

Arbitragem Comercial

*Princípios, Instituições
e Procedimentos*

A prática no CAM-CCBC

Maristela Basso

Fabício Bertini Pasquot Polido

Organizadores

 Marcial
Pons

CAM-CCBC
Centro de Arbitragem e Mediação

DESAFIOS E CUIDADOS NA REDAÇÃO DAS CLÁUSULAS DE ARBITRAGEM

DANIELA MONTEIRO GABBAY¹

NATHALIA MAZZONETTO²

PATRÍCIA SHIGUEMI KOBAYASHI³

¹ Daniela Monteiro Gabbay é Mestre e Doutora em Processo Civil pela Universidade de São Paulo. Professora da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas (Direito GV). *Visiting scholar* na Universidade de Yale, EUA (*Fox International Fellowship Program*), 2008-2009. *Visiting fellow* na London School of Economics and Political Science (LSE), 2012. Coordenadora Regional do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBar). Mediadora. Integrante do Corpo de Mediadores da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC). Advogada em São Paulo na área de arbitragem.

² - Nathalia Mazzone é bacharel em Direito pela PUC/SP. Especialista em Direito Processual Civil e Arbitragem pela *Università degli Studi di Milano* (Itália) e em Direito da Propriedade Intelectual pela *GVLaw/SP*. Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP), com o fomento e apoio da Fundação de Amparo e Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp). Membro colaboradora da Comissão de Direitos Imateriais da OAB/SP. Associada do Comitê Brasileiro de Arbitragem – CBar. Advogada e sócia de Müller Mazzone Advogados. Mediadora. Integrante do Corpo de Mediadores da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), dos quadros de *Neutrals/Mediadores* da International Trademark Association (INTA) e do INPI (Instituto Nacional da Propriedade Industrial) e pela OMPI (Organização Mundial da Propriedade Intelectual) e Especialista da Câmara de Nomes de Domínio CASD-ND da ABPI – Associação Brasileira da Propriedade Intelectual.

³ Patrícia Shigumi Kobayashi é bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo, Secretária Geral Adjunta do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá e advogada em São Paulo.

3.1 INTRODUÇÃO

A convenção de arbitragem é a pedra angular da arbitragem internacional e doméstica, uma vez que representa a vontade das partes e o consenso quanto às principais escolhas que pautarão o funcionamento da arbitragem.⁴ É através da convenção de arbitragem que as partes atribuem aos árbitros o poder de decidir o conflito e, ao mesmo tempo, limitam e definem o escopo desse poder.⁵

O tema envolve questões teóricas e práticas⁶ e, dado a sua relevância, a cláusula arbitral não deve ser o último ponto a ser pensado e negociado quando se redige um contrato entre as partes (conhecida como *midnight clause*). Isso porque há escolhas estratégicas a serem feitas e que podem refletir-se diretamente no momento do litígio, evitando que o cerne do conflito ceda lugar a incertezas e inconsistências relacionadas à redação da cláusula ou mesmo

⁴ Além da autonomia da vontade, há uma série de questões que estão relacionadas à convenção de arbitragem, como a aferição da arbitrabilidade (subjetiva e objetiva), a validade, escopo e efeitos da convenção, os seus limites objetivos e subjetivos e a autonomia da cláusula em relação ao contrato que está inserida (*separability*), dentre outros. Não é por acaso que na pesquisa realizada em parceria pela Direito GV e CBAR, que mapeou a aplicação da lei de arbitragem no Brasil e as decisões judiciais proferidas no curso de 10 anos, o tema que apareceu com o maior número de decisões judiciais foi o da validade, eficácia e existência da convenção de arbitragem. Nesse sentido, vide GABBAY, Daniela Monteiro; ALVES, Rafael Francisco; LEMES, Selma Ferreira. «Projeto de pesquisa: Arbitragem e Poder Judiciário». Parceria Institucional Acadêmico-Científica da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Direito GV) e do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAR). *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 19, 2008, p. 7-23.

⁵ Conforme ressalta Margaret L. Moses, «The parties' arbitration agreement gives the arbitrators the power to decide the dispute, and defines the scope of that power. In essence, the parties create their own private system of justice. MOSES, Margaret L. *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. NY: Cambridge University Press, 2008, p. 17.

⁶ Há alguns guias práticos que trazem *checklist* do que deve conter a cláusula arbitral e identificam os cuidados necessários na forma de redigi-la. Os guias, contudo, costumam ressaltar que a preocupação está mais em fazer as perguntas certas do que em dar respostas únicas, mesmo porque há muitas escolhas que são estratégicas e dependem do caso concreto. Sobre os manuais consultados, vide BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 5. ed. Oxford University Press, 2009, p. 85-161. PAULSSON, Jan; RAWDING, Nigel; REED, Lucy. *The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in International Contracts*. 3. ed. Kluwer Law International, 2010. International Bar Association (IBA) Guidelines for drafting international arbitration clauses, adopted by a resolution of the IBA Council, 7 October 2010 (disponível em http://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_27October_2010_Arbitration_Clauses_Guidelines.aspx. Acesso em 23.02.2013). No mesmo sentido dos guias práticos, as principais Câmaras de Arbitragem também disponibilizam em seus websites modelos de cláusula arbitral, como será tratado a seguir.

à sua patologia,⁷ o que gera protelação na solução do conflito e impede o funcionamento adequado da arbitragem.

Uma vez feita a opção pela arbitragem, algumas escolhas iniciais que se colocam é se a arbitragem será institucional ou *ad hoc* (e, sendo institucional, qual será a câmara de arbitragem escolhida), como serão indicados os árbitros e se o litígio será resolvido por árbitro único ou por painel arbitral, quais serão as regras adotadas e o direito aplicável, qual será a sede da arbitragem, o idioma, dentre outras questões que dependem do caso concreto, se a arbitragem envolve múltiplas partes (*multi-party arbitration*) e contratos correlatos, partes estrangeiras, além do valor do contrato, da matéria em disputa e outras questões a serem analisadas em cada caso.

Muito embora as câmaras arbitrais ofereçam cláusulas-modelo para as arbitragens institucionais, que trazem para dentro da cláusula as regras do regulamento adotado, é cada vez mais importante na redação da cláusula arbitral se analisar também as características das partes, da operação e dos possíveis litígios decorrentes do contrato para adaptar as escolhas feitas ao caso concreto.

A dificuldade em se ter um modelo único, uma receita que valha para a redação de toda e qualquer cláusula arbitral, não impede a existência de alguns parâmetros mínimos a serem considerados no momento em que se redige ou revisa uma cláusula arbitral e que serão tratados neste artigo.

⁷ As cláusulas patológicas (também conhecidas como cláusulas defeituosas) contêm, via de regra, problemas de inconsistência, incerteza ou inoperabilidade. A expressão *cláusulas patológicas* foi assim cunhada por Frédéric Eisemann. Como assinala Pierre A. Karrer, «*the lex arbitri depends on the arbitration clause. Unfortunately, in this world, hardly anybody is totally healthy. Many arbitration clauses are faulty, or "pathological" as they are traditionally called. (...)*». Cf. KARRER, Pierre A. «Pathological Arbitration Clauses – Malpractice, Diagnosis and Therapy», in: Nedim Peter VOGT *et alii* (ed.), *Festschrift für Thomas Bär und Robert Karrer*, 1997, p. 109-126.

Redfern e Hunter trazem alguns exemplos de cláusulas patológicas, cuja imprecisão ou vagueza podem suscitar dúvidas e até mesmo litígio entre as partes, o que vem acompanhado de aumento de custo e de tempo na solução do conflito. Alguns exemplos que esses autores tratam são: (i) «*In the event of any unresolved dispute, the matter will be referred to the International Chamber of Commerce*» (mesmo que se presuma que a referencia foi feita à ICC em Paris, faltou especificar a forma de solução do conflito – arbitragem, conciliação, mediação); (ii) «*All disputes arising in connection with the presente agrément shall be submitted in the first instance to arbitration. The arbitrator shall be a well-known Chamber of Commerce (like ICC) designated by mutual agreement between both parties*» (esse exemplo opta pela arbitragem «em primeira instância», e não traz a forma de indicação do tribunal arbitral, que deve ser composto por indivíduos e não por uma Câmara); (iii) «*For both parties is a decision of Lloyd or Vienna stock Exchange binding and both will subjugate to the International Chamber of Commerce*» (a cláusula é desprovida de sentido)». Cf. *Redfern and Hunter on International Arbitration* cit., itens 2.177-2.185, p. 146-149. Outros exemplos de cláusulas patológicas serão tratados no curso deste artigo.

Dessa forma, o artigo tem por objetivo analisar os principais desafios na elaboração e concepção da cláusula de arbitragem. O *item 2* trata do que deve conter uma cláusula arbitral, a partir de parâmetros normativos que definem o mínimo a ser observado (como a Convenção de Nova Iorque,⁸ a Lei Modelo da Uncitral e a Lei de Arbitragem Brasileira). No *item 3*, por sua vez, são analisados casos complexos e que envolvem múltiplas partes e contratos, exigindo cuidados especiais quanto à redação da cláusula; e o *item 4*, por fim, analisa a combinação das cláusulas de mediação e arbitragem e como fazê-la de modo a tirar o melhor proveito destas duas formas de solução de conflitos, sendo seguido do *item 5* com as considerações finais.

3.2 O QUE DEVE CONTER UMA CLÁUSULA ARBITRAL?

Os desafios na redação da convenção de arbitragem podem ser muitos e dos mais variados. Contudo, o consenso geral, seja para as arbitragens domésticas, seja para as internacionais, é de que as partes contratantes mantenham, sempre que possível, a simplicidade na redação da convenção de arbitragem.⁹

Não obstante a inclusão de dados e especificações na convenção possam contribuir para a formação de uma futura relação processual mais segura e bem delineada, caso as escolhas sejam realizadas sem a análise de determinados pontos cruciais, o detalhamento pode criar obstáculos desnecessários, impedindo a instituição eficiente e célere da arbitragem.

Os cuidados na redação da convenção de arbitragem devem considerar que, em sua assinatura, as partes comprometem-se em uma verdadeira relação apartada, que poderá subsistir independente do destino do contrato celebrado, ainda que o último seja declarado nulo ou anulado.¹⁰

⁸ A convenção de Nova Iorque (1958) foi ratificada no Brasil por meio do Decreto 4.311, de 23.07.2002, que promulgou a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras.

⁹ MCILWRATH, Michael e SAVAGE, John. *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*. Kluwer Law International, 2010, p. 11-91, «1-011 The benefits of simplicity and recommended institutional clauses. Before getting to the specifics, we give a general word of advice to anyone involved in the negotiation or drafting of a dispute resolution clause: it is important to keep dispute resolution agreements as simple as possible. The more complex they are, the more scope there is for internal inconsistencies and other difficulties of interpretation, which a defending party can exploit before, during or after any proceeding (e.g., by raising objections to the jurisdiction of an arbitral tribunal, or seeking to set aside or resist enforcement of an arbitral award).»

¹⁰ Segundo dispõe a Lei Modelo da Uncitral (com alterações de 2006): «Article 16. Competence of arbitral tribunal to rule on its jurisdiction (1) The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction, including any objections with respect to the existence or validity of the arbitration agreement. For that purpose, "an arbitration clause which forms part of a contract shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract". A decision by the

A separação é mais simples ao considerarmos um compromisso arbitral, uma vez que se trata de um instrumento assinado entre as partes com propósito específico, diverso e independente do contrato, ou contratos, que se pretende discutir via procedimento arbitral. Nesse cenário, fica evidente que a validade do compromisso arbitral não está relacionada ao destino do contrato em disputa, da mesma forma em que as suas regras podem ser diferentes daquela escolhida para relação que será discutida.

Contudo, o tratamento independente ou apartado pode não se demonstrar tão evidente no caso da cláusula compromissória. Estando ela inserida no instrumento contratual, a separação fica menos clara, mas a ela deve-se aplicar o mesmo princípio.

A cláusula compromissória, ainda que inserida em um contrato, é um acordo separado ou autônomo e, por consequência, essa relação poderá ser regida por normas diversas do contrato discutido, assim como o seu destino não seguirá o do contrato principal.¹¹

Assim, as amplas possibilidades desse singular acordo e a flexibilidade que são tão característicos do procedimento arbitral podem levar as partes a uma redação inaplicável, que atende a necessidades negociais do momento, mas impede sua aplicação prática. Veja-se a cláusula abaixo:

«Disputes hereunder shall be referred to arbitration, to be carried out by arbitrators named by the International Chamber of Commerce in Geneva in accordance with the arbitration procedure set forth in the Civil Code of Venezuela and in the Civil Code of France, with due regard for the law of the place of arbitration.»¹²

arbitral tribunal that the contract is null and void shall not entail ipso jure the invalidity of the arbitration clause» (sem destaque no original).

No mesmo sentido, a Lei de Arbitragem Brasileira: «Art. 8.º A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória. Parágrafo único. Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória» (sem destaque no original).

¹¹ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999, p. 209.

«409. – *The autonomy of the arbitration agreement from the main contract gives rise to at least two direct consequences: first, the arbitration agreement is unaffected by the status of the main contract (1.º) and, second, it may be governed by a law different from that governing the main contract (2.º).*»

¹² Exemplo de cláusula patológica retirado de *Redfern and Hunter on International Arbitration*, item 2.181, p. 148, CRAIG, PARK e PAULSSON, *International Chamber of Commerce Arbitration* (3. ed., 2000), p. 132-133, mencionado em PAULSSON, Jan; RAWDING, Nigel; REED, Lucy. *The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in International Contracts*, 3. ed., Kluwer Law International, 2010, p. 128.

Trata-se de um exemplo emblemático de cláusula patológica, que elege a arbitragem como forma de solução de conflitos, a ser administrada (presume-se, neste caso, como resultado de interpretação) pela Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, com a sede da arbitragem em Genebra. Contudo, além das inconsistências solucionáveis, a convenção exige a convivência de três grupos de normas: o Código Civil da Venezuela, o Código Civil da França e as normas da sede da arbitragem, aqui admitida como Genebra.

