual moratória.

²⁷⁸ “§ 348 Eine Vertragsstrafe, die von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochen ist, kann nicht auf Grund der Vorschriften des § 343 des Bürgerlichen Gesetzbuchs herabgesetzt werden.”

“§ 348 A penalidade contratual pactuada por comerciante no exercício da sua atividade comercial não pode ser reduzida com base no disposto no § 343.º do BGB.” (Tradução nossa)

Vide MEDICUS, Dieter. **Tratado de las relaciones obligacionales**. Tradução de: Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1995, v. 1, p. 212.

²⁷⁹ Revogada em 1990, a ABzG regulamentava os contratos de venda de bens móveis, nos quais a mercadoria era entregue ao comprador antes do pagamento integral do preço.

²⁸⁰ ZIMMERMANN, Reinhard. **The new German Law of obligations**: historical and comparative perspectives. Oxford: Oxford Scholarship Online, 2012. p. 230.

²⁸¹ JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes. **The German Law of contract**: a comparative treatise. 2. ed. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2006. p. 444.

²⁸² RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 2. p. 92.

A cláusula compensatória pode ser alternativa ou substitutiva em relação à obrigação principal. Pode, ainda, versar sobre o inadimplemento genérico de qualquer cláusula contratual ou de disposição específica (art. 409 CC).

No que diz respeito à sua natureza, a maioria dos autores contemporâneos aderiu à teoria eclética²⁸³.

O CC dispõe de dois principais mecanismos de controle da cláusula penal nos arts. 412 e 413²⁸⁴. No art. 412, o controle é normativo. Estabeleceu-se teto para a cláusula penal, qual seja, o valor da obrigação principal. Caso haja excesso, o juiz ou árbitro está autorizado a determinar sua redução, declarando a ineficácia somente do excedente, permanecendo válido o restante da cláusula.

O art. 412 remete à proibição do abuso, que já constava das Ordenações Filipinas²⁸⁵. O texto é o mesmo do art. 920 do código anterior, de 1916²⁸⁶. Segundo Clóvis Beviláqua, trata-se de restrição injustificada à autonomia privada, com origem na prevenção à usura²⁸⁷.

A norma busca evitar que a cláusula penal, cujo teor é usualmente definido pelo credor, contenha multa incompatível com o objeto da avença e/ou com o inadimplemento que se visa evitar²⁸⁸, afastando-se da função de reparação do prejuízo.

O art. 412 serve para impedir que a cláusula penal seja fonte de enriquecimento sem causa. Por vezes, no caso de cláusula de prefixação das perdas e danos que supera o valor do negócio, ao credor pode mais interessar o descumprimento do que no adimplemento do contrato.

²⁸³ FRANÇA, R. Limongi. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 155-156

²⁸⁴ “Art. 412. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal. Art. 413. A penalidade deve ser reduzida equitativamente pelo juiz se a obrigação principal tiver sido cumprida em parte, ou se o montante da penalidade for manifestamente excessivo, tendo-se em vista a natureza e a finalidade do negócio.”

²⁸⁵ NANNI, Giovanni Ettore. Arts. 233 a 420. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 393.

²⁸⁶ “Art. 920. O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal.”

²⁸⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. Livraria Francisco Alves: Rio de Janeiro, 1943, v. IV. p. 72.

²⁸⁸ NANNI, Giovanni Ettore. Arts. 233 a 420. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 393.

No Direito comparado, leis permitem a redução da pena excessiva, mas usualmente não a limitam a taxa fixa.

A corrente majoritária defende ser um dispositivo de ordem pública²⁸⁹. Essa posição encontra eco na jurisprudência pátria²⁹⁰. A natureza de ordem pública do art. de 412 não é livre de contestação por parte significativa da doutrina²⁹¹, para qual a disposição seria inócua diante dos arts. 413 e 416, parágrafo único, do CC.

Essa corrente sustenta que os casos de limitação deveriam ser regulados por legislação especial e não pela lei geral, já que não haveria, em princípio, abusividade na cláusula penal que supera o valor da obrigação principal, pois o prejuízo pode ultrapassá-lo e, assim, estimular o descumprimento eficiente do contrato²⁹².

Defendem a possibilidade de cumulação da cláusula penal, estipulada no limite da obrigação principal, com cláusula expressa de possibilidade de indenização suplementar nos termos do art. 416, parágrafo único²⁹³, do CC²⁹⁴.

²⁸⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 229; SCHREIBER, Anderson; SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio, *et al.* **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 295; SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático**. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. 11, p. 362.

²⁹⁰ BRASIL. TJSP, Ap. 0024190-29.2019.8.26.0562, 8ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Salles Rossi, j. 24.03.2021.

²⁹¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. 22. ed. Revista e atualizada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 2. p. 155; NANNI, Giovanni Ettore. Arts. 233 a 420. *In*: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 393; SALLES, Pedro Amaral. **A função coercitiva da cláusula penal e uma crítica ao art. 412 do Código Civil de 2002**. São Paulo: Almedina, 2014. p. 106.

²⁹² MUNIZ, Joaquim de Paiva. Considerações sobre certos institutos de direito contratual e seus potenciais efeitos econômicos. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. a. 7, n. 25, p. 104-121, São Paulo, jul./set. 2004. p. 107.

²⁹³ “Art. 416. Para exigir a pena convencional, não é necessário que o credor alegue prejuízo.

Parágrafo único. Ainda que o prejuízo exceda ao previsto na cláusula penal, não pode o credor exigir indenização suplementar se assim não foi convencionado. Se o tiver sido, a pena vale como mínimo da indenização, competindo ao credor provar o prejuízo excedente.”

²⁹⁴ NANNI, Giovanni Ettore. Arts. 233 a 420. *In*: NANNI, Giovanni Ettore (Coord.). **Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 393; SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Inadimplemento das obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 267 e 268; MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, tomo 2. p. 681; FLORENCE, Tatiana Magalhães. Aspectos pontuais da cláusula penal. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações: estudos na perspectiva civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 522.

Independentemente, o art. 412 traz como critério de limitação da cláusula penal o valor da obrigação principal. É essencial “a correta exegese da expressão ‘obrigação principal’, sob pena de ocasionar injustiça ao credor”²⁹⁵. O que consiste na obrigação principal é tema controverso.

Em alguns casos, nos quais o preço da avença está expresso em dinheiro no contrato, e as obrigações das partes são proporcionais, subsiste pouca divergência. Dificuldade maior surge quando a(s) prestação(es) é(são) diversa(s) de dinheiro, como dar, fazer e/ou não fazer, ou quando o negócio envolve diversas prestações secundárias e uma principal, e a contraprestação é o pagamento de uma soma única em dinheiro, ou quando a obrigação principal de uma parte é muito diferente da obrigação da outra.

A melhor solução é considerar a obrigação da parte inadimplente, além do conjunto de prestações que compõem a obrigação da outra parte para chegar ao valor da obrigação principal²⁹⁶. A expressão obrigação principal empregada na lei deve contemplar a prestação principal e aquelas secundárias e/ou ancilares, nem sempre sendo equivalente ao “valor do contrato”²⁹⁷.

Judith Martins-Costa propõe que a expressão econômica da obrigação principal deve ser pautada pelo universo de obrigações contratuais relacionadas e pela natureza e da relação contratual²⁹⁸.

O art. 413, por seu turno, contempla o controle judicial e equitativo da cláusula penal. Incide nos casos de adimplemento parcial da obrigação ou naqueles em que a penalidade pactuada se revele manifestamente excessiva.

²⁹⁵ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, tomo 2. p. 678.

²⁹⁶ SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Inadimplemento das obrigações: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 267-268.

²⁹⁷ NANNI, Giovanni Ettore. Arts. 233 a 420. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 394.

²⁹⁸ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, tomo 2, p. 680.

A redação do art. 413 do CC ampliou o escopo do art. 924 do código anterior²⁹⁹, que se restringia à hipótese de adimplemento parcial. Substituiu também, o critério da proporcionalidade pelo critério da equidade.

No regime anterior, o texto legal se referia à possibilidade – “poderá o juiz” reduzir a cláusula penal. A atual norma suscita dever ao empregar a expressão “*deve ser reduzida*” pelo juiz.

O fundamento da norma é análogo à função exercida por aquela inserta no art. 412: garantir o equilíbrio contratual e coibir o excesso, em conformidade com outras disposições do CC que preveem a vedação ao abuso do direito.

O art. 413 segue tendência das reformas ocorridas nas codificações na segunda metade do século XX, de ampliar os critérios restritos para revisão da cláusula penal.

No que diz respeito à natureza da norma, há quatro correntes principais:

- 1^a) a norma seria de ordem pública, passível de apreciação pelo juiz de direito *ex officio*³⁰⁰;
- 2^a) a regra seria cogente, mas não de ordem pública, dependendo de provocação da parte para aplicação³⁰¹;
- 3^a) o art. 413 teria caráter híbrido, dispositivo para os casos em que parte da obrigação já tiver sido cumprida pelo devedor, e cogente para os casos em que a cláusula penal estiver fixada em montante exorbitante³⁰² ou, ainda, dispositivo no

²⁹⁹ “Art. 924. Quando se cumprir em parte a obrigação, poderá o juiz reduzir proporcionalmente a pena estipulada para o caso de mora, ou de inadimplemento.”

³⁰⁰ SALLES, Pedro Amaral. **A função coercitiva da cláusula penal e uma crítica ao art. 412 do Código Civil de 2002**. São Paulo: Almedina, 2014, p. 51; enunciados 355 e 356 da IV Jornada de Direito Civil (“Não podem as partes renunciar à possibilidade de redução da cláusula penal se ocorrer qualquer das hipóteses previstas no art. 413 do CC, por se tratar de preceito de ordem pública.” e “Nas hipóteses previstas no art. 413 do Código Civil, o juiz deverá reduzir a cláusula penal de ofício.”); BRASIL. STJ. REsp 1.447.247/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4^a Turma, j. 19.04.2018, DJe 04.06.2018.

³⁰¹ ALVES, Rafael Francisco. **Árbitro e direito: o julgamento do mérito na arbitragem**. São Paulo: Almedina, 2018. p. 205-208; MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil: do inadimplemento das obrigações** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, tomo 2. p. 711.

³⁰² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações**. 22. ed. Revista e atualizada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 2. p. 161.

âmbito de relações paritárias, em que deveria ser lícito às partes convencionarem a irredutibilidade da penalidade³⁰³;

4ª) a norma seria totalmente dispositiva em relações civis e comerciais, porque o valor da cláusula penal se situa no campo da autonomia privada. Nessa corrente, os Enunciados 355 e 356 das Jornadas de Direito Civil só seriam aplicáveis aos contratos de adesão³⁰⁴ e/ou a redução *ex officio* somente deveria ser permitida em relações jurídicas em que não haja paridade³⁰⁵.

Há certo consenso doutrinário de que o art. 413 do CC se aplica a todos os tipos de cláusula penal: “cláusula penal em sentido próprio e cláusula penal puramente coercitiva [...] cláusula penal compensatória e a cláusula penal moratória”³⁰⁶.

Apesar disso, está particularmente ligado à cláusula penal compensatória, que pré-estipula o montante devido para finalidade de coibir o inadimplemento absoluto da prestação³⁰⁷.

O art. 413 incide em duas hipóteses distintas: cumprimento parcial da obrigação e excesso manifesto da penalidade pactuada. Na hipótese de cumprimento parcial da obrigação, é necessário que se esteja diante de uma prestação que possa ser cumprida em partes e que tenha sido de fato parcialmente cumprida. O cumprimento parcial deve ter sido aceito e em alguma medida útil ao credor.

Não será cabível a redução por esse fundamento em caso de descumprimento de cláusula especial para a qual tenha sido convencionada cláusula penal específica³⁰⁸.

³⁰³ NANNI, Giovanni Ettore. Arts. 233 a 420. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Comentários ao Código Civil**: direito privado contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 395.

³⁰⁴ SIMÃO, José Fernando. In: SCHREIBER, Anderson *et al.* **Código Civil Comentado**: doutrina e jurisprudência. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 237.

³⁰⁵ SEABRA, André Silva. **Limitação e redução da cláusula penal**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2020. p. 307.

³⁰⁶ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**: do inadimplemento das obrigações, v. 5, tomo 2, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 693.

³⁰⁷ NANNI, Giovanni Ettore. Arts. 233 a 420. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Comentários ao Código Civil**: direito privado contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 395.

³⁰⁸ Ou para os casos de “[...] obrigação acessória, instrumental ou de deveres de proteção, quando esse levar à inutilidade da prestação ou ao inadimplemento absoluto, e também, em princípio, não cabe a aplicação dessa primeira parte nos casos de mora, mas é possível cogitar a redução proporcional se o devedor atrasar a prestação por um período ínfimo e houver a desproporção entre o número de dias em atraso e o valor da

O CC de 2002 abandonou o critério da proporcionalidade puramente matemática para redução prevista no art. 413³⁰⁹. Não se trata de mera operação aritmética de proporção, embora nada proíba que o resultado seja esse. A jurisprudência confirma essa interpretação e consigna que não se exige correspondência matemática entre o grau de inexecução e o abrandamento da cláusula penal³¹⁰.

Segundo Judith Martins-Costa³¹¹, a equidade da primeira parte do art. 413 deve ser entendida como o “justo proporcional”, considerando (i) adequação entre a pena e o inadimplemento; (ii) necessidade de ser reduzida a penalidade por desproporção entre a parte cumprida e a pena a ser paga, levando em conta a totalidade das obrigações contraídas, circunstâncias e motivações do contrato.

Ademais, é pertinente que o interessado forneça os parâmetros de redução, e também que o tema seja submetido ao contraditório para que se atinja os critérios mais justos possíveis³¹², além de ser permitido às partes que convençionem referidos critérios no próprio texto contratual³¹³, com fundamento na nova redação do art. 113, parágrafo 2º, do CC³¹⁴.

A jurisprudência pátria, no que diz respeito aos critérios para redução do valor da cláusula penal, adota uma miríade de fundamentos para justificar a redução equitativa, como: (i) “princípios da razoabilidade e proporcionalidade”³¹⁵; (ii) “evitar o enriquecimento

penalidade”. MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**: do inadimplemento das obrigações, v. 5, tomo 2, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 707.

³⁰⁹ Consta do enunciado nº 359 da IV Jornada de Direito Civil: “A redação do art. 413 do Código Civil não impõe que a redução da penalidade seja proporcionalmente idêntica ao percentual adimplido”.

³¹⁰ BRASIL. STJ. REsp 1.788.596/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 04.08.2020.

³¹¹ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**: do inadimplemento das obrigações, v. 5, tomo 2, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 707.

³¹² NANNI, Giovanni Ettore. Arts. 233 a 420. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Comentários ao Código Civil**: direito privado contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 395.

³¹³ SEABRA, André Silva. **Limitação e redução da cláusula penal**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da USP, 2020. p. 303-304.

³¹⁴ “Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. [...] § 2º As partes poderão livremente pactuar regras de interpretação, de preenchimento de lacunas e de integração dos negócios jurídicos diversas daquelas previstas em lei.”

³¹⁵ BRASIL. TJSP, Ap. 100777476.2020.8.26.0224, Rel. Des. Antonio Nascimento, 26ª Câmara de Direito Privado, j. 19.03.2021.

sem causa do credor”³¹⁶; (iii) referência às “regras da experiência comum (CPC, art. 375) e dos costumes (art. 4º, da LINDB)”³¹⁷; e (iv) “excessiva onerosidade”³¹⁸.

A segunda hipótese de revisão prevista pelo art. 413 decore do excesso manifesto da cláusula penal. Pautado pela excepcionalidade, deve ocorrer somente quando a penalidade acordada se revelar flagrantemente abusiva. O fato de estipular valor superior ao da prestação cujo inadimplemento visa prevenir não induz automaticamente a revisão.

Isso porque o objetivo da parte final da norma não é equiparar a cláusula penal aos prejuízos reais, tampouco eliminá-la nos casos em que os prejuízos não existem. Vale lembrar que, nos termos do *caput* do art. 416 do CC, a cláusula penal é exigível independentemente do prejuízo. A ideia é manter proporcionalidade aos efeitos do inadimplemento³¹⁹. A proporcionalidade, como visto no âmbito do art. 412, não é puramente matemática.

A manifesta excessividade deve ser aferida no momento do inadimplemento. Nessa etapa, inaplicável o juízo de equidade. A equidade é ferramenta para operacionalizar a redução e não para identificar a existência de excesso. O exame do excesso manifesto da cláusula penal deve ser feito de forma objetiva³²⁰.

Uma vez constatado que a penalidade é excessiva, passa-se ao processo de redução. Para tanto, também podem ser considerados pelo julgador, no exercício do juízo de equidade, a natureza e finalidade do negócio, e a natureza da própria cláusula penal³²¹.

Judith Martins-Costa extrai do CC parâmetros objetivos, implícitos e/ou explícitos, para redução da cláusula penal: o interesse do credor; a gravidade da infração e grau de culpa do devedor; o poder de negociação das partes; as vantagens que o incumprimento

³¹⁶ BRASIL. TJSP. Ap. 1022986-16.2019.8.26.0114, Rel. Des. Jovino de Sylos, 16ª Câmara de Direito Privado, j. 09.03.2021.

³¹⁷ BRASIL. TJSP. Ap. 1039350-82.2017.8.26.0001, Rel. Des. Antonio Nascimento, 26ª Câmara de Direito Privado, j. 26.02.2021.

³¹⁸ BRASIL. TJSP. Ap. 1005330-54.2020.8.26.0100, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, 1ª Câmara de Direito Privado, 23.02.2021.

³¹⁹ TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a Cláusula Penal Compensatória. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Temas de direito civil**, tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 60-61.

³²⁰ SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 134.

³²¹ SEABRA, André Silva. **Limitação e redução da cláusula penal**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020. p. 313.

causou ao devedor; a consideração da totalidade do contrato, da relação por ele instaurada, da sua fase formativa e de desenvolvimento e o segmento do mercado em que está inserido³²².

As partes podem, ainda, estabelecer parâmetros contratuais para a revisão da cláusula penal, com fundamento no já citado art. 113, parágrafo 2º, do CC. Inexiste vedação para que as próprias partes definam a métrica para redução da cláusula penal, desde que observados os limites do art. 413.

Aplica-se também ao caso de excesso manifesto a celeuma referente à adoção do efetivo prejuízo como parâmetro redutor. A noção contraria a natureza da cláusula penal de prefixação da indenização, que por óbvio precede à materialização do prejuízo³²³.

Mesmo que se utilize a extensão do dano como referencial, a diferença entre o prejuízo concreto e o valor da penalidade não deve ser o único critério, sob pena de desnaturar função de indenização *forfataire* da cláusula penal. Pequenas variações entre o prejuízo e a pena não devem nem sequer ensejar revisão da pena³²⁴.

Em qualquer hipótese, o art. 413 não deve servir para reduzir a pena para menos do que o prejuízo efetivo. Além disso, o julgador não está autorizado a majorar a cláusula penal que reputar insignificante ou baixa³²⁵. A revisão da cláusula penal para lhe extirpar eventual excesso manifesto é regra excepcional e não pode ser estendida para finalidade diametralmente oposta, notadamente em contratações tipicamente empresariais.

³²² MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**: do inadimplemento das obrigações, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, tomo 2, p. 702-706.

³²³ NANNI, Giovanni Ettore. Arts. 233 a 420. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Comentários ao Código Civil**: direito privado contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 396.

³²⁴ MARTINS-COSTA, Judith. **Comentários ao novo Código Civil**: do inadimplemento das obrigações, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 5, tomo 2, p. 703.

³²⁵ NANNI, Giovanni Ettore. Arts. 233 a 420. In: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Comentários ao Código Civil**: direito privado contemporâneo. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 397.

5.4 Direito anglo-americano

Também em relação às cláusulas penais, o Direito anglo-americano adota abordagem mais restritiva que o *Civil Law*. Nega-se, no *Common Law*, a utilidade da natureza assecuratória da cláusula penal.

Segundo Farnsworth, se o valor contratado for “significativamente superior ao que seria exigido como indenização, a cláusula pode ter efeito *in terrorem* sobre o devedor, impedindo a violação [do contrato] e, talvez, de forma ineficiente, obrigar o cumprimento [do contrato]”³²⁶.

Percebe-se, novamente, a influência da teoria econômica do direito, na medida em que nem sempre o cumprimento do contrato se mostra a alternativa mais eficaz no caso concreto (i.e., criando abertura ao *efficient breach*).

Também é vedado às partes pactuarem cláusula penal que tenha cunho punitivo. O pacto de pagamento de quantia em caso de inadimplemento pode servir de indenização, mas não como punição à violação contratual.

Tais cláusulas serão consideradas invalidadas pelas cortes do *Common Law*, e as partes se verão obrigadas a recorrer ao processo de conhecimento para apuração do dano e quantificação do prejuízo.

Admite-se, contudo, o acordo para o pagamento de quantia que corresponda a uma estimativa genuína dos prejuízos prováveis que surgirem do inadimplemento³²⁷. Se ausente intenção punitiva, dá-se a essa cláusula o nome de *liquidated damages*.

As cláusulas de *liquidated damages* são consideradas válidas no *Common Law*³²⁸, especialmente quando a dimensão dos danos reais é de difícil aferição. Nessa linha,

³²⁶ Tradução nossa de: “[...] is significantly larger than the amount required for compensation, the stipulation may have an *in terrorem* effect on the promisor that will deter breach, perhaps inefficiently, by compelling performance.” FARNSWORTH, Allan E. *Comparative Contract Law*. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 929.

³²⁷ STONE, Richard. **The modern Law of Contract**. 5. ed. Londres: Cavendish Publishing Limited, 2002. p. 452.

³²⁸ STONE, Richard. **The modern Law of Contract**. 5. ed. Londres: Cavendish Publishing Limited, 2002. p. 452; KOULADIS, Nicholas. **Principles of Law relating to international trade**. Nova York: Springer Science+Business Media, 2006. p. 105; FARNSWORTH, Allan E. *Comparative Contract Law*. In:

atendem aos anseios da teoria econômica do direito, na medida em que evitam a necessidade de processo judicial para quantificação dos danos, especialmente em casos nos quais a prova do prejuízo seria difícil de produzir³²⁹.

Ademais, se as partes estiverem convictas de que sua cláusula será validada no Judiciário, é provável que simplesmente faça o pagamento, sem contestar³³⁰.

O enquadramento de cláusula como *liquidated damages* depende do cumprimento de dois requisitos, (aparentemente) contraditórios entre si. Primeiro, o valor deve ser estimativa razoável e justa para reparação dos danos oriundos do inadimplemento. Segundo, o efetivo prejuízo nascido com o descumprimento do contrato é de difícil ou impossível aferição³³¹.

Como estimar de forma precisa prejuízos de difícil ou impossível aferição é a tarefa que é delegada às partes interessadas em incluir em seu contrato uma cláusula de *liquidated damages*.

5.4.1. Direito inglês

Na Inglaterra, no ano de 1914, ocorreu o julgamento do caso *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage and Motor Co Ltd*. pela Câmara dos Lordes, no qual se estabeleceram os requisitos do teste de validade da cláusula de *liquidated damages*, nos seguintes termos:

(a) It will be held to be penalty if the sum stipulated for is extravagant and unconscionable in amount in comparison with the greatest loss that could conceivably be proved to have followed from the breach. (Illustration given by Lord Halsbury in *Clydebank Case*).

(b) It will be held to be a penalty if the breach consists only in not paying a sum of money, and the sum stipulated is a sum greater than the sum

REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2006. p. 929-930.

³²⁹ HILLMAN, Robert A. **Principles of Contract Law**, 3. ed. St. Paul: West academic, 2014. p. 196; FARNSWORTH E. Allan, **Contracts**. 4. ed. New York: Aspen, 2004. p. 841.

³³⁰ KOULADIS, Nicholas. **Principles of Law relating to international trade**. Nova York: Springer Science+Business Media, 2006, p. 104; ROWAN, Solène. **Remedies for breach of contract: a comparative analysis of the protection of performance**. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 188.

³³¹ HILLMAN, Robert A. **Principles of Contract Law**. 3. ed. St. Paul: West academic, 2014. p. 196-197.

which ought to have been paid (*Kemble v Farren*). This though one of the most ancient instances is truly a corollary to the last test. [...]

(c) There is a presumption (but no more) that it is penalty when "a single lump sum is made payable by way of compensation, on the occurrence of one or more or all of several events, some of which may occasion serious and others but trifling damage" (Lord Watson in *Lord Elphinstone v Monkland Iron and Coal Co*).

On the other hand:

(d) It is no obstacle to the sum stipulated being a genuine pre-estimate of damage, that the consequences of the breach are such as to make precise pre-estimation almost an impossibility. On the contrary, that is just the situation when it is probable that pre-estimated damage was the true bargain between the parties (*Clydebank Case*, Lord Halsbury; *Webster v Bosanquet*, Lord Mersey).³³²

Na década de 1960, tornou-se aceito o entendimento que as cláusulas que tenham resultado de esforço genuíno das partes, de boa-fé, em estimarem os prejuízos provenientes de futuro inadimplemento, seriam consideradas válidas, mesmo que o efetivo dano não corresponda exatamente ao valor acordado³³³.

No ano de 1977, entrou em vigor o UCTA³³⁴, que estipulou critérios para o exame da razoabilidade do valor acordado para o caso de inadimplemento. A norma foi sucedida pelo UTCCR 1999³³⁵, específico para as relações de consumo.

Em 2015, os parâmetros estipulados em *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage and Motor Co Ltd*. foram substituídos por novo teste, estabelecido pela Suprema Corte (por maioria), no julgamento do caso *Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi*:

The true test is whether the impugned provision is a secondary obligation which imposes a detriment on the contract-breaker out of all proportion to any legitimate interest of the innocent party in the enforcement of the primary obligation. The innocent party can have no

³³² Disponível em: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1915/1.html>. Acesso em: 17 maio 2023.

³³³ JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes. **The German Law of contract: a comparative treatise**. 2. ed. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2006. p. 444, fazendo referência ao caso *Robophone Facilities Ltd v Blank*, julgado em 1966, Disponível em: <https://vlex.co.uk/vid/robophone-facilities-ltd-v-852170708>. Acesso 17 maio 2023.

³³⁴ Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/50/enacted>. Acesso em: 17 maio 2023.

³³⁵ Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/uksi/1999/2083/introduction/made>. Acesso em: 17 maio 2023.

proper interest in simply punishing the defaulter. His interest is in performance or in some appropriate alternative to performance. [...]

compensation is not necessarily the only legitimate interest that the innocent party may have in the performance of the defaulter's primary obligations.

[...]

The penalty rule is an interference with freedom of contract. It undermines the certainty which parties are entitled to expect of the law. Diplock LJ was neither the first nor the last to observe that "The court should not be astute to descry a 'penalty clause'" [...] "the court has to be careful not to set too stringent a standard and bear in mind that what the parties have agreed should normally be upheld", not least because "[a]ny other approach will lead to undesirable uncertainty especially in commercial contracts".

[...]

the circumstances in which the contract was made are not entirely irrelevant. In a negotiated contract between properly advised parties of comparable bargaining power, the strong initial presumption must be that the parties themselves are the best judges of what is legitimate in a provision dealing with the consequences of breach.³³⁶

5.4.2. Direito norte-americano

Nos EUA, o RFC estabeleceu, em 1930, parâmetros similares aos das cortes inglesas relativamente à validade das cláusulas de *liquidated damages*:

An agreement, made in advance of breach, fixing the damages therefor is not enforceable as a contract and does not affect the damages recoverable for the breach, unless

- (a) the amount so fixed is a reasonable forecast of just compensation for the harm that is caused by the breach, and
- (b) the harm that is caused by the breach is one that is incapable or very difficult of accurate estimation.

O exame da razoabilidade da estimativa dos danos era realizado com base no momento da contratação. Também se apurava se as partes agiram de boa-fé na pré-fixação

³³⁶ Disponível em: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKSC/2015/67.html>. Acesso em: 17 maio 2023.

das perdas e danos. Dava-se especial ênfase às intenções das partes, em raro emprego do princípio da boa-fé como cláusula geral limitadora da autonomia privada³³⁷.

No início da década de 1940, alguns precedentes passaram a acolher a ideia de que o exame da razoabilidade do dano efetivo independeria de prova do real prejuízo, autorizando o pagamento da indenização contratual mesmo quando, no caso concreto, não se verificou qualquer prejuízo³³⁸.

O entendimento caiu em desuso e, por volta de 1960, a maioria das cortes admitia prova do dano efetivo como evidência da razoabilidade da indenização contratada.

Em 1999, o UCC confirmou o *standard* já bem definido pela jurisprudência:

§ 2-718. Liquidation or Limitation of Damages; Deposits.

(1) Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount which is reasonable in the light of the anticipated or actual harm caused by the breach, the difficulties of proof of loss, and the inconvenience or nonfeasibility of otherwise obtaining an adequate remedy. A term fixing unreasonably large liquidated damages is void as a penalty.

§ 2-719. Contractual Modification or Limitation of Remedy.

[...]

(2) Where circumstances cause an exclusive or limited remedy to fail of its essential purpose, remedy may be had as provided in this Act.

5.5 *Lex mercatoria*

Em vez de analisar a CISG, os Princípios UNIDROIT e os PEDC em capítulos individuais, como quando da execução específica, optou-se por agrupar a análise dos Princípios UNIDROIT e os PEDC em um único tópico, porque as disposições sobre o tema em ambos são virtualmente idênticas.

³³⁷ ANDERSON, Roy Ryden. Liquidated Damages under the Uniform Commercial Code. *SMU Law Review*, v. 41, issue 5, p. 1083-1110, jan. 1988. p. 1086; TREITEL, Guenther H., *Remedies for breach of contract: a comparative account*. 11. ed. Oxford: Clarendon Press, 2003. p. 1000.

³³⁸ ANDERSON, Roy Ryden. Liquidated Damages under the Uniform Commercial Code. *SMU Law Review*, v. 41, issue 5, p. 1083-1110, jan. 1988. p. 1086.

5.5.1 CISG

O tratamento dado pela CISG ao tema é apenas indireto, por meio da regra geral dos arts. 4º – segundo o qual a convenção não se posiciona acerca da validade do contrato e/ou cláusulas contratuais³³⁹ – e 6º – que estipula que as partes podem afastar qualquer disposição da convenção³⁴⁰.

