

PLMJ



SÃO PAULO

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

II CONGRESSO INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM
DA OAB SP
28 de Maio de 2010

**A CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA NA ARBITRAGEM
INTERNA E INTERNACIONAL**

**REDIGIR CLÁUSULAS ARBITRAIS EFICAZES
(CLÁUSULAS PATOLÓGICAS – COMO EVITÁ-LAS)**

PEDRO METELLO DE NÁPOLES

“ARBITRATION IS based on the arbitral agreement, which flows from the parties' common intention. The freedom of the parties may lead to good as well as to bad results.”

[ALDO FRIGNANI]

A Arbitragem é baseada na convenção de arbitragem, que resulta da vontade comum das partes. A liberdade das partes tanto pode levar a bons como a maus resultados.

Dois tipos de patologia:

- Cláusulas que encerram em si próprias um elemento patológico, que dificulta ou impede o funcionamento da arbitragem;
- Cláusulas que levam a um resultado diferente do pretendido pelas partes;

Principais patologias da cláusula arbitral

- Equívoca opção pela Arbitragem
- Incorrecta escolha da sede da arbitragem
- Remissão defeituosa para a arbitragem institucionalizada
- Imposição de mecanismos prévios de mediação e/ou conciliação
- Hiper-regulamentação
- A pressa: os prazos inadequados
- A língua do processo
- A diferença de culturas jurídicas

Opção pela Arbitragem

- Não deve haver dúvidas sobre a vontade das partes recorrerem a arbitragem
- Evitar
 - Cláusulas condicionais
 - Cláusulas dualistas
 - Cláusulas dúbias

Sede da arbitragem

LOCAL DA ARBITRAGEM

Local de reunião do Tribunal
(*Venue*)

Nada obriga a que as audiências tenham lugar no local da sede.

SEDE DA ARBITRAGEM

Sede Legal da Arbitragem
(*Seat*)

A sede de arbitragem determina qual a lei a que o processo arbitral fica sujeito e, conseqüentemente, qual a lei de acordo com o qual a decisão arbitral poderá ser impugnada.

Sede da arbitragem (cont.)

Ao escolher a sede há que ter em conta que:

- É a lei desse país que regula o processo arbitral,
- Serão os tribunais do país da sede a ter competência para anular o laudo arbitral,
- Sem esquecer qual a lei que é aplicável ao fundo da causa,
- E sem perder de vista que a decisão poderá ter ainda de ser objecto de execução noutros países.

Arbitragem Institucionalizada

- A Arbitragem institucionalizada pode ter enormes vantagens;
- Todavia há que:
 - Identificar correctamente a Instituição
 - Conhecer a Instituição
 - Ponderar os possíveis inconvenientes da escolha (custo)

Prévia mediação e/ou conciliação

Prós

- Acalmia (*cooling-down*)
- Análise não vinculativa por um terceiro
- Rapidez e economia (em caso de sucesso)

Contras

- Se as partes quiserem conciliar-se, podem sempre fazê-lo
- Perda de tempo
- Não faz sentido obrigar ninguém a negociar

Prévia mediação e/ou conciliação (cont.)

Três graus de intensidade:

- Cláusulas que apenas fazem referência à ocorrência de um litígio que as partes não sejam capazes de solucionar por via consensual ou cláusulas que refiram genericamente um dever de as partes procurarem conciliar-se;
- Cláusulas que estabelecem deveres específicos ou procedimentos concretos tendentes à conciliação;
- Cláusulas que remetam para processos de mediação/conciliação;

Prévia mediação e/ou conciliação (cont.)

- A parte deverá ponderar se será útil prever mecanismos alternativos de resolução de litígios;
- Se optar pela sua inclusão, deverá mais tarde agir em conformidade com essa escolha;
- Ainda que em termos práticos possa não ser possível obrigar alguém a recorrer à mediação/conciliação, o incumprimento de um compromisso nesse sentido poderá trazer outras consequências;
- Pode envolver risco e tempo perdido

Hiper-regulamentação

Exemplo 1

“Em caso de litígio quanto à existência, validade, eficácia, interpretação, aplicação ou integração do presente CONTRATO, será o mesmo resolvido definitivamente de acordo com o Regulamento (...)”

Hiper-regulamentação (cont.)

Exemplo 2

- *“Qualquer disputa entre as partes no âmbito da cláusula X, ou à comunicação para reparação, nos termos da cláusula Y pode ser submetida à apreciação de um árbitro (o qual deverá ser uma consultora imobiliária europeia reputada, presente no mercado português e com reconhecida experiência) designado pelo Senhorio, no prazo de cinco (5) Dias Úteis, de entre 3 (três) previamente propostos pelo Arrendatário, e (...)”*

Hiper-regulamentação (cont.)

Less is more (menos é mais)

- “Todos os litígios emergentes do presente contrato ou com ele relacionados serão definitivamente resolvidos de acordo com o Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, por um ou mais árbitros nomeados nos termos desse Regulamento”.

[Cláusula tipo da CCI]

Os prazos inadequados

Exemplo

- (d) Qualquer disputa entre as partes decorrente deste Contrato de Arrendamento pode ser submetida à apreciação de um tribunal arbitral composto por três árbitros, e:
 - (i) O primeiro árbitro será designado pela parte que pretenda instaurar a arbitragem, a qual deverá, simultaneamente com a designação, apresentar, por escrito, os fundamentos da sua pretensão em disputa, juntamente com toda a prova que considere relevante;
 - (ii) O segundo árbitro será designado pela parte contrária no prazo de 5 (cinco) Dias Úteis após a data de recepção pela mesma da notificação para instauração da arbitragem, sendo que, no momento da designação do segundo árbitro, a parte contrária deve apresentar a sua defesa, por escrito, juntamente com toda a prova que considere relevante, e
 - (iii) O terceiro árbitro, que desempenhará as funções de presidente do tribunal arbitral, será designado de comum acordo pelos dois árbitros já nomeados pelas partes no prazo de 5 (cinco) Dias Úteis a contar da nomeação do segundo árbitro ou, na falta de acordo, pelo Presidente do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa.
- (vi) A decisão do tribunal arbitral terá que ser proferida no prazo de 40 (quarenta) Dias Úteis seguintes a contar da sua constituição, ou num prazo distinto que possa ser acordado entre as partes.

Os prazos inadequados (cont.)

- Se impossíveis, podem pôr em causa o compromisso arbitral;
- Mesmo respeitados, podem levar a posterior anulação;
- Podem criar mais problemas do que aqueles que querem evitar

Língua do processo

- Numa arbitragem internacional a língua do processo deve ser definida;
- Vai condicionar a escolha dos árbitros;
- Vai condicionar a própria escolha de advogados;

Culturas jurídicas diferentes

- O processo não é igual em todo o mundo e não há (pelo menos por ora) regras internacionais de arbitragem
- Temos de nos perguntar:
 - Que tipo de audiência queremos?
 - Que tipo de prova esperamos?
 - Será que a outra parte quer o mesmo que nós?

Conclusão

- A cláusula compromissória merece a mesma atenção que as outras cláusulas do contrato
- Há que ponderar quais são os litígios que poderão emergir em certo contrato
- Há que ser preciso e claro
- Só se deverá inovar se se tiver a certeza do que é que se está a fazer
- Deverá partir-se de uma cláusula-tipo