A intenção pode ter sido das melhores, mas o resultado prático é a criação de obstáculos desnecessários ao procedimento, que se encarrega da difícil tarefa de entender qual conjunto normativo as partes pretendiam ver aplicado e se essa tarefa seria possível.

A convenção de Nova Iorque reconhece que a inexecutabilidade da cláusula pode comprometer os seus efeitos e impedir que as partes sejam remetidas à arbitragem,¹³ havendo regra no mesmo sentido na Lei Modelo da Uncitral sobre Arbitragem Comercial Internacional.¹⁴

Assim, visando prevenir percalços e inconsistências na convenção de arbitragem, em especial considerando que ela constitui tema que diz respeito aos fundamentos desse método de solução de conflitos, iniciaremos nossa análise pelos parâmetros normativos, seguindo, mais adiante para os elementos basilares da convenção de arbitragem, tal como o número de árbitros, a sede, o idioma em que o procedimento será conduzido, e as leis aplicáveis.

3.2.1 Convenção de arbitragem: parâmetros normativos

A Convenção de Nova Iorque, sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, datada de 10 de junho de 1958, tem por objetivo promover a solução de disputas internacionais. Para isso, não bastava dispor sobre os requisitos para o reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras, pois ela também deveria garantir que, uma vez pactuado, o acordo para a utilização da arbitragem fosse cumprido por todas as partes envolvidas e reconhecido pelos Estados. Em assim sendo, o

¹³ O artigo II (3) da Convenção de Nova Iorque determina que «*The court of a Contracting State, when seized of an action in a matter in respect of which the parties gave made an agreement within the meaning of this article, shall, at the request of one of the parties, refer the parties to arbitration, "unless it finds that the said agreement is" null and void, "inoperative or incapable of being performed"*» (sem destaque no original).

¹⁴ O artigo 8.º (1) da Lei Modelo da Uncitral sobre Arbitragem Comercial Internacional (de 1985, que foi emendado em 2006) determina que: «*A court before which an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement shall, if a party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, refer the parties to arbitration "unless it finds that the agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed"*» (sem destaque no original).

texto da Convenção de Nova Iorque oferece, igualmente, fundamentos para a determinação dos requisitos de validade das cláusulas compromissórias.

Atualmente, a Convenção de Nova Iorque conta com a adesão de 148 países,¹⁵ sendo hoje certamente a primeira fonte de busca em termos de padrões internacionais para a arbitragem.

A seguir trataremos dos elementos mais específicos do acordo para arbitragem, sempre destacando que, caso o país seja signatário da Convenção de Nova Iorque, em princípio, aplicar-se-ão as suas regras, exceto nos casos em que a norma local seja ainda mais benéfica para a arbitragem.¹⁶

O acordo de reconhecimento da convenção de arbitragem pelos Estados está descrito no artigo II¹⁷ da Convenção de Nova Iorque. Segundo o dispositivo, uma vez pactuado que se utilizará o método, o acordo é vinculante, resultando no encaminhamento das partes à arbitragem desde que a ela seja eleita por escrito, e salvo casos em que o acordo seja nulo, inoperante ou inexecutível.

«2. Entender-se-á por “acordo escrito” uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas.»

O requisito formal internacionalmente reconhecido para a convenção de arbitragem não poderia ter sido mais simples, contudo, a evolução das formas de comunicação se demonstraram capazes de colocar em questão até mesmo

¹⁵ Informações do site www.newyorkconvention.org, acesso em 23.02.2013: <http://www.newyorkconvention.org/new-york-convention-countries/contracting-states>.

¹⁶ Conforme disposto na própria Convenção de Nova Iorque, 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.». Conforme recomendação da Uncitral de 7 de julho de 2006: «[o] Artigo VII, parágrafo 1.º da [Convenção] deve ser aplicado para permitir que qualquer parte interessada se valha dos direitos que possa ter, nos termos da lei ou tratados do país onde uma convenção de arbitragem busca ser invocada, para buscar reconhecimento da validade de tal convenção.»

¹⁷ Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e Execução das Sentenças Arbitrais, Artigo II (1) – Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem. Artigo II (2) – Entender-se-á por «acordo escrito» uma cláusula arbitral inserida em contrato ou acordo de arbitragem, firmado pelas partes ou contido em troca de cartas ou telegramas. Artigo II (3) – O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutível.

essa regra e qual seria a sua interpretação mais adequada. Hoje é pacífico que o rol contido no artigo II(2) da Convenção de Nova Iorque é meramente exemplificativo,¹⁸ permitindo que se produza prova, das formas mais amplas possíveis, de que houve acordo entre as partes para a eleição do método.¹⁹

A Lei modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (Uncitral), nesse sentido, alterou o seu artigo 7 para esclarecer esse ponto:

«Article 7. Definition and form of arbitration agreement

(As adopted by the Commission at its thirty-ninth session, in 2006)

(1) "Arbitration agreement" is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not. An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement.

(2) The arbitration agreement shall be in writing.

(3) An arbitration agreement is in writing if its content is recorded in any form, whether or not the arbitration agreement or contract has been concluded orally, by conduct, or by other means.

(4) The requirement that an arbitration agreement be in writing is met by an electronic communication if the information contained therein is accessible so as to be useable for subsequent reference; "electronic communication" means any communication that the parties make by means of data messages; "data message" means information generated, sent, received or stored by electronic, magnetic, optical or similar means, including, but not limited to, electronic data interchange (EDI), electronic mail, telegram, telex or telecopy.

¹⁸ Em 7 de julho de 2006 a Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (Uncitral), emitiu a recomendação segundo a qual «[o] Artigo II, parágrafo 2 da [Convenção] seja aplicado como reconhecendo que as circunstâncias nele descritas não são exaustivas».

¹⁹ As leis mais recentes que versam sobre o requisito formal da «forma escrita» refletem esse entendimento. Assim, a Lei Portuguesa de Arbitragem Voluntária, Lei 63/2011, de 14 de dezembro de 2011, artigo 1, item 3: «Considera-se que a exigência de forma escrita da convenção de arbitragem está satisfeita quando esta conste de suporte electrónico, magnético, óptico, ou de outro tipo, que ofereça as mesmas garantias de fidedignidade, inteligibilidade e conservação.»

Por outro lado, o requisito, que não se impunha aos compromissos celebrados em arbitragem domésticas na França hoje, após a reforma da Lei de Arbitragem também é exigido ao acordo para arbitragem celebrado para um determinado e específico conflito (compromisso). «Hoje tanto a cláusula compromissória quanto o compromisso devem, sob pena de nulidade, ser por escrito. O compromisso deve ainda determinar o objeto do litígio. Na redação anterior dos Decretos 80-354 e 81-500, aquela condição de validade somente atingia a cláusula compromissória, pois o escrito não era exigido para o compromisso. Neste ponto, portanto, a nova lei de arbitragem é mais estrita.» (COSTA, Marina Mendes. «A reforma do direito francês de arbitragem». *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 30, p. 27.)

(5) *Furthermore, an arbitration agreement is in writing if it is contained in an exchange of statements of claim and defence in which the existence of an agreement is alleged by one party and not denied by the other.*

(6) *The reference in a contract to any document containing an arbitration clause constitutes an arbitration agreement in writing, provided that the reference is such as to make that clause part of the contract.»*

Há ordenamentos jurídicos liberais em relação ao requisito de que a convenção de arbitragem seja pactuada na forma escrita. A recente reforma da legislação francesa de arbitragem (Decreto Legislativo 2011-48, de 13.01.2011), por exemplo, flexibiliza essa condição, permitindo que o consentimento seja tácito ou oral.²⁰

A Lei de Arbitragem Brasileira, por sua vez, exige que a cláusula compromissória seja pactuada por escrito, sem apresentar um rol, ainda que exemplificativo, do que se consideraria «por escrito».²¹

Superada a questão formal, para o reconhecimento e execução específica da convenção de arbitragem, outros cuidados também devem ser observados. Segundo o artigo II da Convenção de Nova Iorque:

«3. O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, “a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutível”.»

Em outras palavras, a convenção de arbitragem poderá ser afetada por invalidade tal como fraude, ilegalidade ou erro, incluindo neste rol a incapacidade da parte contratante, os quais seriam entendidos como «nulo e sem efeitos».

²⁰ COSTA, Marina Mendes. «A reforma do direito francês de arbitragem». *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 30, p. 27. «Diferentemente da arbitragem interna, em matéria internacional a convenção de arbitragem não é submetida a nenhuma condição de forma, podendo resultar de um consentimento tácito ou expresso, oral ou por escrito. De fato, o direito francês considera que a convenção de arbitragem é um contrato consensual e o que importa é o consentimento dado pelas partes à arbitragem, que pode ser provado por todos os meios disponíveis em direito».

A prova do consentimento pode, portanto, ser feita através de alegações que comprovem a participação de uma parte na negociação, execução ou término do contrato, ou ainda, no contexto de um contrato não assinado com base na relação contratual e no comportamento posterior das partes no procedimento arbitral.

O direito francês em matéria internacional é sem dúvida um direito bastante liberal, que confere aos árbitros e às partes uma grande liberdade para apreciar a questão do consentimento à arbitragem.

²¹ Vide Lei 9.307/1996, art. 4.º, § 1.º, «A cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira».

Da mesma forma, não será reconhecida a convenção que deixou de produzir efeitos, seja por renúncia ou revogação de seu acordo, ou ainda, que nos casos em que a questão já tenha sido decidida por tribunal arbitral ou órgão judicial, entendidos como casos de inoperância da convenção para arbitragem.

Por fim, na hipótese de impossibilidade de sua execução, está também englobada a hipótese de eleição, sem possibilidade de substituição, de profissional para atuar como árbitro que, por infortúnio, falece.

Deve-se considerar ainda casos em que a redação da convenção de arbitragem é confusa o suficiente para impedir a sua execução, por exemplo, nos casos em que há dúvida quanto à instituição eleita para administrar o procedimento ou nos casos em que a arbitragem é opcional/facultativa.²²

Observados os requisitos mínimos de validade da convenção de arbitragem, passaremos a analisar outros aspectos que devem ser considerados, cuja eleição expressa pode se demonstrar útil na formação do acordo para arbitragem.

3.2.2 Indicação de árbitros

A forma de indicação dos profissionais que atuarão como árbitros em um procedimento é de livre escolha das partes. Para isso, basta que os profissionais apontados sejam independentes e imparciais para a resolução da disputa.

As partes poderão indicar árbitro único ou um painel arbitral, escolha que dependerá, em última instância, das características e do valor do litígio.²³

No Brasil, a Lei de Arbitragem impõe que, no caso de painel arbitral, a nomeação do Tribunal seja feita em número ímpar.²⁴ Retirando desta

²² Vide «Guia do ICCA Sobre a Interpretação da Convenção de Nova Iorque de 1958: Um texto de referência para juízes». MANGE, Flavia Foz; KULESZA, Gustavo Santos; TRIPOLI, Leandro; SILVA, Rafael Bitterncourt e SOARES, Rafael Vicente (trad.), disponível em <http://www.newyorkconvention.org/news/guia-do-icca-sobre-a-interpretacao-da-convencao-de-nova-iorque-de-1958>. Acesso em 23.02.2013.

²³ Conforme Margaret MOSES, «*In determining whether to have one or three arbitrators, for example, a party should consider how complicated the transaction is, how likely a dispute will arise, and the estimated value of the potential dispute. In a dispute involving contract interpretation issues, in which the amount at stake is around US\$ 500.000 to US\$ 1.000.000 or less, one arbitrator is probably adequate, although in any given case, needs and requirements may be different. With one arbitrator, it should be easier to schedule hearings, the costs would be lower, and the proceedings and award should move forward quickly, because there would be no need for members of a tribunal to confer and debate over various points. On the other hand, in complex, high value disputes, parties generally prefer to have three arbitrators*» (*The Principles and Practice*, cit., p. 42).

²⁴ Lei 9.307/1996, art. 13, § 1.º. «As partes nomearão um ou mais árbitros, sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes».

generalização as arbitragens de *commodities*,²⁵ essa colocação pode ser feita tranquilamente para a arbitragem internacional em geral, que tem por regra a nomeação de árbitros em número ímpar, limitada por questões financeiras e práticas a três árbitros.

No caso de três árbitros, geralmente a escolha é feita da seguinte forma: cada parte escolhe um árbitro, e ambos escolhem o presidente do painel arbitral. A forma de escolha dos árbitros está descrita normalmente nos regulamentos das Câmaras de Arbitragens. Segundo a Lei de Arbitragem Brasileira, este é o elemento mínimo para que a cláusula arbitral seja considerada cheia²⁶ e possa ter início a arbitragem, mesmo havendo resistência de uma das partes.

A matéria é relevante, uma vez que trata de um dos requisitos para o reconhecimento do acordo para arbitragem, segundo a Convenção de Nova Iorque. Conforme já mencionado anteriormente nos parâmetros legais da cláusula compromissória, faz-se necessário que o acordo para arbitragem não seja «nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável».²⁷ Sem a forma de indicação do árbitro a convenção poderia se tornar inoperante, devendo, caso não haja elementos suficientes na convenção, ser remetida ao juiz estatal para complementação da vontade das partes.²⁸

²⁵ Nas chamadas *quality arbitrations* é comum a indicação de tribunais compostos por 2 (dois) árbitros, como ocorre nessa espécie de procedimento, administrada pela International Cotton Association: «Bylaw 329(1) Quality arbitration will be conducted by two arbitrators unless the firms in dispute agree that one arbitrator is sufficient.» (<http://www.ica-ltd.org/our-services/bylaws-and-rules>, acesso em 23.02.2013).

²⁶ São consideradas *cláusulas cheias* aquelas que possuem todos os elementos necessários à imediata e adequada instauração de um procedimento arbitral. As cláusulas arbitrais cheias devem conter, minimamente, a forma de instauração da arbitragem e o modo de indicação dos árbitros. Em contraposição às cláusulas cheias, apresentam-se as *cláusulas vazias*, que são previsões contratuais lacunosas e omissas que obstaculizam a instauração de plano de uma arbitragem, eis que prescindem de elementos mínimos para tanto.