Assim, no âmbito da CISG, a pactuação de cláusula penal ou de *liquidated damages* não é vedada, embora não seja encorajada. À luz do art. 6º, as partes podem se valer desse remédio, por exemplo, como alternativa à execução específica adotada pelo art. 28³⁴¹.

A análise da efetividade de eventual cláusula nesse sentido dependerá de cada jurisdição³⁴².

5.5.2 Princípios UNIDROIT e PEDC

Tanto os Princípios UNIDROIT quanto os PEDC parecem se aproximar mais do *Civil Law* quando o assunto é admissibilidade das cláusulas penais.

Os arts. 9:509(1) dos PEDC e 7.4.13(1) dos Princípios UNIDROIT, estabelecem, que, no caso de o contrato estipular o pagamento de quantia pré-definida para o caso de

³³⁹ “Artigo 4. Esta Convenção regula apenas a formação do contrato de compra e venda e os direitos e obrigações do vendedor e comprador dele emergentes. Salvo disposição expressa em contrário da presente Convenção, esta não diz respeito, especialmente:

(a) à validade do contrato ou de qualquer das suas cláusulas, bem como à validade de qualquer uso ou costume;

(b) aos efeitos que o contrato possa ter sobre a propriedade das mercadorias vendidas.”

³⁴⁰ “Artigo 6. As partes podem excluir a aplicação desta Convenção, derrogar qualquer de suas disposições ou modificar-lhes os efeitos, observando-se o disposto no Artigo 12.”

³⁴¹ KATZ, Avery W. Remedies for breach of contract under the CISG. **International Review of Law and Economics**, v. 25, p. 378-396, 2006. p. 385.

³⁴² CISG ADVISORY COUNCIL. **Opinion N. 6: Calculation of Damages under CISG Article 74.** Disponível em: <https://www.trans-lex.org/500156>. Acesso em: 16 maio 2023.

inadimplemento, o credor poderá exigí-la independentemente do prejuízo efetivamente incorrido.

Trata-se de regra similar àquelas dos ordenamentos estudados que afastam o ônus da prova do dano caso tenha sido pactuada cláusula penal compensatória. Confira-se:

Article 9:509: Agreed Payment for Non-performance

(1) Where the contract provides that a party who fails to perform is to pay a specified sum to the aggrieved party for such non-performance, the aggrieved party shall be awarded that sum irrespective of its actual loss.

ARTIGO 7.4.13

(Indenização contratual pelo inadimplemento)

(1) Nos casos em que o contrato preveja que a parte que não adimplir deva pagar uma soma específica à parte prejudicada por esse inadimplemento, a parte prejudicada tem direito àquela soma, independentemente dos danos reais.

Lauro Gama Jr., em comentário ao artigo 7.4.13(1), indica que a estipulação admitida pelo texto dos Princípios UNIDROIT aceita a cláusula penal tanto como forma de reparação do prejuízo quanto como mecanismo para coibir o inadimplemento, à semelhança do CC brasileiro³⁴³.

Já o art. 9:509(2) dos PEDC e o art. 7.4.13(2) dos Princípios UNIDROIT permitem a redução do valor acordado para quantia razoável nos casos em que se revelar grosseiramente excessivo defronte o prejuízo suportado:

Article 9:509: Agreed Payment for Non-performance

[...]

(2) However, despite any agreement to the contrary the specified sum may be reduced to a reasonable amount where it is grossly excessive in relation to the loss resulting from the non-performance and the other circumstances.

³⁴³ GAMA JÚNIOR, Lauro. **Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 386-387 e nr. 850.

ARTIGO 7.4.13

[...]

(2) Contudo, ainda que haja acordo em sentido contrário, a soma especificada pode ser reduzida a uma quantia razoável sempre que for manifestamente excessiva em relação ao dano resultante do inadimplemento e às demais circunstâncias.

O critério é, pois, o da razoabilidade, e o parâmetro principal para aferição do excesso é o dano resultante do inadimplemento, podendo ser acrescido de outras circunstâncias.

O texto dos arts. 9:509(2) e 7.4.13(1) implicam a inversão do ônus da prova pois, se de um lado o credor não está obrigado a demonstrar prejuízo para pleitear o pagamento do valor acordado, restará ao devedor, interessado na redução, comprovar que seu descumprimento não ensejou à contraparte danos compatíveis com a cláusula penal (sem prejuízo da alocação dinâmica do ônus da prova pelo julgador).

Noutro enfoque, o parâmetro para identificação do excesso da indenização contratada é o prejuízo efetivo – o que mais se aproxima do *Common Law*. As partes precisarão envidar esforços na pré-fixação do valor a ser pago em caso de inadimplemento, de modo que guarde alguma correlação com os prováveis prejuízos resultantes da violação contratual.

O art. 9:509(2), não atrela a redução da penalidade ao valor do prejuízo verificado *in concreto*. A modulação do valor pactuado ficará a critério do julgador, que poderá adotar solução intermediária – entre o dano real e o valor pactuado – se entender que essa é a melhor forma de refletir os interesses das partes³⁴⁴.

³⁴⁴ STONE, Richard. **The modern Law of Contract**. 5. ed. Londres: Cavendish Publishing Limited, 2002. p. 460.

5.6 A cláusula penal ou de *liquidated damages* na arbitragem internacional

Em relação à arbitragem internacional, as cláusulas penais tendem a ser admitidas, ressalvada uma limitação geral baseada no princípio da proporcionalidade³⁴⁵.

Rememore-se o estudo realizado por Antonias Dimolitsa, já apresentado no Capítulo 3. Concluiu o autor³⁴⁶ que os tribunais arbitrais usualmente observam tais disposições contratuais independentemente de sua ‘função’ – se compensatória ou coercitiva.

Costuma também ser irrelevante para os árbitros o prejuízo efetivamente incorrido em razão do inadimplemento contratual quando se está diante de cláusula de prefixação de perdas e danos³⁴⁷. Não obstante, é raro que os árbitros não façam alguma referência às leis nacionais³⁴⁸.

No caso das cláusulas penais ou de *liquidated damages*, ao contrário do que ocorre com a execução específica (em que a regra aplicável pode estar tanto em normas materiais quanto processuais), é a lei substantiva que tem maior relevância.

A jurisprudência arbitral, nas proporções que podemos considerá-la existente, diante da confidencialidade que reveste a maior parte das decisões proferidas pelos árbitros, também demonstra que em casos em que a lei aplicável é do sistema *Common Law*, os árbitros são mais resistentes em intervir no valor da cláusula penal; já em disputas

³⁴⁵ HENRIQUES, Duarte Gorjão. Cláusulas penales em arbitraje internacional: una introducción comparativa. *Spain Arbitration Review/Revista del Club Español del Arbitraje*, v. 39, p. 15-38, 2020. p. 34.

³⁴⁶ DIMOLITSA, Antonias. Contractual Remedies: Clauses Pénales and Liquidated Damages Clauses. *In: DE LY, Filip J.M.; LÉVY, Laurent (eds.). Interest, Auxiliary and Alternative Remedies in International Arbitration*. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, v. 5, 2008, p. 19-20.

³⁴⁷ DIMOLITSA, Antonias. Contractual Remedies: Clauses Pénales and Liquidated Damages Clauses. *In: DE LY, Filip J.M.; LÉVY, Laurent (eds.). Interest, Auxiliary and Alternative Remedies in International Arbitration*. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, v. 5, 2008, p. 20.

³⁴⁸ DIMOLITSA, Antonias. Contractual Remedies: Clauses Pénales and Liquidated Damages Clauses. *In: DE LY, Filip J.M.; LÉVY, Laurent (eds.). Interest, Auxiliary and Alternative Remedies in International Arbitration*. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, v. 5, 2008, p. 19.

regidas pelo direito continental, tribunais arbitrais não hesitam em moderar o valor acordado, para maior ou menor, conforme as circunstâncias da disputa³⁴⁹.

Destarte, a redução da cláusula penal poderá ser operada pelos árbitros mediante pedido da parte interessada, que em regra terá o ônus de demonstrar o atendimento dos requisitos autorizadores da moderação. Em casos excepcionais, poderá ocorrer de ofício, se a lei aplicável assim determinar.

A redução *ex officio*, contudo, não é recomendada. À luz dos princípios que norteiam o devido processo legal e que podem servir de fundamento para anulação ou denegação da homologação da sentença arbitral na CNY, é recomendável que o tribunal arbitral, ao identificar a necessidade de proceder à redução, convide às partes a se pronunciarem a respeito.

Com isso, evita-se futura alegação de decisão surpresa, além de reforçar a higidez do feito. Ademais, as posições das partes sobre o tema – desconhecidas caso a decisão sobrevenha de ofício – podem ser construtivas à formação do convencimento do árbitro, especialmente caso seus advogados sejam familiarizados com a lei substantiva da disputa.

Dito isso, os critérios para modulação da cláusula penal tendem a ser os mesmos identificados pelas cortes estatais respectivas, sempre confrontados com as especificidades de cada caso.

De forma não exaustiva, o tribunal arbitral pode considerar: a autonomia privada, a desproporção entre os interesses do credor (não unicamente pecuniários) e a penalidade, a culpa da parte devedora no descumprimento (i.e. se houve concorrência do credor), a natureza e a duração da obrigação assegurada pela cláusula penal (i.e. se a penalidade incide pelo inadimplemento de cláusula específica, uma única vez em caso de violação do contrato ou cumulativamente a cada descumprimento) e eventuais benefícios que o devedor tenha auferido com o inadimplemento³⁵⁰.

³⁴⁹ GIOVANNINI, Teresa. L'amputation du contrat par l'arbitre. **Revue de l'Arbitrage**, v. 1, p. 39-50, 2017. p. 44-50.

³⁵⁰ DÉSIRÉE, Prantl; PENDL, Matthias. The Arbitrator and the Arbitration Procedure. Moderation of Contractual Penalties in Arbitration. In: KLAUSEGGER, Christian; KLEIN, Peter, et al. (eds), **Austrian Yearbook on International Arbitration**. Wien: Manz'sche Verlags, 2021. p. 109-118.

Também caberá ao tribunal arbitral definir a data base em que a análise deve ser realizada, isto é, se a desproporção da cláusula penal deve ser aferida à data da contratação, do inadimplemento, da decisão ou qualquer outra que repute adequada ao caso concreto³⁵¹.

Com apoio na lição de Fouchard, Gaillard e Goldman, reduzir o valor das cláusulas penais guardaria mais correlação com o “*espírito do direito comercial internacional*”³⁵², e parece também mais eficiente para as partes, que não serão submetidas a processo de liquidação dos prejuízos – por vezes demorado e custoso, envolvendo *experts* e extensa produção de provas.

³⁵¹ DÉSIRÉE, Prantl; PENDL, Matthias. The Arbitrator and the Arbitration Procedure. Moderation of Contractual Penalties in Arbitration. *In*: KLAUSEGGER, Christian; KLEIN, Peter, et al. (eds), **Austrian Yearbook on International Arbitration**. Wien: Manz'sche Verlags, 2021. p. 118-122.

³⁵² Tradução nossa de: “*spirit of international commercial law*”. GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (eds), **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 1999. p. 834.

6 A HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS: INTRODUÇÃO À SEÇÃO DE ESTUDO DE CASOS

Ao optarem pela via arbitral, as partes ingressam em um modelo de resolução de conflitos mais flexível do que o processo judicial. Enquanto no âmbito estatal “o que ocorre, em regra, é a substituição de uma atividade/vontade privada por uma atividade pública, que é a ‘vontade da lei’ a imperar”³⁵³, a arbitragem é produto da autonomia da vontade; um instituto de natureza eminentemente consensual³⁵⁴.

Dentre os aspectos mais relevantes da arbitragem está a finalidade. A sentença arbitral decide o litígio de forma final e vinculante e, em regra, não está sujeita à revisão de mérito pelo Poder Judiciário³⁵⁵. Alan Redfern e Martin Hunter afirmam, categoricamente, que “ao escolherem a arbitragem, as partes escolhem, em princípio, a finalidade”³⁵⁶.

Tanto que foi positivada pela legislação de diversos países, incluindo o Brasil³⁵⁷, e está contemplada pela redação do art. 32 (1) da Lei Modelo da UNCITRAL³⁵⁸. Mas a finalidade não faz o árbitro ou o tribunal arbitral responsável pela prolação da sentença entidade infalível. Os árbitros, como os juízes estatais, estão suscetíveis a erros que, em

³⁵³ ALVIM, Arruda. Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem, *In*: CAHALI, Francisco. **Arbitragem** - comentários ao projeto de lei nº 406/2013. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 135.

³⁵⁴ NANNI, Giovanni Ettore. O direito civil *da* arbitragem e *na* arbitragem. NANNI, Giovanni Ettore (org). **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 3; WEBER, Ana Carolina. A cláusula compromissória estatutária e o direito de recesso, *In*: ROCHA, Caio Vieira, SALOMÃO, Luis (coords.). **Arbitragem e mediação** - a reforma da legislação brasileira, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 4; MARTINS, Perto A. Batista, **Apontamentos sobre a lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 45.

³⁵⁵ BORN, Gary B. **International commercial arbitration**. The Hague: Kluwer Law international, 2009. p. 83.

³⁵⁶ Tradução nossa de: “*By choosing arbitration, the parties choose, in principle, finality*”. BLACKABY, Nigel; HUNTER, Martin; PARTASIDES, Constatine; REDFERN, Alan. **Redfern and Hunter on international arbitration**. 7. ed. Nova York: Oxford University Press, 2023. § 10.02.

³⁵⁷ O art. 29 da LArb dispõe que “[p]roferida a sentença arbitral, dá-se por finda a arbitragem [...]”.

³⁵⁸ O art. 32(1) da Lei Modelo dispõe que: “(1) *The arbitral proceedings are terminated by the final award or by an order of the arbitral tribunal in accordance with paragraph (2) of this article.*” Em português: “(1) O procedimento arbitral termina quando for proferida a sentença final ou quando for ordenado o encerramento do procedimento pelo tribunal arbitral nos termos do parágrafo 2.º do presente artigo.” Tradução não oficial realizada por Flavia Foz Mange, Gustavo Santos Kulesza, Rafael Bittencourt Silva e Rafael Vicente Soares. Disponível em: <https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2018/04/model-law-portugues.pdf>. Acesso em: 16 maio 2023.

certos casos, podem culminar em graves violações ao devido processo legal e à ordem pública.

Surge daí a necessidade de haver alguma forma de controle público do sistema arbitral. Esse controle não busca colocar em risco a finalidade, mas sim preservá-la, na medida em que assegura a integridade da arbitragem (enquanto sistema) como um todo, revestindo-a de segurança jurídica.

Parte da doutrina por vezes descreve a arbitragem como uma antinomia entre os princípios da segurança jurídica e da finalidade³⁵⁹. A finalidade e a segurança jurídica, contudo, podem conviver em harmonia com a admissão de um escrutínio judicial limitado da sentença arbitral³⁶⁰.

Park conclui que, para que se tenha uma arbitragem idônea, é necessário que a comunidade arbitral e os tribunais atuem conjuntamente "num processo de fina sintonia legal que busque uma composição razoável entre a autonomia da arbitragem e os mecanismos de controle"³⁶¹.

No caso de sentença proferida em arbitragem internacional, o mecanismo de controle que representa o ponto de equilíbrio entre a finalidade e a segurança jurídica é o procedimento de homologação.

Segundo o STJ, "o procedimento homologatório não acrescenta eficácia à sentença estrangeira, arbitral ou não, mas somente libera a eficácia nela contida, internalizando seus efeitos em nosso País"³⁶². A homologação é, pois, forma de

³⁵⁹ FORTIER, Yves. International arbitration and national courts: who has the last word? *In*: BERG, Albert Jan van den (ed). **International arbitration and national courts: the never ending story**. ICCA Congress Series n. 10, The Hague: Kluwer Law International, 2001. p. 69; PARK, William. Por que os tribunais revisam decisões arbitrais? **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 3, p. 161-176, set./dez. 2004, p. 162-163.

³⁶⁰ VÁRADY, Tibor. Chapter 25: Can Proceeding "Not in Accordance with the Agreement of the Parties" be Condoned? Remarks on Article V(1)(d) of the New York Convention, *In*: KRÖLL, Stefan Michael; MISTELIS, Loukas; LEW, Julian (eds). **International arbitration and international commercial law: synergy, convergence and evolution**, The Hague: Kluwer Law International, 2011, p. 476; ABEDIAN, Hossein. Judicial review of arbitral awards in international arbitration – a case for an efficient system of judicial review. **Journal of International Arbitration**, v. 28, n. 6, p. 553-590, 2011, p. 555.

³⁶¹ PARK, William. PARK, William. Por que os tribunais revisam decisões arbitrais? **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 3, p. 161-176, set./dez. 2004, p. 163.

³⁶² No julgamento da SEC 5.782, de relatoria do Min. Jorge Mussi, em 2 de dezembro de 2015.

“extensão da eficácia da decisão estrangeira ao território nacional”³⁶³. A mesma ideia é propagada pela doutrina internacional³⁶⁴.

Afinal, "o laudo arbitral não é um ato integrativo do compromisso, nele tem seus fundamentos e seus limites, mas seus efeitos decorrem da Lei e não da vontade das partes"³⁶⁵.

Sentenças estrangeiras (ou não-domésticas) estão sujeitas a pedidos de homologação em diferentes jurisdições, de acordo com os interesses das partes e outras circunstâncias de cada caso concreto (como a existência de bens da parte perdedora, local de execução do contrato ou da sentença arbitral, nacionalidade das partes etc.).

A homologação das sentenças arbitrais estrangeiras é feita à luz da CNY, da qual atualmente são signatários mais de 170 países³⁶⁶. O escrutínio a ser realizado pelo Poder Judiciário no processo homologatório é limitado à constatação de irregularidades procedimentais graves e eventual ofensa à ordem pública. As hipóteses de denegação estão no art. V da CNY.

A parte que busca ingressar com pedido de homologação deve primeiro aferir se está diante de sentença arbitral considerada internacional, isto é, estrangeira ou não doméstica, de acordo com as leis do país em que pretende homologá-la.

A definição de arbitragem internacional é, em essência, criação da legislação de cada país. O conceito é fluído, o que por vezes dificulta a identificação do que é verdadeiramente um procedimento arbitral ‘internacional’³⁶⁷.

³⁶³ CAHALI, José Francisco. **Curso de arbitragem, mediação e conciliação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 371.

³⁶⁴ BORN, Gary. **International commercial arbitration**. The Hague: Kluwer Law international, 2009. p. 2907.

³⁶⁵ MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial**. Freitas Bastos: Rio de Janeiro: 1986. p. 20-21.

³⁶⁶ A lista atualizada de países signatários está Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2. Acesso em: 16 maio 2023.

³⁶⁷ LALIVE, Pierre. Un Faux Problème: Monisme ou Dualisme dans la législation arbitrale? *In*: GILLIÉRION, Philippe; MICHEL, Jean-Tristan; PIHILIPPIN, Edgar; VULLIEMIN, Pierre-François. (eds.). **Mélanges en l'honneur de François Dessemontet**, Lausanne: CEDIDAC, 2009, p. 257-258; VICENTE, Dário Moura. **Da arbitragem comercial internacional: direito aplicável ao mérito da causa**. Coimbra, Coimbra Editora, 1990. p. 52-52.

Não há uniformidade sobre quais critérios levam ao enquadramento de disputas como internacionais e quais ensejarão sua classificação como domésticas. Uma mesma decisão poderá ser considerada doméstica de acordo com a legislação de determinado país e internacional segundo as leis de outra nação. Tome-se como exemplo a França e o Brasil.

Na França, não se adota critério territorial para definir o que é uma arbitragem internacional. O Dec. nº 2011-48, de 13 de janeiro de 2011, reiterou a definição de arbitragem internacional adotada pelo Dec. Nº 81-500, de 12 de maio de 1981, retificado em 21 de maio de 1981³⁶⁸. O atual art. 1504 do CPC francês define como internacional “toda arbitragem que afetar os interesses do comércio internacional”³⁶⁹.

O legislador francês optou por positivar o conceito econômico de arbitragem internacional já adotado pelos tribunais nacionais, segundo o qual a “arbitragem internacional é aquela que nasce de uma operação econômica que afeta a economia de mais de um país, por implicar uma movimentação de bens, serviços ou dinheiro que ultrapassa fronteiras”³⁷⁰. A expressão comércio internacional do art. 1504 abrange toda atividade econômica e não se restringe às operações entre comerciantes e/ou sociedades empresárias.

Já a LArb, no parágrafo único, do art. 34, considera “sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional”. No âmbito da LArb, a avaliação torna-se mais objetiva: será internacional a sentença oriunda de arbitragem sediada fora do território nacional. O requisito territorial (em diferentes variações) é empregado também pela Lei Modelo da UNCITRAL³⁷¹.

³⁶⁸ O antigo art. 1.492 do CPC francês, instituído pelo Dec. nº 81-500 de 12 de maio de 1981, retificado em 21 de maio de 1981, trazia exatamente a mesma definição: “Art. 1492. É internacional toda arbitragem que discutir os interesses do comércio internacional”. Tradução nossa de: “*Art. 1492. Est international l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international*”.

³⁶⁹ Tradução nossa de: “*l'arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international*”

³⁷⁰ Tradução nossa de: “[...] *arbitraje internacional es aquel que nace de una operación económica que afecta la economía de más de un país, por implicar un movimiento de bienes, servicios o dinero por encima de las fronteras*”. CREMADES, Anne-Carole. El dualismo del nuevo derecho francés del arbitraje a la luz del universalismo y de la deslocalización. **Spain Arbitration Review** (Revista del Club Español del Arbitraje), v. 11, p. 41-54, 2011. p. 44-45.

³⁷¹ “Artigo 1.º Âmbito de Aplicação

[...]

Assim é que a sentença arbitral proferida na cidade do Rio de Janeiro será considerada doméstica sob a égide da LArb, independentemente da nacionalidade das partes, dos árbitros, da lei aplicável ao mérito ou ao procedimento arbitral, por exemplo. Será desnecessária a sua homologação no Brasil, e a parte interessada poderá executá-la coercitivamente perante o Poder Judiciário, em processo executório nos tribunais competentes.

A mesma decisão, proferida na cidade do Rio de Janeiro, poderá ser considerada doméstica de acordo com a legislação da França, caso o contrato tenha sido celebrado entre partes francesas e executado em território francês. Nesse cenário, não se estará (provavelmente) diante de operação econômica afeta aos interesses do comércio internacional.

Caso, contudo, a sentença arbitral, proferida na cidade do Rio de Janeiro, decorra de contrato firmado entre partes de diferentes nacionalidades, ou que pressuponha a execução de obrigações em território estrangeiro ou, ainda, que tenha ensejado a transferência de dinheiro entre sujeitos sediados em mais de uma nação, estar-se-á diante de sentença arbitral estrangeira, nos termos do art. 1.504 do CPC francês.

É tarefa das partes (e de seus advogados) apurar se a decisão arbitral que possuem constitui sentença doméstica ou estrangeira, de acordo com o território em que pretendem vê-la produzindo efeitos. Ato contínuo, poderão, se o caso, requerer sua homologação, em conformidade com a CNY.

c) As partes tiverem convencionado expressamente que o objeto da convenção de arbitragem envolve mais de um país.

(4) Para os fins do parágrafo 3o. do presente artigo:

(a) Se uma das partes tiver mais de uma sede, deve ser considerada a que tiver vínculos mais estreitos com a convenção de arbitragem;

(b) Se uma das partes não tiver sede, a sua residência habitual deve ser considerada.

c) As partes tiverem convencionado expressamente que o objeto da convenção de arbitragem envolve mais de um país.

(4) Para os fins do parágrafo 3o. do presente artigo:

(a) Se uma das partes tiver mais de uma sede, deve ser considerada a que tiver vínculos mais estreitos com a convenção de arbitragem;

(b) Se uma das partes não tiver sede, a sua residência habitual deve ser considerada.” Tradução não oficial realizada por Flavia Foz Mange, Gustavo Santos Kulesza, Rafael Bittencourt Silva e Rafael Vicente Soares. Disponível em: <https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2018/04/model-law-portugues.pdf>. Acesso em: 16 maio 2023.

Por esses motivos, os casos a seguir analisados podem apresentar configuração distinta em relação à nacionalidade das partes, lei aplicável ao mérito do contrato, sede etc. Esses elementos não devem causar estranheza quanto à necessidade de homologação e/ou a natureza internacional da arbitragem de fundo.

Serão apresentados casos em que houve oposição ao pedido de homologação de sentença com fundamento nos remédios empregados pelos tribunais arbitrais para o inadimplemento contratual em arbitragens internacionais. Como o objetivo é identificar potenciais dificuldades que podem ser enfrentadas no procedimento homologatório a depender do remédio adotado *in casu*, não serão analisados precedentes que tenham por objeto sentenças que ordenaram a reparação do dano por meio de indenização pecuniária.

Consoante visto no Capítulo 3, a compensação do prejuízo por essa via é a forma mais comum e menos controversa de remediar os danos decorrentes do inadimplemento contratual na arbitragem internacional.

Encontra correspondência nos remédios disponíveis e empregados pelas cortes estatais de tradição continental e *Common Law* para o inadimplemento contratual, pelo que não enseja grandes preocupações relativamente à homologação, desde que observado o princípio da reparação integral.

A opção feita é pela análise de casos em que as sentenças arbitrais se valeram de remédios tipicamente aceitos em uma cultura jurídica e cuja homologação tenha sido pleiteada em jurisdição adepta à tradição oposta.

6.1 Homologação de sentenças arbitrais com ordem de execução específica

Como estabelecido no Capítulo 4, a execução específica é empregada com mais raridade nos sistemas *Common Law*. Por isso, a busca de decisões sobre o tema foi adstrita a pedidos de homologação apresentados às cortes dessa tradição jurídica.

Ao conduzir a pesquisa, não foram encontrados casos publicados (e/ou em alguma medida reportados) em que as cortes inglesas tenham analisado pedidos de homologação de sentença arbitral estrangeira contendo ordem de execução específica.

Há duas justificativas principais para esse resultado: uma de ordem puramente prática e a outra de natureza conceitual. Na primeira, os esforços empreendidos na elaboração da presente dissertação não foram suficientes para superar as dificuldades técnicas inerentes à pesquisa jurisprudencial.

Cortes estrangeiras nem sempre disponibilizam mecanismos de busca que permitem realizar pesquisa por tipo de processo, recurso ou palavras-chave. Além disso, cada país (ou estado ou, ainda, corte) possui regras específicas no que diz respeito à confidencialidade de precedentes relativos à homologação de sentenças estrangeiras.

Na segunda, esses casos não despontam com frequência perante as cortes inglesas porque o *Arbitration Act* 1996 prevê, em seu art. 48(1), que as partes são livres para dispor sobre os poderes dos árbitros no que diz respeito aos remédios para o inadimplemento contratual.

No art. 48(5)(b), consta que, ausente acordo entre as partes, os árbitros terão os mesmos poderes dos juízes para determinar a execução específica do contrato³⁷².

A lei inglesa não passou a tratar do tema apenas no *Arbitration Act* 1996³⁷³. Normas similares remontam ao ano de 1889. O *Arbitration Act* 1950, no seu art. 15, continha regra equivalente³⁷⁴ a do art. 48 do diploma de 1996.

³⁷² “*Remedies.*

(1) *The parties are free to agree on the powers exercisable by the arbitral tribunal as regards remedies.*

(2) *Unless otherwise agreed by the parties, the tribunal has the following powers.*

(3) *The tribunal may make a declaration as to any matter to be determined in the proceedings.*

(4) *The tribunal may order the payment of a sum of money, in any currency.*

(5) *The tribunal has the same powers as the court—*

(a) *to order a party to do or refrain from doing anything;*

(b) *to order specific performance of a contract (other than a contract relating to land);*

(c) *to order the rectification, setting aside or cancellation of a deed or other document.”*

³⁷³ MCKENDRICK, Ewan; MAXWELL, Iain. Specific Performance in International Arbitration. **The Chinese Journal of Comparative Law**. v. 1, n. 2, p. 195-220, 2013. p. 209-210.

³⁷⁴ “*Specific performance.*

Unless a contrary intention is expressed therein, every arbitration agreement shall, where such a provision is applicable to the reference, be deemed to contain a provision that the arbitrator or umpire shall have the same power as the High Court to order specific performance of any contract other than a contract relating to land or any interest in land.” Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/14/27/contents>. Acesso em: 16 maio 2023.

Rememorando o quanto visto no Capítulo 3: no direito anglo-americano, não é estranho que a disponibilidade dos remédios para o inadimplemento seja regulada por norma processual.

A arbitragem internacional conta com altas taxas de execução voluntária das sentenças proferidas, beirando 90% (noventa por cento)³⁷⁵, e a existência de norma expressa dando respaldo ao remédio empregado na decisão final dos árbitros pode representar incentivo para o seu cumprimento espontâneo.

Já a busca realizada por precedentes norte-americanos resultou em quatro julgados relevantes envolvendo a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras que decidiram pela aplicação do remédio da execução específica.

Além disso, pelos motivos expostos no Capítulo 6.1.5, serão avaliados dois precedentes que envolvem pedido de anulação de procedimento arbitral doméstico com fundamento na alegação de violação da ordem pública pelas sentenças arbitrais que condenam a parte à execução específica da obrigação contratual.

6.1.1 Hardy Expl. & Prod. (India), Inc. v. Gov't of India, Ministry of Petroleum & Nat. Gas

Hardy Exploration and Production (India), Inc. (HEPI), filial indiana de uma companhia britânica com sede na Ilha de Man, celebrou contrato com o governo da Índia, por meio do qual obteve autorização para buscar e potencialmente explorar e/ou extrair hidrocarbonetos da costa sudeste do país, em bloco geográfico denominado CY-OS/2.

O contrato foi originalmente firmado em 1997 por três empresas privadas com a estatal indiana Oil and Natural Gas Corporation Limited (ONGC) e representantes do governo da Índia. Em meados de 2001, HEPI adquiriu a totalidade dos direitos de exploração do bloco no âmbito do contrato. Mais tarde, transferiu 25% (vinte e cinco por cento) de sua participação para GAIL (Índia) Ltd, empresa estatal de processamento e

³⁷⁵ QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON; PRICE WATERHOUSE. **International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices**. [S. l.], 2008. Disponível em: <https://www.pwc.co.uk/assets/pdf/pwc-international-arbitration-2008.pdf>. Acesso em: 23 maio 2023.

distribuição de gás da Índia. No curso da disputa, HEPI possuía 75% (setenta e cinco por cento) dos direitos de exploração do bloco oriundos do contrato.

