

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