A corroborar, confira as lições da doutrina arbitralista a respeito da matéria e da necessidade de recurso ao Judiciário para, com fundamento no art. 7.º da Lei 9.307/1996, nos casos em que as cláusulas arbitrais dependem de integração: «É importante esclarecer, para evitar equívocos interpretativos, que diante de cláusula arbitral cheia, aquela que indica uma instituição arbitral ou a forma de iniciar a arbitragem e eleição de árbitros que em havendo resistência da outra parte em instituir a arbitragem, não é necessário bater nas portas do judiciário para processar a arbitragem, basta proceder como indicado na cláusula arbitral, tal como referendado pela Suprema Corte, ao julgar a constitucionalidade das regras da Lei 9.307/1996». (Cf. LEMES, Selma M. F. «As cláusulas arbitrais omissas e defeituosas», *Valor Econômico – Caderno Legislação e Tributos*, publicação de 22.08.2003, p. E-2, disponível em <http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo32.pdf>, acesso em 23.02.2013).

²⁷ Convenção de Nova Iorque, Artigo II 3. O tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria com relação à qual as partes tenham estabelecido acordo nos termos do presente artigo, a pedido de uma delas, encaminhará as partes à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável.

²⁸ Sobre a inoperabilidade da cláusula compromissória, vide «Guia do ICCA Sobre a Interpretação da Convenção de Nova Iorque de 1958: Um texto de referência para juízes».

A Lei Brasileira de Arbitragem, em seu art. 7.º,²⁹ faz referência expressa à atuação do juiz estatal para complementação da vontade das partes, nos casos em que a cláusula compromissória falha em determinar a forma de indicação do tribunal arbitral.

3.2.3 Direito aplicável

Em matéria de arbitragem internacional, tratar do direito aplicável é um tema muito mais amplo do que a mera escolha da lei utilizada na solução do direito material em disputa pelas partes. De acordo com Redfern e Hunter, é possível, sem grandes dificuldades, elencar pelo menos cinco sistemas tecendo a verdadeira rede que uma relação comercial internacional pode ter. São elas:³⁰

- (i) A lei que rege a convenção de arbitragem e a sua execução;
- (ii) A lei que rege o procedimento arbitral;
- (iii) A lei ou normas que regem o direito em disputa, que seria a lei aplicável ao contrato;
- (iv) Conjuntos normativos aplicáveis, tais como recomendações e *guidelines*; e
- (v) A lei aplicável no reconhecimento e execução da sentença arbitral.

Tendo em vista que este artigo trata das escolhas que podem ser realizadas pelas partes, ainda na assinatura da convenção de arbitragem, discorre-

MANGE, Flavia Foz; KULESZA, Gustavo Santos; TRIPODI, Leandro; SILVA, Rafael Bitterncourt e SOARES, Rafael Vicente (trad.), disponível em <http://www.newyorkconvention.org/news/guia-do-icca-sobre-a-interpretacao-da-convencao-de-nova-iorque-de-1958>, p. 55. «Quando não há nenhuma indicação sobre a forma como os árbitros serão indicados (“cláusulas em branco”) É possível que a cláusula arbitral se limite a afirmar “arbitragem genérica/comum, se houver, em Londres, nos moldes habituais”. Em geral, essa cláusula deve ser acolhida apenas na medida em que contenha um elemento que provavelmente vincule a cláusula em branco a um país cujos órgãos judiciais serão capazes de fornecer suporte para a arbitragem começar. Tais “elementos vinculantes” podem ser encontrados no exemplo dado acima. As partes poderão recorrer aos órgãos judiciais ingleses para ter os árbitros nomeados. A cláusula em branco também poderia ser acolhida se os “moldes habituais” referidos permitem a identificação dos elementos necessários para desencadear o início da arbitragem. A expressão “moldes habituais” pode, de fato, ser interpretada como uma referência a práticas anteriores entre membros da mesma associação comercial ou de *commodities*, sugerindo a aplicação das regras de arbitragem desta associação, se houver.»

Na ausência de qualquer «elemento vinculante», cláusulas em branco não poderiam ser acolhidas.

²⁹ Lei Brasileira de Arbitragem (Lei 9.307/1996), Art. 7.º: «Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavrar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.»

³⁰ Redfern and Hunter on International Arbitration, cit., p. 165, item 3.07.

remos mais detidamente sobre (i) a lei que rege a convenção de arbitragem; (ii) a lei que rege o procedimento arbitral; e (iii) a lei ou normas que regem o direito em disputa.

Sobre os conjuntos normativos aplicáveis, tais como recomendações e *guidelines*,³¹ muitas são as normas que podem ser aplicadas no momento em que a disputa está sendo resolvida, até porque constituem um conjunto de normas que estabelecem padrões para determinadas áreas ou fases do procedimento arbitral (como a fase probatória), códigos de conduta e princípios que poderão ser utilizados como parâmetro na solução das disputas.

Em matéria de arbitragem, um dos órgãos mais bem sucedidos na composição desses verdadeiros guias é o *International Bar Association*, que hoje possui manuais³² sobre as melhores práticas para a produção de provas, conflitos de interesses em arbitragem internacional e mesmo um guia para a redação de convenção de arbitragem.³³

³¹ Para maiores informações sobre o impacto das *soft laws* na arbitragem:

PARK, William, «The Procedural Soft Law of International Arbitration: Non-Governmental Instruments», *Pervasive Problems in International Arbitration* 141 (L. Mistelis & J. Lew, eds. 2006) (Disponível em http://www.arbitration-icca.org/media/0/12571307206490/park_soft_law.pdf. Acesso em 23.02.2013).

«7-1 The conference organizers set me the daunting task of exploring arbitration's "non-national instruments," which is to say the guidelines of professional groups and non-governmental organizations related to evidence, conflicts of interest, ethics and the organization of arbitral proceedings. Frequently these procedural standards build on the lore of international dispute resolution as memorialized in articles, treatises and learned symposium papers. These guidelines represent what might be called "soft law," in distinction to the harder norms imposed by arbitration statutes and treaties, as well as the procedural framework adopted by the parties through choice of pre-established arbitration rules.»

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999, p. 103-104.

«192. – There is also a form of international law which can be described, without any derogatory connotation, as "soft law". This consists of instruments drawn up by international organizations, but which are simply recommended to, rather than imposed upon, potential users. These optional instruments (A) play a significant role in international arbitration, alongside the more traditional bilateral treaties (B) and, most importantly, multilateral conventions (C).»
Destaque-se ainda que a Lei de Arbitragem Brasileira em atenção à liberdade dos contratantes permitiu às partes a livre escolha sobre o direito material e procedimental que será aplicado na solução da disputa. Segundo o art. 2.º, § 1.º, da referida norma: *Poderão as partes escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.*

³² Vide http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#ethics. Acesso em 23.02.2013.

³³ O próprio guia da IBA para a redação de cláusulas arbitrais levanta, contudo, alguns cuidados ao se escolher *soft law*: Na *guideline* 8, sobre a lei aplicável ao contrato, o guia determina que «Sometimes parties do not choose a national legal system as the substantive law. Instead, they choose *lex mercatoria* or other a-national rules of law. In other cases, they empower the arbitral tribunal to determine the dispute on the basis of what is fair and reasonable (*ex aequo*

Já a lei aplicável na execução e reconhecimento da sentença arbitral é matéria que independe de escolha das partes, cujos dispositivos deverão ser observados independentemente de sua vontade caso as partes se vejam obrigadas a buscar a execução forçada da decisão proferida pelo tribunal arbitral.

A seguir, algumas considerações sobre a lei que rege a convenção de arbitragem e sua execução, a lei que rege o procedimento e a lei aplicável ao contrato.

(i) A lei que rege a convenção de arbitragem e a sua execução;

A lei que rege a convenção de arbitragem e a sua execução é, em geral, uma escolha negligenciada pelas partes. Contudo, recomenda-se que essa opção seja consciente e expressa, em especial nos casos em que há mais de um ordenamento afetando a relação jurídica.

Caso não haja acordo específico das partes, a lei que rege a convenção de arbitragem e a sua execução pode vir a ser considerada como a lei aplicável ao contrato ou ainda, em razão do princípio da autonomia da cláusula compromissória, como a lei da sede do procedimento.

Tendo em vista que nem todos os ordenamentos são tão favoráveis à arbitragem como o francês³⁴ ou o suíço,³⁵ que adotam formas de interpretação bastante abrangentes para validar a convenção de arbitragem, a escolha expressa passa a ser de utilidade prática considerável.

A escolha expressa da lei aplicável à análise de validade da convenção de arbitragem poderia ter evitado grande parte dos transtornos decorrentes do

et bono). *Care should be taken before selecting these options. While appropriate in certain situations (e.g. when the parties cannot agree on a national law), they may create difficulties by virtue of the relative uncertainty as to their content or impact on the outcome. As it is difficult to ascertain in advance the rules that will ultimately be applied by the arbitrators when the parties select these alternatives to national laws, resolving disputes may become more complex, uncertain and costly»* (Comment 45). Vide International Bar Association (IBA) Guidelines for drafting international arbitration clauses, adopted by a resolution of the IBA Council, 7 October 2010, p. 19 (disponível em http://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_27October_2010_Arbitration_Clauses_Guidelines.aspx. Acesso em 23.02.2013).

³⁴ Vide *Redfern and Hunter on International Arbitration* cit., p. 172. «3.32 This French third way came about as a result of a number of decisions by the Paris Cour d'Appel from the early 1970s through to the early 1990s that culminated in the Cour de cassation's decision in *Dalico* in 1993:

“by virtue of a substantive rule of international arbitration, the arbitration agreement is legally independent of the main contract containing or referring to it, and the existence and effectiveness of the arbitration agreement are to be assessed, subject to the mandatory rules of French law and international public policy, on the basis of the parties' common intention, there being no need to refer to any national law.»

³⁵ Vide *Redfern and Hunter on International Arbitration* cit., p. 173. «3.33 The final approach in determining the law or rules applicable to an arbitration agreement is to combine several

caso que ficou conhecido como Jirau ou Sulamerica.³⁶ Trata-se de discórdia acerca do valor devido pelas seguradoras em razão de danos materiais e financeiros que paralisaram a construção da usina hidrelétrica de Jirau, localizada no Rio Madeira. Segundo o contrato assinado:

«Lei e Foro – Fica estabelecido que esta apólice será regida única e exclusivamente pelas leis do Brasil. Qualquer disputa nos termos desta apólice ficará sujeita à exclusiva jurisdição dos tribunais do Brasil (...)

Arbitragem – No caso do segurado e a seguradora não entrarem em acordo sobre o montante a ser pago sob esta apólice através de mediação conforme acima estabelecida, tal disputa será encaminhada para um processo de arbitragem sob as regras de Arbitragem de Arias. O Tribunal de Arbitragem será constituído por três árbitros sendo um a ser nomeado pelo segurado, outro a ser nomeado pela seguradora, e o terceiro a ser designado pelos dois árbitros nomeados. O terceiro membro do Tribunal deve ser nomeado assim que for praticável em prazo não superior a 28 dias após a nomeação dos representantes das duas partes. O Tribunal será constituído mediante a nomeação do terceiro árbitro.

(...)

A sede da arbitragem ficará em Londres, Inglaterra.»

Em razão das disposições concorrentes, tribunais brasileiros e londrinos divergem em relação à lei aplicável na análise sobre a validade da convenção de arbitragem, cada qual interpretando respectivamente pela lei brasileira, uma vez que se trata da lei aplicável ao contrato, e pela lei londrina, lei da sede do procedimento arbitral.

Dessa forma, independente do desfecho do caso, acentuam-se as vantagens da definição da lei que será aplicada à convenção de arbitragem ainda no estágio da minuta da cláusula compromissória garantindo a instituição célere e eficiente do procedimento arbitral.³⁷

approaches, as is the case in Switzerland. Article 178(2) of the Swiss Federal Statute of Private International Law provides:

“As regards its substance, the arbitration agreement shall be valid if it conforms either to the law chosen by the parties, or to the law governing the subject-matter of the dispute, in particular the law governing the main contract, or if it conforms to Swiss law.”

This formulation allows Swiss courts maximum opportunity to uphold the validity of the arbitration agreement.»

³⁶ TJSP, AgIn 0304979-49.2011.8.26.0000, 6.ª Câmara de Direito Privado, j. 19.04.2012. STJ, Reclamação n. 9.030 – SP (2012/0116373-4), DJe 01.08.2012.

Veja Sulamerica Cia. Nacional de Seguros S.A. & Ors v. Enesa Engenharia S.A. & Ors [2012] EWHC 42 (Comm) (19 January 2012), disponível em <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Comm/2012/42.html>, acesso em 23.02.2013.

³⁷ O artigo de Frédéric BACHAND publicado no *Kluwer Arbitration Blog* em 20.09.2012, «Further Thoughts on Sulamerica: What About Transnational Rules?» discorre com maior detalhe sobre as vantagens da disposição expressa sobre a lei aplicável à convenção, disponível

(ii) *A lei que rege o procedimento arbitral (lex arbitri);*

A lei que rege o contrato não é necessariamente a lei que rege o procedimento arbitral. A lei que regerá o procedimento arbitral, também conhecida como lei arbitral ou *lex arbitri*, é a lei que definirá os parâmetros legais do procedimento, ou seja, ela contém as regras para a definição de arbitrabilidade, medidas de apoio e cooperação entre árbitro e o judiciário, regras supletivas do procedimento e a medida do poder dos árbitros para julgarem a sua própria competência.

Em se tratando de arbitragem internacional, e considerando partes inseridas em ordenamentos jurídicos diferentes, a escolha de um conjunto normativo para reger o procedimento que seja neutro e favorável é de fundamental importância.