De acordo com o contrato, se HEPI lograsse êxito em encontrar petróleo bruto, teria o prazo de dois anos para avaliar se o produto era comercialmente viável ou não. Caso encontrasse gás natural, o período de avaliação da viabilidade comercial seria de cinco anos.

Fossem os recursos minerais aptos à extração e venda no mercado, HEPI teria direito à exploração do bloco, mantendo para si parcela dos hidrocarbonetos. O restante seria de propriedade do governo da Índia. Ao contrário, se os estudos realizados demonstrassem que os produtos encontrados não eram comercialmente viáveis, não haveria qualquer direito à indenização pelos investimentos realizados no bloco.

Em 2006, HEPI localizou uma reserva de hidrocarbonetos, especificamente de gás natural não-associado, o que lhe asseguraria o prazo de cinco anos para realização da análise de viabilidade comercial. Assim, na visão de HEPI, seu prazo contratual para condução dos estudos necessários no bloco findaria apenas em janeiro de 2012.

O governo da Índia, contudo, informou à HEPI que o recurso descoberto seria, na verdade, petróleo bruto, de modo que o período de avaliação seria de dois anos e findaria em janeiro de 2009.

Em fevereiro e março de 2009, o governo da Índia notificou HEPI de que seu direito de explorar aquele bloco havia se encerrado, mormente porque não teria submetido uma declaração de viabilidade comercial do recurso mineral encontrado antes de janeiro de 2009.

HEPI envidou esforços para convencer o governo da Índia de que o produto descoberto seria de fato gás natural e não petróleo. Sem êxito na composição amigável, a divergência ensejou a instauração de procedimento arbitral por HEPI contra o governo da Índia.

A sede da arbitragem foi Kuala Lumpur, na Malásia, e a lei aplicável ao mérito foi a lei da Índia. O tribunal arbitral foi composto por três membros, todos de origem indiana e com experiência prévia em cargos estatais³⁷⁶.

Em sentença arbitral unânime, o tribunal arbitral entendeu que o recurso mineral encontrado no bloco era gás natural, como arguido por HEPI, e não petróleo bruto. Decidiu que a ordem emitida pelo governo da Índia para que HEPI cessasse a exploração do bloco após o término do prazo de dois anos seria nula e ineficaz.

A extensão dos prejuízos experimentados por HEPI pelo impedimento oposto pelo governo da Índia à exploração do bloco era desconhecida. O tribunal arbitral ordenou, então, a imediata recomposição das partes ao *status quo ante* e a retomada da avaliação comercial por HEPI.

A sentença arbitral também condenou o governo da Índia ao pagamento de quantia pelo investimento realizado por HEPI no bloco, consubstanciada em aproximadamente USD 113,000,000.00 (cento e treze milhões de dólares), à uma taxa de 9% (nove por cento) ao ano até a prolação da sentença arbitral e 18% (dezoito por cento) ao ano até o seu cumprimento.

Por fim, a sentença arbitral também condenou o governo da Índia ao reembolso de custas e despesas de HEPI com a arbitragem.

O governo da Índia cumpriu voluntariamente a sentença arbitral no que diz respeito ao reembolso das custas do procedimento arbitral, mas intentou ação anulatória contra o restante da decisão em julho de 2013, perante a Corte Superior de Delhi.

Em novembro do mesmo ano, HEPI pleiteou a homologação da sentença arbitral perante a Corte Superior de Delhi.

Em 2015, o governo da Índia desistiu de seu pedido de anulação da sentença arbitral formulado perante a Corte Superior de Delhi, sob o fundamento de que a Corte

³⁷⁶ S.P. Bharucha (Presidente), G.B. Pattanaik e V.N. Khare, consoante constou de decisão proferida pelo tribunal arbitral acerca de sua jurisdição em 28 de maio de 2011, Disponível em: <https://www.italaw.com/cases/4263>. Acesso em: 16 maio 2023.

Superior de Chennai seria competente para tanto, em virtude de sua proximidade geográfica com o bloco.

Em uma série de recursos e pedidos de revisão, o governo da Índia tentou voltar atrás em seu pedido de desistência e retomar o trâmite do pedido de anulação da sentença arbitral junto à Corte Superior de Delhi.

Em julho de 2016, a Corte Superior de Delhi decidiu que os tribunais da Índia não poderiam apreciar o pedido para anulação da sentença arbitral, consoante a Seção 34 do *Arbitration and Conciliation Act, 1996*³⁷⁷, uma vez que a sede do procedimento arbitral era Kuala Lumpur, Malásia.

Ainda em 2016, o governo da Índia apelou para Suprema Corte daquele país, que negou o pedido para suspensão da eficácia da sentença arbitral até a superveniência de decisão final.

Passados mais de três anos da prolação da sentença arbitral, HEPI ainda não havia retomado o acesso ao bloco. Nesse cenário, decidiu ingressar com pedido de homologação da decisão do tribunal arbitral perante a Corte Distrital de Columbia, na Carolina do Sul, EUA³⁷⁸.

A Corte Distrital de Columbia reconheceu sua competência para processar e julgar o pedido de homologação de HEPI, com fundamento na CNY e no FAA.

O governo da Índia contestou o pedido de homologação, arguindo que a sentença arbitral – no que diz respeito à ordem de execução específica e indenização pelo investimento – afrontaria a ordem pública, porque: (i) desrespeitaria a soberania das nações estrangeiras, incluindo o controle de suas terras e recursos e naturais; (ii) a ordem de execução específica seria contrária à lei da Índia; (iii) seria demasiadamente difícil executar e supervisionar a execução da sentença arbitral; e (iv) a homologação da sentença arbitral seria contrária aos princípios da cortesia internacional e ato de estado.

³⁷⁷ Disponível em: <https://www.indiacode.nic.in/bitstream/123456789/1978/1/A1996-26.pdf>. Acesso em: 16 maio 2023. A Seção 34 possui teor similar ao art. V da CNY.

³⁷⁸ Disponível em: <https://casetext.com/case/hardy-exploration-prod-india-inc-v-govt-of-india-1>. Acesso em: 10 maio 2023.

Subsidiariamente, pleiteou a suspensão do procedimento homologatório até que fosse julgado o pedido de anulação da sentença arbitral pela Suprema Corte da Índia.

O pedido subsidiário para suspensão do processo de homologação foi rejeitado pela Corte Distrital de Columbia. Embora tenha reconhecido tal possibilidade com fulcro no art. VI da CNY, entendeu que a medida seria irrazoável diante do tempo já transcorrido entre o início da arbitragem e o pedido de homologação, bem como a ausência de perspectiva de julgamento do caso pela Suprema Corte da Índia.

Ponderou, além disso: (i) que a Suprema Corte da Índia ainda precisava apreciar sua competência para julgar o pedido de anulação da sentença arbitral, já que havia divergência entre as partes quanto ao tema; e que (ii) o governo da Índia contribuiu para a extensão do litígio com medidas protelatórias perante as cortes estatais indianas.

Já a alegação de violação à ordem pública, fundada no art. V(2)(b) da CNY, foi acolhida pela Corte Distrital de Columbia.

HEPI contra-argumentou que as cortes estadunidenses homologaram decisões arbitrais para execução específica de obrigações fora de seu território no passado. Também pontuou que existem casos em que decisão – não arbitral – ordenando a execução específica de obrigação contra uma nação soberana foi homologada pelos tribunais norte-americanos.

A Corte Distrital, não obstante, entendeu que a interferência forçada dos EUA no controle a ser exercido pela Índia sobre seu território violaria a ordem pública, na medida em que convalidaria uma ordem extraterritorial, capaz de suscitar questões de soberania.

Ademais, de acordo com o *Foreign Sovereign Immunities Act* (FSIA)³⁷⁹ – estatuto que prevê as hipóteses em que um Estado soberano se encontra, ou não, sujeito à jurisdição das cortes norte-americanas – os EUA assumiram o compromisso de homologar sentenças arbitrais em que um Estado figure como parte, mas nada foi estabelecido quanto ao cabimento dessa regra quando referidas decisões implicam a execução específica de obrigações fora (ou mesmo dentro) do território estadunidense.

³⁷⁹ Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/94th-congress/house-bill/11315/text>. Acesso em: 16 maio 2023.

Ainda, com base no princípio da cortesia internacional, seria recomendável a não homologação da sentença arbitral. Nesse caso, a confirmação poderia ensejar a retaliação por parte de outras nações, que se sentiriam confortáveis para homologar e/ou, até mesmo, conceder medidas cautelares diretamente contra os EUA, por atos praticados dentro de suas próprias fronteiras.

Estar-se-ia criando situação permissiva para que tribunal estrangeiro confirme ordem semelhante contra os EUA, envolvendo contrato do qual seja parte.

De todo modo, a Corte Distrital consignou que não concorda com o argumento do governo da Índia de que a homologação deveria ser denegada porquanto os tribunais norte-americanos não teriam condições de implementar e/ou fiscalizar a execução específica da obrigação.

No que diz respeito à parcela da sentença arbitral que condenou o governo da Índia ao ressarcimento dos investimentos realizados por HEPI no bloco, em que pese as alegações do governo da Índia de que a indenização seria coercitiva e punitiva, o que também representaria afronta à ordem pública, a Corte Distrital decidiu denegar a homologação por entender que essa parte da sentença arbitral estava intrinsecamente ligada à ordem de execução específica.

Independentemente do caráter da indenização – se compensatória ou punitiva – a Corte Distrital decidiu que não poderia conceder a homologação dessa parcela da sentença arbitral, uma vez que a execução específica compunha a fórmula de cálculo da reparação pelos investimentos realizados.

É dizer, homologar a decisão que determinou o pagamento de indenização medida pelo tempo transcorrido entre a prolação da sentença arbitral e o cumprimento da ordem de execução específica nela contida, seria equivalente a compelir o governo da Índia à execução específica da obrigação contratual cujo reconhecimento foi negado.

O governo da Índia se veria forçado a permitir que HEPI retomasse suas atividades de exploração no bloco para fazer cessar a indenização pecuniária pelos investimentos realizados. Alternativamente, os valores devidos à HEPI pelos investimentos no bloco continuariam a crescer exponencialmente à taxa de 18% (dezoito por cento) ao ano. Seria

impossível cumprir definitivamente essa parcela da sentença arbitral sem a execução específica do contrato.

Por isso, dada a interrelação entre a execução específica do contrato e a indenização devida pelos investimentos, a Corte Distrital concluiu que a violação à ordem pública se estenderia também a essa parcela da sentença arbitral. Negou, portanto, a homologação da integralidade da sentença arbitral.

6.1.2 NTT Docomo Inc. v. Ultra D.O.O.

Em 1º de fevereiro de 2008, NTT DoCoMo, Inc. (NTT), empresa japonesa, firmou com Ultra D.O.O. (Ultra), sociedade limitada da Eslovênia, contrato segundo o qual Ultra adquiriria de NTT a sua participação na empresa Telargo, Inc. (Telargo) mediante o pagamento de USD 3,086,900.00 (três milhões, oitenta e seis mil e novecentos dólares) em três parcelas, a vencer em 31 de março de 2008, 31 de dezembro de 2008 e 31 de dezembro de 2009, respectivamente.

Telargo estava sediada em Delaware, EUA, cujas quotas pertenciam a NTT e Ultra. NTT iniciou arbitragem em face de Ultra em julho de 2008, arguindo que Ultra teria deixado de pagar todas as parcelas do preço acordado no contrato.

A disputa foi submetida a tribunal arbitral composto por três árbitros, sediado na cidade de Nova York. A lei aplicável ao mérito era a lei do estado de Nova York e a arbitragem foi administrada pela CCI. Não foram divulgadas informações acerca da nacionalidade dos árbitros.

O tribunal arbitral proferiu sentença em janeiro de 2010, em que ordenou a execução específica do contrato de compra e venda de quotas. Ultra deveria pagar a NTT o importe de USD 3,086,900.00 (três milhões, oitenta e seis mil e novecentos dólares), acrescido de juros, e receber em contrapartida a totalidade das ações de NTT na Telargo.

Em maio de 2010, NTT pleiteou a homologação da sentença arbitral perante a Corte Distrital do distrito sul de Nova York, estado de Nova York, EUA. Ultra se opôs ao pedido com fundamento no art. V(2)(b) da CNY.

De acordo com Ultra, a ordem de execução específica do contrato violaria a ordem pública dos EUA, em que a reparação pecuniária seria o remédio mais adequado para o inadimplemento contratual.

A Corte Distrital do distrito sul de Nova York entendeu que Ultra não demonstrou haver vedação de natureza de ordem pública à execução específica de contratos de compra e venda de quotas³⁸⁰.

Segundo a Corte, a decisão do tribunal arbitral estaria em consonância com a jurisprudência de Nova York, que permitiria a execução específica de operações e alienação de participação societária de companhias fechadas, em que a oferta pública de ações não seja rotineira.

A sentença arbitral foi homologada em sua integralidade pela Corte Distrital do distrito sul de Nova York.

6.1.3 Four Seasons Hotels and Resorts v. Consorcio Barr

No ano de 2009, Four Seasons Hotels and Resorts, B.V., de origem holandesa, Four Seasons Hotels Limited, sediado no Canadá, e Four Seasons Caracas, C.A., empresa venezuelana, ingressaram com pedido de homologação de sentença arbitral estrangeira, junto à Corte Distrital do distrito sul da Flórida, Miami, EUA, em face da (também venezuelana) Consorcio Barr S.A. (Consórcio).

As partes haviam firmado cinco contratos para administração e operação do hotel *Four Seasons* localizado de Caracas, na Venezuela. Os instrumentos foram assim denominados: (i) *Hotel Management Agreement*; (ii) *Hotel Advisory Agreement*; (iii) *the Hotel Services Agreement*; (iv) *Hotel Pre-opening Service Agreement* e (v) *Loan Agreement*.

Não foram divulgadas informações específicas sobre o escopo de cada um dos contratos e/ou das obrigações assumidas pelas partes nos instrumentos enumerados acima.

³⁸⁰ Disponível em: <https://casetext.com/case/ntt-docomo>. Acesso em: 16 maio 2023.

Em 22 de março de 2004, tribunal arbitral constituído no procedimento administrado pelo ICDR da AAA proferiu sentença arbitral final em que: (i) reconheceu o inadimplemento dos contratos pelo Consórcio; (ii) determinou ao Consórcio a execução específica de suas obrigações nos contratos; (iii) proibiu o Consórcio de interferir direta ou indiretamente na administração do hotel *Four Seasons* de Caracas enquanto vigessem os contratos; (iv) condenou o Consórcio ao pagamento de indenização pecuniária e custas do procedimento arbitral.

A lei da Venezuela era aplicável ao mérito do procedimento. A composição do tribunal arbitral é desconhecida. Sabe-se, contudo, que o Consórcio indicou como árbitro o venezuelano Emilio Pittier Octavio, que foi posteriormente substituído pelo mexicano Jose Maria Abascal, na última audiência de instrução.

O Consórcio se opôs à homologação sob os seguintes fundamentos: (i) a sentença arbitral teria extrapolado o escopo dos pedidos formulados na arbitragem ao fixar a indenização pecuniária, bem assim na determinação para execução específica dos contratos, conforme V(1)(c) da CNY; (ii) o Consorcio teria sido premido da possibilidade de apresentar seu caso perante o tribunal arbitral, já que engajar no procedimento implicaria renúncia ao seu direito de contestar a jurisdição do tribunal arbitral, nos termos do art. V(1)(b) da CNY; e (iii) a execução específica dos contratos demandaria que a Corte Distrital supervisionasse a execução dos instrumentos em território estrangeiro, em violação ao art. V(2)(b) da CNY.

Ademais, a execução específica dos contratos seria contrária à(s) decisão(ões) das cortes estatais da Venezuela. Em 2002, foi proferida sentença arbitral parcial no mesmo caso, em que o tribunal arbitral reconheceu sua competência para determinar sobre sua própria jurisdição acerca dos pedidos decorrentes dos contratos.

Essa sentença arbitral parcial foi contestada pelo Consórcio perante tribunais venezuelanos, que declararam a sua nulidade. O Consórcio não informou se existiam outras decisões proferidas pelas cortes da Venezuela relativamente aos contratos objeto da arbitragem. Mas, de acordo com o Consórcio, a chance de conflito decorrente da homologação afrontaria a ordem pública.

A fundamentação da Corte Distrital³⁸¹ para afastar as alegações do Consórcio pela denegação da homologação da sentença arbitral, em especial a ordem de execução específica, foi bastante breve. Limitou-se a afirmar que o Consórcio não demonstrou que a execução específica estaria enquadrada nas hipóteses em que o reconhecimento de sentença estrangeira deveria ser negado no âmbito da CNY.

Consignou que o Consórcio também não teria demonstrado qual seria o potencial conflito entre as decisões proferidas pelas cortes da Venezuela e a homologação da sentença arbitral, particularmente porque não se sabe quais são elas, tampouco o seu conteúdo ou a medida em que se referem aos contratos objeto da sentença arbitral.

Dessa forma, não logrou êxito em demonstrar o risco de violação à ordem pública, que levaria à denegação da homologação com base no art. V(2)(b) da CNY. A Corte Distrital também afirmou que poderia apreciar o pedido de homologação da sentença arbitral e as questões a ele relacionadas sem que fosse necessário supervisionar as operações diárias do hotel em Caracas.

A sentença arbitral foi homologada, exceção feita à parcela referente ao *Loan Agreement*, que, segundo a Corte Distrital, não estava acobertado pela cláusula compromissória.

6.1.4 Telecom Business Solution, LLC et. al. v. Terra Towers Corp. et. al.

Em outubro de 2015, Telecom Business Solution, LLC e LATAM Towers, LLC e AMLQ Holdings (Cay) Ltd. (em conjunto, Requerentes) celebraram com Terra Towers Corp. e TBS Management, S.A. (em conjunto, Requeridas) acordo de acionistas, segundo o qual seriam proprietários das quotas – na proporção de 45% (quarenta e cinco por cento) e 55% (cinquenta e cinco por cento), respectivamente – e responsáveis pela administração conjunta da Continental Towers LATAM Holding, Ltd. (Companhia), empresa que desenvolvia e operava torres de telecomunicação na América Central e do Sul.

³⁸¹ Disponível em: <https://casetext.com/case/four-seasons-hotels-resorts-bv-v-consorcio-barr>. Acesso em: 16 maio 2023.

O acordo de acionistas previu período de *lock-up* de cinco anos, contados da data da assinatura do instrumento, para que os Requerentes pudessem alienar sua participação na Companhia.

Na mesma data em que foi firmado o acordo de acionistas, a Companhia celebrou dois contratos – um de desenvolvimento e um de construção (doravante Contratos de Desenvolvimento e de EPC, respectivamente).

Por meio dos Contratos de Desenvolvimento e de EPC, a Companhia contratou a DT Holdings, Inc (DTH), empresa do grupo de Terra, para construção de torres de telecomunicação. Além disso, DTH seria responsável pela administração e operação da Companhia, mediante remuneração mensal.

Em novembro de 2020, encerrado o período de *lock-up*, os Requerentes informaram a Terra seu interesse em alienar a participação societária que possuíam na Companhia para Torrecom Partners LP (Torrecom).

As Requeridas não concordaram com a venda das quotas para terceiro não relacionado aos Requerentes, ainda que observados os procedimentos estabelecidos no acordo de acionistas.

Em fevereiro de 2021, os Requerentes instauraram procedimento arbitral, arguindo que Terra teria inadimplido o acordo de acionistas ao obstar a venda da sua participação societária para Torrecom.

Pleitearam a execução específica do acordo de acionistas, que continha mecanismo detalhado para venda das quotas pelos Requerentes, ou a condenação de Terra ao pagamento de indenização correspondente.

O procedimento arbitral foi conduzido na cidade de Nova York, estado de Nova York, e administrado pela AAA-ICDR. O tribunal arbitral foi formado por três árbitros norte-americanos³⁸², e a lei aplicável ao acordo de acionistas era a do estado de Nova York.

³⁸² Marc J. Goldstein (Presidente), Richard F. Ziegler (coárbitro indicado pelo polo ativo) e Mélida Narcisa Hodgson (coárbitra indicada pelo polo passivo).

Compuseram o polo ativo da arbitragem Telecom Business Solution, LLC, LATAM Towers, LLC e AMLQ Holdings (Cay) Ltd. – as duas primeiras estabelecidas nos EUA e a última nas Ilhas Virgens Britânicas. No polo passivo, figuraram Terra Towers Corp., também sediada nas Ilhas Virgens Britânicas, TBS Management, S.A., empresa limitada panamense, Jorge Hernandez, controlador das Requeridas, a Companhia, com sede na Guatemala, e Alberto Arzú, cuja relação com as partes não foi esclarecida.

O tribunal arbitral, em sentença datada de 23 de fevereiro de 2022³⁸³, entendeu que Terra e TBS inadimpliram o acordo de acionistas ao impedir a venda da participação dos Requerentes na Companhia para Torrecom.

Determinou a execução específica do mecanismo contratualmente previsto na cláusula 5.04.b do acordo de acionistas para alienação das quotas, *in verbis*:

Following the earlier of (i) the expiration of the Lock-Up Period, or [certain other events not relevant here] ... then within ninety (90) days of such event ... the Initial B Shareholder[s] ... may request, upon written notice to the other Initial Shareholders and the Company (the "Proposed Sale Notice"), a sale of all or substantially all of the Company's assets or all or substantially all of the Shares in the Company (in one or more transactions) to an unaffiliated Third Party Purchaser (an "Approved Sale").

(i) If the Proposing Shareholders have already procured or received an offer from an unaffiliated Third Party Purchaser to purchase the assets or Shares of the Company (a "Proposed Offer"), the Proposed Sale Notice shall disclose in reasonable detail the identity of the prospective purchaser and the proposed terms and conditions of the Proposed Offer. The Initial A Shareholders or the Initial B Shareholders, as applicable, (the "Objecting Shareholders") may reject such Proposed Offer within thirty (30) calendar days of delivery of the Proposed Sale Notice by providing the Company with an opinion from an independent and reputable investment bank with experience in the industry and a cross-border practice (an "Investment Bank"), retained at the sole expense of the Objecting Shareholders, stating that the value of the proposed transaction is materially less than comparable transactions in the industry and the Territory; provided that, if such opinion is provided, the provisions of Section 5.04(b)(ii) shall apply. **In the event that no such opinion is provided by the expiration of such 30 day period, each Shareholder shall vote for, consent to and raise no objections against such Approved Sale and take all necessary and reasonable**

³⁸³ Disponível em: https://jsumundi.com/en/document/decision/en-telecom-business-solution-llc-and-latam-towers-llc-v-terra-towers-corp-tbs-management-s-a-et-al-partial-final-award-thursday-24th-february-2022#decision_20768. Acesso em: 16 maio 2023.

actions in connection with the consummation of the Approved Sale as requested by the Proposing Shareholders.

(ii) If the Proposing Shareholders have not already procured an offer from an unaffiliated Third Party Purchaser or if an opinion has been provided by an Objecting Shareholder pursuant to Section 5.04(b)(i), the Company shall, within thirty (30) calendar days of receipt of the Proposed Sale Notice, retain an Investment Bank to facilitate an Approved Sale and each Shareholder shall vote for, consent to and raise no objections against such Approved Sale and take all necessary and reasonable actions in connection with the consummation of the Approved Sale as requested by the Proposing Shareholders. In the event that the consideration to be received for the Shares or assets of the Company upon the consummation of the Approved Sale is less than the Proposed Offer provided by the Third Party Purchaser pursuant to Section 5.04(b)(i), the difference between the amount of the Proposed Offer and the purchase price of the Approved Sale shall be deducted from the proceeds otherwise due to the Objecting Shareholders. (grifo nosso)

O tribunal arbitral consignou que Terra Towers Corp. e TBS Management S.A. deveriam fazer com que seus membros da diretoria da Companhia votassem favoravelmente à operação de compra e venda das quotas dos Requerentes, desde que fossem notificados por escrito pelos Requerentes sobre o banco de investimentos que participaria da transação no prazo de trinta dias do recebimento da sentença arbitral.

Ato contínuo, a venda das quotas deveria se dar em conformidade com as condições (preço, forma de pagamento etc.) constantes da notificação enviada pelos Requerentes às Requeridas em janeiro de 2021.

A sentença arbitral destacou que o acordo de acionistas continha disposição (cláusula 8.12) que autorizava expressamente a execução específica das obrigações nele previstas:

Specific Performance The parties hereto agree that irreparable damage would occur in the event any provision of this Agreement was not performed in accordance with the terms hereof and the parties shall be entitled to specific performance of the terms hereof, in addition to any other remedy at law or in equity. Therefore, each party hereto consents to the issuance of an injunction or the enforcement of other equitable remedies against him at the suit of an aggrieved party without the posting of a bond or other security, to compel the specific performance of all of the terms hereof and to prevent any disposition of Shares in contravention of any terms of this Agreement. (grifo original)

Em 3 de março de 2022, os Requerentes ajuizaram ação, perante a Corte Distrital do distrito sul de Nova York, para o reconhecimento da sentença arbitral com base no FAA e na CNY.

As Requeridas impugnaram o requerimento de homologação e apresentaram pedido contraposto para anulação da sentença arbitral³⁸⁴ sob três fundamentos: (i) primeiro, arguíram ter havido violação ao devido processo legal, pois não lhes teria sido assegurada oportunidade de apresentar plenamente seu caso; (ii) segundo, teria havido evidente parcialidade de dois dos três membros do tribunal arbitral em favor dos Requerentes; e (iii) terceiro e último, o tribunal arbitral teria excedido seus poderes e atuado em “manifesta desconsideração da lei”³⁸⁵ ao determinar a execução específica do acordo de acionistas.

A manifesta desconsideração da lei pode ser definida como um erro grosseiro de direito cometido pelo árbitro ou pelo tribunal arbitral e foi utilizada pela Suprema Corte dos EUA como fundamento para anulação da sentença arbitral proferida no caso *Wilko v. Swan*³⁸⁶, em 1953³⁸⁷.

A sentença arbitral foi confirmada pela Corte Distrital, que afastou todos os argumentos suscitados pelas Requeridas³⁸⁸. A Corte entendeu que não havia descompasso entre a ordem de execução específica constante da sentença arbitral e a lei de Nova York, aplicável ao mérito do caso.

Os poderes do tribunal arbitral para determinar a execução específica decorriam essencialmente do próprio texto contratual. De qualquer maneira, os árbitros também entenderam que os requisitos da lei de Nova York para concessão desse remédio estariam preenchidos, porquanto não houve inadimplemento substancial do acordo de acionistas pelos Requerentes.

³⁸⁴ Nesse caso, há coincidência entre a sede da arbitragem e o local em que se pleiteou a homologação da sentença arbitral.

³⁸⁵ No original, o termo adotado pelas cortes norte-americanas é “*manifest disregard of the law*”.

³⁸⁶ Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/346/427/case.html>. Acesso em: 16 maio 2023.

³⁸⁷ A doutrina da manifesta desconsideração da lei não se originou no caso *Wilko v. Swan*, em que pese esse seja considerado como *leading case* para sua utilização pelas cortes americanas.

³⁸⁸ Disponível em: <https://casetext.com/case/telecom-bus-sol-v-terra-towers-corp>. Acesso em: 16 maio 2023.

Ademais, não haveria qualquer disposição jurisprudencial ou doutrinária referente à lei de Nova York que obrigaria o tribunal arbitral a desconsiderar o conteúdo do contrato entabulado entre as partes para ater-se aos remédios tipicamente aplicados pelas cortes estatais ao descumprimento contratual (i.e., perdas e danos em dinheiro).

6.1.5 A comparabilidade entre decisões proferidas em processos de homologação e anulatórios de sentenças arbitrais domésticas

É frequente, na doutrina americana sobre a disponibilidade do remédio da execução específica na arbitragem, encontrar menção a dois precedentes: *Grayson-Robinson Stores v. Iris Construction Co.* e *Staklinski v. Pyramid Electric Co*³⁸⁹.

Trata-se de procedimentos domésticos, cuja sentença arbitral foi contestada por meio de pedido de anulação perante as cortes estatais. Ao contrário do que ocorre na maioria das jurisdições, o FAA contempla hipóteses mais amplas de escrutínio da sentença arbitral doméstica no processo anulatório do que na homologação de sentenças estrangeiras.

Tome-se como exemplo a Lei Modelo da UNCITRAL, que é representativa do que se vê em grande parte das legislações nacionais atuais. Não há grandes diferenças entre o art. 34 Lei Modelo da UNCITRAL, que versa sobre a anulação de sentenças arbitrais, da relação ao art. V da CNY³⁹⁰.

³⁸⁹ *Vide*: BEDELL, Stephen P.; EBLING, Louis K. Equitable relief in arbitration **Loyola University Law Journal**, v. 20, issue 1, p. 39-79, 1988. p. 45-49; YAHR, Michael Peter. Arbitration and award: specific performance of a building contract affirmed by a court of equity, **William & Mary Law Review**, v. 3, issue 1, p. 203-205, 1961; HECKE, M. T. Van. Changing emphasis in specific performance. **North Carolina Law Review**, v. 40, n.1, p. 1-22, 1961. p. 14-15; KRONMAN, Anthony T. Specific Performance. **University of Chicago Law Review**, v. 45, p. 351-382, 1978, p. 373; LENNARD, Gary L, Specific performance of construction contracts-archaic principles preclude necessary reform. **Notre Dame Law Review**, v. 47, p. 1025-1041, 1972; Contracts-Specific Performance of Building Contract-Arbitrator's Award of Specific Performance Confirmed by Court (*Grayson-Robinson Stores, Inc. v. Iris Constr. Corp.*, 8 N.Y.2d 133, (1960). **St. John's Law Review**, v. 35, n. 2, p. 363-368, 1961.

³⁹⁰ Para comparação entre os fundamentos para anulação da sentença arbitral no âmbito do art. 34 da Lei Modelo da UNCITRAL com as hipóteses de denegação da homologação estabelecidas pelo art. V da CNY, *vide* Anexo B.