Não se recomenda que a *lex arbitri* seja distinta da lei da sede da arbitragem, em face dos problemas práticos que podem ser criados. Imagine, por exemplo, uma arbitragem em que as partes definam que a sede é nos EUA, aplicando-se a lei de arbitragem brasileira. A sentença arbitral poderá ser anulada nos EUA por que foi proferida fora do prazo previsto na lei de arbitragem brasileira (Lei de Arbitragem, art. 32, VII)? As regras de *due process* norte americanas deixam de ser aplicadas? Se for necessário recorrer ao Judiciário para uma cautelar pré-arbitral, por exemplo, o Judiciário norte americano aceitará aplicar a lei brasileira? Essas e outras questões podem ser evitadas quando a *lex arbitri* coincide com a lei da sede da arbitragem. É por essa razão que Redfern e Hunter sugerem que se as partes tiverem uma preferência pela lei processual de um determinado país, é melhor que o escolham também como sede da arbitragem, para evitar uma gama de inconveniências que podem advir do cenário diverso.³⁸

em http://kluwarbitrationblog.com/blog/2012/09/20/further-thoughts-on-sulamerica-what-about-transnational-rules/?utm_source=feedburner&utm_medium=email&utm_campaign=Feed%3A+KluwerArbitrationBlogFull+%28Kluwer+Arbitration+Blog+-+Latest+Entries%29, acesso em 23.02.2013.

³⁸ Segue a sugestão de Redfern e Hunter «*It is tempting to suggest that if the procedural law of a particular country is either so attractive or so familiar to the parties that they wish to adopt it, they would do better to locate their arbitration in that country. It is only necessary to look at the difficulties that a party would face in obtaining a subpoena against a reluctant witness to realize the problems inherent in a choice of foreign procedural law*». Cf. Redfern and Hunter on International Arbitration cit., p. 186, item 3.65. Não recomendando que a *lex arbitri* seja distinta da lei da sede da arbitragem, vide ainda IBA Guidelines for drafting international arbitration clauses: «*By choosing the substantive law, the parties do not choose the procedural or arbitration law. "Such law, absent a contrary agreement, is ordinarily that of the place of arbitration. Although the parties can agree otherwise, it is rarely advisable to do so"*» – sem destaque no original (Guideline 8, Comment 44, p. 19, disponível em http://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_27October_2010_Arbitration_Clauses_Guidelines.aspx. Acesso em 23.02.2013). Gabrielle Kaufmann-Kohler também ressalta a importância da aplicação da lei

(iii) *A lei ou normas que regem o direito em disputa, que seria a lei aplicável ao contrato*

A cláusula de eleição da lei do contrato tem por função estabelecer o direito substantivo aplicável à disputa. Trata-se da escolha da lei que é realizada de forma mais natural quando da assinatura de qualquer contrato, sendo ela parte ou não da cláusula que dispõe sobre a forma de solução de eventuais controvérsias decorrentes da relação criada.

A utilidade de se inserir tal dispositivo na cláusula compromissória está, na realidade, muito mais relacionada à garantia da escolha da lei do que à completude da convenção de arbitragem propriamente dita. A opção da lei produz efeitos em todo o contrato e regerá a relação das partes durante a execução natural da relação jurídica ali entabulada.

A escolha, contudo, fica mais evidente na hipótese do surgimento de uma disputa entre as partes, e um eventual conflito de leis deverá ser solucionado seja pelo árbitro, seja pelo juiz competente.

Nas hipóteses em que cabe ao juiz estatal julgar a disputa, os ordenamentos jurídicos nacionais possuem regras que solucionam a questão. Notadamente, a controvérsia submetida a um juiz brasileiro, poderá ser julgada independente da norma escolhida pelas partes no contrato, mediante a aplicação da norma apontada pelo conjunto de regras contidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.³⁹

Entretanto, caso a forma de solução da disputa seja por arbitragem, a liberdade das partes na escolha da lei é muito mais abrangente, excetuando-se, é claro, os casos em que a eleição seja maculada por fraude, ou em prejuízo a normas de ordem pública.

arbitral da sede da arbitragem, ressaltando ainda que a lei arbitral não se confunde com as regras de processo civil do local da sede. Cf. Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, «Globalization of Arbitral Procedure», 36 *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003, p. 1.315.

³⁹ Lei de Introdução às normas do direito brasileiro, Decreto-lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, art. 9.º: «Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem. § 1.º Destinando-se a obrigação a ser executada no Brasil e dependendo de forma essencial, será esta observada, admitidas as peculiaridades da lei estrangeira quanto aos requisitos extrínsecos do ato. § 2.º A obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente.»

O respeito à autonomia da vontade das partes quanto à eleição das normas aplicáveis à disputa nos casos julgados por Tribunais Estaduais permanece em discussão, tendendo à flexibilização como indica a recente ratificação da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, estabelecida em Viena, em 11 de abril de 1980, no âmbito da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional.

Trata-se de um grande indício de que mesmo nos tribunais será conferida maior autonomia às partes para a escolha do direito aplicável em seus contratos.

Essa liberdade de escolha foi recebida no sistema jurídico brasileiro como uma verdadeira revolução, uma vez que excluiria a aplicação das regras contidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e no Código de Processo Civil, possibilitando, portanto, ainda que em princípio respeitadas as regras imperativas contidas no direito brasileiro, a aplicação da lei londrina a um contrato celebrado entre partes brasileiras, assinado no Brasil, e aqui executado.⁴⁰

3.2.4 Sede da arbitragem

Muito sobre a sede da arbitragem já foi exposto no item acima sobre a *lex arbitri*. É fato que na descrição do que seria a sede da arbitragem, muitos realizam uma conexão direta com a eleição da lei que regerá o procedimento arbitral e a validade da própria convenção. A colocação equiparar-se-ia com a afirmação de que o motorista, ao dirigir em Paris, elegeu a lei parisiense de trânsito.⁴¹

É claro que não se trata de mero local ou questão puramente geográfica, mas sim a conexão do procedimento com a lei do local escolhido para abrigar a arbitragem.⁴²

Em regra o que se observa nas arbitragens internacionais é a escolha de um local neutro, que não tenha conexão com as diferentes nacionalidades das partes, e que seja amigável ao método de solução de controvérsias, até porque caso o local da arbitragem possua normas de caráter mandatório para o procedimento arbitral, elas deverão ser necessariamente observadas. O posicionamento do Judiciário, e eventual intervenção ou suporte em relação aos

⁴⁰ A doutrina especializada diverge acerca da possibilidade de aplicação de norma estrangeira a procedimento arbitral inteiramente doméstico, conduzido no Brasil. A respeito do tema, confira: LEE, João Bosco. «A Lei 9.307/1996 e o Direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional». In: PIMENTEL, Luiz Otávio; REIS, Murilo Gouvêa dos (orgs.). *Direito comercial internacional: arbitragem*. Florianópolis: OAB/SC, 2002. Para o autor em referência, a adoção da teoria monista no Brasil pode causar certas contradições e exageros, tal como a extensão da autonomia da vontade, no que tange à escolha do direito aplicável ao mérito do litígio, a arbitragens internas, quando, ao ver dessa parcela, imperativa seria a aplicação do direito interno, sob pena de restar configurada uma possível tentativa de fraude à lei (op. cit., p. 48-50).

⁴¹ Vide Redfern and Hunter on International Arbitration, cit., p. 185. «3.62 Parties may well choose a particular place of arbitration precisely because its *lex arbitri* is one which they find attractive. Nevertheless, once a place of arbitration has been chosen, it brings with it its own law. If that law contains provisions that are mandatory so far as arbitrations are concerned, those provisions must be obeyed. It is not a matter of choice, any more than the national motorist is free to choose which local traffic laws to obey and which to disregard.»

⁴² Vide Redfern and Hunter on International Arbitration, cit., p. 181. «3.54 (...) the place or seat of the arbitration is not merely a matter of geography. It is the territorial link between the arbitration itself and the law of the place in which that arbitration is legally situated.»

procedimentos arbitrais, também é um elemento a ser observado para aferir a amistosidade da sede da arbitragem (*arbitration friendly regime*), assim como o fato de o local da sede ter uma lei arbitral que dê suporte a arbitragem, sendo também signatário da Convenção de Nova Iorque sobre reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.

Muito se discute sobre a possibilidade de eleição de regra procedimental diversa da sede de arbitragem, mas, tal como exposto acima, os entraves práticos demonstram que tal eleição pode ter efeitos indesejáveis.

Assim, pode-se dizer que a escolha da sede implica:

- (i) Escolha da *Lex Arbitri*
- (ii) Eleição do juiz competente para o julgamento de ações acessórias ao procedimento
- (iii) Foro natural para a anulação da sentença arbitral
- (iv) Nacionalidade da sentença

Essas são as primeiras grandes questões que devem ser consideradas na escolha da sede, podendo variar de acordo com o caso concreto.⁴³

No Brasil, parte da doutrina entende que a sede da arbitragem possui influência limitada nas arbitragens domésticas, pois ela não seria o elemento de conexão direto para a fixação de competência do juiz estatal para a prática de atos que interessam ao juízo arbitral.⁴⁴ Nesse sentido, segundo o artigo 34

⁴³ Sobre os impactos da escolha da sede no procedimento arbitral, vide o que dispõe os IBA Guidelines for drafting international arbitration clauses: «*While the place of arbitration does not determine the law governing the contract and the merits, it does determine the law (arbitration law or lex arbitri) that governs certain procedural aspects of the arbitration, eg, the powers of arbitrators and the judicial oversight of the arbitral process. Moreover, the courts at the place of arbitration can be called upon to provide assistance (eg, by appointing or replacing arbitrators, by ordering provisional and conservatory measures, or by assisting with the taking of evidence), and may also interfere with the conduct of the arbitration (eg, by ordering a stay of the arbitral proceedings). Further, these courts have jurisdiction to hear challenges against the award at the end of the arbitration; awards set aside at the place of arbitration may not be enforceable elsewhere. Even if the award is not set aside, the place of arbitration may affect the enforceability of the award under applicable international treaties*» (Guideline 4, Comment 21, p. 12-13), disponível em http://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_27October_2010_Arbitration_Clauses_Guidelines.aspx. Acesso em 23.02.2013.

⁴⁴ Conforme Carlos Alberto Carmona, «A escolha do lugar em que os atos da arbitragem serão praticados não tem entre nós [brasileiros] relevância alguma no que se refere à fixação da competência (interna) do juiz estatal para as demandas ligadas ao juízo arbitral. Ao contrário dos italianos, que preconizam ser a sede elemento de conexão importante para a fixação de competência do juiz estatal para a prática de atos que interessam ao juízo arbitral (o juiz do local onde esteja situada a sede da arbitragem será competente, inclusive, para o depósito do laudo, quando condenatório) o legislador pátrio adotou outro critério (histórico, aliás), prevendo que será competente para praticar os atos da arbitragem (antes, durante e depois: para a demanda

da Lei de Arbitragem brasileira, a sentença arbitral será nacional, se proferida no Brasil, e estrangeira, se fora dele. Contudo, outra posição dá maior relevo à escolha da sede da arbitragem, entendendo como equivalentes o local de prolação da sentença arbitral e a sede, em respeito à vontade das partes na escolha da sede da arbitragem.⁴⁵

De toda forma, tendo em vista o papel sensível que essa escolha possui, em especial considerando que se trata do local natural para ações acessórias ao procedimento arbitral, tais como medidas de urgência necessárias antes da instituição do procedimento ou no seu curso, bem como a anulação da sentença proferida, é fundamental que a sede seja local receptivo ao procedimento, com tribunais locais igualmente amigáveis à solução de disputas via arbitragem.⁴⁶

3.2.5 Língua da arbitragem

O idioma em que será conduzido o procedimento arbitral é usualmente a língua do próprio contrato. Recomenda-se que a matéria esteja expressamente definida na convenção de arbitragem, caso contrário caberá ao tribunal arbitral decidir em qual idioma será conduzido o procedimento.

Dois detalhes podem ainda ser objeto de prévia definição, em especial tendo em vista que as partes contratantes podem ter como língua mãe idiomas diferentes: a produção de documentos sem tradução para o idioma em que será conduzido o procedimento arbitral e a trabalhosa, mas muitas vezes necessária, apresentação de manifestações em dois idiomas diferentes.

Tais medidas tendem a encarecer o procedimento arbitral, além de exigir das partes maior tempo para a apresentação de suas alegações e documentos.

3.2.6 Regras/regulamento e cláusula modelo

Na prática da arbitragem, o que se observa é que a escolha da arbitragem *ad hoc* (entendida como o procedimento não administrado por instituição arbi-

de que trata o art. 7.º, para as providências a que se refere o art. 22, § 4.º, e para a demanda de anulação que cuida o art. 32) o juiz que teria conhecido da causa se não tivesse existido convenção arbitral (ou seja, o juiz natural), tudo sem prejuízo de elegerem as partes foro para a eventualidade de terem de recorrer ao Poder Judiciário.» Cf. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/1996*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 209-210.

⁴⁵ Conforme Adriana Braghetta, «As duas expressões [local de proferimento do laudo *vs.* sede da arbitragem] devem ser tidas como equivalentes, de modo que se deve considerar proferido o laudo na sede da arbitragem, ainda que tenha sido assinado pelos árbitros em local ou locais diferentes». Cf. BRAGHETTA, Adriana. *A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 16.

⁴⁶ BAPTISTA, Luiz Olavo. «Transferência de sede em arbitragem internacional: novas necessidades e perspectivas». *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 26, p. 11.

tral) se dá em um menor número de casos. Isso porque, pela adoção de uma instituição arbitral para gerenciar o procedimento, com ela elegem-se suas respectivas regras e toda estrutura administrativa e *know-how* que compõem uma instituição arbitral.

É preciso saber escolher a instituição de arbitragem para que, com a sua adoção, as partes incorporem às disposições do contrato um conjunto normativo testado e com eficiência comprovada na solução das questões mais comuns aos procedimentos, tais como a eleição do tribunal arbitral em procedimentos envolvendo múltiplas partes, ou formas para a solução de questões relacionadas ao impedimento e à imparcialidade do árbitro.