Já o FAA contempla, na Seção 10³⁹¹, hipóteses de anulação que não encontram correspondência direta com o art. V da CNY. Além de permitir a anulação da sentença em caso de evidente parcialidade ou corrupção dos árbitros, também a admite quando os árbitros se recusarem a adiar a audiência, mesmo havendo razão suficiente para fazê-lo, ou a produzir/deixar que as partes produzam provas pertinentes e materiais para a solução da demanda, ou qualquer outro comportamento impróprio pelo qual os direitos de qualquer parte tenham sido prejudicados.

A sentença arbitral também poderá ser anulada quando os árbitros excederem seus poderes ou desempenharem seu encargo de forma que a sentença arbitral não tenha resolvido adequadamente o assunto que lhes foi submetido pelas partes.

Em determinadas hipóteses³⁹², permite que a sentença arbitral seja anulada por solicitação de terceiro, que não tenha figurado como parte da arbitragem, desde que tenha

³⁹¹ “(a) In any of the following cases the United States court in and for the district wherein the award was made may make an order vacating the award upon the application of any party to the arbitration—

(1) where the award was procured by corruption, fraud, or undue means;

(2) where there was evident partiality or corruption in the arbitrators, or either of them;

(3) where the arbitrators were guilty of misconduct in refusing to postpone the hearing, upon sufficient cause shown, or in refusing to hear evidence pertinent and material to the controversy; or of any other misbehavior by which the rights of any party have been prejudiced; or

(4) where the arbitrators exceeded their powers, or so imperfectly executed them that a mutual, final, and definite award upon the subject matter submitted was not made.

(b) If an award is vacated and the time within which the agreement required the award to be made has not expired, the court may, in its discretion, direct a rehearing by the arbitrators.

(c) The United States district court for the district wherein an award was made that was issued pursuant to section 580 of title 5 may make an order vacating the award upon the application of a person, other than a party to the arbitration, who is adversely affected or aggrieved by the award, if the use of arbitration or the award is clearly inconsistent with the factors set forth in section 572 of title 5.”

³⁹² Constantes da seção 570 do U.S. Code: “(a) (1) Unless the agency provides otherwise by rule, the award in an arbitration proceeding under this subchapter shall include a brief, informal discussion of the factual and legal basis for the award, but formal findings of fact or conclusions of law shall not be required.

(2) The prevailing parties shall file the award with all relevant agencies, along with proof of service on all parties.

(b) The award in an arbitration proceeding shall become final 30 days after it is served on all parties. Any agency that is a party to the proceeding may extend this 30-day period for an additional 30-day period by serving a notice of such extension on all other parties before the end of the first 30-day period.

(c) A final award is binding on the parties to the arbitration proceeding, and may be enforced pursuant to sections 9 through 13 of title 9. No action brought to enforce such an award shall be dismissed nor shall relief therein be denied on the grounds that it is against the United States or that the United States is an indispensable party.

(d) An award entered under this subchapter in an arbitration proceeding may not serve as an estoppel in any other proceeding for any issue that was resolved in the proceeding. Such an award also may not be used as precedent or otherwise be considered in any factually unrelated proceeding, whether conducted under this subchapter, by an agency, or in a court, or in any other arbitration proceeding.”

sido prejudicado pelo teor da decisão, ou se o uso de arbitragem for incompatível com o objeto da demanda ou o teor da sentença for claramente inconsistente com os requisitos da Seção 572, do título 5 do U.S. Code³⁹³.

Há, ainda, a possibilidade de anulação da sentença arbitral com base em outros fundamentos construídos pela jurisprudência, como o *manifest disregard of the law*. A doutrina do *manifest disregard of the law* não é alheia ao procedimento de homologação de sentenças estrangeiras perante as cortes norte-americanas³⁹⁴.

Por isso, referenciar, mesmo analogicamente, decisões proferidas em ações anulatórias, para especular o tratamento que seria dado a situação similar em sede de pedido de homologação, se sentença arbitral estrangeira, não deve ser feito livremente, mas apenas quando os fundamentos invocados para anulação forem equivalentes aos que poderiam ser aventados no procedimento homologatório.

³⁹³ “(a) An agency may use a dispute resolution proceeding for the resolution of an issue in controversy that relates to an administrative program, if the parties agree to such proceeding.

(b) An agency shall consider not using a dispute resolution proceeding if—

(1) a definitive or authoritative resolution of the matter is required for precedential value, and such a proceeding is not likely to be accepted generally as an authoritative precedent;

(2) the matter involves or may bear upon significant questions of Government policy that require additional procedures before a final resolution may be made, and such a proceeding would not likely serve to develop a recommended policy for the agency;

(3) maintaining established policies is of special importance, so that variations among individual decisions are not increased and such a proceeding would not likely reach consistent results among individual decisions;

(4) the matter significantly affects persons or organizations who are not parties to the proceeding;

(5) a full public record of the proceeding is important, and a dispute resolution proceeding cannot provide such a record; and

(6) the agency must maintain continuing jurisdiction over the matter with authority to alter the disposition of the matter in the light of changed circumstances, and a dispute resolution proceeding would interfere with the agency’s fulfilling that requirement.

(c) Alternative means of dispute resolution authorized under this subchapter are voluntary procedures which supplement rather than limit other available agency dispute resolution techniques.”

³⁹⁴ Cf. COMMITTEE ON INTERNATIONAL COMMERCIAL DISPUTES OF THE BAR OF THE CITY OF NEW YORK. **The ‘Manifest Disregard of Law’ Doctrine and International Arbitration in New York**. Disponível em: <https://www2.nycbar.org/pdf/report/uploads/20072344-ManifestDisregardofLaw--DoctrineandInternationalArbitrationinNewYork.pdf>. Acesso em: 16 de maio de 2023. *Vide também*: TOMPKINS, Jonathan. J. **Manifest Disregard of the Law’**: The Continuing Evolution of an Historically Ambiguous Vacatur Standard. **Dispute Resolution international**, v. 12, n. 2, p. 145-164, out. 2018.

Tanto em *Grayson-Robinson Stores v. Iris Construction Co.* e *Staklinski v. Pyramid Electric Co.*, o pedido de anulação da sentença arbitral foi motivado por alegação de violação à ordem pública pela sentença arbitral que concedeu a execução específica.

Evidente que a mera referência à ordem pública não significa que os requisitos sopesados pelas cortes estadunidenses ao enfrentar o tema em matéria doméstica e internacional se equivalem.

O conjunto de regras entendido pelo legislador como essencial para o funcionamento do Estado compõem a ordem pública de um determinado ordenamento jurídico³⁹⁵.

O que cada ordenamento jurídico considera como parte de seu conjunto essencial de regras para uma convivência harmônica pode não ser o mesmo em outra jurisdição³⁹⁶ – por mais semelhantes que sejam as regras em questão.

Esse apanhado de normas tidas por essenciais pode variar não apenas no tempo e no espaço, mas também de acordo com as circunstâncias do caso em que sua violação é alegada, isto é, se em relações internas àquele país ou transfronteiriças.

Daí porque a ordem pública pode ser vista sob diferentes enfoques – doméstica, internacional ou transnacional. A ordem pública considerada nacional é mais rigorosa, contemplando mais normas e princípios cogentes insuperáveis pelo acordo de vontade de terceiros.

A internacional abrange apenas o que for essencial a determinada nação no funcionamento de suas relações internacionais³⁹⁷. A ordem pública transnacional, por sua vez, seria a menos restritiva delas, pois se ateriam aqueles princípios considerados

³⁹⁵ GRECO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**, v. 2, São Paulo: Saraiva, 1996. p. 415. *Vide* também o julgamento da SEC 4.024 pela Corte Especial do STJ, em 13 de setembro de 2013.

³⁹⁶ GAILLARD, Emmanuel. SAVAGE, John. (eds.). **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 1999. §§ 1645-1662 e 1710-1713.

³⁹⁷ GAILLARD, Emmanuel. Extent of court review of public policy. **New York Law Journal**, v. 237, n. 65, n.p., apr. 2007; LALIVE, Pierre. Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration, *In*: SANDERS, Pieter (ed.), **Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration**, New York: ICCA Congress Series v. 3, 1986, p. 260-261; GONÇALVES, Eduardo Damião. Comentários ao artigo V(2)(a)(b) da Convenção de Nova Iorque. *In*: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem comercial internacional: a convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 288-289.

essenciais, simultaneamente, pela maioria das nações³⁹⁸. Sua própria existência é, contudo, controversa.

A função da ordem pública, independentemente da categorização, é sempre a mesma: “garantir a unidade de instituições e proteger o sentimento de justiça e moral em cada sociedade e na chamada comunidade internacional”³⁹⁹.

Não convém enfrentar qual deles é o mais adequado na aplicação do art. V(2)(b) da CNY quando da homologação das sentenças arbitrais estrangeiras, tampouco da lei interna de cada país. Cumpre apenas pontuar que a referência à ordem pública pelo art. V(2)(b) da CNY é usualmente interpretada como sendo à ordem pública internacional⁴⁰⁰.

Feitas tais ressalvas, passa-se ao estudo dos casos *Grayson-Robinson Stores v. Iris Construction Co.* e *Staklinski v. Pyramid Electric Co.* As conclusões das cortes em ambos os julgados serão sopesadas em conjunto com aquelas esboçadas nos julgamentos dos casos já explorados nos capítulos anteriores.

6.1.5.1 Grayson-Robinson Stores v. Iris Construction Co.

Iris Construction Co. (*Iris*) era proprietária de um terreno na cidade de Levittown, condado de Nassau, estado de Nova York. Em 1955, firmou contrato com *Grayson-Robinson Stores* (*Grayson*), no qual se acordou que *Iris* seria responsável pela construção de um prédio comercial de *shopping center* no terreno de sua propriedade.

³⁹⁸ LALIVE, Pierre. Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration, *In: SANDERS, Pieter (ed.), Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, New York: ICCA Congress Series v. 3, 1986, p. 273-274; MENDES, Rodrigo Octávio Bróglia. **Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 50; GONÇALVES, Eduardo Damião. Comentários ao artigo V(2)(a)(b) da Convenção de Nova Iorque. *In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem comercial internacional: a convenção de Nova Iorque e o Direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 289-290.

³⁹⁹ FONTOURA COSTA, José Augusto; VITALE PIMENTA, Rafaela Lacôrte. Ordem Pública na Lei 9.307/96. *In: CASELLA, Paulo Borba (coord.) A nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional*. São Paulo: LTr, 1996. p. 202.

⁴⁰⁰ Sobre o tema, *vide*: ABBUD, André de Albuquerque. **Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras**. São Paulo: Atlas, 2008. p. 208.

Grayson, por sua vez, alugaria o prédio a ser construído por Iris pelo prazo de 25 anos, para instalação de suas lojas de departamento. O contrato contemplou hipóteses de renovação.

As obras deveriam ser concluídas até 1º de setembro de 1957. Esse prazo sofreu sucessivas revisões e alterações. Quando os projetos e especificações para construção já estavam prontos, tendo sido iniciadas as escavações, Iris notificou Grayson de que não seria capaz de executar sua parcela do contrato caso Grayson não concordasse com o aumento do valor do aluguel.

Iris informou que não conseguiu financiamento para construção do *shopping center*, e que obter recursos externos para a obra sempre teria sido sua intenção. Grayson não consentiu com o ajuste no preço do aluguel e Iris não deu continuidade aos trabalhos.

O contrato continha cláusula compromissória elegendo as Regras de Arbitragem Comercial da AAA, as quais preveem expressamente⁴⁰¹ a possibilidade de concessão de execução específica das obrigações contratuais.

Estabelecido o impasse, Grayson instaurou procedimento arbitral contra Iris. O árbitro no caso decidiu acolher o pedido de Grayson para que fosse determinada a execução específica do contrato por Iris, com a construção do imóvel no terreno de Levittown.

Iris aduziu impossibilidade de cumprir o contrato, mas a sentença arbitral rejeitou essa alegação, porquanto haveria apenas alguma dificuldade em obter financiamento para realização da obra. No máximo, estar-se-ia diante de algum custo adicional atrelado à construção.

Iris pleiteou a anulação da sentença arbitral, que posteriormente resultou em apelação para a Corte de Apelações do Estado de Nova York. Arguiu que a sentença arbitral violaria a ordem pública porque as cortes estatais não teriam condição de

⁴⁰¹ À época, a disposição constava do art. 42 das Regras da AAA, que dispunha: "*The arbitrator in his award may grant any remedy or relief which he deems just and equitable and within the scope of the agreement of the parties, including, but not limited to, specific performance of a contract.*" A norma antes contemplada pelo art. 42 encontra equivalência no atual art. 47 das Regras da AAA.

fiscalizar o cumprimento da obrigação. Além disso, o remédio da execução específica não estaria disponível à Grayson caso a disputa fosse resolvida perante o Judiciário.

A Corte de Apelações, por maioria⁴⁰², entendeu que não haveria vedação para concessão de execução específica em contrato de construção, especialmente em caso no qual as partes tenham expressamente acordado nesse sentido.

Embora tenha se construído na jurisprudência o entendimento de que a execução específica não deve ser concedida nos casos em que a fiscalização do cumprimento da obrigação seja demasiadamente difícil ou onerosa, inexistente proibição ao emprego desse remédio em caso de inadimplemento contratual.

A execução específica também seria alternativa no Judiciário, sujeita à discricionariedade das Cortes de Chancelaria. Na visão da maioria, o caso não teria nada de extraordinário em relação a outros envolvendo contrato de construção que já passaram por aquele tribunal. A decisão proferida na arbitragem apenas determinou que Iris cumprisse os termos do contrato ao qual voluntariamente se vinculou.

Divergiu da maioria o juiz Van Voorhis, cuja opinião foi acompanhada por outros dois julgadores, Burke e Foster. O voto dissidente consignou que: (i) como os árbitros não executam suas próprias decisões, seria razoável que não imputassem às cortes estatais a responsabilidade por assegurar a execução específica do contrato; e (ii) a execução específica determinada na arbitragem não seria concedida se pleiteada a juízes de chancelaria.

Além disso, (iii) confirmar a decisão arbitral que ordenou a execução específica significaria que o Judiciário deveria resolver questões que possam surgir durante a execução do contrato, isto é, a construção de prédio comercial, que depende da interpretação não só do texto contratual, mas também de projetos e especificações de engenharia. As cortes não podem recorrer ao tribunal arbitral quando tais problemas surgirem, tampouco nomear terceiro que ficará, em seu nome, responsável pela fiscalização da execução do contrato *in loco*.

⁴⁰² Quatro votos contra três. Disponível em: <https://casetext.com/case/matter-of-grayson-robinson-stores-1>. Acesso em: 16 maio 2023.

Embora reconheça que não há vedação para que as Cortes de Chancelaria concedam, eventualmente, a execução específica de um contrato, e que já o fizeram no passado, não significa que tal remédio devesse ser invocado no caso concreto, ou que quaisquer decisões dos árbitros nesse sentido devam ser confirmadas pelo Judiciário.

Aduziu que a sentença arbitral não levou em consideração a complexidade do contrato e da obra que deve ser realizada, nem ponderou a impossibilidade de Iris efetivamente executá-la⁴⁰³. A decisão pela reparação natural seria, nesse aspecto, meramente *pro forma*.

Portanto, no entendimento da minoria, a sentença arbitral deveria ser anulada, se não pelo descabimento da execução específica, para que seja remetida de volta ao tribunal arbitral a fim de que se pronuncie sobre a possibilidade de execução específica do contrato por Iris e, sendo negativa conclusão, para decidir sobre a fixação de perdas e danos.

6.1.5.2 Staklinski & Pyramid Elec. Co.

Em 1954, Stanley J. Staklinski (Staklinski) celebrou contrato de trabalho com Pyramid Elec. Co. (Pyramid), por meio do qual Staklinski figuraria como gerente de produção e engenharia – funcionário de alto escalão – da Pyramid pelo período de onze anos. Staklinski receberia um elevado salário pelos seus serviços, além de participação nos lucros.

Constou do contrato que, caso Staklinski fosse declarado permanentemente incapacitado, faria jus à uma compensação, reduzida em comparação ao seu salário, pelos próximos três anos. Após esse prazo, o contrato seria encerrado.

Assim como em *Grayson-Robinson Stores v. Iris Construction Co.*, o contrato continha cláusula compromissória elegendo as Regras de Arbitragem Comercial da AAA,

⁴⁰³ De outro lado, o voto da maioria afirmou que a sentença arbitral enfrentou a alegação de impossibilidade de execução da obra apresentada por Iris, rejeitando-a. Dada a indisponibilidade do inteiro teor da sentença arbitral, não é possível confirmar o efetivo conteúdo da fundamentação apresentada pelos árbitros para a questão.

que contemplam a possibilidade de concessão de execução específica pelo tribunal arbitral.

Em junho de 1956, os diretores da Pyramid decidiram que Staklinski estaria permanentemente incapacitado e que seu contrato deveria ser encerrado. Staklinski discordou do entendimento da diretoria, e o caso foi submetido à arbitragem.

O tribunal arbitral, por maioria, decidiu que Staklinski não estava incapacitado para o exercício de suas funções e ordenou sua reintegração ao quadro de funcionários de Pyramid.

Pyramid contestou a sentença arbitral no Poder Judiciário. Argumentou que seria contra a ordem pública obrigar a empresa a manter Staklinski em seu quadro de funcionários, especialmente se a diretoria reputa que seus serviços são insatisfatórios.

O voto vencedor consignou que Pyramid firmou com Staklinski contrato de longa duração, assim como concordou com a solução de disputas pela via arbitral, concedendo aos árbitros poderes expressos para determinar a execução específica.

Além disso, as cortes norte-americanas têm corroborado, desde o século XIX, que os árbitros possuem poderes para ordenar a execução específica de um contrato de trabalho, se apropriado. A única diferença do caso presente para os já enfrentados pelos tribunais é a relevância do cargo ocupado por Staklinski.

O voto dissidente afirmou que as cortes estatais não estariam obrigadas a convalidar sentença arbitral que afronta a ordem pública ao determinar a execução específica de obrigação de cunho personalíssimo, cujo efetivo cumprimento seria difícil de fiscalizar.

Consignou, ainda, que o mesmo remédio não teria sido obtido se a disputa houvesse sido decidida pelas cortes estatais, e que a compensação financeira seria mais adequada ao caso.

A sentença foi mantida por três votos a dois⁴⁰⁴.

⁴⁰⁴ Disponível em: <https://cite.case.law/ny2d/6/159/>. Acesso em: 16 maio 2023.

6.1.6 Conclusões sobre a recepção de sentenças arbitrais pela execução específica do contrato no *Common Law*

Havendo disposição contratual que permita expressamente a execução específica de obrigação como remédio para o inadimplemento, tribunais arbitrais, mesmo compostos por árbitros de formação *Common Law*, sediados em território norte-americano e/ou ao aplicarem a lei americana, tendem a priorizar o acordo de vontades.

A prioridade dada ao texto do contrato não ocorre necessariamente em detrimento da lei aplicável ao mérito do caso. Nos exemplos analisados, os árbitros também convalidaram a execução específica com base na jurisprudência e ou legislação substantiva eleita pelo contrato, ou ao menos não encontraram vedação expressa para sua concessão.

Mesmo quando não há disposição expressa autorizando a execução específica como remédio para o descumprimento contratual, tribunais arbitrais tendem a concedê-la quando reputam ser a solução adequada ao litígio, desde que tenha sido pleiteada por uma ou ambas as partes.

Fazem assim com base na legislação aplicável ao mérito da disputa – conquanto não encontrem nela nenhuma proibição – ou com fundamento nos próprios poderes advindo da cláusula compromissória.

Nesses casos, as cortes norte-americanas mostraram ser favoráveis à homologação, ainda que o cumprimento da obrigação abrangida pela ordem de execução específica não venha a ser realizado em território estadunidense.

De outro modo, quando as ordens de execução específica foram proferidas em desfavor de Estados, enquanto partes de um contrato internacional, as cortes norte-americanas mostraram-se reticentes à homologação de sentença arbitral, particularmente se seu cumprimento implicar a restituição de acesso e/ou direito de uso/exploração de território estatal ou de recursos naturais de outro país.

Exceção feita ao caso *Telecom Business Solution, LLC et. al. v. Terra Towers Corp.*, em que o fundamento legal suscitado para denegação da homologação foi a

manifesta descon sideração da lei, a principal tese de defesa apresentada pela parte requerida fundou-se na violação à ordem pública prevista no art. V(2)(b) da CNY.

Ao enfrentar o tema, os tribunais frisaram a interpretação restritiva que deve ser conferida à concepção de ordem pública no âmbito do art. V(2)(b) da CNY.

Há consenso entre os juízes, ao apreciarem os pedidos de homologação, que a execução específica provavelmente não seria deferida pelas cortes estatais, fosse o julgamento dos casos sua incumbência. De qualquer maneira, reconhecem que a concessão desse mecanismo é uma possibilidade que também estaria disponível ao Poder Judiciário.

Alternativamente, admitem que, mesmo que, no processo judicial, os juízes não pudessem se valer da reparação natural, não haveria justificativa para que os tribunais arbitrais se sujeitassem à mesma restrição. A arbitragem, historicamente, é via para obtenção de remédios considerados equitativos pelo direito comum.

Disposições como a contida nas Regras de Arbitragem da AAA, ou em alguns dos contratos objeto dos casos estudados, que registram expressamente a possibilidade de o tribunal arbitral determinar a execução específica, estariam refletindo um poder já exercido pelos árbitros e reconhecido pela jurisprudência norte-americana desde o século XIX⁴⁰⁵.

A aversão das cortes à execução específica, portanto, é mais pragmática do que principiológica ou fundada em vedação legal.

Por isso, parece despontar como argumento contra a homologação da sentença que contempla ordem de execução específica, a impossibilidade ou inexistência de ferramentas e mecanismos para que as cortes estatais norte-americanas fiscalizem o efetivo cumprimento da obrigação, especialmente em casos que pressupõem execução continuada.

⁴⁰⁵ Cf. ELDER, Troy. The Case against Arbitral Awards of Specific Performance. **Arbitration International**, v. 13, issue 1, p. 1-32, 1997. p. 3. *Vide* também: MAXWELL, Iain; MCKENDRICK, Ewan. Specific Performance in International Arbitration. **The Chinese Journal of Comparative Law**. v. 1, n. 2, p. 195-220, 2013. p. 208.

Por vezes, há preocupação excessiva das cortes norte-americanas com o que, na tradição continental, seria considerado dever das partes. Explica-se. De posse da decisão vinculante, caberá à parte interessada noticiar ao juiz o não cumprimento ou o cumprimento parcial da obrigação abrangida pela ordem de execução específica.

É desnecessário transferir o papel de fiscalização da realização da obrigação aos órgãos do Poder Judiciário, especialmente porque a regra é que atuem mediante provocação das partes.

Além disso, existem outras ferramentas que podem ser utilizadas pelas cortes para assegurar a execução específica das obrigações contratuais que não o constante monitoramento das atividades das partes. Por exemplo, a fixação de *astreintes* ou equivalente.

Esse tipo de penalidade judicial voltada a coagir a parte devedora ao cumprimento da obrigação foi introduzida na França⁴⁰⁶, pela jurisprudência no começo do século XIX⁴⁰⁷, e depois positivada pela Lei n° 91-650, de 9 de julho de 1991⁴⁰⁸.

Também existem mecanismos similares na Alemanha⁴⁰⁹, Espanha (*multa coercitiva*) e Portugal (sanção pecuniária compulsória)⁴¹⁰. No Direito anglo-americano, a multa por *contempt of court* pode, em alguns casos, exercer papel equivalente (ou próximo) ao das *astreintes* (em particular a penalidade cominatória por *civil contempt*), sem a necessidade de assumir o mesmo rigor do passado⁴¹¹.

⁴⁰⁶ CHAPPUIS, Christine. A comparative overview on performance as a remedy: a key to divergent approaches. In: KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration**. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 82.

⁴⁰⁷ MOURRE, Alexis. Chapter 2. Judicial Penalties and Specific Performance in International Arbitration. In: DE LY, Filip J.M.; LEVY, Laurent (eds.). **Interest, Auxiliary and Alternative Remedies in International Arbitration**. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, v. 5, 2008. p. 55.

⁴⁰⁸ Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000172847>. Acesso em: 16 maio 2023.

⁴⁰⁹ § 888 do ZPO.

⁴¹⁰ Todos mencionados em: MOURRE, Alexis. Chapter 2. Judicial Penalties and Specific Performance in International Arbitration. In: DE LY, Filip J.M.; LEVY, Laurent (eds.). **Interest, Auxiliary and Alternative Remedies in International Arbitration**. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, v. 5, 2008, p. 55-56. Também houve referência à Dinamarca, Finlândia, Grécia, Holanda, Bélgica e Suíça.

⁴¹¹ Cf. visto no Capítulo 5.4.1.

Na *lex mercatoria*, o art. 7.2.4 dos Princípios UNIDROIT também permite ao tribunal a fixação de multa para o devedor que deixar de cumprir sua decisão. Não há disposição similar nos PEDC nem na CISG.

Por fim, se por qualquer motivo a execução específica restar frustrada, a parte prejudicada pode, respeitando os prazos prescricionais e/ou decadenciais aplicáveis à hipótese, pleitear a sua conversão em perdas e danos⁴¹². Daí porque parece injustificado excluir, de plano, a execução específica como forma de reparar o inadimplemento do contrato.

Ao se referirem às perdas e danos em pecúnia como remédio mais adequado, as cortes norte-americanas aparentam mais preocupadas em facilitar o exercício da atividade jurisdicional pelos juízes do que com os interesses das partes efetivamente afetadas pela inexecução contratual.

Há excessiva preocupação com as dificuldades que podem, eventualmente, decorrer da execução específica do contrato, ao passo que pouca atenção é dada à relevância que o cumprimento *in natura* da avença tem para a parte prejudicada pelo descumprimento.

Não se olvida que o Poder Judiciário não deve ser excessivamente onerado para satisfazer os interesses dos particulares. Afinal, o adequado funcionamento do aparato estatal pressupõe a prevalência do interesse público sobre o privado.

A mera dificuldade, potencial, oriunda da confirmação de sentença arbitral com determinação de execução específica, não demonstra ser situação em que os interesses público e privado precisam ser harmonizados.

Lidar com conflitos e adversidades correlatas é da natureza do encargo desempenhada pelos julgadores – sejam eles juízes estatais, árbitros ou alguma outra forma de adjudicadores públicos ou particulares.

A execução específica é capaz ensejar dificuldades em seu cumprimento, mas bem assim o cumprimento de decisão para o pagamento de quantia em dinheiro. Com efeito, a parte condenada ao adimplemento de indenização pode desfazer-se

⁴¹² A exemplo do autorizado pelos parágrafos únicos dos artigos 821 e 823 do CPC brasileiro.

irregularmente de bens, ocultar investimentos ou outras aplicações para impedir a satisfação do crédito da contraparte.

Não seria exigível dos juízes, nesse cenário, que, por si ou terceiros, comparecessem perante instituições financeiras de modo a assegurar que a devedora não atuará fraudulentamente para frustrar os interesses do credor.

Existem outros meios de garantir o cumprimento de sentença que condena uma parte a ressarcir a outra pecuniariamente. A mesma lógica se reproduz quando a decisão é pela execução específica.

Por outro lado, a execução judicial que seguirá a homologação de sentença arbitral para satisfação *in natura* de obrigação pode envolver mais de um tribunal e/ou corte, ensejar problemas relativos à competência dessas cortes para compelir a execução específica⁴¹³, especialmente quando a obrigação há de ser cumprida em um ou mais territórios estrangeiros⁴¹⁴.

Também pode exigir das cortes estatais que realizem um escrutínio mais profundo da sentença arbitral⁴¹⁵. Em que pese tais dificuldades tenham sido suscitadas pela doutrina, não foram mencionadas pelas decisões analisadas, seja pelos votos vencedores ou dissidentes, quando existentes.

De qualquer maneira, surpreende a recepção de ordens de execução específica pelas cortes americanas em sede de homologação. Mesmo nos casos domésticos de anulação de sentença arbitral, cuja referência é feita analogicamente, a decisão pela execução específica emanada por um árbitro ou tribunal arbitral aparenta ser corroborada pelo Poder Judiciário.

Nem sempre de forma unânime, é verdade, mas a ausência de unanimidade nos casos domésticos, em que os parâmetros de ordem pública são mais abrangentes do que

⁴¹³ SCHNEIDER, Michael. Non-monetary relief in international arbitration: principles and arbitration practice. In: KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy**: non-monetary relief in international arbitration. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 3.

⁴¹⁴ MAXWELL, Iain; MCKENDRICK, Ewan. Specific Performance in International Arbitration. **The Chinese Journal of Comparative Law**, v. 1, n. 2, p. 195-220, 2013. p. 214.

⁴¹⁵ MAXWELL, Iain; MCKENDRICK, Ewan. Specific Performance in International Arbitration. **The Chinese Journal of Comparative Law**, v. 1, n. 2, p. 195-220, 2013. p. 214.

para disputas internacionais, não deve representar obstáculo para o emprego desse remédio na arbitragem se as circunstâncias assim recomendarem.

Demais disso, não há na CNY nada que recomende às cortes estatais recusar a homologação de sentença arbitral puramente porque contém ordem para execução específica de obrigação contratual.

A CNY não faz qualquer distinção entre uma sentença arbitral que determina o pagamento de indenização em dinheiro pelo inadimplemento do contrato e uma sentença arbitral que conclui pela reparação do descumprimento *in natura*⁴¹⁶.

6.2 Pedidos de homologação sentenças arbitrais que ordenaram a reparação do dano pela aplicação de cláusula penal ou *liquidated damages*

O *Common Law* também dá às cláusulas penais espaço menor do que os ordenamentos romano-germânicos, na medida em a abordagem pela validade de cláusulas contratuais que estipulam o pagamento de quantia em caso de inadimplemento contratual é restrita àquelas consideradas *liquidated damages*, sem função assecuratória ou punitiva.

Assim, como ocorreu no Capítulo 6.1, serão avaliados pedidos de homologação de sentenças arbitrais que ordenaram a reparação do dano pela aplicação de cláusula penal – no seu sentido *lato*, com função múltipla que pode visar, além de indenizar, compelir o devedor ao cumprimento, incorporado pela maioria das jurisdições de direito continental – perante cortes inglesas e norte-americanas.

Não obstante, dado o princípio moderador da cláusula penal que se consagrou nos ordenamentos de *Civil Law*, também serão estudados casos em que a sentença arbitral objeto do pedido de homologação deixou de reduzir a cláusula penal considerada

⁴¹⁶ MAXWELL, Iain; MCKENDRICK, Ewan. Specific Performance in International Arbitration. **The Chinese Journal of Comparative Law**, v. 1, n. 2, p. 195-220, 2013. p. 214.

desproporcional. Nesse contexto, decisões provenientes de tribunais *Civil Law* igualmente serão examinadas.

6.2.1 Pencil Hill Limited v US Citta Di Palermo S.p.A

Por meio de contrato firmado em 27 de abril de 2012 (Contrato de Abril), Pencil Hill Limited (Pencil Hill), empresa inglesa, vendeu direitos financeiros dos “direitos de registro” de um jogador de futebol, Paulo Dybala, que previamente adquiriu do time de futebol espanhol Cordoba, para o clube italiano US Citta Di Palermo S.p.A (Palermo).

Palermo deveria pagar a Pencil Hill EUR 6,720,000.00 (seis milhões e setecentos e vinte mil euros), em duas parcelas iguais. Em agosto de 2012, Pencil Hill e Palermo celebraram acordo (Contrato de Agosto), segundo o qual Palermo pagaria a Pencil Hill mais EUR 1,000,000.00 (um milhão de euros).

A cláusula 4 do Contrato de Abril⁴¹⁷ previa que, caso Palermo deixasse de pagar a dívida nos prazos avençados, se operaria o vencimento antecipado de todas as parcelas do preço, que seriam acrescidos de penalidade equivalente ao montante devido na data do inadimplemento.

O Contrato de Abril continha cláusula compromissória que remetia eventuais disputas entre as partes à arbitragem perante a CAS. A lei aplicável ao mérito seria da Suíça, e o tribunal arbitral seria composto por três membros.

Nenhum valor contratual foi pago por Palermo. Pencil Hill instaurou procedimento arbitral em que pleiteou o pagamento: (i) dos EUR 6,720,000.00 (seis milhões e setecentos e vinte mil euros) devidos no âmbito do Contrato de Abril; (ii) dos EUR 1,000,000.00 (um milhão de euros) devidos sob o Contrato de Agosto; e (iii) o valor equivalente a EUR 7,720,000.00 (sete milhões e setecentos e vinte mil euros), com fundamento na cláusula penal do Contrato de Abril.

⁴¹⁷ *In verbis*: "In the case [Palermo] fails to pay any of the instalment agreed, then, all the remaining amounts shall become due and as penalty [Palermo] will have to pay an amount equal to the amount pending IE [Palermo] will pay the double of the pending amount at the moment of the fail on the payment".

A sentença arbitral, proferida em 26 de agosto de 2014, acolheu os pedidos de Pencil Hill para condenação de Palermo ao pagamento do preço dos Contratos de Abril e Agosto, EUR 7,720,000.00 (sete milhões e setecentos e vinte mil euros), com fundamento na cláusula penal do Contrato de Abril, mas afastou parcialmente a pretensão para a imposição de multa em valor equivalente ao preço com fundamento na cláusula 4 do Contrato de Abril.

O tribunal arbitral decidiu diminuir o valor da cláusula penal para 25% (vinte e cinco por cento) do pleiteado, com fundamento no Código de Obrigações (parte cinco) do CC Suíço⁴¹⁸, que permite ao juiz reduzir penalidade contratual excessiva. A sentença arbitral teve a validade confirmada pelas cortes da sede.

Pencil Hill buscou a homologação da sentença arbitral junto às cortes inglesas. O único argumento contra a homologação era o de que a aplicação da cláusula penal pelo tribunal arbitral violaria a ordem pública inglesa [arts. V(2)(b) da CNY e 103(3) do *Arbitration Act* 1996]. Para Palermo, mesmo com a redução realizada pelo tribunal arbitral, a penalidade ainda seria muito rigorosa.

A High Court of Justice, Queen's Bench Division (Mercantile Court, Manchester) (Corte Superior de Manchester), por meio de decisão datada de 11 de dezembro de 2015⁴¹⁹, decidiu a favor da homologação da sentença arbitral, mediante aplicação do teste acerca do cabimento das cláusulas penais estabelecido em *Cavendish Square Holding BV v Makdessi*⁴²⁰.

Segundo a Corte Superior de Manchester, no julgamento do caso *Cavendish Square Holding BV v Makdessi*, Lorde Neuberger, Lorde Sumption e Lorde Carnworth teriam estabelecido que: (i) deve-se aferir se a cláusula penal é de natureza puramente sancionatória, ou se pode ser enquadrada como estimativa prévia das perdas e danos; (ii) a distinção nem sempre é fácil, pois não se tratam de figuras opostas; (iii) a cláusula penal

⁴¹⁸ Que em seu art. 163 dispõe que: “Art. 163 1 The parties are free to determine the amount of the contractual penalty. 2 The penalty may not be claimed where its purpose is to reinforce an unlawful or immoral undertaking or, unless otherwise agreed, where performance has been prevented by circumstances beyond the debtor’s control. 3 At its discretion, the court may reduce penalties that it considers excessive.”

⁴¹⁹ Disponível em: <https://www.kingschambers.com/assets/files/Pencil%20Hill.pdf>. Acesso em: 17 maio 2023.

⁴²⁰ Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2013-0280-judgment.pdf>. Acesso em: 17 maio 2023.

não pode ser desproporcional de maneira a deslegitimar qualquer interesse do credor na obrigação principal; e (iv) a parte adimplente não pode requerer sua aplicação com o simples intuito de punir o devedor.

Já para Lorde Hodge e Lorde Toulson, o teste correto dependeria da adequação do valor da penalidade pactuada para o inadimplemento do contrato. Sua medida não pode ser exorbitante *vis-à-vis* o interesse da parte adimplente na própria execução do contrato.

De acordo com esses critérios, a Corte Superior de Manchester entendeu que a redução da cláusula penal pelo tribunal arbitral lhe retirou a natureza de *penalty clause*, vedada pelo Direito inglês.

6.2.2 Sweeny, Inc. et al v. Conocophillips Co.

O caso envolvia complexa cadeia de contratos para construção e operação de uma refinaria de petróleo de propriedade de ConocoPhillips (CP), no Texas, chamada Refinaria Sweeny.

Para tanto, em 1990, Sweeny Sub (subsidiária da CP), PDV Sweeny, Inc. (PDV Sweeny) e PDV Texas, Inc. [PDV Texas, em conjunto com PDV Sweeny, PDVs, ambas subsidiárias integrais da Petroleos de Venezuela, S.A. (PDVSA), empresa detida quase em sua totalidade pelo estado venezuelano, PDV Sweeny, Inc.] firmaram contrato de *joint venture*, por meio do qual constituíram Merey Sweeny, L.P. (“Contrato de JV”)

Merey Sweeny, L.P. pertencia em partes iguais a PDV Sweeny e Sweeny Sub de 49,5% (quarenta e nove vírgula cinco por cento) cada. 1% (um por cento) restante era detido por Sweeny Coker, empresa cuja participação era integralmente de PDV Texas e CP, na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada. O Contrato de JV era regido pela lei do estado de Nova York.

Em 1999, CP celebrou com PDVSA contrato de compra e venda (Crude Oil Supply Agreement, COSA), regido pela lei material da Venezuela, por meio do qual deveria fornecer petróleo bruto a CP, para posterior processamento em sua Refinaria Sweeny, transformando-o em produtos de maior valor agregado.

Em um aditamento ao COSA, PDVSA assumiu compromisso de adquirir de terceiros petróleo bruto para cumprir suas obrigações junto a CP caso não fosse possível obtê-lo de uma de suas subsidiárias devido às intervenções do governo da Venezuela.

Dentro da cadeia de contratos pactuados entre as partes, havia ainda outro instrumento, o qual regia a transferência de direitos contratuais no Contrato de JV (Contrato de Transferência).

Caso PDVSA inadimplisse suas obrigações de fornecer petróleo bruto, ou qualquer outra obrigação de pagamento, por mais de noventa dias, CP teria o direito de adquirir participação das subsidiárias da PDVSA na *joint venture*, por meio de *call option*.

O Contrato de Transferência tinha duas formas para cálculo do preço de compra da aquisição na *call option*: 8% (oito por cento) do valor justo da refinaria Merci Sweeney ou 8% (oito por cento) do valor do capital investido pela PDVSA na *joint venture*, acrescido do pagamento e/ou cumprimento de quaisquer obrigações pendentes de PDVSA. Desse montante seria deduzido crédito apurado a título de lucros e dividendos.

O exercício da *call option* não necessariamente acarretaria a resolução do COSA, de maneira que ainda precisaria fornecer petróleo bruto para CP, mesmo que perdesse sua participação na *joint venture*.

Em 2009, PDVSA diminuiu a quantidade de petróleo bruto fornecido a CP no COSA, devido à redução de sua produção e exportação. CP exerceu a *call option* do Contrato de Transferência, da qual PDVSA discordou, especialmente porque, na sua visão, a *call option* consistia, na verdade, em cláusula penal, aplicável pelo descumprimento do COSA. Seria, portanto, inválida de acordo com a lei do estado de Nova York.

A sentença arbitral reconheceu que existia posicionamento contrário à aplicação de cláusulas penais pelo direito norte-americano. Contudo, decidiu que as restrições relativas às cláusulas penais não seriam aplicáveis ao caso, porque a cláusula de *call option* seria, na verdade, resolutiva⁴²¹.

⁴²¹ Segundo o tribunal arbitral: “Sections 4.1 and 4.2 [call option] lay down a termination regime made up of a combination of call and put options often found in joint venture agreements where one party is the operator of the joint venture. Prima facie, these elements are not consistent with the characteristics of a

PDVSA então contestou a sentença arbitral perante a Corte Distrital do Sul de Nova York, sob alegação de violação da ordem pública, bem como *manifest disregard of the law*, diante do enquadramento dado pelo tribunal arbitral a cláusula de *call option*.

O pedido foi processado simultaneamente como ação anulatória, pois a sede da arbitragem era Nova York, e homologação de sentença arbitral internacional (após o pedido de anulação da PDVSA, CP formulou pedido contraposto para a homologação, ao qual PDVSA também se opôs).

A Corte Distrital do Sul de Nova York⁴²² entendeu que a sentença arbitral não violaria a ordem pública. Primeiro, porque a alegação de afronta à ordem pública suscitada pela PDVSA estava, fundamentalmente, baseada no fato de que o tribunal arbitral teria aplicado erroneamente a lei do estado de Nova York ao contrato.

Não houve o adequado enquadramento da alegação às hipóteses de violação à ordem pública contempladas pelo FAA, tampouco de não homologação do art. V da CNY.

A argumentação também não poderia ser apreciada sob a ótica da manifesta desconsideração à lei, que exige mais do que o mero erro do tribunal arbitral na aplicação da norma. Independentemente de sua correção, a decisão do tribunal arbitral considerou a lei do estado de Nova York e tentou dar a ela a aplicação mais correta e justificada, na sua visão, aos fatos do caso.

Ademais, a suscitada aplicação equivocada da lei do estado de Nova York pelo tribunal arbitral não iria de encontro aos princípios mais básicos de justiça e moralidade dos EUA.

liquidated damages clause. Rather, they are consistent with the characteristics of a termination provision. The put and call options set out when and how a joint venturer can unwind or transfer its interest in the Joint Venture - effectively ways to "terminate" or "end" its participation in the Joint Venture." Disponível em: <https://jsumundi.com/en/document/decision/pdf/en-pdv-sweeny-inc-and-pdv-texas-inc-v-conocophillips-company-formerly-doing-business-as-phillips-petroleum-company-and-sweeny-coker-investor-sub-inc-partial-award-monday-14th-april-2014>, Acesso em: 17 maio 2023.

⁴²² Disponível em: <https://casetext.com/case/pdv-sweeny-inc-v-conocophillips-co>. Acesso em: 17 maio 2023.

Citando precedentes, a Corte Distrital entendeu que eventual regra de ordem pública pela invalidade de cláusulas penais seria insuficiente para superar a regra de ordem pública em favor da arbitragem⁴²³.

PDVs, então, recorreram à Corte de Apelações do 2º Circuito, que confirmou a decisão da Corte Distrital⁴²⁴, mantendo a sentença arbitral.

6.2.3 Superior Energy Servs. Columbia S.A.S. v. Premium Petroleum Servs. S. De R.L.

Premium Petroleum (Petroleum) é uma sociedade panamense, detentora de 100% (cem por cento) da participação social de Ingeniería y Tecnología de Servicios S.A.S (ITS). A ITS, empresa colombiana que presta serviços de cimentação para a indústria de óleo e gás, foi fundada em 2007 pelo Sr. Palacio.

O Sr. Palacio é casado com a Sra. Hernandez, coproprietária da empresa norte-americana Petrodynamic Petroleum Services S.A.S. (Petrodynamic), também atuante no setor de óleo e gás.

Petrodynamic era fornecedora da ITS. Superior Energy, em seu turno, é uma empresa sediada em Houston, que fabrica equipamentos de escavação.

Em 2012, Sr. Palacio e Sra. Hernandez decidiram vender a ITS para a Superior Energy por USD 28.000.000,00 (vinte e oito milhões de dólares). Petrodynamic não figurou no Contrato de Compra e Venda (SPA), firmado em 1º de março de 2013. O Sr. Palacio, em paralelo, assinou um contrato de prestação de serviços com a Superior

⁴²³ O entendimento foi extraído do caso *Matter of Associated General Contractors*, no qual membros do sindicato contestavam a validade de cláusula penal inerida no contrato de associação. O tema foi submetido ao tribunal arbitral, que entendeu se tratar de cláusula de *liquidated damages*. Disponível em: <https://casetext.com/case/matter-of-associated-general-contractors>. Acesso em: 17 maio 2023. Além de se tratar de procedimento doméstico, o voto vencedor não analisou o enquadramento da cláusula contratual como penal ou *liquidated damages*, mas apenas consignou que, diante dos conflitos entre o direito de resolver seus conflitos por arbitragem e a vedação às cláusulas penais, o primeiro deveria prevalecer, de modo que a corte não adentraria ao mérito da decisão arbitral.

⁴²⁴ Disponível em: <https://jusmundi.com/en/document/decision/pdf/en-pdv-sweeny-inc-and-pdv-texas-inc-v-conocophillips-company-formerly-doing-business-as-phillips-petroleum-company-and-sweeny-coker-investor-sub-inc-summary-order-of-the-united-states-court-of-appeals-for-the-second-circuit-monday-7th-november-2016>. Acesso em: 17 maio 2023.

Energy. Dado o seu prévio relacionamento com a Petrodynamic, o Sr. Palacio submeteu-se a um período de não concorrência, previsto na cláusula 10.17 do SPA.

Em 17 de setembro de 2014, a Superior Energy tomou conhecimento de que o Sr. Palacio continuou envolvido com a Petrodynamic, em violação à cláusula de não concorrência. Em 22 de janeiro de 2016, Superior Energy apresentou um pedido de instauração de arbitragem para solução da divergência.

Em 19 de julho de 2018, o tribunal arbitral proferiu sentença em que reconheceu ter havido descumprimento da cláusula de não concorrência pelo Sr. Palacio.

Como consequência do inadimplemento, entendeu que Superior Energy tinha o direito de reter parte do preço devido pela ITS, USD 1.250.000) como contemplado pelo SPA, e determinou a redução do preço de compra do SPA em 20% (vinte por cento), totalizando USD 5.600.000). Desse valor, deveria ser abatida a parcela retida, o que resultaria em USD 4.507.165,33 a título de desconto no preço da ITS, em favor da Superior Energy, em virtude do inadimplemento do SPA⁴²⁵.

Petroleum argumentou junto à Corte do Distrito Sul de Nova York que a sentença arbitral seria contrária à ordem pública porque a redução no preço funcionaria como punição ou pena em vez de indenização pelos prejuízos causados pelo inadimplemento, além de ser desproporcional.

A Corte⁴²⁶, em interpretação restritiva do art. V(2)(b) da CNY, entendeu, com suporte no julgamento do caso PDV Sweeny, Inc. v. ConocoPhillips Co., que a vedação às cláusulas penais no direito norte-americano não implicaria violação à ordem pública pela sentença arbitral.

Ainda assim, justificou que a redução o preço de compra refletiu de forma precisa a desvalorização de ITS em virtude do descumprimento da obrigação de não

⁴²⁵ Disponível em: <https://jsumundi.com/en/document/decision/en-premium-petroleum-services-corp-v-superior-energy-services-colombia-s-a-s-superior-energy-services-inc-v-victor-augusto-palacio-gaitan-maria-eugenia-hernandez-rojas-final-award-thursday-19th-july-2018>. Acesso em: 17 maio 2019.

⁴²⁶ Disponível em: https://jsumundi.com/en/document/decision/en-premium-petroleum-services-corp-v-superior-energy-services-colombia-s-a-s-superior-energy-services-inc-v-victor-augusto-palacio-gaitan-maria-eugenia-hernandez-rojas-opinion-and-order-of-the-united-states-district-court-for-the-southern-district-of-new-york-friday-28th-june-2019#decision_6413. Acesso em: 17 maio 2019.

concorrência, além de ter sido realizada em acordo com o negociado no SPA. Assim, não haveria desproporção e, conseguinte, razão para não homologação.

6.2.4 Caso ‘Germany no. 168’

Em 17 de julho de 2018, as partes A e B pactuaram contrato de compra e venda de mercadorias (pesticidas), no qual constou cláusula de multa de 0,1% (zero vírgula um por cento) sobre o valor da mercadoria não entregue por dia de atraso.

O contrato continha cláusula de arbitragem para solução de conflitos em uma instituição do país onde A tem sede.

A pagou, adiantado, o valor de USD 232.200,00 (duzentos e trinta e dois mil e duzentos dólares) a B, referente ao preço de compra das mercadorias, que B não entregou no prazo. A instaurou arbitragem pleiteando o reembolso do adiantamento.

O tribunal arbitral condenou B a devolver a cifra de USD 232.200,00 (duzentos e trinta e dois mil e duzentos dólares), solvida antecipadamente, bem como ao pagamento de USD 20.201,40 (vinte mil, duzentos e um dólares e quarenta centavos) a título de multa por atraso para o período entre 6 de agosto de 2018 e 31 de outubro de 2018.

Pouco depois, A instaurou novo procedimento arbitral para pleitear novas multas por atraso, dessa vez relativas ao período de 1º de novembro de 2018 a 31 de agosto 2019. Em 30 de abril de 2020, o tribunal arbitral proferiu sentença arbitral acolhendo o pedido de A.

A pleiteou a homologação das sentenças arbitrais na Alemanha, onde B tinha sua sede. Não se sabe quais foram os argumentos suscitados por B na arbitragem nem perante as cortes alemãs.

A *Bayerisches Oberstlandesgericht* (Corte Superior de Apelações da Bavaria), ao julgar o pedido de homologação, entendeu que as cláusulas penais são admitidas pela lei alemã, conforme § 339 e seguintes do BGB⁴²⁷.

Ademais, penalidades acordadas entre comerciantes, no curso de seus negócios, não podem ser reduzidas, com base no § 343 do BGB e art. 348 do HGB, salvo em caso de manifesta desproporção.

Assim, a aplicação da cláusula penal confirmada pela sentença arbitral não violaria a ordem pública.

A Corte Superior de Apelações da Bavaria reconheceu que a multa de 0,1% (zero vírgula um por cento) ao dia representaria uma taxa de juros anual de cerca de 35% (trinta e cinco por cento), o que pode não ser considerado razoável em um país específico, a depender das taxas de inflação.

Contudo, consideradas as circunstâncias do caso, em que as partes acordaram preço a ser pago em dólares norte-americanos, a multa diária de 0,1% (zero vírgula um por cento) do valor da mercadoria não seria inaceitável.

Além disso, os períodos em que a multa foi aplicada são curtos, de modo que não resulta em valores inaceitavelmente altos. A sentença arbitral foi, portanto, homologada.

6.2.5 Caso ‘Germany no. 166’

Em 9 de março de 2017, as partes celebraram contrato de compra e venda. O preço deveria ser pago em Euros, em data certa, sujeito à penalidade moratória de 0,5% (zero vírgula cinco por cento) por dia de atraso. Eventual disputa deveria ser resolvida por arbitragem administrada pela *International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Industry and Commerce of the Russian Federation* (ICAC-Moscow).

⁴²⁷ Germany No. 168, Parties not indicated, Bayerisches Oberstlandesgericht, 1 Sch 90/20, 29 October 2020. In: SCHILL, Stephan W. (ed). **ICCA Yearbook Commercial Arbitration**, v. XLVI, ICCA & Kluwer Law International, p. 330-333, 2021.

Uma disputa foi submetida ao tribunal arbitral que, em 23 de abril de 2018, decidiu condenar o requerido ao pagamento de EUR 206.379,14 (duzentos e seis mil, trezentos e setenta e nove euros e catorze centavos), custas no valor de USD 24.372,44 (vinte e quatro mil, trezentos e setenta e dois dólares e quarenta e quatro centavos) e multa por atraso de EUR 69.137,00 (sessenta e nove mil, cento e trinta e sete euros), referente ao período de 16 de julho até 21 de setembro de 2017.

O requerente pleiteou a homologação da sentença arbitral na Alemanha, que por sua vez reconheceu parcialmente a sentença arbitral, denegando homologação à parcela que se referia à penalidade moratória, sob alegação de violação à ordem pública.

Segundo a *Kammergericht, Berlin* (Corte Superior de Berlim), a penalidade moratória no percentual de 0,5% (zero vírgula cinco por cento) ao dia corresponderia a uma taxa anual de juros de 180% (cento e oitenta por cento), que seria exorbitante e incompatível com a ordem pública daquele país.

Ademais, a Corte Superior de Berlim afastou eventual exceção fundada na inflação atrelada à moeda do contrato, que, por sua vez, era o Euro. Consignou, ainda, que não poderia reduzir a penalidade em sede de homologação, porque seria medida equivalente a revisar o mérito da sentença arbitral.

6.2.6 Caso 8 Sch 06/05

Trata-se de pedido para homologação de sentença arbitral, proferida em 10 de dezembro de 2002, por tribunal arbitral instituído perante a *International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Industry and Commerce of the Russian Federation* (ICAC-Moscow).

O procedimento envolveu contrato de compra e venda de 19.376 (dezenove mil, trezentos e setenta e seis) quilos de alumínio ao preço de USD 42.956,59 (quarenta e dois mil, novecentos e cinquenta e seis dólares e cinquenta e nove centavos), firmado em 23 de outubro de 2000.

Restou estipulado na cláusula 4 o pagamento de multa diária de 0,1% (zero vírgula um por cento) do valor do contrato na eventualidade de atraso, limitada a 10% (dez por cento) do preço, em caso de inadimplemento do contrato pelas partes.

O requerente entregou à requerida o alumínio, mas a requerida não efetuou o pagamento sob alegação de que o produto continha defeitos. Em 5 de novembro de 2001, o requerente apresentou requerimento de instauração de arbitragem.

A requerida propôs ao requerente a devolução da mercadoria e, não tendo obtido resposta, vendeu o alumínio como sucata no montante de USD 20.151,04 (vinte mil, cento e cinquenta e um dólares e quatro centavos), o qual ofereceu ao requerente para composição amigável. O requerente não aceitou.

Por meio de sentença arbitral, proferida em 10 de dezembro de 2002, o tribunal arbitral condenou a requerida ao pagamento do valor principal de USD 20.151,04 (vinte mil, cento e cinquenta e um dólares e quatro centavos), multa contratual de USD 7.979,81 (sete mil, novecentos e setenta e nove dólares e oitenta e um centavos) pelo atraso no pagamento, além de custas procedimentais e honorários de árbitro.

O requerente ajuizou ação para homologação da sentença arbitral na Alemanha. Aduziu, no que diz respeito ao pagamento da multa contratual, que inexistia qualquer violação à ordem pública. A requerida se opôs ao pedido.

A defesa apresentada referente à multa foi de que seria excessiva, pois representaria uma taxa efetiva de juros de 36,5% (trinta e seis vírgula cinco por cento) ao ano, além de ter sido aplicada equivocadamente pelo tribunal arbitral, porquanto deveria ter incidido apenas sobre USD 20.151,04 (vinte mil, cento e cinquenta e um dólares e quatro centavos).

A *Oberlandesgerichts Celle* (Corte Regional Superior de Celle) entendeu⁴²⁸ que a caracterização de violação à ordem pública internacional, que é a que importa ao reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras, submete-se a um regime menos rígido

⁴²⁸ ALEMANHA. Corte Regional Superior de Celle (*Oberlandesgerichts Celle*). Caso nº 8 Sch 06/05. Julgado em 06.10.2005. Disponível em: https://newyorkconvention1958.org/doc_num_data.php?explnum_id=503. Acesso em: 22 maio 2023.

do que as decisões arbitrais domésticas. Portanto, o fato de que um juiz alemão não teria proferido decisão equivalente com base na lei doméstica não é relevante.

Deve-se analisar se a sentença arbitral, que resultou da aplicação do direito estrangeiro no caso concreto, contraria as noções básicas do Direito alemão, ao ponto de ser intolerável que produza efeitos internamente por meio da homologação.

A condenação no valor de USD 7.979,81 (sete mil, novecentos e setenta e nove dólares e oitenta e um centavos) não viola a ordem pública porque se baseia na cláusula 4 do contrato, que faz referência genérica à incidência da penalidade no caso de atraso no pagamento, sem restrição.

Ainda que a penalidade seja equivalente a quase 40% (quarenta por cento) do valor da obrigação principal, e que haja nisso alguma desproporcionalidade, não é suficiente para reputar a multa inadmissível.

Para tanto, seria necessário o atendimento aos requisitos do § 343 do BGB, que não estão preenchidos no caso concreto, pois inexistente qualquer evidência de abuso do poder econômico.

A sentença arbitral foi, portanto, homologada pela corte.

6.2.7 AA, S.L.P e AA & Associados, R.L. v. BB

A disputa ocorreu entre escritório de advocacia espanhol, escritório de advocacia português e advogado português, do qual esse último foi sócio entre os anos de 2004 a 2011 e 1998 a 2011, respectivamente.

No ano de 2011, o advogado deixou os escritórios para fundar sua própria banca de advogados. Os escritórios ingressaram com procedimento arbitral aduzindo violação ao *Convênio de Integração Profissional das Relações Sociais*, firmado em 2009.

Em 30 de agosto de 2012, o árbitro único proferiu sentença arbitral condenando o advogado ao pagamento de penalidade contratual no valor de EUR 4,516,532.78 (quatro milhões, quinhentos e dezesseis mil, quinhentos e trinta e dois euros e setenta e oito centavos). O *Convênio* assim dispunha em suas cláusulas 18.2 e 19.3:

[...] adicionalmente, a título de cláusula penal», «uma importância igual ao triplo de todas as retribuições satisfeitas por esta aos colaboradores implicados dentro dos vinte e quatro meses anteriores à saída do sócio [...] [e.] uma importância igual ao triplo do montante facturado pela Sociedade aos clientes a que se refira o incumprimento dentro dos vinte e quatro meses anteriores à data da saída do sócio.

A arbitragem foi conduzida em Barcelona, na Espanha, e a lei aplicável ao mérito era a espanhola. O árbitro único chegou a apreciar a possibilidade de redução da penalidade, mas concluiu que:

[...] dever ser recusada a redução do montante obtido através da actuação de tal cláusula penal, à luz do direito tido por aplicável, designadamente de uma determinada interpretação do art. 1.154º CC (espanhol) e do pressuposto de o requerido ter incorrido em incumprimento total e não parcial.

As sociedades de advogado apresentaram pedido de homologação em Portugal. O advogado manifestou-se contrariamente à homologação, arguindo, em relação à cláusula penal, violação à ordem pública por desproporcionalidade com o inadimplemento.

O Tribunal de Relação de Lisboa decidiu negar o pedido para homologação da sentença arbitral, sob o fundamento de que seria excessiva e, assim, violaria a ordem pública.

Os escritórios interpuseram Recurso de Revista ao Supremo Tribunal de Justiça, alegando que o Tribunal da Relação de Lisboa não tinha suporte fático para avaliar se a cláusula penal era excessiva.

Além disso, a denegação à homologação teria ignorado os prejuízos suportados pelas sociedades de advocacia com o inadimplemento da cláusula de não-concorrência pelo advogado (como a saída de clientes, advogados e outros colaboradores de seu quadro de funcionários), bem assim as respectivas vantagens que o descumprimento da *Convención* lhe proporcionou. Também aduziram que a decisão seria contrária ao princípio do favor arbitral.

O entendimento pela não homologação foi mantido com fundamento no art. V(2)(b) da CNY. O Supremo Tribunal de Justiça⁴²⁹ concluiu que a penalidade seria manifestamente excessiva e representaria afronta aos bons costumes, ao princípio da boa-fé objetiva e ao princípio da proporcionalidade.

O valor da cláusula penal seria equivalente a vinte e cinco anos de remuneração do advogado, de modo que a disposição não poderia ser considerada assecuratória pelo ordenamento jurídico português. Em especial, porque se tratava de caso envolvendo o exercício atividade jurídica, que não se compara a outras atividades comerciais.

Assim, não importaria se a escolha da lei aplicável (espanhola) resultou na impossibilidade de redução equitativa no valor da penalidade contratual. A sentença arbitral seria desconforme com a vedação ao abuso no exercício da autonomia privada, porque a autorregulação do descumprimento contratual deve ter como subjacente a boa-fé.

6.2.8 Xilam Films v. Lnk Videos

Em 31 de janeiro de 2006, a Xilam Films (Xilam), empresa francesa, e Lnk Videos (Lnk), portuguesa, firmaram contrato de licenciamento para licença de um filme em Portugal e determinados países africanos. O contrato de licença continha convenção de arbitragem, de acordo com o regulamento da *Independent Film & Television Alliance*.

Procedimento arbitral foi instaurado pela Xilam para discutir o inadimplemento do contrato de licenciamento pela Lnk, e conduzido na França, de acordo com as leis substantivas francesas e com a lei processual portuguesa.

A sentença arbitral acolheu os pedidos de Xilam, entre os quais para condenação de Lnk ao pagamento de multa de EUR 80.000,00 (oitenta mil euros). Xilam apresentou pedido de homologação ao Tribunal Judicial de Oeiras, o que foi deferido. Lnk recorreu para o Tribunal da Relação de Lisboa, arguindo que o tribunal arbitral concedeu

⁴²⁹ PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo 1008/14.4YRLSB.L1.S1. Rel. ALEXANDRE REIS. 1^a Secção. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/894fdeda111f211d802581a70050acc6>. Acesso em: 22 maio 2023.

indenização com fulcro em cláusula penal de natureza punitiva, em violação da ordem pública portuguesa e art. V(2)(b) da CNY.