A estrutura administrativa obtida pela eleição dessas instituições muitas vezes disponibilizam *case managers* para a administração dos procedimentos, apoio administrativo e mesmo estrutura para a realização de audiências.

Além disso, e como foi destacado no início deste artigo, essas instituições em geral disponibilizam cláusulas modelo para a eleição do procedimento arbitral, que será regido por seus próprios regulamentos e por ela administrado. São formulas simples, que evitam a redação de cláusulas patológicas e que podem gerar grandes problemas na eventualidade do surgimento de controvérsias entre as partes e consequente instituição do procedimento.⁴⁷

⁴⁷ São colacionadas, a seguir, a título de ilustração, as cláusulas-tipos adotadas/sugeridas pelo por alguns centros de arbitragem:

CAM-CCBC (Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá)

«I – Cláusula Padrão: Qualquer litígio originário do presente contrato, inclusive quanto à sua interpretação ou execução, será definitivamente resolvido por arbitragem, administrada pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), de acordo com o seu Regulamento, constituindo-se o tribunal arbitral de [um/três] árbitros, indicados na forma do citado Regulamento.»

II – Cláusula Detalhada: 1 – Qualquer disputa oriunda deste contrato ou com ele relacionada será definitivamente resolvida por arbitragem.

1.1- A arbitragem será administrada pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) e obedecerá às normas estabelecidas no seu Regulamento, cujas disposições integram o presente contrato.

1.2- O tribunal arbitral será constituído por [um/três] árbitros, indicados na forma prevista no Regulamento do CAM-CCBC.

1.3- A arbitragem terá sede em [Cidade, Estado].

1.4- O procedimento arbitral será conduzido em [idioma].

1.5- [lei aplicável]

III – Cláusula Padrão Escalonada Med-Arb.: Qualquer conflito originário do presente contrato, inclusive quanto à sua interpretação ou execução, será submetido obrigatoriamente à Mediação, administrada pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), de acordo com o seu Roteiro e Regimento de Mediação, a ser coordenada por Mediador participante da Lista de Mediadores do CAM-CCBC, indicado na forma das citadas normas.

O conflito não resolvido pela mediação, conforme a cláusula de mediação acima, será definitivamente resolvido por arbitragem, administrada pelo mesmo CAM-CCBC, de acordo com

3.2.7 Tutela de urgência

Um dos aspectos que deve ser também considerado na redação da cláusula compromissória é a necessidade de obtenção de medidas de urgência, visando, por exemplo, a manutenção do *status quo* até a resolução final da disputa, ou a imposição coercitiva de uma determinada medida (obrigação de fazer ou não fazer), tal qual a oitiva de testemunha ou a produção de uma determinada prova que se faça necessária. Muitas vezes já há na cláusula arbitral a eleição do foro competente para medidas de urgência pré-arbitrais.

Importante ressaltar que em algumas câmaras arbitrais (como a Câmara de Comércio Internacional – CCI), é preciso que as partes decidam se querem ou não aplicar as regras sobre árbitro de emergência pois, caso não excluam as disposições do regulamento sobre esse tema (*opt out*), as mesmas serão automaticamente aplicáveis. As regras sobre o árbitro de emergência estão disponíveis no art. 29 e no Apêndice V do Regulamento de Arbitragem da CCI. Importante ressaltar, contudo, que o próprio regulamento determina que «as Disposições sobre o Árbitro de Emergência não têm a finalidade de impedir que qualquer parte requeira medidas cautelares ou provisórias urgentes a qualquer autoridade judicial competente a qualquer momento antes de solicitar tais medidas e, em circunstâncias apropriadas, até mesmo

o seu Regulamento, constituindo-se o tribunal arbitral de três árbitros, indicados na forma do citado Regulamento.

IV – Cláusula Detalhada Escalonada Med-Arb.: 1 – Qualquer conflito originário do presente contrato, inclusive quanto à sua interpretação ou execução, será submetido obrigatoriamente à Mediação, administrada pelo Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC), de acordo com o seu Roteiro e Regimento de Mediação, a ser coordenada por Mediador participante da Lista de Mediadores do CAM-CCBC, indicado na forma das citadas normas.

1.1- O conflito não resolvido pela mediação, conforme a cláusula de mediação acima, será definitivamente resolvido por arbitragem, administrada pelo mesmo CAM-CCBC, de acordo com o seu Regulamento.

2.1- A arbitragem será administrada pelo CAM-CCBC e obedecerá às normas estabelecidas no seu Regulamento, cujas disposições integram o presente contrato.

2.2- O tribunal arbitral será constituído por [um/três] árbitros, indicados na forma prevista no Regulamento do CAM-CCBC.

2.3- A arbitragem terá sede em [Cidade, Estado].

2.4- O procedimento arbitral será conduzido em [idioma].

2.5- [lei aplicável]»

(Disponível em [http://www.ccbc.org.br/arbitragem.asp?subcategoria=modelos de clausulas](http://www.ccbc.org.br/arbitragem.asp?subcategoria=modelos%20de%20clausulas), acesso em 23.02.2013).

International Chamber of Commerce

«All disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules.»

(Disponível em <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/standard-icc-arbitration-clauses/>, acesso em 23.02.2013.)

depois de tal solicitação, nos termos do Regulamento. Qualquer requerimento de tais medidas a uma autoridade judicial competente não será considerado como infração ou renúncia à convenção de arbitragem. Quaisquer pedidos e medidas adotadas pela autoridade judicial deverão ser notificados sem demora à Secretaria» (Artigo 29.7).⁴⁸ De todo modo, essa é uma decisão estratégica que as partes devem fazer no momento da redação da cláusula, pois a mesma gera efeitos nos custos do procedimento.

A obtenção de medida urgente perante o judiciário não é uma forma de renúncia à convenção de arbitragem, seja antes ou mesmo após a constituição do tribunal arbitral, demonstrada a devida urgência do remédio solicitado.

Segundo a Lei de arbitragem brasileira, art. 22, § 4.º «(...) havendo necessidade de medidas coercitivas ou cautelares, os árbitros poderão solicitá-las ao órgão do Poder Judiciário que seria, originariamente, competente para julgar a causa». Segundo o dispositivo, caberá aos árbitros determinar medidas coercitivas ou cautelares necessárias ao longo do procedimento.

A solução da nova lei francesa é mais abrangente,⁴⁹ pois além de reconhecer expressamente ao tribunal arbitral o poder para decretar medidas conservatórias ou provisórias, inclusive com a possibilidade de atribuir multa para os casos de descumprimento, permitiu estabelecer regras claras sobre a interação entre os árbitros e os juízes, especialmente antes da constituição do tribunal arbitral.

O Superior Tribunal de Justiça brasileiro (STJ), contudo, em recentes julgados sobre a matéria, tem deixado claras a competência e a jurisdição dos Árbitros para decidir tutelas de urgência, bem como reapreciar a tutela eventualmente conferida pelo Judiciário em medida pré-arbitral, uma vez constituído o Tribunal Arbitral.⁵⁰

⁴⁸ Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, em vigor a partir de 1.º de janeiro de 2012, artigo 29, sobre o árbitro de emergência: «(1) A parte que necessitar de uma medida urgente cautelar ou provisória que não possa aguardar a constituição de um tribunal arbitral (“Medidas Urgentes”) poderá requerer tais medidas nos termos das Regras sobre o Árbitro de Emergência dispostas no Apêndice V. Tal solicitação só será aceita se recebida pela Secretaria antes da transmissão dos autos ao tribunal arbitral nos termos do artigo 16 e independentemente do fato de a parte que requerer a medida já ter apresentado seu Requerimento de Arbitragem. (2) A decisão do árbitro de emergência tomará a forma de uma ordem. As partes se comprometem a cumprir qualquer ordem proferida pelo árbitro de emergência. (...)», disponível em <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/>, acesso em 23.02.2013.

⁴⁹ Para mais informações sobre as inovações da lei francesa, COSTA, Marina Mendes. «A reforma do direito francês de arbitragem». *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 30, p. 27, jul. 2011DTR\2011\2564.

⁵⁰ Vide, nesse sentido, o REsp 1297974-RJ, 3ª Turma, rel. Ministra Nancy Andrighi, j. 12.06.2012.

3.3 CASOS COMPLEXOS

Eleita a arbitragem como mecanismo de resolução de disputas e fixados os parâmetros mínimos de instauração do procedimento na cláusula, não se pode deixar de lado os cuidados necessários na redação da cláusula quando se está diante de situações específicas, como, por exemplo, situações que envolvem uma pluralidade de sujeitos ou mesmo uma cadeia de contratos.⁵¹

Nesses casos, denominados pela própria doutrina, de arbitragens complexas,⁵² é fundamental um exercício de previsibilidade do cenário da disputa, antes mesmo de efetivamente instaurada, dos potenciais envolvidos e das discussões/objetos a serem travadas/invocados nesse contexto, aspectos estes que são pertinentes de serem levados em consideração quando da redação da cláusula, a fim de mitigar problemáticas futuras, dentre elas a relativização da eficácia da sentença arbitral.

Essa preocupação decorre, sobretudo, do inevitável entrelaçamento entre direito processual e direito material. Não importa diante de que espécie de processo estejamos, seja ele processo estatal, seja ele processo arbitral, o fato é que não obstante o direito processual tenha identidade, função, finalidade e natureza próprias, *serve, atende e volta-se* para a aplicação concreta do direito

⁵¹ Em *dossiê* exclusivamente dedicado à *arbitragem multiparte*, sob os cuidados de Bernard Hanotiau e Eric A. Schwartz, publicado pela Câmara de Comércio Internacional (CCI), Serge Lazareff destaca que com o desenvolvimento da arbitragem, o número de casos envolvendo arbitragens multipartes tem crescido constantemente. Demonstram as estatísticas que só no ano de 2009, 28,5% dos casos da CCI tinham por objeto situações que envolviam pluralidade de partes.

No mesmo sentido as considerações de Bernard Hanotiau, que salienta que o tema volta a ser foco da atenção dos arbitralistas trinta anos após a edição do primeiro seminário da CCI, cujo objeto foi justamente a *Multiparty arbitration: The first seminar of the ICC Institute, which took place thirty years ago, was devoted to the subject of multiparty arbitration. Since then, many developments have taken place in this area. The Council of the Institute therefore decided to select the same subject matter for its 30th anniversary seminar. The topic is also of the utmost important in current arbitration practice. According to ICC statics, approximately 30% of all arbitrations governed by its rules involve multiple parties and/or multiple contracts. (Multiparty Arbitration – Dossiers ICC Institute of World Business Law, edited by Bernard Hanotiau e Eric A. Schwartz, Paris: ICC Services Publications Department, 2010, p. 5 e 7).*

⁵² Expressão esta que se consagrou, sobretudo, com a célebre obra de Hanotiau (HANOTIAU, Bernard. *Complex Arbitrations – Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*, Holanda: Kluwer Law International, 2005). As arbitragens complexas decorrem de disputas que envolvem mais de duas partes, uma série de contratos e assuntos múltiplos, podendo ocorrer, ainda, situações em que requerentes ou potenciais requerentes não estão em posição de trazer todos os requeridos que gostariam de ver num mesmo procedimento arbitral, ou mesmo quando os próprios requeridos pretendem trazer ao procedimento sujeito que atuou ativamente em certa transação econômica, mas não integrou a convenção de arbitragem (HANOTIAU, Bernard. *Complex Arbitrations – Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*, Holanda: Kluwer Law International, 2005, p. 1-2).

material. Em outras palavras, o direito processual desempenha a finalidade de *instrumento* do direito material.⁵³

Disso decorre que, assumindo que as obrigações, nos tempos atuais, estão cada vez mais complexas, vinculando uma série de sujeitos que não mais apenas e simplesmente contratante e contratado, e também veiculando uma cadeia de relações contratuais (obrigações principais, obrigações acessórias, complementares, conexas e correlatas etc.), inevitável o impacto no processo e este fenômeno não pode ser deixado de lado, deve ser avaliado e devidamente «regulado», sempre que possível,⁵⁴ antes mesmo da instauração do procedimento arbitral.

Sob esta ótica, ao redigir uma cláusula arbitral, importante suscitar alguns questionamentos, tais como:

(i) *o negócio/projeto compreende outros sujeitos que não apenas contratante e contratado? Há subcontratação? Há terceiro garantidor da relação?*

Caso a resposta seja afirmativa, é pertinente cogitar da inclusão/participação ou não desse sujeito no procedimento arbitral ou mesmo regular eventual fenômeno de consolidação de procedimentos paralelos, resguardando com isso a uniformidade e harmonia de decisões, assim como a própria economicidade processual.

Há que se sopesar as eventuais vantagens e desvantagens de integrar todos os sujeitos em um único procedimento e, feita essa avaliação, observar os termos que a cláusula arbitral deve conter a esse respeito.⁵⁵ Vale ressaltar,

⁵³ BUENO, Cassio Scarpinella. *Impactos Processuais do Direito Civil*, coord. Cassio Scarpinella Bueno, São Paulo: Saraiva, 2008, p. IX. Complementando: «(...) Há uma necessária comunicação, uma necessária interpenetração de um campo no outro, embora, isto é importante que fique claro, o direito material não se confunde com o direito processual nem vice-versa. (...)» (BUENO, Cassio Scarpinella. Op. cit., p. X).

⁵⁴ Já tivemos a oportunidade de destacar que *dada a importância e necessidade, em alguns casos, da formação multiparte, para que determinado sujeito participe da relação processual a fim de que a sentença arbitral possa produzir seus efeitos, é fundamental o cuidado na redação da convenção de arbitragem para incluir tal figura.*

Sob esta ótica, mostra-se de todo relevante conhecer o estado civil das partes ao se redigir uma convenção de arbitragem, já que em alguns casos pode ser necessária a presença do cônjuge para a validade do acordado, assim como do próprio desenvolvimento válido e eficaz do procedimento arbitral. É o caso, por exemplo, de controvérsia que tenha por objeto bem imóvel do casal. É fundamental, também, que se declare a situação de convivente (união estável), uma vez que os direitos acerca dos quais os litigantes controvertem podem determinar a presença do companheiro na relação processual arbitral. (MAZZONETTO, Nathalia. *Partes e terceiros na arbitragem*, dissertação de mestrado sob a orientação de Oreste Nestor de Souza Laspro, defendida junto à Universidade de São Paulo (USP), São Paulo, 2012, p. 134).