O Tribunal de Relação de Lisboa consignou que “uma cláusula penal pode revestir uma natureza ressarcidora mas também coercitiva”, e que “não é a simples circunstância de uma norma ser imperativa que impõe (embora, é certo, assim possa indiciar) que a mesma, se não aplicada, viola a ordem pública internacional portuguesa”⁴³⁰.

No que diz respeito às cláusulas penais, é admissível que sirvam como estímulo ao cumprimento do contrato, cientes das consequências de eventual inadimplemento. Essa função não torna a cláusula abusiva.

Não há, na aplicação da cláusula penal, violação aos limites do dever de indenizar (reparação integral), enriquecimento sem causa ou afronta à boa fé objetiva. Ademais, a cláusula penal foi empregada à luz do direito francês, em que é igualmente admitida.

De todo modo, “analisar a natureza excessiva da cláusula acordada pelas partes” demandaria ingresso no mérito, o que é vedado ao Tribunal de Relação de Lisboa em sede de homologação.

O Tribunal de Relação de Lisboa confirmou a homologação da sentença arbitral, mas consignou que “por haver cláusulas destas é que os contratos são cumpridos nos Estados Unidos; e por não as haver em Portugal (onde o direito civil é economicamente ineficiente) é que os tribunais estão atafalhados de ações de responsabilidade civil”.

6.2.9 Chelsea Football Club Ltd. v. Mutu

Chelsea Football Club (Chelsea), clube de futebol inglês, pagou ao clube de futebol italiano AC Parma, taxa de transferência de EUR 22.500.000,00 (vinte e dois milhões e quinhentos mil euros) pelo jogador Adrian Mutu (Mutu) no ano de 2003.

⁴³⁰ PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Processo 7328/10.0TBOER.L1-1. Rel. João Ramos De Sousa. Julgado em: 12 jul. 2012. Disponível em: <https://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/document/1/6/16648.pdf>. Acesso em: 22 maio 2023.

Chelsea e Mutu celebraram contato com prazo de cinco anos, com remuneração anual de EUR 2.350.000,00 (dois milhões trezentos e cinquenta mil euros), mais bônus de EUR 330.000,00 (trezentos e trinta mil euros) e EUR 500.000,00 (quinhentos mil euros) para seu agente. O contrato teve início em agosto de 2003 e se encerraria em 30 de junho de 2008.

Em outubro de 2003, contudo, o teste toxicológico de Mutu apontou o uso de drogas ilícitas. Chelsea resolveu o contrato com Mutu, que foi banido temporariamente pela FIFA. Mutu contestou a decisão do Chelsea internamente, sem êxito. Instaurou, então, procedimento arbitral perante a *Court of Arbitration for Sport* (CAS), também infrutífero.

Em maio de 2008, a FIFA's *Dispute Resolution Chamber* (DRC) proferiu decisão, em atenção a pedido formulado pelo Chelsea, para condenação de Mutu ao pagamento de EUR 17.173.990,00 (dezessete milhões, cento e setenta e três mil, novecentos e noventa euros) acrescido de 5% (cinco por cento) de juros ao ano, referente a parcela ainda não amortizada do contrato.

Mutu apelou à CAS sob alegação de que a lei inglesa teria sido erroneamente aplicada ao mérito. Sem sucesso, ingressou com ação anulatória perante a Suprema Corte Federal da Suíça. O pedido foi improvido.

Chelsea, então, apresentou pedido de homologação da sentença arbitral do CAS, com fundamento na CNY, perante a Corte Distrital do Sul da Flórida. Mutu se opôs à homologação sob alegação de que a condenação seria oriunda de cláusula penal, o que afrontaria a ordem pública dos EUA.

A Corte Distrital⁴³¹ entendeu que o valor da multa era razoável frente aos danos causados pelo inadimplemento do contrato por Mutu. Com efeito, a indenização foi calculada com base nas disposições dos regulamentos da FIFA de 2001.

O valor levou em conta os custos não amortizados no contrato, sendo que o montante elevado decorre da grande diferença entre o salário de Mutu e a taxa de

⁴³¹ EUA. Corte Distrital do Sul da Flórida. *Chelsea Football Club Ltd. v. Mutu*, 849 F. Supp. 2d 1341 (S.D. Fla. 2012). Julgado em 13.03.2012. Disponível em: <https://casetext.com/case/chelsea-football-club-ltd-v-mutu>. Acesso em: 22 de maio 2023.

transferência somada aos bônus atrelados à aquisição dos direitos do jogador pelo Chelsea.

A quantia não possui cunho de punição se efetivamente corresponder ao prejuízo experimentado pelo time. Nesse caso, é compensatória, e não viola a ordem pública. A sentença arbitral foi homologada pelos EUA.

6.2.10 Conclusões sobre a recepção de sentenças arbitrais que ordenaram a reparação do dano pela aplicação de cláusula penal (ou *liquidated damages*)

Diferentemente do que ocorre com relação à execução específica, cláusulas penais são reguladas pela lei substantiva, sem sobreposição das normas processuais. Desde que a lei substantiva permita a pactuação de cláusulas penais, a sentença arbitral que determina sua incidência tende a ser homologada, mesmo nos países que, na seara doméstica, negam sua validade.

No *Common Law*, a proibição às cláusulas penais que não sejam equivalentes às de *liquidated damages* que pairam sobre as avenças internas não se estende para as relações internacionais. A regra não é considerada de ordem pública na esfera da homologação.

A redução da cláusula penal excessiva, contudo, é elemento necessário para que a homologação não encontre óbice na ordem pública dos países de *Civil Law*.

A moderação do valor pactuado na cláusula penal, em detrimento da sua invalidação – solução comum nos tribunais nacionais anglo-americanos quando a cláusula não se enquadra como *liquidated damages* –, parece também ser bem aceita nos ordenamentos de *Common Law*, que interpretam a redução como forma de extirpar do contratado o que for excessivo aos prejuízos e retirar o caráter punitivo.

Quando houver necessidade de modular o valor da penalidade, o tribunal arbitral deve assim proceder. As cortes da homologação não o farão, sob pena de adentrarem ao mérito da sentença arbitral.

Caso a lei aplicável não permita a redução da penalidade acordada, ou o tribunal arbitral deixe de reduzir a cláusula penal manifestamente excessiva, consideráveis chances são de que a homologação seja denegada em países que adotaram a estrutura de moderação da pena pelo julgador (como a Alemanha, França e o Brasil).

A moeda em que foi realizada a transação pode ser elemento relevante para se determinar a redução da cláusula penal moratória, especialmente se sua incidência ocorrer por período prolongado.

Basta comparar os resultados dos pedidos de homologação dos casos Germany no. 168, em que a moeda do contrato era o dólar norte-americano, e Germany no. 166, cujo valor foi fixado em euros.

As partes devem atentar ao índice de inflação atrelado ao câmbio utilizado no contrato quando da negociação da penalidade por atraso. Também os árbitros devem levá-lo em consideração por ocasião da aplicação da penalidade, como elemento norteador da aferição do excesso e para balizar eventual redução.

Em casos nos quais a lei aplicável ao mérito estipular valor máximo fixo para a cláusula penal, como no art. 412 do CC brasileiro, deixar de reduzir a penalidade ao teto não necessariamente resultará em cláusula penal excessiva, capaz de obstar a homologação da sentença arbitral.

Veja-se como exemplo o caso Chelsea Football Club Ltd. v. Mutu, em que a penalidade era superior ao valor da obrigação principal (tendo sido estipulada com base na diferença entre a remuneração mensal do jogador com o Chelsea no contrato inadimplido e o valor remanescente da taxa de transferência paga ao AC Parma).

Mesmo excedendo o montante que seria pago a Mutu com a transação, a penalidade não foi considerada excessiva ou punitiva por corresponder aos prejuízos efetivamente experimentados pelo Chelsea.

De outro lado, se deixar de reduzir a penalidade ao teto pode ensejar a anulação da sentença arbitral na sede, por sua vez, pode impedir a homologação com fundamento no art. V(1)(e) da CNY⁴³².

Imagine-se o seguinte cenário: em procedimento arbitral sediado no Brasil, regido pelas leis brasileiras, o tribunal arbitral decide condenar a parte inadimplente ao pagamento de penalidade contratual pactuada entre as partes. A penalidade excede o valor da obrigação principal do contrato, mas os árbitros não aplicam o art. 412 CC.

A parte condenada ajuíza ação anulatória perante as cortes brasileiras, suscitando a nulidade da sentença arbitral com fundamento no art. 32, inciso IV, da LArb⁴³³, arguindo que a decisão foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem que estipulou a aplicação da lei brasileira ao mérito.

O exemplo pauta-se nesse fundamento porque, no julgamento do caso SEC 9.412 – EX pelo STJ, o Min. João Otávio de Noronha consignou que a condenação em danos punitivos representaria “afrenta ao princípio da reparação integral e consequente julgamento fora dos limites da convenção de arbitragem, que determinava aplicação da lei brasileira”⁴³⁴.

Em exercício de analogia, o mesmo entendimento pode ser invocado na inobservância do art. 412 CC, cuja maioria da doutrina considera norma de ordem pública, inclusive de forma cumulada ao art. 944, *caput*, CC e princípio da reparação integral (a incidência de cláusula penal independe de prova de extensão do dano, de modo

⁴³² “Artigo V.

1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que:

[...]

e) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida.”

⁴³³ “Art. 32. É nula a sentença arbitral se:

[...]

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

⁴³⁴ BRASIL. STJ, SEC 9.412 – EX. Voto-vista do Min. João Otávio de Noronha, Corte Especial julgado em 19/04/2017. DJe 30.05.2017. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=54813618&tipo=3&nreg=201>. Acesso em: 20 maio 2023.

que nem sempre haverá a correlação do valor acima da obrigação principal com o efetivo prejuízo, como no caso *Chelsea Football Club Ltd. v. Mutu*).

A parte condenada obtém êxito na ação anulatória perante o Poder Judiciário brasileiro, ao passo que a parte vencedora na arbitragem busca homologar a sentença em país estrangeiro, no qual a devedora possui ativos para satisfação da condenação.

Nesse caso, a homologação poderá ser negada com fulcro no art. V(1)(e) da CNY. Diz-se poderá porque a hipótese de denegação da homologação, pautada na anulação da sentença arbitral pela sede, não é interpretada como taxativa em todos os países signatários da CNY.

No Brasil, ao julgar a SEC 5.782/EX, o Rel. Min. Jorge Mussi, do STJ, entendeu “pelo não cabimento de homologação de sentença arbitral suspensa ou anulada por órgão judicial do país onde a sentença foi prolatada”⁴³⁵.

Na França, desenvolveu-se já na década de 1970 o entendimento de que as cortes francesas devem realizar o exame da homologação sem levar em consideração se a

⁴³⁵ BRASIL. STJ, SEC 5.782/EX, Rel. Min. Jorge Mussi, Corte Especial, j. 02.12.2015, DJe 16.12.2015. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1472540&tipo=0&nreg=201101290847&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20151216&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 20 maio 2023.

sentença arbitral foi anulada na sede⁴³⁶. Essa corrente se funda no art. III da CNY⁴³⁷, em conjugação com art. VII(1)⁴³⁸ e as disposições dos arts. 1514 a 1517 do CPC francês⁴³⁹.

A Alemanha, em seu turno, confere elevada importância ao resultado da ação anulatória na sede, entendendo que sentenças arbitrais anuladas não devem ser homologadas em seu território⁴⁴⁰.

Apesar da redação do artigo V(1) da CNY estipular que os pedidos de homologação “poderão” ser indeferidos havendo sido anulada a sentença arbitral na sede⁴⁴¹, a doutrina e as cortes germânicas entendem ser mais adequado interpretar a denegação do pedido homologatório nesse caso como um dever da corte estatal e não uma faculdade⁴⁴².

⁴³⁶ Cf. CASELLA, Paulo Borba; GRUENBAUM, Daniel. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 9, p. 207-251, abr./jun. 2006; BERNINI, Marcela Tarré; BOISSÉSON, Matthieu de. A homologação de sentença arbitral estrangeira anulada no país de origem: o caso EDF International (SEC 5.872/EX) e a jurisprudência francesa. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 50, jul./set., p. 599-604, 2016; MAYER, Pierre. L'interstion de la sentence dans l'ordre juridique français, *In: DERAIS, Yves (ed). Droit et Pratique de L'arbitrage International en France*. Paris: Feduci, 1984, p. 84.

⁴³⁷ “Artigo III

Cada Estado signatário reconhecerá as sentenças como obrigatórias e as executará em conformidade com as regras de procedimento do território no qual a sentença é invocada, de acordo com as condições estabelecidas nos artigos que se seguem. Para fins de reconhecimento ou de execução das sentenças arbitrais às quais a presente Convenção se aplica, não serão impostas condições substancialmente mais onerosas ou taxas ou cobranças mais altas do que as impostas para o reconhecimento ou a execução de sentenças arbitrais domésticas.”

⁴³⁸ “Artigo VII

1. As disposições da presente Convenção não afetarão a validade de acordos multilaterais ou bilaterais relativos ao reconhecimento e à execução de sentenças arbitrais celebrados pelos Estados signatários nem privarão qualquer parte interessada de qualquer direito que ela possa ter de valer-se de uma sentença arbitral da maneira e na medida permitidas pela lei ou pelos tratados do país em que a sentença é invocada.”

⁴³⁹ Esses dispositivos regulam a homologação de sentença arbitral estrangeira no CPC francês e não fazem referência à impossibilidade de homologação da sentença anulada na sede.

⁴⁴⁰ PARK, William. **What is to be done with annuled awards?**, 2012, p. 353. Disponível em: www.williamwpark.com/documents/Chapter%20II-C-1%20Annulled%20Awards.pdf, Acesso em: 14 maio 2023.

⁴⁴¹ A interpretação é de que o vocábulo “may refuse” adotado pelo artigo V(1) da CNY (ou “poderão”, na versão em português), equivalente ao alemão “Versagendiirfen”, deve ser aplicado como “must refuse” (“deverão”, no português), equivalente ao alemão “Versagenmüssen”.

⁴⁴² PARK, William. **What is to be done with annuled awards?**, 2012, p. 353. Disponível em: www.williamwpark.com/documents/Chapter%20II-C-1%20Annulled%20Awards.pdf, Acesso em: 14 maio 2023.

Nos EUA, ora as Cortes adotam posição favorável à homologação das sentenças anuladas⁴⁴³, ora seguem o mesmo entendimento do STJ⁴⁴⁴.

A pouca importância dada pelas cortes da homologação ao resultado da ação anulatória na sede está relacionada com a adoção da teoria da deslocalização, segundo a qual a arbitragem internacional pertence a um regime legal autônomo, que não está vinculado ao ordenamento jurídico da sede⁴⁴⁵.

Apesar do desenvolvimento do regime da deslocalização, ainda prevalece a teoria territorialista, mesmo porque a Lei Modelo da Uncitral, que em muito influenciou os regimes nacionais, adotou "a corrente territorialista e priorizou, a esteira dos outros tratados, o papel da sede, sob o fundamento da segurança jurídica"⁴⁴⁶.

⁴⁴³ Cf. NASSER, Rabih A.; TAKITANI, Marina Yoshimi. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada na sede. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 53, p. 29-46, abr./jun 2017; MAIA, Alberto Jonathas. A homologabilidade da sentença arbitral estrangeira anulada: um estudo à luz do direito brasileiro e comparado. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 75, p. 55-81, out./dez. 2022.

⁴⁴⁴ CASELLA, Paulo Borba; GRUENBAUM, Daniel. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo, v. 9, p. 207-251, abr./jun. 2006, n.p.

⁴⁴⁵ MENDES, Rodrigo Octávio Bróglia. **Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.p. 122; KRÖLL, Stefan Michael; LEW, Julian; MISTELIS, Loukas A. **Comparative international commercial arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2003. p. 71-72.

⁴⁴⁶ BRAGHETTA, Adriana. **A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, v; 1, p. 104.

CONCLUSÃO

Existem diferenças marcantes entre o tratamento dado pelo Direito continental e pelo *Common Law* quando o assunto é a reparação dos danos advindos do inadimplemento contratual.

Essas diferenças decorrem das bases da tutela dos contratos em cada um desses sistemas – no *Civil Law*, o *pacta sunt servanda* e a força vinculantes dos contratos, conferindo ao credor a escolha do remédio para reparação dos danos; no *Common Law*, o contrato tratado como promessa, cujo cumprimento é obrigação primária e as perdas e danos alternativa ao descumprimento da avença.

A noção de que os contratos devem ser cumpridos pelo fato de que as partes assim concordaram se contrapõe à influência da teoria econômica do Direito e à ideia de que o inadimplemento pode ser economicamente eficiente para o tráfego das relações comerciais.

Por isso, desponta a preferência do Direito continental pela execução específica, que corresponde ao próprio desempenho da obrigação inadimplida, e, no *Common Law*, a execução forçada do contrato pela parte inadimplente é exceção.

O mesmo raciocínio se aplica às cláusulas penais. No *Civil Law*, prezando pela execução específica, é admissível que as cláusulas penais sejam dotadas de função assecuratória, para estimular o cumprimento do contrato, e não se veda em absoluto o caráter punitivo das cláusulas penais.

No Direito anglo-americano, a premissa é inversa. O adimplemento do contrato pela via coercitiva não é admitido, daí porque as cláusulas penais são aceitas apenas na forma de *liquidated damages*, quando correspondem a estimativa razoável e de boa-fé do potencial prejuízo que pode surgir do descumprimento.

Mais do que isso, a tendência do romano-germânica pela preservação dos contratos implica que mesmo as cláusulas penais excessivas não devem ser invalidadas, mas sim moduladas ao patamar considerado aceitável pela lei e pelas circunstâncias de cada caso. No *Civil Law*, com ou sem a moderação da penalidade, não se faz necessária demonstração do prejuízo.

No *Common Law*, não atendidos os requisitos para o enquadramento da cláusula como *liquidated damages*, a previsão contratual será declarada inválida, e a liquidação dos prejuízos ocorrerá no curso do processo. Essa abordagem traz implicações significativas na duração do procedimento, produção de provas e ônus probatório.

Na seara arbitral internacional, o paternalismo anglo-americano relativo às cláusulas penais não se reproduz como no Direito doméstico. As cortes estatais, pautadas no favor arbitral e na mínima intervenção (mesmo no caso dos EUA, com o *manifest disregard of the law*), homologam sentenças arbitrais estrangeiras com ordens de execução específica ou que aplicam cláusulas penais.

Mesmo com as tentativas das partes perdedoras de barrar a homologação com fundamento no art. V(2)(b) da CNY, nem a execução específica nem as cláusulas penais têm sido consideradas afronta à ordem pública pelas cortes de *Common Law*.

A amostragem de casos encontrada para análise da homologação de sentenças arbitrais estrangeiras que determinaram a execução específica do contrato nos EUA ainda revela alguma insegurança quanto ao tema. Pode-se dizer com segurança, até mesmo pela existência de norma estatutária⁴⁴⁷, que a execução específica não será admitida quando afetar território estatal (ou recursos naturais nele encontrados).

Nos demais casos, apesar de a homologação ter sido deferida, as decisões não unânimes fazem com que subsista dúvida sobre a efetiva receptividade desse remédio pelo ordenamento norte-americano. Talvez, mesmo após o êxito na homologação, as partes se deparem com alguma resistência no procedimento de execução (*enforcement*).

Não se trata de dificuldade incontornável, pois tanto no Direito continental como no *Common Law* existem ferramentas aptas a assegurar a execução específica pela via indireta, sem a necessidade de atuação ativa das cortes estatais na fiscalização da execução da obrigação – situação que parece afligir os juízes norte-americanos.

Em relação às cláusulas penais, o caminho parece menos tortuoso. Tanto na Inglaterra como nos EUA, o entendimento de que esse remédio não viola a ordem pública para fins do art. V(2)(b) da CNY não se mostra controvertido. E como, ao final, as cláusulas penais pressupõem o pagamento de quantia em dinheiro, as mesmas

⁴⁴⁷ Cf. FSIA e art. 32 do *Arbitration Act* 1996.

preocupações atinentes ao *enforcement* da execução específica não se mostram presentes aqui.

A moderação das cláusulas penais excessivas ocupa papel central na aceitação dessas sentenças arbitrais pelas cortes estatais, seja no direito anglo-americanos, seja no direito continental.

Para o *Common Law*, a extirpação do excesso pode representar a virada de chave para que a cláusula penal seja tida como justa compensação pelo Poder Judiciário, o que se admite na forma de *liquidated damages*, e não disposição punitiva/coercitiva ao inadimplemento/adimplemento do contrato.

Já no *Civil Law*, a moderação das cláusulas penais excessivas elimina eventual abuso do direito pelas partes no exercício da autonomia privada, tornando-a compatível com o caso concreto, sem deixar de lado os interesses dos particulares que optaram pela cláusula penal e não pela necessidade de liquidar e provar as perdas e danos no procedimento arbitral.

Nessa linha, apesar dos entusiastas da CISG defenderem que a opção da convenção pelo silêncio, no que diz respeito às cláusulas penais, seria a abordagem mais recomendada no Direito internacional contemporâneo, a ausência do poder moderador não parece, à luz dos precedentes analisados, o melhor caminho a ser seguido.

No mais, as normas de *lex mercatoria* analisadas caminharam bem ao harmonizar os tratamentos dados à execução específica e à cláusula penal nos Direitos romano-germânico e anglo-americano.

À primeira vista, pode parecer que a *lex mercatoria* sofreu maior influência do *Civil Law*. Não é o caso, ao menos não no sentido tradicional da expressão. A harmonização não necessariamente implica o emprego de doses iguais de *Common Law* e *Civil Law*. Não é operação matemática, em que o resultado almejado é atingido pelo equilíbrio perfeito entre uma e outra tradição jurídica.

A adoção de remédios típicos da tradição romano-germânica pela *lex mercatoria* indica que, no âmbito do comércio internacional, tais soluções são compatíveis com a noção de ordem pública da maior parte dos ordenamentos atuais. E, se adotadas, não

trarão prejuízos às partes e aos próprios árbitros, especialmente em nível reputacional. Por isso vêm refletidas nas normas voltadas à harmonização de culturas.

Afinal, apesar da disseminação da teoria da deslocalização e de ser possível lhe atribuir algum avanço em meio a doutrina francesa do início do milênio, sob o ponto de vista prático, não há que se falar em sentença arbitral totalmente desvinculada dos direitos nacionais.

O que se pode cogitar é um nível de ingerência mínimo dos Estados quando a intersecção entre a arbitragem internacional e o direito nacional se faz necessária. É isso que se almeja e em grande parte se conquista com o limitado escrutínio das sentenças arbitrais em sede de ação anulatórias e de homologação, bem assim com o desenvolvimento dos conceitos de ordem pública internacional, que caminha a passos lentos para a noção de ordem pública transacional ou verdadeiramente internacional.

O direito nacional deve obstar que decisões arbitrais produzam seus efeitos internamente apenas em casos muito excepcionais, em que haja gravíssimas violações aos princípios e ideais que sejam absolutamente essenciais a determinado país no trato das relações internacionais.

Por isso, o desenvolvimento da *lex mercatoria*, como conjunto de regras alinhadas ao que constitui essa ordem pública, mostra-se, de fato, mais eficaz do que a busca por um sistema jurídico totalmente autônomo dos direitos domésticos.

Ainda que não seja frequentemente eleita pelas partes como aplicável ao mérito das disputas arbitrais, a *lex mercatoria* serve como referência às partes e aos tribunais arbitrais na elaboração de seus contratos ou prolação de decisões.

Os tribunais arbitrais, aliás, também vêm desempenhando elogiável papel na construção da *lex mercatoria* e delimitação do conceito de ordem pública para efeitos do art. (V)(2)(b) da CNY.

Em sua maioria, os árbitros estão aptos a se desvincularem de suas próprias formações legais, sejam elas continentais ou anglo-americanas, para dar às partes a solução mais compatível com o caso concreto, com a lei aplicável e com a praxe arbitral internacional (que nasce e se desenvolve nas soluções dadas pelos tribunais arbitrais).

Apesar das limitações que a confidencialidade impõe à obtenção de informações sobre a composição dos tribunais arbitrais, as tabelas dos Anexos C e E confirmam que juristas formados na tradição *Common Law* não são resistentes aos remédios da execução específica ou da cláusula penal, mesmo que tais alternativas não existam no âmbito de seus respectivos Direitos domésticos.

Portanto, a despeito da prevalência da indenização pecuniária, apurada na instrução ou em fase de liquidação do procedimento arbitral, há espaço para o emprego de outros remédios para reparação do dano na arbitragem internacional.

Não é necessário que os árbitros tratem a execução específica como forma residual para reparação do dano decorrente do inadimplemento contratual. Havendo pedido formulado pelas partes e autorização contratual (ou ausência de vedação legal) para sua concessão, tal remédio pode ser ordenado na arbitragem internacional.

O limite está na execução específica de obrigação impossível, personalíssima ou que desrespeitaria a soberania nacional do Estado contra quem tenha sido concedida, caso em que a administração pública figure como parte da arbitragem.

Já as cláusulas penais, sujeitas ao poder moderador quando se mostrarem excessivas, também são remédios adequados para reparação do dano causado pelo inadimplemento contratual pela via arbitral.

Ambos os remédios acrescentam grau de eficiência ao procedimento arbitral ao eliminarem, em todo ou em parte, a necessidade de apuração do efetivo prejuízo para dimensionamento da indenização.

As conclusões ora apresentadas para os remédios da execução específica e das cláusulas penais não devem ser estendidas para outros cujo emprego também foi identificado na arbitragem internacional – como os danos punitivos. Tampouco servir como permissão para que os árbitros deixem de fundamentar adequadamente suas decisões pela aplicação de um ou outro instituto.

Ao contrário, devem ser incentivo para que os tribunais arbitrais continuem contribuindo para harmonização do Direito na esfera internacional, por meio de decisões contundentes, que solucionem os conflitos postos de acordo com as expectativas das

partes, sem deixar de lado seu caráter educativo e construtivo perante as cortes estatais e a *lex mercatoria*.

REFERÊNCIAS

ABBUD, André de Albuquerque. **Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras**. São Paulo: Atlas, 2008.

ABEDIAN, Hossein. Judicial review of arbitral awards in international arbitration – a case for an efficient system of judicial review. **Journal of International Arbitration**, v. 28, n. 6, p. 553-590, 2011.

AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. **Comentários ao novo Código Civil**: v. 6, tomo 2: da extinção do contrato. Rio de Janeiro: Forense, 2011..

ALEMANHA. **Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)**. Promulgado em: 2 jan. 2002. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BJNR001950896.html>. Acesso em: 19 maio 2023.

ALEMANHA. Corte Regional Superior de Celle (*Oberlandesgerichts Celle*). Caso nº 8 Sch 06/05. Julgado em: 6 out. 2005. Disponível em: https://newyorkconvention1958.org/doc_num_data.php?explnum_id=503. Acesso em 22 maio 2023.

ALEMANHA. **Handelsgesetzbuch (HGB)**. Promulgado em: 10 maio 1897. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/hgb/BJNR002190897.html#BJNR002190897BJNG000200300>. Acesso em: 19 maio 2023.

ALEMANHA. **Zivilprozessordnung (BGB)**. Promulgado em: 5 dez. 2005. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/>. Acesso em: 19 maio 2023.

ALMEIDA, Candido Mendes de. **Código Philippino, ou, Ordenações e leis do Reino de Portugal : recopiladas por mandado d'El-Rey D. Philippe I**. 14. ed. Rio de Janeiro: Typ. do Instituto Philomathico, 1870.

ALPA, Guido. **Contratto e common law**. Milani: CEDAM - Padova, 1987.

ALVES, Rafael Francisco. **Árbitro e direito**: o julgamento do mérito na arbitragem. São Paulo: Almedina, 2018.

ALVIM, Arruda. **Direito processual civil**. v. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. Sobre a natureza jurisdicional da arbitragem, *In*: CAHALI, Francisco. **Arbitragem** - comentários ao projeto de lei nº 406/2013. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 113-144.

ANDERSON, Roy Ryden. Liquidated Damages under the Uniform Commercial Code. **SMU Law Review**, v. 41, issue 5, p. 1083-1110, jan. 1988.

ANDRADE, Daniel de Pádua. **Tutela específica das obrigações contratuais**. São Paulo: Almedina, 2022.

- ANTUNES, José A. Engrácia. **Direito dos contratos comerciais**. Coimbra: Almedina, 2014.
- ASHFORD, Peter. **Handbook on International Commercial Arbitration**. 2. ed. Londres: JurisNet, 2014.
- ATIYAH, Patrick S. **Introduction to the law of contract**. 6. ed. Oxford: Claredon Press, 2005.
- _____. **The rise and fall of freedom of contract**. Oxford: Claredon Press, 1979.
- AYNÈS, Laurent; MALAURIE, Philippe; STOFFEL-MUNCK, Philippe. **Droit civil: droit des obligations**. 8. ed. Paris: LGDJ, 2016.
- AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria geral das obrigações e responsabilidade civil**. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- AZZALI, Stefano. Chamber of Arbitration of Milan. *In*: KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration**. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 127-130.
- BARBOSA, Mafalda Miranda. Ainda o problema da fixação contratual dos direitos do credor: as cláusulas *sole remedy*, *basket amount* e *no consequential loss*. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa: a. 80, v. 1-2, p. 119-151, jan./jun. 2020.
- BARREIRO, Alenjadrino Fernández. "*Obligatio*" y "*convention*" tradición romanística y recepción. *In*: SÁNCHEZ, Justo García (dir.) **Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo**, tomo XI, Tradición y recepción romanísticas, v. I, Madrid: Editorial BOE, 2021. p. 151-164.
- BARROS, Vera Cecília Monteiro de. **Previsibilidade do dano contratual no direito do comércio internacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2019,
- BEALE, Hugh; LANDO, Ole (eds.). **Principles of European Contract Law: Parts I and II**, Combined and Revised, The Hague: Kluwer Law International, 2000.
- BEDELL, Stephen P.; EBLING, Louis K. Equitable relief in arbitration **Loyola University Law Journal**, v. 20, issue 1, p. 39-79, 1988.
- BERNINI, Marcela Tarré; BOISSÉSON, Matthieu de. A homologação de sentença arbitral estrangeira anulada no país de origem: o caso EDF International (SEC 5.872/EX) e a jurisprudência francesa. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 50, jul./set., p. 599-604, 2016.
- BETTI, Emilio. **Teoria generale del negozio giuridico**. 2. ed. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.
- BEVILÁQUA, Clovis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado**. Livraria Francisco Alves: Rio de Janeiro, 1943, v. IV.