⁵⁵ A respeito do assunto, as considerações da doutrina estrangeira: «*In such a situation, it may appear to be desirable for all parties to be brought into the same arbitration proceedings, so as to save time and expense and to avoid the risk of inconsistent awards. This approach represents*

nesse particular, que existem leis e até mesmo regulamentos institucionais que preveem a possibilidade da intervenção de um terceiro no procedimento arbitral instaurado entre outras partes.⁵⁶ Desse modo, é de se ter presente que, na ausência de regulação pelas partes na convenção de arbitragem e, elegendo uma normativa que cuide da matéria, as regras ali previstas aplicar-se-ão a elas, ainda que este não fosse seu desejo, porque não revogaram expressamente sua incidência.

Ponto central e sensível às arbitragens multipartes é a nomeação dos árbitros. Com o advento do famoso precedente do Caso Dutco da CCI,⁵⁷ a maior parte dos regulamentos das câmaras arbitrais cuidou de outorgar à autoridade

what might be called the broad interests of justice. However it does not necessarily represent the particular interests of all the parties to a dispute, who may not want other parties involved in "their" arbitration.

*(...) Such approach could also lead to difficulties under the present regime for the international enforcement of awards. An arbitral tribunal or an arbitration procedure which is imposed upon parties can hardly be said to be "in accordance with the agreement of the parties" and recognition or enforcement of an award made in such circumstances may therefore be refused under the New York Convention. (If this power were exercised in accordance with the law of the country of the seat of arbitration, it might be permitted)». (PAULSSON, Jan; RAWDING, Nigel; REED, Lucy. *The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in International Contracts*, Chapter 1: Choosing the method, 3. ed., Kluwer Law International, 2010, p. 75).*

⁵⁶ O Regulamento da Câmara de Arbitragem do Mercado – CAM (Bovespa) dedicou especial atenção à questão das arbitragens com pluralidade de partes, em particular à possibilidade do ingresso de terceiros em procedimento arbitral já pendente entre outras partes. Esta normativa institucional estabelece, em seu artigo 3.6, que se houver mais de uma parte Requerida ou Requerente, estas, conforme seus interesses em comum, deverão indicar conjuntamente um árbitro, na forma do quanto disciplinado no Regulamento, sendo que, na ausência de consenso, o Presidente da Câmara de Arbitragem indicará todos os árbitros. (Cf. Regulamento da CAM disponível em <http://www.camaradomercado.com.br/InstDownload/nova-regulamentacao.pdf>, acesso em 23.02.2013).

⁵⁷ *Sociétés BKMI et Siemens c/ Société Dutco construction* – 07.01.1992. Para aprofundamento, cf. também: KRÖLL, Stefan. «Siemens – Dutco Revisited? Balancing Party Autonomy and Equality of the Parties in the Appointment Process in Multiparty Cases, 15.10.2010», disponível em *Kluwer Arbitration Blog*, acesso em 23.02.2013.

Dutco, sociedade estabelecida em Dubai, celebrou contrato de consórcio com duas outras sociedades alemãs, BKMI e Siemens. O contrato tinha por objeto a construção de uma usina de cimento. Foi BKMI que assinou o contrato com a Dutco. O contrato em referência possuía cláusula de arbitragem CCI.

Diante de controvérsias oriundas entre as partes, Dutco requereu a instauração de procedimento arbitral perante referida instituição contra as duas sociedades alemãs. Dutco nomeou seu árbitro, sendo que, do outro lado, as sociedades não alcançaram um consenso quanto à indicação de um nome. A fim de evitar que a CCI se sub-rogasse em tal prerrogativa, apontando um nome comum para BKMI e Siemens, as ditas sociedades indicaram um árbitro comum, objetando, porém, o direito de cada uma nomear o seu árbitro.

Em sentença parcial, o Tribunal Arbitral, muito embora tenha consignado que a cada uma das partes seria assegurado o direito de designar um árbitro, tal disposição do regulamento aplicável ao caso não poderia ser interpretado como impositivo em todas as circunstâncias de nomeação de um árbitro por cada parte, entendeu, no caso, que o direito de cada parte nomear seu próprio

da instituição ou a terceiro imparcial e independente das partes a escolha ora da integralidade dos membros do tribunal arbitral, ora do árbitro que seria ordinariamente apontado pelas partes integrantes daquele polo que deixou de fazer a indicação por não atingir um consenso. Nada dito a respeito da escolha dos árbitros, aplicável será a disciplina da normativa eleita pelas partes para regular a arbitragem, porém, sendo tema do maior interesse das partes a indicação daqueles que irão julgar o caso que elas submetem, é conveniente que disponham a respeito do assunto, também, ao trabalharem na redação da cláusula compromissória.⁵⁸

árbitro constitui atribuição fundamental, mas não direito absoluto, comportando exceções por meio das quais se opera uma renúncia tácita das partes.

A despeito do prosseguimento normal do procedimento, uma vez prolatada a sentença arbitral, as sociedades requeridas, BKMI e Siemens, apresentaram recurso às cortes estatais francesas objetivando a anulação da sentença, alegando violação do seu direito fundamental de nomear seu próprio árbitro, sendo que, em sede de cassação, a corte francesa invalidou a sentença arbitral, sob o fundamento de que o princípio da igualdade das partes na designação dos árbitros é matéria de ordem pública, que somente pode ser renunciada uma vez iniciada a disputa.

O caso teve grande repercussão e serviu como paradigma para a reforma e adequação da maior parte dos regulamentos institucionais dos principais centros de arbitragem no que tange à disciplina de procedimentos envolvendo pluralidade de sujeitos e a indicação de árbitros nesses casos.

⁵⁸ Como já tivemos a oportunidade de pontuar: *Cláusula comumente referida como modelo para arbitragens multipartes é aquela utilizada pela Eurodisney* (SERRANO, Fernando Mantilla. «Multiple Parties and Multiple Contracts: Divergent or Comparable Issues?», in: Bernard HANOTIAU e Eric A. SCHWARTZ (ed.), *Multiparty Arbitration – Dossiers ICC Institute of World Business Law*, Paris: ICC Services Publications Department, 2010, p. 27; HANOTIAU, Bernard. *Complex Arbitrations – Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*, Holanda: Kluwer Law International, 2005, p. 321-325). Esta cláusula, inserida nos contratos de construção firmados pela Eurodisney, cuidou de regular tanto as hipóteses de arbitragens simples (bipartites) quanto as de arbitragens multipartes. Ao disciplinar as arbitragens multipartes, buscou o instrumento antecipar matérias comuns em se tratando de arbitragens com pluralidade de partes, tal como a questão da nomeação dos árbitros, privilegiando, em princípio, sempre, o consenso.

Confira a seguir trechos das disposições que regulam as arbitragens multipartes, conforme o idioma original:

«41.4 Arbitrage Multi-Partie: Tout arbitrage multi-parti résultant de la jonction d'autres parties sera définitivement réglé dans une procédure d'arbitrage unique conformément aux dispositions ci-après:

(i) Les jonctions ne seront autorisées que conformément aux dispositions ci-après, y compris sans que ceci soit limitative, les délais strictement établis ci-après, et aucune jonction autre que celles expressément prévues ci-après ne sera autorisée:

(a) Dans le cas d'un arbitrage par l'Entrepreneur contre le Maître d'Ouvrage ou par le Maître d'Ouvrage contre l'Entrepreneur, le Maître d'Ouvrage aura le droit d'adjoindre tout tiers comme partie à cet arbitrage, à condition que ce tiers ait signé un contrat avec le Maître d'Ouvrage relatif au Développement, permettant une telle jonction, ou ait signé un contrat avec le Maître d'Ouvrage relative au Développement et consente à une telle jonction, en déposant auprès de la C.C.I. la Requête en Arbitrage du Maître d'Ouvrage contre ce ou ces tiers, requérant expressément cette jonction à l'arbitrage entre l'Entrepreneur et le Maître d'Ouvrage (avec une copie de cette requête à L'Entrepreneur) soit au moment du depot, par le

Em assim sendo, o desafio e, nesse caso, a grande vantagem de bem pensar a redação da cláusula arbitral importa resguardo do consenso, em última análise, da autonomia da vontade das partes, pedra de toque do instituto da arbitragem.

(ii) o objeto da arbitragem demanda cuidados especiais?

Há que se ter presente aqui os procedimentos complexos em virtude do objeto e do projeto. Pense-se nas arbitragens de construção, cada vez mais em

Maître d'Ouvrage de sa Requête en Arbitrage contre l'Entrepreneur soit dans un délai maximal de soixante (60) jours après réception, par le Maître d'Ouvrage, de la Requête en Arbitrage de l'Entrepreneur soit dans un délai maximal de trente (30) jours après la réception, par le Maître d'Ouvrage, de la Réponse et de la Demande Reconventionnelle (éventuelle) de l'Entrepreneur, selon le cas; et l'Entrepreneur consent expressément, par les présents, à de telles jonctions sur demande du Maître d'Ouvrage, et à la designation des arbitres conformément aux dispositions présents.

(...)

(ii) *Toutes les parties prenant part à une procédure d'arbitrage multi-partite prévue par les dispositions des présents disposeront d'un délai maximal de quarante-cinq (45) jours commençant le jour suivant la date à laquelle toutes les jonctions autorisées conformément aux présents auraient dû être effectuées, pour recherché par accord unanime la nomination de chacun des trois arbitres et la désignation parmi eux du Président du Tribunal arbitral; s'il s'avérait nécessaire, pour quelque raison que ce soit de désigner un arbitre pour pouvoir une vacance dans le Tribunal arbitral après sa constitution, les parties disposeront d'un délai maximal de trente (30) jours, après la survenance de cette vacance pour se mettre d'accord. "En l'absence d'accord dans ces délais, toute partie impliquée dans la procédure d'arbitrage concerné pourra requérir le Président du Tribunal de Grande Instance de Paris, agissant dans le cadre des Articles 1493 ou 1444 du Nouveau Code de Procédure Civile français de désigner l'arbitre ou les arbitres nécessaire(s) pour constituer un Tribunal de trois arbitres. Les parties conviennent que le Président devrait effectuer ces désignations à partir d'une liste d'au moins neuf (9) individus qualifiés pour servir d'arbitres conformément aux présentes, fournie, à la requête de toute partie, par le Secrétaire Général et le Président de la Cour d'Arbitrage de la C.C.I. agissant conjointement, à moins que le Président du T.G.I. estime que trop peu d'arbitres sur cette liste remplissent les conditions pour agir en tant qu'arbitre aux termes des présents, auquel cas il devrait effectuer la ou les nomination(s) nécessaire(s) pour constituer un tribunal, en prenant en considération toute liste supplémentaire fournie come indiqué ci-dessus".*

(...)

(v) *Aucune disposition des présentes n'autorise une partie à intenter une réclamation contre une autre partie avec laquelle elle n'a pas directement signé un contrat auquel il soit fait référence dans les présentes. (...)*» (HANOTIAU, Bernard. *Complex Arbitrations – Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*, Holanda: Kluwer Law International, 2005, p. 321-325 – grifos nossos).

Conforme visto acima, as partes se preocuparam em cuidar das hipóteses (i) em que se admite o ingresso de um terceiro; (ii) em que não se alcança um consenso quanto à nomeação dos árbitros, preservando, ainda assim, a autonomia da vontade pela apresentação de lista contendo possíveis nomes a servirem como membros do tribunal arbitral; sem prejuízo de limitar o direito de apresentar demandas contra sujeitos com os quais as partes não tenham celebrado diretamente um contrato a que se faz referência no instrumento principal. Para íntegra da cláusula, confira a referência bibliográfica indicada. (MAZZONETTO, Nathalia. Op. cit., p. 144, n. 360).

voga. Nesse tipo de procedimento mais e mais tem se feito uso dos chamados *tribunais mistos*, sendo a análise técnica do conflito e o *tempo* critérios de ordem nesse tipo de conflito, sob pena de inviabilizar uma obra ou mantê-la paralisada indevida e indefinidamente.⁵⁹ Outro aspecto a que se deve atentar, também nesse tipo de arbitragem, é o escalonamento, fracionamento das fases da solução da controvérsia em virtude da pluralidade de sujeitos e objetos em discussão, sem deixar de lado a possibilidade de combinar mecanismos diversos de solução de conflitos, sendo comum nessa seara a instalação dos *dispute boards*.

Outros conflitos que podem ensejar especial atenção nas escolhas e redação da cláusula arbitral são aqueles que têm por objeto questões de propriedade intelectual. Há grande discussão, sobretudo na doutrina estrangeira, sobre a *inarbitrabilidade* de determinados tipos de conflitos envolvendo propriedade intelectual. Esses casos, por soarem dúvida e possível discussão da validade da decisão arbitral, podem, em princípio, restar afastados do procedimento arbitral, caso as partes assim o desejem e isso pode ser levado em conta, e é recomendável que o seja, por ocasião da redação da cláusula arbitral.⁶⁰

⁵⁹ Painéis mistos são fundamentais. A experiência mostra que painéis só de advogados acabam correndo o risco de se afastar de uma decisão mais próxima da realidade. É importante nós termos técnicos, engenheiros, sim, lidando com esses temas. (MARCONDES, Fernando. I Congresso Internacional do Instituto Brasileiro de Direito da Construção (IBDiC), realização Confederação das Indústrias do Estado de São Paulo (Ciesp), São Paulo, 20 e 21 de agosto de 2012, disponível em: <http://www2.fiesp.com.br/noticias/arbitragem-deve-ser-mista-para-evitar-processos-longos-e-longe-da-realidade-diz-presidente-do-ibdic/>, acesso em 16.12.2012).

⁶⁰ A corroborar: «*Most objections (mostly academic) to the arbitrability of IP relate to the adjudication of invalidity issues. As is WIPO's experience, in not all IP arbitrations do parties discuss such issues. Second, (...), even if invalidity issues were at stake, in the great majority of cases there would be no particular arbitrability problems in practice due to the inter partes effect of arbitration awards.*

Nevertheless, "if the parties fear that some IP arbitrability issues might arise (e.g., if enforcement in a country that has enacted an express prohibition to arbitrate certain issues (usually invalidity) might be needed), they can adopt some preemptive drafting measures in their agreement to arbitrate".

A potential solution is that the parties agree that all issues as to the "invalidity" of the asserted IPR will be treated and adjudicated as declarations that the relevant IPR is not enforceable as against respondent (or counter-respondent). Another potential solution would be to agree in the arbitration clause that if the arbitral tribunal considered that the asserted IPR were "invalid" such a declaration would entail that the party winning the invalidity challenge will enjoy a paid-up royalty free license for the entire duration of the IPR an issue.

*Alternatively, the parties may agree in advance that the tribunal render partial awards deciding issues of invalidity (or any potential issue that might attract arbitrability concerns) and issues of liability (or remedies in general) separately». (COOK, Trevor; GARCIA, Alejandro I. *International Intellectual Property Arbitration*, Holanda: Kluwer Law International BV, 2010, p. 136 – grifos nossos).*

Nesses contextos especializados, estes e outros cuidados podem e *devem* ser antevistos quando da redação da cláusula arbitral.

(iii) *há entes com prerrogativas especiais? Ou seja, trata-se de procedimento arbitral do qual participa a Administração Pública?*

A despeito do entendimento que hoje prevalece acerca da sujeição à arbitragem de conflitos envolvendo entes da Administração Pública,⁶¹ é inconteste que os procedimentos arbitrais envolvendo o Poder Público merecem uma atenção especial. Como o objeto, em última análise, é o interesse público,⁶² os procedimentos arbitrais dessa natureza podem impor uma série de restrições ou regras especiais, como, por exemplo, a mitigação da confidencialidade que norteia, via de regra, os procedimentos. Em vista disso, a fim de igualmente resguardar a eficácia da decisão arbitral final, é importante que a cláusula já antevista alguns desses pontos sensíveis, notadamente as exigências estabelecidas na lei que regulará o procedimento.⁶³

A título de ilustração, vale aqui invocar as premissas fixadas pela Lei Federal brasileira das Parcerias Público-Privadas (Lei 11.196/2005), segundo a qual: (i) o procedimento deverá ser conduzido no idioma pátrio (português); (ii) a lei aplicável será a Lei 9.307/1996; (iii) a arbitragem deverá ter sede no Brasil (art. 23 A).⁶⁴

⁶¹ A legislação brasileira (nova redação dada pela Lei 11.196 de 2005 ao antigo texto da Lei Geral de Concessões – Lei 8.987/2005) pacificou a antes controversa questão da possibilidade de submeter à arbitragem conflitos envolvendo entes da Administração Pública, o que restou consolidado, também, pela mais recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, confirmando o paradigmático precedente dos anos 70 do Caso Lage.

⁶² Acena-se aqui para a distinção entre interesse público primário e secundário, que não é objeto do presente estudo. Para aprofundamento, confira: LEMES, Selma. *Arbitragem na Administração Pública – Fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin, 2007; SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

⁶³ Ao cuidar dos contratos que têm por partes contratantes Estados (ente da Administração Pública), a doutrina estrangeira assinala: «*There are a number of issues which arise from a dispute resolution perspective when negotiating contracts with a state or its agencies. First, the commercial party wants to maximize the enforceability of any arbitration award, and so should attempt to obtain effective waivers of state immunity. In addition, the commercial party should consider what (if any) treaty arrangements are in place for the protection of its investment which may provide for the arbitration of disputes directly against the host state of the investment over and above private contractual arrangements such as BITs*». (PAULSSON, Jan; RAWDING, Nigel; REED, Lucy. *The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in International Contracts, Chapter 1: Choosing the method*, 3. ed., Kluwer Law International 2010, p. 83).

⁶⁴ Nota-se que a lei estadual mineira (Lei 19.477/2011), que regulou a arbitragem naquele Estado foi ainda além e previu requisitos como a nacionalidade brasileira do árbitro (art. 5.º), porém o texto normativo em questão vem recebendo uma série de críticas pelos arbitralistas e tem sua constitucionalidade contestada.

A tratar do tema, confira: OLIVEIRA, Ana Paula Lages. *Assembleia Legislativa de Minas Gerais Promulga Lei Estadual de Arbitragem*, disponível em <http://www.grebler.com.br/Artigos>.

(iv) *há sujeitos plúrimos? A pluralidade de sujeitos decorre de uma única relação contratual ou há contratos interligados que resultam num possível procedimento multipartes?*

Em se tratando desta última hipótese, diferentemente da situação colocada no item (i) acima, a discussão comporta o paralelismo de procedimentos arbitrais e a possibilidade ou não de consolidação num único procedimento.⁶⁵

Do ponto de vista da jurisdição e da efetividade da justiça, conforme já destacado, a realização de uma arbitragem única, no contexto da pluralidade de partes envolvidas, importa uniformidade de decisões e economia processual. Por outro lado, não são de se desconsiderar os pontos críticos de uma arbitragem complexa (delonga do procedimento, dificuldades de conciliação de agendas, dentre outros). Daí que, também, nesse cenário pertinente a tratativa do assunto na cláusula arbitral caso seja do interesse das partes o afastamento ou a possibilidade de os árbitros determinarem a consolidação de procedimentos, valendo recordar, nesse particular, que há, igualmente, regulamentos e legislações que conferem poderes aos árbitros para a reunião de procedimentos paralelos envolvendo as mesmas partes, os mesmos contratos etc.

Na hipótese de interessar às partes a consolidação de procedimentos, fundamental que todos os contratos relacionados prevejam uma simetria das informações centrais, tais como a eleição da instituição a administrar a arbitragem, a lei aplicável, dentre outros parâmetros, sob pena de inviabilidade a reunião de procedimentos.⁶⁶

html.20. Acesso em 23.02.2013; MARQUES, Ricardo Dalmaso; ALMEIDA, Fernanda Dias de. *A submissão de entes da Administração Pública à arbitragem – a lei mineira de arbitragem (lei estadual 19.477/11)*, disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI144769,31047-A+submissao+de+entes+da+Administracao+Publica+a+arbitragem+a+lei>. Acesso em 23.02.2013.

⁶⁵ Com relação à consolidação de procedimentos proclama Hanotiau: «*La problématique de la consolidation est différente. Une série de litiges font en un premier temps l'objet de demandes d'arbitrage distinctes. La question se pose alors de savoir si ces procédures peuvent être consolidées. Aux Etats-Unis, toutefois, le terme "consolidation" a une portée plus étendue. Il recoupe dans une certaine mesure la problématique du groupe de contrats, c'est-à-dire la question de déterminer s'il est possible de joindre dans une seule procédure d'arbitrage consolidée tous les litiges qui naissent de conventions connexes. Il n'est pas inhabituel aux Etats-Unis que des parties à ces différents contrats demandent à un tribunal de l'ordre judiciaire d'ordonner la "consolidation" de leurs litiges en une seule procédure d'arbitrage*» (HANOTIAU, Bernard. «Les Groupes de sociétés dans l'arbitrage commercial international», *La Convention D'Arbitrage, Groupe de Sociétés et Groupes de Contrats*, Actes du colloque du Cepani du 19 novembre 2007, Bruxelles: Bruylant, 2007, p. 126).

⁶⁶ «*The most satisfactory solution is to ensure that the parties involved in, say, a major construction Project, or in string contracts, execute an "umbrella" arbitration clause or agreement in which they specifically agree at the outset to be joined in arbitral proceedings between other parties to clearly defined series of related contracts. This maintains the essential*

Além das situações antes referidas, há que se ter em mente também as particularidades no caso de inclusão de cláusula arbitral no bojo de contratos/estatutos sociais, assim como a possibilidade de as partes combinarem mecanismos de solução de controvérsias nos instrumentos contratuais que celebram. No tópico subsequente será analisado o escalonamento entre Mediação e Arbitragem.

3.4 CUIDADOS NECESSÁRIOS NA REDAÇÃO DA CLÁUSULA MED-ARB

Muito se tem falado em cláusulas híbridas ou escalonadas, que combinam mais de uma forma de solução de conflitos. Neste artigo é tratada uma das combinações possíveis, entre a mediação e a arbitragem, que tem estado bastante em voga no Brasil⁶⁷ e em outros países,⁶⁸ bem como os cuidados necessários à redação da cláusula Med-Arb, através da qual as partes tentarão a mediação e, se não der certo, irão para a arbitragem.⁶⁹

Antes de redigir a cláusula, o primeiro a fazer é analisar a utilidade da combinação de mais de uma forma de solução de conflitos, o que se faz

consensual element required for the arbitral process». (PAULSSON, Jan; RAWDING, Nigel; REED, Lucy. *The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in International Contracts, Chapter 1: Choosing the method*, 3. ed., Kluwer Law International 2010, p. 77).

⁶⁷ Vide LEMES, Selma Ferreira. «Cláusula escalonada ou combinada: mediação, conciliação e arbitragem». *Arbitragem Internacional: Unidroit, Cisg e Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010; e SZACHNOWICZ, Shirley E. Vogelfang. «Processos híbridos: a utilização prática da cláusula Med-Arb». *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 2, maio 2004.

⁶⁸ Vide PETER, James T. «Med-Arb in International Arbitration». *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 4, jan. 2005 e ALMOGUERA, Jesús. «Arbitration and Mediation Combined. The independence and Impartiality of Arbitrators». In: M. A. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS and David ARIAS (eds). *Liber Amicorum Bernardo Cremades* (La Ley 2010), p. 101-130.

⁶⁹ Um exemplo de cláusula escalonada Med-Arb pode ser conferido em IBA Guidelines for drafting international arbitration clauses (Drafting Guidelines for Multi-Tier Dispute Resolution Clauses): «*The parties shall endeavor to resolve amicably by mediation under the [designated set of mediation rules] all disputes arising out of or in connection with this agreement, including any question regarding its existence, validity or termination. Any such dispute not settled pursuant to the said Rules within [45] days after appointment of the mediator or within such other period as the parties may agree in writing, shall be finally settled under the [designated set of arbitration rules] by [one or three] arbitrator[s] appointed in accordance with the said Rules. The place of arbitration shall be [city, country]. The language of arbitration shall be (...).*

[All communications during the mediation are confidential and shall be treated as made in the course of compromise and settlement negotiations for purposes of applicable rules of evidence and any additional confidentiality and professional secrecy protections provided by applicable law]», p. 33. disponível em http://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_27October_2010_Arbitration_Clauses_Guidelines.aspx. Acesso em 23.02.2013.

mapeando os interesses e objetivos das partes e analisando se a mediação e a arbitragem os atendem de forma vantajosa na solução do conflito.⁷⁰

Feita a opção pela Cláusula Med-Arb, algumas outras escolhas e cuidados são necessários. Um deles diz respeito à obrigatoriedade ou voluntariedade da mediação antes da arbitragem e ao eventual estabelecimento de cláusula penal para o caso de não comparecimento de uma das partes.

Além disso, em toda a cláusula escalonada é importante haver um prazo para a tentativa de mediação ou de outra forma de solução de conflitos escolhida para anteceder a seguinte, ainda que este prazo seja prorrogável, pois, do contrário, poderá haver o seu uso protelatório pela parte que não tiver interesse em resolver o conflito de forma rápida. O prazo estipulado (*cooling off period*⁷¹) comumente é de 30-60 dias.

A forma de escolha do(s) mediador(es) e do(s) árbitro(s) também deve ser definida pelas partes contratualmente e, havendo uma combinação de meios consensuais e adjudicatórios, um cuidado importante a se ter é evitar que o mediador seja posteriormente apontado como árbitro.

Isso porque a cumulação de ambas as funções pela mesma pessoa pode trazer riscos tanto para a mediação (em termos de confiança das partes no procedimento, para que se sintam à vontade em dividir informações e revelar seus reais interesses àqueles que depois poderão julgar o seu conflito) quanto

⁷⁰ Frank Sander e Lucasz Rozdeiczer, embora partam da premissa de que a escolha da forma adequada de solução de conflitos é mais arte do que ciência, analisam alguns critérios que facilitam esta escolha, a partir da análise dos interesses das partes, mapeamento e priorização de seus objetivos, bem como principais características dos processos de solução de conflitos e sua potencialidade para atender aos interesses e objetivos dos envolvidos. Cf. SANDER, Frank E. A; ROZDEICZER, Lukasz. «Matching Cases and Dispute Resolution Procedures: detailed analysis leading to a mediation-centered approach. 11 Harvard Negotiation Law Review, Spring, 2006, p. 1-41.

⁷¹ «Contracts often simply provide for a “cooling off” period in which parties agree not to take any formal step (such as commencing an *arbitration*) in order to allow an opportunity for their dispute to be resolved by other means. This page “2” may be direct negotiation or involve an informal, non-binding assessment by a respected third party. In many cases, a perceptive, diplomatic and businesslike outsider may tilt the discussions toward accommodation rather than discord.» Cf. PAULSSON, Jan; RAWDING, Nigel; REED, Lucy. *The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in International Contracts*, Chapter 1: Choosing the method, 3. ed., Kluwer Law International 2010, p. 1-2. Sobre esse prazo estipulado pelas partes, importante considerar a sugestão de IBA Guidelines for drafting international arbitration clauses de que: «The period of time for negotiation or mediation should be triggered by a defined and indisputable event, such as a written request to negotiate or mediate under the clause or the appointment of a mediator. It is not advisable to define the triggering event by reference to a written notice of the dispute because a mere written exchange about the dispute might then be sufficient to trigger the deadline». (Multi-Tier Guideline 1, Comment 88) (disponível em http://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_27October_2010_Arbitration_Clauses_Guidelines.aspx. Acesso em 23.02.2013).

para a arbitragem (pois coloca em xeque a imparcialidade e independência do árbitro e pode gerar futuramente a invalidação da sentença arbitral).