_____. **Direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1896.

BIESEL, Geneva Chamber of Commerce (CCIG) - Swiss Rules. *In*: KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy**: non-monetary relief in international arbitration. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 131-132.

BIONDI, Biondo. **Istituzioni di Diritto Romano**. 2. ed. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1952.

BLACKABY, Nigel; HUNTER, Martin; PARTASIDES, Constatine; REDFERN, Alan. **Redfern and Hunter on international arbitration**, 7. ed. Nova York: Oxford University Press, 2023.

BORN, Gary B., **International commercial arbitration**. The Hague: Kluwer Law international, 2009.

BOYADJIAN, Gustavo Henrique Velasco. A cláusula geral da função social dos contratos: enfoque específico na sua eficácia externa, sob a perspectiva civil-constitucional. **Revista de Direito Privado**, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 58, p. 111-137, abr./jun. 2014.

BOYLE, Ryan. International Centre for Dispute Resolution (ICDR)/American Arbitration Association (AAA). *In*: KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy**: non-monetary relief in international arbitration. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 151-156.

BRAGHETTA, Adriana. **A importância da sede da arbitragem**: visão a partir do Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, v. 1.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 maio 2023.

_____. **Decreto nº 4.311, de 23 de julho de 2002**. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4311.htm. Acesso em: 19 maio 2023.

_____. **Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014**. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias - Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8327.htm. Acesso em: 19 maio 2023.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 19 maio 2023.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 19 maio 2023.

_____. **Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916.** Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13071.htm. Acesso em: 24 maio 2023.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso em: 24 maio 2023.

_____. **Lei nº 556, de 25 de junho de 1850.** Código Comercial. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/lim556.htm. Acesso em: 24 maio 2023.

_____. **Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 19 maio 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.447.247/SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª Turma, j. 19/4/2018, DJe 04/06/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.788.596/SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 04/08/2020. DJe 07/08/2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira Contestada (SEC) 5.782. Corte Especial. Brasília, DF. Rel. Min. Jorge Mussi. j. 02/12/2015. DJe 16/12/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira Contestada (SEC) 4.024. Corte Especial. Brasília, DF. Rel. Min. Nancy Andrighi. j. 01/08/2013. DJe 13/09/2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Sentença Estrangeira Contestada (SEC) 9.412 – EX. Corte Especial. Brasília, DF. Voto-vista do Min. João Otávio de Noronha, j. 19/04/2017. DJe 30/05/2017.

_____. TJSP, Ap. 0024190-29.2019.8.26.0562, 8ª Câmara de Direito Privado, Des. Rel. Salles Rossi, j. 23/03/2021. DJe 23/03/2021.

_____. TJSP, Ap. 1007774-76.2020.8.26.0224, Rel. Des. Antonio Nascimento, 26ª Câmara de Direito Privado, j. 19/03/2021. DJe 19/03/2021.

_____. TJSP. Ap. 1005330-54.2020.8.26.0100, Rel. Des. Luiz Antonio de Godoy, 1ª Câmara de Direito Privado, 23/02/2021. DJe 24/02/2021.

_____. TJSP. Ap. 1022986-16.2019.8.26.0114, Rel. Des. Jovino de Sylos, 16ª Câmara de Direito Privado, j. 09/03/2021. DJe 14/03/2021.

_____. TJSP. Ap. 1039350-82.2017.8.26.0001, Rel. Des. Antonio Nascimento, 26ª Câmara de Direito Privado, j. 26/02/2021. DJe 26/02/2021.

BREDOW, Jens. German Institute of Arbitration (DIS). *In*: KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy**: non-monetary relief in international arbitration. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 133-134.

BUCKLAND, W. W.; MCNAIR, Arnold D. **Roman Law and Common Law**. A comparison in outline. 2. ed. (digitally printed). Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

BURROWS, Andrew (ed.). **Principles of the English Law of Obligations**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

CAENEGEM, R. V. van. **Uma introdução histórica ao Direito Privado** (Tradução: Carlos Eduardo Machado, Revisão: Eduardo Brandão). São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CAHALI, José Francisco. **Curso de arbitragem, mediação e conciliação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CASELLA, Paulo Borba; GRUENBAUM, Daniel. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 9, p. 207-251, abr./jun. 2006.

CASTAGNO, Niccolò Pietro. International Commercial Arbitration and Punitive Damages. **Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones**, Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación (CIAMEN). San Pablo, v. 4, n. 3, p. 729-751, 2011,

CHAPPUIS, Christine. A comparative overview on performance as a remedy: a key to divergent approaches. *In*: KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy**: non-monetary relief in international arbitration. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 51-90.

CHÉNEDÉ, François; LEQUETTE, Yves; SIMLER, Philippe; TERRÉ, François; **Droit civil**: les obligations. Paris: Dalloz, 2019.

CISG ADVISORY COUNCIL. **Opinion N. 6**: Calculation of Damages under CISG Article 74. Disponível em: <https://www.trans-lex.org/500156>. Acesso em: 16 maio 2023.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito comercial: direito de empresa**, vol. 3. 17. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

COLLINS, Lawrence (ed.). **Morris & Collins on the conflict of laws**. 14. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2006.

COMISSÃO DE DIREITO CONTRATUAL EUROPEU. *Principles of European Contract Law*. Disponível em: https://www.trans-lex.org/400200/_pecl/. Acesso em: 24 maio 2023.

COMMITTEE ON INTERNATIONAL COMMERCIAL DISPUTES OF THE BAR OF THE CITY OF NEW YORK. **The ‘Manifest Disregard of Law’ Doctrine and International Arbitration in New York.** Disponível em: <https://www2.nycbar.org/pdf/report/uploads/20072344-ManifestDisregardofLaw--DoctrineandInternationalArbitrationinNewYork.pdf>. Acesso em: 16 de maio de 2023.

Contracts-Specific Performance of Building Contract-Arbitrator's Award of Specific Performance Confirmed by Court (Grayson-Robinson Stores, Inc. v. Iris Constr. Corp., 8 N.Y.2d 133, (1960). **St. John's Law Review**, v. 35, n. 2, p. 363-368, 1961.

CORDEIRO, António Menezes. **Direito comercial.** 4. ed. com a colaboração de A. Barreto Menezes Cordeiro. Coimbra: Almedina, 2016.

CORDERO-MOSS, Giuditta. Conclusion: the self-sufficient contract, uniformly interpreted on the basis of its own terms: an illusion, but not fully useless. *In*: _____ (ed). **Boilerplate clauses, international commercial contracts and the applicable law.** Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 344-373.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de Direito Romano e textos em correspondência com os artigos do Código Civil brasileiro.** v. 1, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1961.

CREMADES, Anne-Carole. El dualismo del nuevo derecho francés del arbitraje a la luz del universalismo y de la deslocalización. **Spain Arbitration Review** (Revista del Club Español del Arbitraje), v. 11, p. 41-54, 2011.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de Direito Romano: o direito romano e o direito civil brasileiro no novo Código Civil.** 30. ed. rev. Rio de Janeiro, Forense, 2009.

CRYSTAL, Nathan M.; KNAPP, Charles L. Knapp; PRINCE, Harry G. **Problems in Contract Law: cases and materials.** 8. ed. Nova York: Wolters Kluwer, 2016.

DE CUPIS, Adriano. **Il danno: teoria generale della responsabilità civile.** 2. ed. Milano: Giuffrè, 1966, v. 1.

DÉSIRÉE, Prantl; PENDL, Matthias. The Arbitrator and the Arbitration Procedure. Moderation of Contractual Penalties in Arbitration. *In*: KLAUSEGGER, Christian; KLEIN, Peter, et al. (eds), **Austrian Yearbook on International Arbitration.** Wien: Manz'sche Verlags, 2021. p. 103-125.

DIAMOND, Thomas A.; FOSS, Howard. Consequential damages for commercial loss: an alternative to Hadley v. Baxendale. **Fordham Law Review**, Nova York, v. 63, n. 3, p. 665-714, 1994.

DIAS, José de Aguiar. **Da responsabilidade civil.** 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, v. 2.

_____. **Da responsabilidade civil.** 11. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

DIDIER JR., Fredie *et al.* **Curso de direito processual civil** - Execução. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017, v. 5.

DIMOLITSA, Antonias. Contractual Remedies: Clauses Pénales and Liquidated Damages Clauses. *In:* DE LY, Filip J.M.; LÉVY, Laurent (eds.). **Interest, Auxiliary and Alternative Remedies in International Arbitration**. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, 2008, v. 5. p. 13-51.

EL-HOSSENY, Farouk; HOLLAND, Romilly; MOHTASHAMI, Reza. Non-Compensatory Damages in Civil and Common Law Jurisdictions: Requirements and Underlying Principles. *In:* TRENOR, John A. (ed.). **The guide to damages in international arbitration**, 2. ed. Londres: Law Business Research Ltd., 2017. p. 82-102.

ELDER, Troy. The Case against Arbitral Awards of Specific Performance. **Arbitration International**, v. 13, issue 1, p. 1-32, 1997.

ENNECERUS, Ludwig; KIPP, Theodor; WOLFF, Martin. **Tratado de Derecho Civil – Derecho de Obligaciones**. Traducción Blas Pérez González e José Alger. Barcelona: Librería Bosch, 1933.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Apelações do 2º Circuito. PDV Sweeny, Inc. v. ConocoPhillips Co. Julgado em: 7 nov. 2016 Disponível em: <https://jsumundi.com/en/document/decision/pdf/en-pdv-sweeny-inc-and-pdv-texas-inc-v-conocophillips-company-formerly-doing-business-as-phillips-petroleum-company-and-sweeny-coker-investor-sub-inc-summary-order-of-the-united-states-court-of-appeals-for-the-second-circuit-monday-7th-november-2016>. Acesso em 17 maio 2023.

_____. Corte de Apelações do Estado de Nova York. Grayson-Robinson Stores v. Iris Construction Corp. 8 N.Y.2d 133, 168 N.E.2d 377, 202 N.Y.S.2d 303 (N.Y. 1960). Julgado em: 10 jun. 1960. Disponível em: <https://casetext.com/case/matter-of-grayson-robinson-stores-1>. Acesso em 16 maio 2023.

_____. Corte de Apelações do Estado de Nova York. Staklinski v. Pyramid Electric Co., 6 N.Y.2d 159 (1959)

_____. Corte de Apelações do Estado de Nova York. Matter of Associated General Contractors, 36 N.Y.2d 957, 373 N.Y.S.2d 555, 335 N.E.2d 859 (N.Y. 1975). Julgado em: 16 jun. 1975. Disponível em: <https://casetext.com/case/matter-of-associated-general-contractors>. Acesso em 17 maio 2023.

_____. Corte Distrital de Columbia, Carolina do Sul. *Hardy Expl. & Prod. (India), Inc. v. Gov't of India, Ministry of Petroleum & Nat. Gas*, 314 F. Supp. 3d 95 (D.D.C. 2018). Julgado em: 7 jun. 2018. Disponível em: <https://casetext.com/case/hardy-exploration-prod-india-inc-v-govt-of-india-1>. Acesso em: 10 maio. 2023.

_____. Corte Distrital do distrito sul da Flórida, Miami. Chelsea Football Club Ltd. v. Mutu, 849 F. Supp. 2d 1341 (S.D. Fla. 2012). Julgado em 13 fev. 2012. Disponível em: <https://casetext.com/case/chelsea-football-club-ltd-v-mutu>. Acesso em 22 de maio 2023

_____. Corte Distrital do distrito sul da Flórida, Miami. *Four Seasons Hotels and Resorts v. Consorcio Barr*, 613 F. Supp. 2d 1362 (S.D. Fla. 2009). Julgado em: 12 maio. 2009. Disponível em: <https://casetext.com/case/four-seasons-hotels-resorts-bv-v-consorcio-barr>. Acesso em: 16 maio. 2023.

_____. Corte Distrital do distrito sul da Flórida, Miami. *Chelsea Football Club Ltd. v. Mutu*, 849 F. Supp. 2d 1341 (S.D. Fla. 2012). Julgado em 13 fev. 2012. Disponível em: <https://casetext.com/case/chelsea-football-club-ltd-v-mutu>. Acesso em 22 de maio 2023.

_____. Corte Distrital do distrito sul de Nova York, Nova York. *NTT Docomo Inc. v. Ultra D.O.O / 10 Civ. 3823 (RMB)(JCF)*. Julgado em: 12 out. 2010. Disponível em: <https://casetext.com/case/ntt-docomo>. Acesso em: 16 maio. 2023.

_____. Corte Distrital do distrito sul de Nova York, Nova York. *Telecom Business Solution, LLC et. al. v. Terra Towers Corp. et. al. 22-cv-1761 (LAK)*. Julgado em: 18 jan. 2023. Disponível em: <https://casetext.com/case/telecom-bus-sol-v-terra-towers-corp>. Acesso em: 16 maio. 2023.

_____. Corte Distrital do distrito sul de Nova York, Nova York. *PDV Sweeny, Inc. v. ConocoPhillips Co.* Julgado em: 9 jan. 2015. Disponível em: <https://casetext.com/case/pdv-sweeny-inc-v-conocophillips-co>. Acesso em 17 maio 2023.

_____. Corte Distrital do distrito sul de Nova York, Nova York. *Superior Energy Services Colombia S.A.S. et al v. Premium Petroleum Services S. de R.L. et al, No. 1:2018cv07704 - Document 20 (S.D.N.Y. 2019)*. Julgado em: 28 jun. 2019. Disponível em: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-premium-petroleum-services-corp-v-superior-energy-services-colombia-s-a-s-superior-energy-services-inc-v-victor-augusto-palacio-gaitan-maria-eugenia-hernandez-rojas-opinion-and-order-of-the-united-states-district-court-for-the-southern-district-of-new-york-friday-28th-june-2019#decision_6413. Acesso em 17 maio 2023.

_____. **Foreign Sovereign Immunities Act**. Promulgado em: 19 dez. 1975. Atual. em: 21 out. 1976. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/94th-congress/house-bill/11315/text>. Acesso em: 16 maio. 2023.

_____. Nova York. Tribunal Arbitral no caso ICC Case No. 16982/JRF/CA (C-17336/JRF). *Partial Award*. Julgado em: 14 abr. 2014. Disponível em: <https://jusmundi.com/en/document/decision/pdf/en-pdv-sweeny-inc-and-pdv-texas-inc-v-conocophillips-company-formerly-doing-business-as-phillips-petroleum-company-and-sweeny-coker-investor-sub-inc-partial-award-monday-14th-april-2014>. Acesso em 17 maio 2023.

_____. Nova York. Tribunal Arbitral no caso ICC Case No. 21574/RD/MK. *Final Arbitral Award*. Julgado em: 19 jun. 2018. Disponível em: <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-premium-petroleum-services-corp-v-superior-energy-services-colombia-s-a-s-superior-energy-services-inc-v-victor-augusto>

[palacio-gaitan-maria-eugenia-hernandez-rojas-final-award-thursday-19th-july-2018](#).

Acesso em 17 maio 2023.

_____. Nova York. Tribunal Arbitral no caso ICDR Case No. 01-21-0000-4309. *Partial Final Award Concerning Sale of the Company*. Julgado em: 24 fev. 2022. Disponível em: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-telecom-business-solution-llc-and-latam-towers-llc-v-terra-towers-corp-tbs-management-s-a-et-al-partial-final-award-thursday-24th-february-2022#decision_20768. Acesso em: 16 maio. 2023.

_____. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Wilko v. Swan*, 346 U.S. 427 (1953). Julgado em: 7 dez. 1953. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/346/427/case.html>. Acesso em: 16 maio. 2023.

_____. **The United States Code** (rev. e atual. pela Public Law 118-3 em 10/04/2023). Disponível em: <https://uscode.house.gov>. Acesso em: 24 maio 2023.

_____. Tribunal Arbitral AAA-ICDR sediado em Nova York, Nova York. ICDR Case No. 01-21-0000-4309. *Partial Final Award Concerning Sale of the Company*. Julgado em: 24 fev. 2022. Disponível em: https://jusmundi.com/en/document/decision/en-telecom-business-solution-llc-and-latam-towers-llc-v-terra-towers-corp-tbs-management-s-a-et-al-partial-final-award-thursday-24th-february-2022#decision_20768. Acesso em: 16 maio. 2023.

_____. **Uniform Commercial Code 1978** (rev. e atual. em 2012). Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/ucc>. Acesso em: 24 maio 2023.

FARNSWORTH E. Allan, **Contracts**. 4. ed. New York: Aspen, 2004.

_____. *Comparative Contract Law*. In: REIMANN, Mathias; ZIMMERMANN, Reinhard (eds.). **The Oxford Handbook of Comparative Law**. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 900-934.

FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte; MAZEAUD, Denis (eds.). **European Contract Law**. Materials for a common frame of reference: terminology, guiding principles, model rules. Munique: Sellier european law publishers, 2008.

FERNANDES, Wanderley. **Cláusulas de exoneração e limitação de responsabilidade**. São Paulo: Saraiva, 2013.

FICHTNER, Regis. Notas sobre os lucros cessantes no direito brasileiro e estrangeiro. **Revista brasileira de advocacia**, São Paulo, v. 1, p. 35-56, abr./jun. 2016,

FIORI, Roberto. The Roman Conception of Contract. In: MCGINN, Thomas A. J. **Obligations in Roman Law**. Past, present, and future. (The Papers and Monographs of the American Academy in Rome, v. XXXIII), Ann Arbor: University of Michigan Press, 2008. p. 40-75.

FLORENCE, Tatiana Magalhães. Aspectos pontuais da cláusula penal. *In*: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). **Obrigações**: estudos na perspectiva civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 513-538.

FLUME, Werner. **El negocio jurídico**: parte general del derecho civil. Tradução de: José María Miquel González e Esther Gómez Calle. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1998, tomo 2.

FONTOURA COSTA, José Augusto; VITALE PIMENTA, Rafaela Lacôrte. Ordem Pública na Lei 9.307/96. *In*: CASELLA, Paulo Borba (coord.) **A nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional**. São Paulo: LTr, 1996.

FORGIONI, Paula A. **Contratos empresariais**: teoria geral e aplicação. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

FORTIER, Yves. International arbitration and national courts: who has the last word? *In*: BERG, Albert Jan van den (ed). **International arbitration and national courts**: the never ending story. ICCA Congress Series n. 10, The Hague: Kluwer Law International, 2001. p. 69-70.

FRANÇA, R. Limongi. **Teoria e prática da cláusula penal**. São Paulo: Saraiva, 1988.

FRIEDMANN, Daniel. The Efficient Breach Fallacy. **The Journal of Legal Studies**, v. 18, n. 1, p. 01-24, jan. 1989.

FRANÇA. **Code Civil des Français**, 1804. *Édition originale et seule officielle*. Disponível em: https://oll-resources.s3.us-east-2.amazonaws.com/oll3/store/titles/2352/CivilCode_1565_Bk.pdf. Acesso em: 24 maio 2023.

_____. **Code de procédure civile**. Promulgado em: 1 jan.1976. Atual. em: 13 maio 2023. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070716/. Acesso em 16 maio 2023.

_____. **Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage**. Promulgado em: 13 jan. 2011. Atual. em: 1 maio 2011. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000023417517>. Acesso em 16 maio 2023.

_____. **Décret n° 80-354 du 14 mai 1980 relatif à l'arbitrage et destiné à s'intégrer dans le nouveau code de procédure civile**. Promulgado em: 14 maio 1980. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000518652>. Acesso em 16 maio 2023.

_____. **Décret n° 81-500 du 12 mai 1981 instituant les dispositions des Livres III et IV du nouveau code de procedure civile et modifiant certaines dispositions de ce code**. Promulgado em: 12 maio 1981. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=BEDB00A2F94E3B75AC05B>

D3BB4B61C6F.tplgfr41s_2?idSectionTA=LEGISCTA000006117274&cidTexte=LEGI TEXT000006070716&dateTexte=19811011. Acesso em 16 maio 2023.

_____. **Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution.** Promulgada em: 9 jul 1991. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000172847>. Acesso em 16 maio 2023.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (eds), **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration.** The Hague: Kluwer Law International, 1999.

GAILLARD, Emmanuel. Extent of court review of public policy. **New York Law Journal**, v. 237, n. 65, n.p., apr. 2007.

GAMA JÚNIOR, Lauro. **Contratos internacionais à luz dos princípios do UNIDROIT 2004: soft law, arbitragem e jurisdição.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. Os princípios do UNIDROIT relativos aos contratos do comércio internacional: uma nova dimensão harmonizadora dos contratos internacionais. *In*: DIREITO, Carlos Alberto Menezes; TRINDADE, Antonio Augusto Cançado; PEREIRA, Antonio Celso Alves (orgs.). **Novas Perspectivas do Direito Internacional Contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor Celso D. de Albuquerque Mello.** Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 95-142.

GEMMELL, Robert J. To Order Specific Performance? **Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management**, v. 76, issue 3, p. 467-473, ago. 2010.

Germany No. 168, Parties not indicated, Bayerisches Oberstlandesgericht, 1 Sch 90/20, 29 October 2020'. *In*: SCHILL, Stephan W. (ed). **ICCA Yearbook Commercial Arbitration**, v. XLVI, ICCA & Kluwer Law International, 2021. p. 330-333

Germany No. 168, Parties not indicated, Bayerisches Oberstlandesgericht, 1 Sch 90/20, 29 October 2020'. *In*: SCHILL, Stephan W. (ed). **ICCA Yearbook Commercial Arbitration**, v. XLVI, ICCA & Kluwer Law International, p. 330-333, 2021.

GIOVANNINI, Teresa. L'amputation du contrat par l'arbitre. **Revue de l'Arbitrage**, v. 1, p. 39-50, 2017.

GOETZ Charles; SCOTT Robert E. Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle: Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach. **Columbia Law Review**, v. 77, p. 555-594, 1977.

GOLDMAN, Berthold. Frontières du Droit et lex mercatoria. **Doutrinas Essenciais de Direito Internacional**, São Paulo, v. 5, p. 43-61, fev. 2012.

GONÇALVES, Eduardo Damião. Comentários ao artigo V(2)(a)(b) da Convenção de Nova Iorque. *In*: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem comercial internacional: a convenção de Nova Iorque e o direito brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 2011. p. 275-293.

GORDLEY, James. **The philosophical origins of modern contract doctrine**. Nova York: Oxford University Press Inc., 1991.

GRECO, Vicente. **Direito processual civil brasileiro**, São Paulo: Saraiva, 1996, v. 2.

HARRIMAN, Edward Avery. **The Law of contracts**, 2. ed. Londres: Clear Prints, 1901.

HECKE, M. T. Van. Changing emphasis in specific performance. **North Carolina Law Review**, v. 40, n.1, p. 1-22, 1961.

HEIDEMANN, Maren. **Methodology of uniform contract law**. The UNIDROIT Principles in International Legal Doctrine and Practice. Berlin/Heidelberg: Springer-Verlag, 2007.

HEIDER, Manfred. International Arbitral Centre of the Austrian Federal Economic Chamber (Vienna International Arbitral Centre). *In*: KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration**. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 135-140.

HENRIQUES, Duarte Gorjão. Cláusulas penales em arbitraje internacional: uma introducción comparativa. **Spain Arbitration Review/Revista del Club Español del Arbitraje**, v. 39, p. 15-38, 2020.

HILLMAN, Robert A. **Principles of Contract Law**, 3. ed. St. Paul: West academic, 2014.

HOELLERING, Michael F. Remedies in arbitration. **The Forum** (American Bar Association. Section of Insurance, Negligence and Compensation Law). v. 20, n. 3, p. 516-530, spring 1985.

HUCK, Hermes Marcelo. *Lex mercatoria: horizontes e fronteira do comércio internacional*. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 87, p. 217-218, 1992.

ICDR. **International Dispute Resolution Procedures (Including Mediation and Arbitration Rules)**. Disponível em: https://www.adr.org/sites/default/files/ICDR_Rules_0.pdf. Acesso em: 16 maio 2023.

ÍNDIA. **The Arbitration and Conciliation Act, 1996**. Promulgado em: 16 ago.1996. Atual. em: 15 mar. 2023. Disponível em: <https://www.indiacode.nic.in/bitstream/123456789/1978/1/A1996-26.pdf>. Acesso em: 16 maio. 2023.

INGLATERRA. **Arbitration Act 1950**. Promulgado em: 28 jul. 1950. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/14/27/contents>. Acesso em: 16 maio 2023.

_____. Câmara dos Lordes. Chappell & Co Ltd v Nestle Co Ltd [1960] AC 87. Julgado em: 18 jun. 1959. Disponível em: <https://lawfoyer.in/chappel-company-limited-others-vs-the-nestle-company-limited/>. Acesso em: 17 maio 2023.

_____. Câmara dos Lordes. *Co-operative Insurance Society Ltd v. Argyll Stores* [1997] UKHL 17; [1998] AC 1; [1997] All ER 297; [1997] 2 WLR 898. Julgado em: 21 maio 1997. Disponível em: <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1997/17.html>. Acesso em: 17 maio 2023.

_____. Câmara dos Lordes. *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v Selfridge & Co Ltd* [1915] UKHL 1. Julgado em: 26 abr. 1915. Disponível em: <https://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1915/1.html>. Acesso em 17 maio 2023.

_____. Corte de Apelações. *Robophone Facilities Ltd v Blank* [1966] EWCA Civ J0627-2. Julgado em: 27 jun. 1966. Disponível em: <https://vlex.co.uk/vid/robophone-facilities-ltd-v-852170708>. Acesso 17 maio 2023.

_____. Corte de Superior de Justiça de Manchester. *Pencil Hill Limited v. US Citta Di Palermo S.p.A.* Case No: BA40MA109. Julgado em: 19 jan. 2016. Disponível em: <https://www.kingschambers.com/assets/files/Pencil%20Hill.pdf>. Acesso em 17 maio 2023.

_____. **Sales of Goods Act 1979**. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54>. Acesso em: 24 maio 2023.

_____. Suprema Corte do Reino Unido. *Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi (Rev 3)* [2015] UKSC 67. Julgado em: 4 nov. 2015. Disponível em: <https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2013-0280-judgment.pdf>. Acesso em 17 maio 2023.

_____. **The Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999**. Promulgado em: 1 out. 1999. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/uksi/1999/2083/introduction/made>. Acesso em 17 maio 2023.

_____. **Unfair Contract Terms Act 1977**. Promulgado em: 29 out. 1977. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1977/50/enacted>. Acesso em 17 maio 2023.

ITÁLIA. **Codice Civile**, 1942. Disponível em: https://www.gazzettaufficiale.it/sommario/codici/codiceCivile;jsessionid=WQL6i77dUfSBu zGsxql0eA_.ntc-as2-guri2b. Acesso em: 18 out. 2019.

JOHNSTON, Angus; MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes. **The German Law of contract: a comparative treatise**. 2. ed. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2006.

JUSTO, A. Santos. **Direito privado romano - II** (Direito das obrigações), 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

KARAN, Munir. Liberdade, igualdade e direito nas relações negociais. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**, São Paulo, v. 1, p. 1297-1313, jun. 2011.

KASER, Max. **Direito Privado Romano** (Tradução: Ferdinand Hämmerle e Samuel Rodrigues; Revisão: Maria Armanda de Saint-Maurice). Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.

KATZ, Avery W. Remedies for breach of contract under the CISG. **International Review of Law and Economics**, v. 25, p. 378-396, 2006.

KHANDANI, Kourosh Majdzadeh. Does the CISG, compared to English law, put too much emphasis on promoting performance of the contract despite a breach by the seller? **Manchester Student Law Review**, Manchester, v. 1, p. 98-135, 2012.

KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration**. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011.

KOULADIS, Nicholas. **Principles of Law relating to international trade**. Nova York: Springer Science+Business Media, 2006.

KRÖLL, Stefan; LEW, Julian; MISTELIS, Loukas. **Comparative international commercial arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2003.

KRONMAN, Anthony T. Specific Performance. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 45, n. 23, p. 351-382, 1973.

Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration. *In*: KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration**. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 157-158.

LALIVE, Pierre. Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration, *In*: SANDERS, Pieter (ed.), **Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration**, New York: ICCA Congress Series v. 3, 1986. p. 257-318.

LALIVE, Pierre. Un Faux Problème: Monisme ou Dualisme dans la législation arbitrale? *In*: GILLIÉRIION, Philippe; MICHEL, Jean-Tristan; PIHILIPPIN, Edgar; VULLIEMIN, Pierre-François. (eds.). **Mélanges en l'honneur de François Dessemontet**, Lausanne: CEDIDAC, 2009, p. 255-263.

LENNARD, Gary L, Specific performance of construction contracts-archaic principles preclude necessary reform. **Notre Dame Law Review**, v. 47, p. 1025-1041, 1972.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Dirigismo contratual. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**. São Paulo, p. 385-406, jun. 2011, v. 3.

LOTUFO, Renan. **Código Civil Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016, v. 3.

MACHADO, Iuri Restano. Breves apontamentos acerca da evolução histórica do contrato: do direito romano à crise da modernidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 864, p. 86-100, out. 2007.

MACKAAY, Ejan. Civil Law of Contract. *In*: GEEST, Gerrit De (ed.). **Contract Law and Economics**. Cheltenham: Edward Elgar, 2011.

- MACKAAY, Ejan. The Civil Law of Contract. DE GEEST, Gerrit (ed.) **Encyclopedia of Law and Economics**. 2. ed. Cheltenham: Edward Elgar, 2010.
- MADRUGA FILHO, Antenor Pereira. A noção de contrato no direito inglês – perspectiva histórica. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 36, n. 143, p. 239-256, jul./set. 1999.
- MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem comercial**. Freitas Bastos: Rio de Janeiro: 1986.
- MAIA, Alberto Jonathas. A homologabilidade da sentença arbitral estrangeira anulada: um estudo à luz do direito brasileiro e comparado. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 75, p. 55-81, out./dez. 2022.
- MARTINS-COSTA, Judith. **A boa-fé no direito privado: critérios para a sua aplicação**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.
- _____. **Comentários ao novo Código Civil**, v. 5, tomo 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- MARTINS, Perto A. Batista, **Apontamentos sobre a lei de arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MASCARO, Alysso Leandro. **Filosofia do Direito**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2019.
- MAXWELL, Iain; MCKENDRICK, Ewan. Specific Performance in International Arbitration. **The Chinese Journal of Comparative Law**. v. 1, n. 2, p. 195-220, 2013.
- MAYER, Pierre. L'interstion de la sentence dans l'ordre juridique français, *In*: DERAÏNS, Yves (ed). **Droit et Pratique de L'arbitrage International en France**. Paris: Feduci, 1984.
- MAZZA, Francesca. International Chamber of Commerce (ICC). *In*: KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration**. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 141-150.
- MCKENDRICK, Ewan; MAXWELL, Iain. Specific Performance in International Arbitration. **The Chinese Journal of Comparative Law**. v. 1, n. 2, p. 195-220, 2013.
- MEDICUS, Dieter. **Tratado de las relaciones obligacionales**. Tradução de: Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1995, v. 1.
- MENDES, Rodrigo Octávio Bróglia. **Arbitragem, Lex Mercatoria e Direito Estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no Direito Transacional**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- MIRAGEM, Bruno. **Direito civil: responsabilidade civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, tomo XXVI.

MONTEIRO, António Joaquim de Matos Pinto. **Cláusula penal e indemnização**. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. **Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. Cláusula penal e comportamento abusivo do credor. **Revista Brasileira de Direito Comparado**, v. 25, Rio de Janeiro, p. 113-141, 2004.

MOURRE, Alexis. Chapter 2. Judicial Penalties and Specific Performance in International Arbitration. *In*: DE LY, Filip J.M.; LEVY, Laurent (eds.). **Interest, Auxiliary and Alternative Remedies in International Arbitration**. Dossiers of the ICC Institute of World Business Law, v. 5, 2008. p. 52-78.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. Considerações sobre certos institutos de direito contratual e seus potenciais efeitos econômicos. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. a. 7, n. 25, p. 104-121, São Paulo, jul./set. 2004.

MUÑOZ, David Ramos. The power of arbitrators to make *pro futuro* orders. *In*: KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration**. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 91-122.

NANNI, Giovanni Ettore. O direito civil *da* arbitragem e *na* arbitragem. *In*: NANNI, Giovanni Ettore (org). **Direito civil e arbitragem**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 3-7.

_____. Arts. 233 a 420. *In*: NANNI, Giovanni Ettore (coord.). **Comentários ao Código Civil: direito privado contemporâneo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

_____. **Inadimplemento absoluto e resolução contratual: requisitos e efeitos**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 209.

NASSER, Rabih A.; TAKITANI, Marina Yoshimi. Homologação de sentença arbitral estrangeira anulada na sede. **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 53, p. 29-46, abr./jun 2017.

NETO, Francisco dos Santos Amaral. A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica. Perspectivas estrutural e funcional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília: Senado Federal, a. 26, n. 102, p. 213-215, abr./jun. 1989.

NEVOLA, Riccardo. La responsabilità contrattuale, extracontrattuale e precontrattuale: elementi comuni e differenziali. Analisi sistematica dei fatti costitutivi e dei critérios di imputazione. *In*: FAVA, Pasquale. *et al.* **La responsabilità civile**. Milão: Giuffrè, 2009, p. 366-373.

NOGUEIRA, José Duarte; PINTO, Eduardo Vera Cruz. Responsabilidade Civil. Enquadramento jus-romanístico. **Lusíada. Direito**. Lisboa, s. 2, n. 6, p. 155-168, 2008.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual.** São Paulo: Saraiva, 1994.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL). **UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985, with amendments as adopted in 2006.** Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf. Acesso em 16 maio 2023.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL). **Status: Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958) (the "New York Convention").** Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/conventions/foreign_arbitral_awards/status2 Acesso em: 16 maio. 2023

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL). **Princípios UNIDROIT relativos aos contratos comerciais internacionais 2016.** Disponível em: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Portuguese-bl.pdf>. Acesso em: 16 maio. 2023.

PARK, William. Por que os tribunais revisam decisões arbitrais? **Revista de Arbitragem e Mediação**, v. 3, p. 161-176, set./dez. 2004.

PARK, William. **What is to be done with annuled awards?**, 2012, p. 353. Disponível em: www.williamwpark.com/documents/Chapter%20II-C-1%20Annulled%20Awards.pdf, Acesso em: 14 maio 2023.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Código Napoleão. Influência nos sistemas jurídicos ocidentais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 32, p. 01-32, out. 1989.

_____. **Instituições de direito civil: teoria geral das obrigações.** 22. ed. Revista e atualizada por Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 2.

_____. **Responsabilidade civil.** 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

PIRES, Catarina Monteiro. Cláusulas de acordo integral e cláusulas de solução única ou de “remédio” único. *In: II encontros de direito civil: a tutela dos credores.* Lisboa: Universidade Católica Editora, 2020, p. 67-86.

_____. **Impossibilidade da prestação.** Coimbra: Almedina, 2020.

PORTUGAL. **Código Civil Portuguez**, 1 jul. 1867. Disponível em: <http://www.fd.ulisboa.pt/wpcontent/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Portugues-de-1867.pdf>. Acesso em 7 dez. 2020.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Processo 1008/14.4YRLSB.L1.S1. Rel. ALEXANDRE REIS. 1ª Secção. Julgado em: 26 ago. 2017. Disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/894fdeda111f211d802581a70050acc6>. Acesso em 22 maio 2023.

PORTUGAL. Tribunal da Relação de Lisboa. Processo 7328/10.0TBOER.L1-1. Rel. João Ramos De Sousa. Julgado em: 12 jul. 2012. Disponível em: <https://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/document/1/6/16648.pdf>. Acesso em 22 maio 2023.

POTTER, Harold. **An historical introduction to the English law and its institutions**. 3. ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1948.

QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON; PRICE WATERHOUSE. **International Arbitration: Corporate Attitudes and Practices**. [S. l.], 2008. Disponível em: <https://www.pwc.co.uk/assets/pdf/pwc-international-arbitration-2008.pdf>. Acesso em: 23 maio 2023.

QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON; WHITE & CASE LLP. **2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration**. [S. l.], 2018. Disponível em: [https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF). Acesso em: 23 maio 2023.

RAMACCIOTTI, Fabio de Souza. **Da reparação em forma específica na responsabilidade civil contratual e extracontratual**. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito Civil). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018.

RAWLE, Francis (rev.). **Bouvier's Law Dictionary and Concise Encyclopedia**, 3rd revision. 8. ed. Kansas: Vernon Law Book Company/West Publishing Company, 1914, v. II.

ROCHA, Maria Vital da; SILVA, Adriadna Fernandes. A noção de contrato do Direito Romano à contemporaneidade: uma análise evolutiva do sistema contratual moderno. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 1-22, jul./dez. 2017.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 2.

ROSEVALD, Nelson; KUPERMAN, Bernard Korman. Restituição de ganhos ilícitos: há espaço no Brasil para o disgorgement? **Revista Fórum de Direito Civil**, Belo Horizonte, ano 6, n. 14, p. 11-31, jan./abr. 2017.

_____. **As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

ROWAN, Solène. **Remedies for breach of contract: a comparative analysis of the protection of performance**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

SALLES, Nancy de Paula. Caráter normativo do negócio jurídico. **Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos**, São Paulo, v. 1, p. 1315-1346, jun. 2011.

SALLES, Pedro Amaral. **A função coercitiva da cláusula penal e uma crítica ao art. 412 do Código Civil de 2002**. São Paulo: Almedina, 2014.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. **Princípio da Reparação Integral**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Arthur Deucher Figueiredo. Princípios, cláusulas gerais e conceitos vagos: diferenças entre os institutos e critérios para colmatação dos respectivos conteúdos. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, v. 85, p. 45-82, jan. 2018.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. 21.

SANTOS, J. M. de Carvalho. **Código Civil brasileiro interpretado, principalmente do ponto de vista prático**. 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956, v. 11.

SCHLECHTRIEM, Peter; SCHWENZER, Ingeborg. **Comentários à Convenção das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias**. Coordenação de tradução Ingeborg Schwenzler, Eduardo Grebler, Vera Fradera, César Guimaraes Pereira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SCHNEIDER, Michael E. London Court of International Arbitration (LCIA). *In*: KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael (eds). **Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration**. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 159-178.

SCHNEIDER, Michael. Non-monetary relief in international arbitration: principles and arbitration practice. *In*: KNOLL, Joachin; SCHNEIDER, Michael; (eds). **Performance as a remedy: non-monetary relief in international arbitration**. ASA Special Series n. 30, JurisNet, 2011. p. 3-48.

SCHREIBER, Anderson. **Direito civil e constituição**. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Manual de direito civil contemporâneo**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2023.

SCHREIBER, Anderson; SIMÃO, José Fernando; TARTUCE, Flávio, *et al.* **Código Civil Comentado: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SCHULZ, Fritz. **Derecho Romano Clásico**. Barcelona: Bosch, Casa Editorial S.A., 1960.

SCHWARZ Alan, The Case for Specific Performance. **Yale Law Journal**, New Haven, v. 89, p. 271-306, 1979.

SCHWENZER, Ingeborg. Specific Performance and Damages According to the 1994 UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. **European Journal of Law Reform**, v. 1, n. 3, p. 289-303, 1999.

SEABRA, André Silva. **Limitação e redução da cláusula penal**. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2020.

SENN, Mara; HEWETT, Dawn Yamane (et al.). Chapter 18: Damages in International Arbitration: Understanding the Theories and Methods of Damages Valuation and Compensation. *In*: SHORE, Laurence; CHENG, Tai-Heng (eds.). **International Arbitration in the United States**. The Hague: Kluwer Law International, 2017, p. 413-442.

SILVA, Adriana Fernandes. ROCHA, Maria Vital da. A noção de contrato do Direito Romano à contemporaneidade: uma análise evolutiva do sistema contratual moderno. **Revista Brasileira de Direito Civil em Perspectiva**, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 1-22, jul./dez. 2017.

SILVA, Clóvis do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. *In*: FRADERA, Vera Maria Jacob de (Org.). **O direito privado brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 217-234.

SILVA, Jorge Cesa Ferreira da. **Inadimplemento das obrigações**: comentários aos arts. 389 a 420 do Código Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SIMÕES, Thiago Felipe Vargas. Autonomia privada e direitos fundamentais: uma incursão nas limitações à liberdade individual. **Revista de Direito Privado**, v. 97, São Paulo, p. 177-213, jan./fev. 2019.

SIMPSON, A. W. Brian. **A History of the Common Law of Contract: The Rise of the Action of Assumpsit**. Oxford: Clarendon Press, 1987.

STONE, Richard. **The modern Law of Contract**. 5. ed. Londres: Cavendish Publishing Limited, 2002.

STUART, Luiza Checchia. Liberdade contratual e o princípio da boa-fé. **Revista de Direito Empresarial**, São Paulo, v. 1. n. 0, p. 45-60, nov./dez. 2013.

SUIÇA. **Swiss Civil Code of 10 December 1907 (status as of 23 January 2023)**. Disponível em: https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/en. Acesso em: 24 maio 2023.

TEIXEIRA, Guilherme Puchalski. **Tutela específica dos direitos**: Obrigações de fazer, não fazer e entregar coisa. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011. *Ebook*.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. **Fundamentos do direito civil**: volume 2: obrigações. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023.

TEPEDINO, Gustavo; TERRA, Aline de Miranda Valverde; GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz. **Fundamentos do direito civil**: volume 4: responsabilidade civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre a Cláusula Penal Compensatória. *In*: TEPEDINO, Gustavo (org.). **Temas de direito civil**, tomo II, Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 47-61.

TERRA, Aline de Miranda Valverde. Execução pelo equivalente como alternativa à resolução: repercussões sobre a responsabilidade civil. **Revista Brasileira de Direito Civil** – RBDC, v. 18, Belo Horizonte, p. 49-73, out./dez. 2018.

TERRÉ, François; SIMLER, Philippe; LEQUETTE, Yves; CHÉNEDÉ, François. **Droit civil: les obligations**. Paris: Dalloz, 2019.

THE AMERICAN LAW INSTITUTE. **Restatement (Second) of Contracts, 1981**. Disponível em: <https://instituteoflaw.com/Preview/Law101-1b/Restatement2ndContracts-DONOTPRINT-week1b.pdf>. Acesso em 24 de maio 2023.

TOMPKINS, Jonathan. J. Manifest Disregard of the Law’: The Continuing Evolution of an Historically Ambiguous Vacatur Standard. **Dispute Resolution international**, v. 12, n. 2, p. 145-164, out. 2018.

TREITEL, Guenther H., **Remedies for breach of contract: a comparative account**. 11. ed. Oxford: Clarendon Press, 2003.

VÁRADY, Tibor. Chapter 25: Can Proceeding “Not in Accordance with the Agreement of the Parties” be Condoned? Remarks on Article V(1)(d) of the New York Convention, *In*: KRÖLL, Stefan Michael; MISTELIS, Loukas; LEW, Julian (eds). **International arbitration and international commercial law: synergy, convergence and evolution**, The Hague: Kluwer Law International, 2011. p. 467-487.

VICENTE, Dário Moura. A autonomia privada e os seus diferentes significados à luz do Direito Comparado. **Revista de Direito Civil Contemporâneo**, São Paulo, v. 8, p. 275-302, jul./set. 2016.

VICENTE, Dário Moura. **Da arbitragem comercial internacional: direito aplicável ao mérito da causa**. Coimbra, Coimbra Editora, 1990.

VILLAS BÔAS, Regina Vera. Marcos relevantes da história da responsabilidade civil. **Doutrinas Essenciais de Direito Civil**, São Paulo, v. 4, p. 145-169, out. 2010.

WAINCYMER, Jeffrey Maurice. **Procedure and evidence in international arbitration**. The Hague: Kluwer Law International, 2012.

WALLINGA, Tammo. La libertad contractual – del Derecho romano al Derecho privado moderno. *In*: SÁNCHEZ, Justo García (dir.) **Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo, tomo XI**, Tradición y recepción romanísticas, v. I, Madrid: Editorial BOE, 2021. p. 616-632.

WEBER, Ana Carolina. A cláusula compromissória estatutária e o direito de recesso, *In*: ROCHA, Caio Vieira, SALOMÃO, Luis (coords.). **Arbitragem e mediação - a reforma da legislação brasileira**, 2. ed. São Paulo: Atlas, 2017. p. 1-20.

WHITE, Frederick Thomas; TUDOR, Owen Davies (et. al.). **A Selection of Leading Cases in Equity**: With Notes, Filadélfia: T & J W Johnson & Company, 1876, v. 1.

WIEACKER, Franz. **História do Direito Privado Moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967.

YAHR, Michael Peter. Arbitration and award: specific performance of a building contract affirmed by a court of equity, **William & Mary Law Review**, v. 3, issue 1, p. 203-205, 1961.

ZANETTI, Cristiano. Arts. 421 a 480. *In*: NANNI, Giovanni E (coord.). **Comentários ao Código Civil**: direito privado contemporâneo. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 2021.

ZEIGEL Jacob S., The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives. *In*: GALSTON, Nina M.; SMIT, Hans. **International sales: the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods**, 1999.

ZHANG, Lihong. Justice in Roman Contact Law. *In*: CHOE, Byoung Jo (ed.). **Law, Peace and Justice: A Historical Survey**. Seoul: Kyung-In Publishing Co., 2007. p. 131-158.

ZIMMERMANN, Reinhard. **The new German Law of obligations**: historical and comparative perspectives. Oxford: Oxford Scholarship Online, 2012.

ZWEIGERT, Konrad, KÖTZ, Hein, **An Introduction to Comparative Law**, (translated by Tony Weir), 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 1998.

ANEXO A – COMPARAÇÃO DE ORDENAMENTOS: REPARAÇÃO ESPECÍFICA

País (ou corpo de regras da <i>Lex mercatória</i>)	Tradição	Admissibilidade da execução específica como regra	Norma	Exceções	Norma	Multa coercitiva
França	<i>Civil Law</i>	SIM	Art. 1.217 do CC	Impossibilidade ou manifesta desproporção entre o seu custo para o devedor de boa-fé e o seu interesse para o credor	Art. 1.221 do CC	Arts. 1.131 <i>et. seq.</i> do CC
Alemanha	<i>Civil Law</i>	SIM	§ 241 do BGB	Impossibilidade da execução pelo devedor e qualquer terceiro; se e/ou em que grau a impossibilidade foi provocada pelo devedor; gastos exagerados pelo devedor em comparação com o próprio objeto da realização; manifestamente desproporcional ao interesse do credor; recusa do devedor em caso de obrigação personalíssima	§ 275 do BGB	§ 888 do ZPO
Brasil	<i>Civil Law</i>	SIM	Art. 475 do CC	Impossibilidade de cumprimento Opção do credor	Art. 475 do CC Cláusulas gerais (e.g. arts. 421 e 422 CC)	CPC, arts. 497 a 501, 536 a 538 e 806 a 823
Inglaterra	<i>Common Law</i>	NÃO	Art. 52 do SGA	Bens únicos ou indisponíveis no mercado	Art. 52 do SGA	<i>Contempt of court</i>
EUA	<i>Common Law</i>	NÃO	§ 2-716(1)84 do UCC	Especialmente dificuldade de se mensurar o valor do dano	§ 2-716(1)84 do UCC	<i>Contempt of court</i>

			§§ 357-360 do RSC	Bens únicos	§§ 357-360 do RSC	
CISG	-	SIM	Arts. 46(1) e 62	Exercício de algum direito ou ação incompatível com tal exigência; O juiz não estará obrigado a ordenar execução específica salvo se devesse fazê-lo segundo seu direito nacional	parte final dos arts. 46(1) e 62; art. 28.	Não há
Princípios UNIDROIT	-	SIM	Arts. 7.2.1 e 7.2.2, <i>caput</i>	Adimplemento for impossível de fato ou de direito; custos ou despesas desrazoáveis; a parte credora da obrigação puder razoavelmente obter a prestação por outra via; adimplemento de caráter personalíssimo; a parte credora não exige o adimplemento em prazo razoável após tomar conhecimento do inadimplemento	Art. 7.2.2 (alíneas)	Art. 7.2.4
PEDC	-	SIM	Arts. 9.101 a 9.103	Id. aos Princípios UNIDROIT	Art. 9:102	Não há

ANEXO B – COMPARAÇÃO DO ARTIGO 34 DA LEI MODELO DA UNCITRAL COM O ARTIGO V DA CNY)

Artigo 34(a) da Lei Modelo da UNCITRAL	Artigo V(1) da CNY
<p>(i) Uma parte da convenção de arbitragem referida no artigo 7.º era incapaz; ou que a convenção de arbitragem não é válida nos termos da lei a que as partes a tenham subordinado ou, na falta de qualquer indicação a este respeito, nos termos da lei do presente Estado; ou</p> <p>(ii) A parte que requer a anulação da sentença arbitral não foi devidamente informada da nomeação de um árbitro ou do procedimento arbitral, ou que lhe foi impossível fazer valer os seus direitos por qualquer outra razão; ou</p> <p>(iii) A sentença tem por objeto uma disputa não referida ou não abrangida pela convenção de arbitragem ou contém decisões sobre matérias que ultrapassam o âmbito da convenção, a menos que a parte da sentença que contém decisões sobre matérias não submetidas à arbitragem possa ser anulada, caso as decisões sobre matérias submetidas à arbitragem possam ser tratadas de forma separada das que o não foram; ou</p> <p>(iv) A constituição do tribunal arbitral ou o procedimento arbitral não estão conformes ao acordo entre as partes, a menos que referido acordo contrarie uma disposição da presente Lei que as partes não possam derogar, ou que, na falta de tal acordo, não estão conformes à presente Lei; ou</p>	<p>a) as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram, ou, na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; ou</p> <p>b) a parte contra a qual a sentença é invocada não recebeu notificação apropriada acerca da designação do árbitro ou do processo de arbitragem, ou lhe foi impossível, por outras razões, apresentar seus argumentos; ou</p> <p>c) a sentença se refere a uma divergência que não está prevista ou que não se enquadra nos termos da cláusula de submissão à arbitragem, ou contém decisões acerca de matérias que transcendem o alcance da cláusula de submissão, contanto que, se as decisões sobre as matérias suscetíveis de arbitragem puderem ser separadas daquelas não suscetíveis, a parte da sentença que contém decisões sobre matérias suscetíveis de arbitragem possa ser reconhecida e executada; ou</p> <p>d) a composição da autoridade arbitral ou o procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu; ou</p> <p>e) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida.</p>

Artigo 34(b) da Lei Modelo da UNCITRAL	Artigo V(2) da CNY
(i) Que o objeto da disputa não é susceptível de ser decidido por arbitragem nos termos da lei do presente Estado; ou (ii) Que a sentença arbitral contraria a ordem pública do presente Estado.	a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem; ou b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.

ANEXO C – HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS: REPARAÇÃO ESPECÍFICA

Referência	Corte	Data do julgamento	Lei aplicável ao mérito	Sede da arbitragem	Nacionalidade dos árbitros	Nacionalidade das Partes		Resultado	Fundamento
						Requerente	Requerida		
Hardy Expl. & Prod. (Índia), Inc. v. Gov't of India, Ministry of Petroleum & Nat. Gas, 314 F. Supp. 3d 95 (D.D.C. 2018)	EUA, Corte Distrital de Columbia, Carolina do Sul	07/06/2018	Índia	Kuala Lumpur, Malásia	Índia	Filial indiana de empresa britânica (sede em Ilha de Man)	Índia (Estado)	Não homologada	Ordem pública [CNY, art. V(2)(b); <i>Foreign Sovereign Immunities Act</i> , § 1604 e ss.]
NTT Docomo Inc. v. Ultra D.O.O / 10 Civ. 3823 (RMB)(JCF)	EUA, Corte Distrital do distrito sul de Nova York, Nova York	12/10/2010	Nova York, Nova York	Nova York (NY), EUA	Desconhecida	Japão	Eslovênia	Homologada	Ordem pública [CNY, art. V(2)(b)]
Four Seasons Hotels and Resorts v. Consorcio Barr, 613 F. Supp. 2d	EUA, Corte Distrital do distrito sul	12/05/2009	Venezuela	Miami (FL), EUA	Parcialmente desconhecida ⁴⁴⁸	Holanda Canadá	Venezuela	Homologada (no que diz respeito à	Ordem pública [CNY, art. V(2)(b)]

⁴⁴⁸ O Consorcio Barr indicou como árbitro o venezuelano Emilio Pittier Octavio, posteriormente substituído pelo mexicano Jose Maria Abascal na última audiência de instrução.

1362 (S.D. Fla. 2009)	da Flórida, Miami					Venezuela		execução específica)	
Telecom Business Solution, LLC et. al. v. Terra Towers Corp. et. al. 22-cv-1761 (LAK)	EUA, Corte Distrital do distrito sul de Nova York, Nova York	18/01/2023	Nova York, Nova York	Nova York (NY), EUA	EUA	Ilhas Virgens Britânicas EUA	Ilhas Virgens Britânicas Panamá Guatemala	Homologada	Manifesta desconsideração da lei (<i>Manifest Disregard of the Law</i>)
Grayson-Robinson Stores v. Iris Construction Corp. 8 N.Y.2d 133, 168 N.E.2d 377, 202 N.Y.S.2d 303 (N.Y. 1960) ⁴⁴⁹	EUA, Corte de Apelações do Estado de Nova York	10/06/1960	Desconhecida	Desconhecida	Desconhecida	EUA	EUA	Confirmada por maioria	Ordem pública [FAA]
Staklinski & Pyramid Electric Co., 6 N.Y.2d 159 (1959) ⁴⁵⁰	EUA, Corte de Apelações do Estado de Nova York	29/05/1959	Desconhecida	Desconhecida	Desconhecida	EUA	EUA	Confirmada por maioria	Ordem pública [FAA]

⁴⁴⁹ Decisões proferidas em processo anulatório de sentença arbitral doméstica, analisada para fins comparativos diante da identidade com o fundamento apresentado para a não homologação.

⁴⁵⁰ Id.

ANEXO D – COMPARAÇÃO DE ORDENAMENTOS: CLÁUSULA PENAL

País (ou corpo de regras da <i>lex mercatória</i>)	Tradição	Admissibilidade da cláusula penal	Norma	Poder moderador	De ofício	Norma
França	<i>Civil Law</i>	SIM	Art. 1.231-5 do CC	Reduzir ou aumentar a pena se for manifestamente excessiva ou irrisória; execução parcial da obrigação, em que a redução ocorre na proporção do benefício que a execução parcial tiver proporcionado para o credor, sem prejuízo da moderação por excesso ou irrisoriedade	SIM	Art. 1.231-5 do CC (alíneas 2 e 3)
Alemanha	<i>Civil Law</i>	SIM	Arts. 339 e 341 do BGB	Valor razoável diante de desproporção; análise caso a caso; mais excepcional em contratos comerciais; ônus da prova do devedor	NÃO	Arts. 343 e 345 do BGB; art. 348 do HGB
Brasil	<i>Civil Law</i>	SIM	Arts. 408 a 416 do CC	Apenas redução quando há excesso manifesto; quando a cláusula penal ultrapassa o valor da obrigação principal (nesse caso, o valor será reduzido até o da obrigação principal)	SIM (maior parte da doutrina)	Arts. 412 e 413
Inglaterra	<i>Common Law</i>	NÃO (apenas <i>liquidated damages</i>)	Cavendish Square Holding BV v Talal El Makdessi	Não se aplica. Se a cláusula não for considerada <i>liquidated damages</i> , será considerada inválida. Testes principais para enquadramento como <i>liquidated damages</i> : o valor deve ser estimativa razoável e justa para reparação dos danos oriundos do inadimplemento e o efetivo prejuízo nascido com o descumprimento do contrato é difícil ou impossível aferição	Não se aplica	Não se aplica

EUA	<i>Common Law</i>	NÃO (apenas <i>liquidated damages</i>)	§§ 2-718 e 2-719 do UCC	Id.	Não se aplica	Não se aplica
CISG	-	SILENTE	Doutrina aduz a possibilidade diante dos arts. 4º e 6º	Não se aplica	Não se aplica	Não se aplica
Princípios UNIDROIT	-	SIM	Art. 7.4.13(1)	Redução para a razoável sempre que for manifestamente excessiva em relação ao dano resultante do inadimplemento e às demais circunstâncias	SIM (na medida em que não admite convenção em sentido contrário)	7.4.13(2)
PEDC	-	SIM	Arts. 9:509(1)	Id. aos Princípios UNIDROIT	SIM (na medida em que não admite convenção em sentido contrário)	9:509(2)

ANEXO E – HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS: CLÁUSULA PENAL

Referência	Corte	Data do julgamento	Lei aplicável ao mérito	Sede da arbitragem	Nacionalidade dos árbitros	Nacionalidade das Partes		Resultado	Fundamento
						Requerente	Requerida		
Pencil Hill Limited v US Citta Di Palermo S.p.A2016 EWHC 71 QB	Inglaterra, Corte Superior de Manchester	11/12/2015	Suíça	Suíça	Desconhecida	Inglaterra	Itália	Homologada	Ordem pública [CNY, art. V(2)(b)]
PDV Sweeny, Inc. v. Conocophillips Co., No. 16-170-cv (2d Cir. Nov. 7, 2016)	EUA, Corte Distrital do Sul de Nova York, (NY) e Corte de Apelações 2º Circuito	01/09/2015 e 07/11/2015	Venezuela Nova York, (NY),	Nova York, (NY), EUA	Canadá (presidente) EUA (Requerida) Suíça (Requerente)	Venezuela	EUA	Homologada	Ordem pública [CNY, art. V(2)(b)]
Superior Energy Servs. Columbia S.A.S. v. Premium Petroleum Servs. S. De R.L., 18-CV-7704 (ALC)	EUA, Corte de Apelações de Nova York, (NY)	28/06/2019	Colômbia	Nova York, (NY), EUA	Chile (Presidente) Americano (Requerente)	Panamá	Colômbia EUA	Homologada	Ordem pública [CNY, art. V(2)(b)]

(S.D.N.Y. Jun. 28, 2019)					Brasileiro (Requerida) ⁴⁵¹					
Germany no. 168	Alemanha, Corte Superior de Apelações da Bavaria	20/10/2020	Desconhecida	Desconhecida	Desconhecida	Desconhecida	Desconhecida	Desconhecida	Homologada	Ordem pública [CNY, art. V(2)(b)]
Germany no. 166	Alemanha, Corte Superior de Berlim	01/02/2019	Desconhecida	Desconhecida	Desconhecida	Desconhecida	Desconhecida	Desconhecida	Homologada	Ordem pública [CNY, art. V(2)(b)]
8 Sch 06/05	Alemanha, Corte Regional Superior de Celle	06/10/2015	Desconhecida	Desconhecida	Desconhecida	Desconhecida	Desconhecida	Desconhecida	Não homologada	Ordem pública [CNY, art. V(2)(b)]
AA, S.L.P and AA & Associados, R.L. v. BB	Portugal, Supremo Tribunal de Justiça	26/09/2017	Espanha	Espanha	Desconhecida	Espanha Portugal	Portugal		Não homologada	Ordem pública [CNY, art. V(2)(b)]
Xilam Films v. Lnk Videos	Portugal, Tribunal de Relação de Lisboa	12/07/2012	França	Desconhecida	Desconhecida	França	Portugal		Homologada	Ordem pública [CNY, art. V(2)(b)]

⁴⁵¹ Apenas a título de curiosidade, o árbitro brasileiro que figurou no caso foi José Emilio Nunes Pinto.

Chelsea Football Club Ltd. v. Mutu, 849 F. Supp. 2d 1341 (S.D. Fla. 2012).	EUA, Corte Distrital do Sul da Flórida, Miami	13/02/2012	Inglaterra	Suíça	Alemanha (Presidente) Suíça (Requerente) Inglaterra (Requerido)	Inglaterra	Romênia	Homologada	Ordem pública [CNY, art. V(2)(b)]
--	---	------------	------------	-------	---	------------	---------	------------	--------------------------------------