Enquanto na mediação são as próprias partes quem decidem o conflito, atuando o mediador como um facilitador da comunicação entre elas (meio autocompositivo), na arbitragem é o árbitro quem decide o conflito pelas partes, sendo a sentença arbitral um título executivo judicial, como a sentença de um juiz estatal. Para que esta sentença seja válida, o árbitro deve garantir o devido processo legal, consistente nas garantias mínimas de igualdade, imparcialidade e contraditório entre as partes, o que não se coaduna com o ambiente mais flexível da mediação.

Na mediação, por exemplo, é muito comum ocorrer a realização de reuniões privadas com cada parte (conhecidas como *caucus*⁷²), podendo ser mantido seu conteúdo (ou parte dele) sob confidencialidade, o que na arbitragem poderia ser visto como violação ao devido processo legal.⁷³ Ainda que se tenha o cuidado de não permitir que o que foi discutido na mediação seja utilizado posteriormente como prova na arbitragem,⁷⁴ é difícil assegurar que depois dessas reuniões privadas o árbitro que cumule a função de mediador não esteja afetado pelas informações recebidas por apenas um dos lados, caso a mediação não dê certo e tenha início a arbitragem.

Dessa forma, tendo diferentes papéis, as habilidades requeridas para o mediador e o árbitro são bem diferentes e a cumulação destes dois papéis revela-se arriscada. Os cuidados analisados são também muito importantes para evitar conduta abusiva da parte recalcitrante.

⁷² «A private caucus is where the mediator meets one of the parties in order to gather further information and to explore alternatives. The party is likely to disclose additional information in a private meeting because the caucus is intended to be confidential. Additionally this confidentiality can be important for a search for creative settlement options». Cf. PETER, James T. *Med-Arb in International Arbitration* cit., p. 2.

⁷³ Nesse sentido, o guia de uso da Lei modelo da Uncitral para Conciliação Comercial Internacional estabelece que: «Since the role of the conciliator [mediator] is only to facilitate a dialogue between the parties and not to make a decision, there is no need for procedural guarantees of the type that exist in arbitration, such as the prohibition of meetings by the conciliator with one party only or an unconditional duty on the conciliator to disclose to a party all information received from the other party. The flexibility of conciliation procedures and the ability to adapt the process to the circumstances of each case and to the wishes of the parties are thus considered to be of crucial importance». Cf. *Guide to Enactment and Use of the Uncitral Model Law on International Commercial Conciliation (2002)*, Par. 9. Disponível em http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2002Model_conciliation.html.

⁷⁴ O artigo 10 da Uncitral Model Law on International Commercial Conciliation (2002) trata desta material.

«Article 10. Admissibility of evidence in other proceedings.

1. A party to the conciliation proceedings, the conciliator and any third person, including those involved in the administration of the conciliation proceedings, shall not in arbitral, judicial or

3.5 CONCLUSÃO

A despeito da dificuldade de se adotar um modelo único, uma receita que valha para a redação de toda e qualquer cláusula arbitral, o presente artigo buscou demonstrar que há alguns parâmetros mínimos a serem considerados no momento em que se redige ou revisa uma cláusula arbitral.

Como visto no item 2 do texto, mesmo que prestigiada a vontade das partes na confecção da cláusula de arbitragem, textos normativos como a Convenção de Nova Iorque,⁷⁵ a Lei Modelo da Uncitral e a Lei de Arbitragem Brasileira trazem parâmetros normativos que definem o mínimo a ser observado. Sem prejuízo disso, situações específicas e que fogem à trivialidade das cláusulas-tipos devem, também, ser consideradas quando da redação da cláusula, conforme tratado no item 3.

Outra realidade que também demonstrou demandar especiais cuidados do operador do direito quando da preparação da cláusula que disciplina a forma eleita pelas partes para a resolução de conflitos é aquela que envolve a combinação de métodos de resolução de disputas, elegendo, por exemplo, mecanismos consensuais, como a mediação, e mecanismos heterocompositivos, como a arbitragem, conforme se explorou no item 4.

Do quanto visto acima, pode-se concluir que nem tudo está adstrito à vontade das partes, que devem também observar questões cogentes e de ordem pública, conforme o direito/as regras aplicáveis à arbitragem, assim como os bons costumes e princípios gerais do processo, porém considerável parcela de como se dará a arbitragem e seu desenrolar está nas mãos das partes.

A redação da cláusula arbitral tem que ser adequada a preencher/atender todas as suas intenções, com isso preservando ao máximo a autonomia da vontade das partes, tão cara ao instituto da arbitragem e motivo pelo qual as partes recorrem ao referido meio.

similar proceedings rely on, introduce as evidence or give testimony or evidence regarding any of the following:

(a) An invitation by a party to engage in conciliation proceedings or the fact that a party was willing to participate in conciliation proceedings;

(b) Views expressed or suggestions made by a party in the conciliation in respect of a possible settlement of the dispute;

(c) Statements or admissions made by a party in the course of the conciliation proceedings;

(d) Proposals made by the conciliator;

(e) The fact that a party had indicated its willingness to accept a proposal for settlement made by the conciliator;

(f) A document prepared solely for purposes of the conciliation proceedings.»

⁷⁵ A convenção de Nova Iorque (1958) foi ratificada no Brasil por meio do Decreto 4.311, de 23.07.2002, que promulgou a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras.

Assim, as escolhas, os desafios e cuidados que devem ter as partes na redação do instrumento que dá a moldura para o procedimento arbitral precisam ser levados em conta para evitar que no momento do litígio a discussão sobre a cláusula se sobreponha à discussão sobre o mérito. É por isso que a cláusula arbitral não deve ser o último ponto a ser pensado e negociado no contrato, pois uma cláusula bem redigida é essencial ao funcionamento adequado e eficiente da arbitragem.

BIBLIOGRAFIA

- ALMOGUERA, Jesús. «Arbitration and Mediation Combined. The independence and Impartiality of Arbitrators». In: M. A. Fernández-Ballesteros and David Arias (eds.). *Liber Amicorum Bernardo Cremades* (La Ley 2010), p. 101-130.
- BAPTISTA, Luiz Olavo. «Transferência de sede em arbitragem internacional: novas necessidades e perspectivas». *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 26, p. 11.
- BORN, Gary B., 2009: *International Commercial Arbitration* (International Arbitration Agreements and the Separability Presumption) (Kluwer Law International), p. 311-312.
- BRAGHETTA, Adriana. *A importância da sede da arbitragem: visão a partir do Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.
- BUENO, Cassio Scarpinella, 2008: *Impactos processuais do direito civil*. Cassio Scarpinella Bueno (coord.). São Paulo: Saraiva.
- CARMONA, Carlos Alberto, 2009: *Arbitragem e processo: um comentário à Lei n. 9.307/96*. 3. ed. São Paulo: Atlas.
- COOK, Trevor; GARCIA, Alejandro I., 2010: *International Intellectual Property Arbitration*. Holanda: Kluwer Law International BV.
- COSTA, Marina Mendes. «A reforma do direito francês de arbitragem». *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 30, p. 27-42.
- FRADERA, Véra Maria de Jacob. «A noção de contrato na Convenção de Viena de 1980 sobre Venda Internacional de Mercadoria». Disponível em <http://www.cisg-brasil.net/doc/vfradera1.pdf>. Acesso em 23.02.2013.
- GABBAY, Daniela Monteiro; ALVES, Rafael Francisco; LEMES, Selma Ferreira, 2008: «Projeto de pesquisa: arbitragem e Poder Judiciário. Parceria Institucional Acadêmico-Científica da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Direito GV) e do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAR)». *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. 19, p. 7-23.
- GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John, 1999: *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Ed. Kluwer Law International.
- Guide to Enactment and Use of the Uncitral Model Law on International Commercial Conciliation (2002).
- HANOTIAU, Bernard, 2005: *Complex Arbitrations – Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*. Holanda: Kluwer Law International.

- _____, 2007: «Les Groupes de sociétés dans l'arbitrage commercial international». *La Convention D'Arbitrage, Groupe de Sociétés et Groupes de Contrats*, Actes du colloque du Cepani du 19 novembre 2007. Bruxelles: Bruylant, p. 113-139.
- International Cotton Association, Quality Arbitration Rules. Disponível em <http://www.ica-ltd.org/our-services/bylaws-and-rules>. Acesso em 23.02.2013.
- International Bar Association (IBA) Guidelines for drafting international arbitration clauses, adopted by a resolution of the IBA Council, 7 October 2010. Disponível em http://www.ibanet.org/ENews_Archive/IBA_27.10.2010_Arbitration_Clauses_Guidelines.aspx. Acesso em 23 de fevereiro de 2013.
- KARRER, Pierre A., 1997: «Pathological Arbitration Clauses – Malpractice, Diagnosis and Therapy». In: VOGT, Nedim Peter *et alii* (ed.). *Festschrift für Thomas Bär und Robert Karrer*, p. 109-126.
- KRÖLL, Stefan. «Siemens – Dutco Revisited? Balancing Party Autonomy and Equality of the Parties in the Appointment Process in Multiparty Cases, 15.10.2010». Disponível em *Kluwer Arbitration Blog*, acesso em 23 de fevereiro de 2013.
- LEE, João Bosco, 2002: «A Lei 9.307/1996 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional». In: PIMENTEL, Luiz Otávio; REIS, Murilo Gouvêa dos (orgs.). *Direito comercial internacional: arbitragem*. Florianópolis: OAB/SC.
- LEMES, Selma Ferreira, 2010: «Cláusula escalonada ou combinada: mediação, conciliação e arbitragem». *Arbitragem Internacional: Unidroit, CISG e Direito Brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin.
- _____, 2007: *Arbitragem na Administração Pública – Fundamentos jurídicos e eficiência econômica*. São Paulo: Quartier Latin.
- _____. «As cláusulas arbitrais omissas e defeituosas». *Valor Econômico – Caderno Legislação e Tributos*, publicação de 22.08.2003, p. E-2, disponível em <http://www.selmalemes.com.br/artigos/artigo32.pdf>. Acesso em 23.02.2013.
- MANGE, Flavia Foz, KULESZA, Gustavo Santos, TRIPODI, Leandro, SILVA, Rafael Bittencourt e SOARES, Rafael Vicente (trad.). «Guia do ICCA sobre a interpretação da Convenção de Nova Iorque de 1958: Um texto de referência para juízes». Disponível em <http://www.newyorkconvention.org/news/guia-do-icca-sobre-a-interpretacao-da-convencao-de-nova-iorque-de-1958>.
- MARCONDES, Fernando. *I Congresso Internacional do Instituto Brasileiro de Direito da Construção (IBDiC)*, realização Confederação das Indústrias do Estado de São Paulo (CIESP). São Paulo, 20 e 21.08.2012. Disponível em: <http://www2.fiesp.com.br/noticias/arbitragem-deve-ser-mais-mista-para-evitar-processos-longos-e-longe-da-realidade-diz-presidente-do-ibdic/>. Acesso em 29.10.2012.
- MARQUES, Ricardo Dalmaso; ALMEIDA, Fernanda Dias de. *A submissão de entes da Administração Pública à arbitragem – a lei mineira de arbitragem (lei estadual 19.477/2011)*. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI144769,31047-A+submissao+de+entes+da+Administracao+Publica+a+arbitragem+a+lei>. Acesso em 23.02.2013.

- MAZZONETTO, Nathalia, 2012: *Partes e terceiros na arbitragem*. Dissertação de mestrado sob a orientação de Oreste Nestor de Souza Laspro, defendida junto à Universidade de São Paulo (USP). São Paulo.
- MCILWRATH, Michael; SAVAGE, John, 2010: *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*. Kluwer Law International, p. 11-91.
- MOSES, Margaret L., 2008: *The Principles and Practice of International Commercial Arbitration*. NY: Cambridge University Press.
- Multiparty Arbitration – Dossiers ICC Institute of World Business Law*. HANOTIAU, Bernard; SCHWARTZ, Eric A. (ed.). Paris: ICC Services Publications Department, 2010.
- OLIVEIRA, Ana Paula Lages. *Assembleia Legislativa de Minas Gerais Promulga Lei Estadual de Arbitragem*. Disponível em <http://www.grebler.com.br/Artigos.html>. Acesso em 23.02.2013.
- PARK, William. «The Procedural Soft Law of International Arbitration: Non-Governmental Instruments». *Pervasive Problems in International Arbitration 141* (L. Mistelis & J. Lew, eds. 2006). Disponível em http://www.arbitration-icca.org/media/0/12571307206490/park_soft_law.pdf. Acesso em 23.02.2013).
- PAULSSON, Jan; RAWDING, Nigel; REED, Lucy, 2010: *The Freshfields Guide to Arbitration Clauses in International Contracts*. 3. ed. Kluwer Law International.
- PETER, James T., 2005: «Med-Arb in International Arbitration». *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 4, jan. 2005.
- REDFERN, Alan; HUNTER, Martin; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine, 2009: *Redfern and Hunter on International Arbitration*. 5. ed. New York: Oxford University Press.
- Regulamento da CAM. Disponível em <http://www.camaradomercado.com.br/InstDownload/nova-regulamentacao.pdf>. Acesso em 23.02.2013.
- Regulamento de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, em vigor a partir de 1.º de janeiro de 2012. Disponível em <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/>. Acesso em 23.02.2013.
- SALLES, Carlos Alberto de, 2011: *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense.
- SANDER, Frank E. A; ROZDEICZER, Lukasz, 2006: «Matching Cases and Dispute Resolution Procedures: detailed analysis leading to a mediation-centered approach». 11 *Harvard Negotiation Law Review*, Spring 2006, p. 1-41.
- SZACHNOWICZ, Shirly E. Vogelfang, 2004: «Processos híbridos: a utilização prática da cláusula Med-Arb». *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 2, maio/2004.