

A Redação da Cláusula Compromissória

24 de junho de 2009



Por Eleonora Coelho Pitombo //

Há duas formas pelas quais as partes podem convencionar solucionar seus conflitos por arbitragem: pelo compromisso arbitral (acordo que se celebra depois de surgida a disputa) ou pela cláusula compromissória (cláusula inserida no contrato no momento de sua celebração e, portanto, bem antes de havido o conflito).

Como se intui, a cláusula compromissória é de longe a forma mais utilizada pelas partes para se acordar pela arbitragem, já que celebrada ainda quando inexistente qualquer conflito entre elas.

Assim, o objetivo deste artigo é abordar os principais cuidados que devem ser tomados pelas partes e principalmente por seus advogados na redação da cláusula compromissória, já que esta será o primeiro e talvez mais importante norte do procedimento arbitral.

De fato, uma cláusula compromissória cheia, completa e estrategicamente redigida, possibilita que o procedimento arbitral seja instituído e transcorra de forma adequada e eficaz.

Ou seja, um investimento relativamente pequeno nesta fase pode significar enorme economia no futuro, pois cláusulas vazias, mal redigidas e patológicas são as fontes mais comuns dos problemas das arbitragens.

O primeiro cuidado que se deve tomar é para que a cláusula seja cheia, isto é, que remeta a administração da arbitragem a alguma câmara arbitral e a seu regulamento (arbitragem institucional) ou que indique a forma de constituição do tribunal arbitral e de instituição

da arbitragem, especialmente quando houver recalcitrância de uma das partes (nos casos de arbitragens *ad hoc*).

Na hipótese de opção pela arbitragem institucional – que é a forma mais aconselhável – deve-se ter muita atenção na escolha da câmara arbitral e respectivo regulamento pois, nos termos do artigo 5º da lei de arbitragem, a arbitragem será instituída e processada de acordo com as regras da instituição escolhida.

Ou seja, é imprescindível que se conheça a fundo a idoneidade, experiência e custos da câmara selecionada, assim como o conteúdo de seu regulamento, até porque é este que regerá os aspectos procedimentais da arbitragem, tais como constituição do procedimento arbitral, prazos, custos de administração, honorários dos árbitros etc.

Muito se debate se a cláusula compromissória deve ser extensa e trazer informações detalhadas sobre a instituição e administração do procedimento arbitral, entre outros, ou se, diferentemente, deverá ser curta e direta, adotando-se como modelo as cláusulas-padrão sugeridas pelas instituições arbitrais.

Nossa opinião é que se adote uma solução intermediária, qual seja, que se parta do “esqueleto” das cláusulas-padrão das instituições arbitrais renomadas e experientes (até porque elas já foram amplamente provadas e testadas), mas que se acrescentem disposições sobre idioma, sede, número de árbitros e lei aplicável/equidade.

Cláusulas extensas devem ser redigidas com muita cautela, pois, na hipótese de litígio, cada palavra será medida e analisada em detalhes e poderá influenciar na instituição e desenvolvimento da arbitragem.

Mais do que isso, é desaconselhável que se discorra de forma livre sobre prazos e forma de administração da arbitragem, pois pode haver incompatibilidade entre tais disposições e as regras de arbitragem da câmara selecionada. Tal incongruência pode gerar patologias na cláusula ou dificuldades na administração da arbitragem.

Aconselha-se também que se disponha sobre a concessão de cautelares pré-arbitrais pelo Poder Judiciário ou por árbitros ou tribunais arbitrais especialmente constituídos para esse fim. De fato, algumas instituições arbitrais possuem regulamentos específicos sobre a

tutela de questões urgentes antes de instituída a arbitragem, sendo que sua utilização depende de indicação expressa na cláusula compromissória.

Apesar de se entender que a arbitragem possui natureza privada e, portanto, sigilosa, pode ser recomendável incluir disposições sobre confidencialidade do procedimento arbitral, dependendo da natureza do contrato e eventual litígio dele decorrente.

Se uma das partes do contrato for de origem anglo-saxã, é possível que surjam discussões sobre inclusão de disposições das provas a serem produzidas e sua administração no procedimento arbitral.

É possível, inclusive, que a parte anglo-saxã queira acordar na cláusula compromissória a realização de *discovery* (procedimento utilizado em países anglo-saxões por meio do qual as partes são obrigadas a apresentar em juízo todas as provas que possuam acerca dos fatos em litígio).

A realização da *discovery* pura e simples não é recomendável, pois é excessivamente custosa, morosa, e mais: partes brasileiras ou de outros países de tradição civil não estão preparadas para sua realização.

Assim, na eventualidade de um pedido dessa natureza, recomenda-se que se acorde um procedimento intermediário que é previsto no *IBA Guidelines on Taking Evidence*, por meio de referência a essas diretrizes na cláusula compromissória.

Uma outra questão que se coloca é se a cláusula compromissória deve ser escalonada, isto é, prever procedimentos preliminares à instituição da arbitragem, tais como conciliação ou mediação. As cláusulas escalonadas podem ser úteis em alguns casos, como, por exemplo, quando será possível se levar à mesa de negociação/mediação executivos das partes que tenham efetivos poderes de decisão.

Nas hipóteses em que a cláusula escalonada seja desejável, sugere-se que os procedimentos preliminares (mediação ou conciliação) tenham prazos e etapas curtos e bem definidos para que não se alegue, no futuro, seu descumprimento como óbice à instituição do procedimento arbitral.

Sugere-se, ainda, atenção com a inclusão de disposições na cláusula compromissória que limitem ou ampliem a revisão judicial legal da sentença arbitral, pois tais disposições podem ser rejeitadas pelo país do local de execução da sentença arbitral, como ocorreu, por exemplo, nos EUA, no caso *Hall Street x Mattel* (em que a Suprema Corte americana negou a ampliação das hipóteses legais para revisão da sentença arbitral).

Em síntese, muitas questões fáticas e jurídicas influenciam na redação da cláusula compromissória, circunstâncias essas que devem ser analisadas individualmente e à luz do caso concreto.

Assim, a mais importante recomendação que se dá é que a redação da cláusula compromissória seja delegada a especialistas que possam estrategicamente redigi-la, de modo que as disposições nela contidas possibilitem a realização de um procedimento arbitral útil e eficaz ao fim que se propõe: solução rápida, menos onerosa e mais adequada de litígios que envolvam direitos patrimoniais disponíveis.

Eleonora Coelho Pitombo é advogada em São Paulo, diretora do CBAr e pós-graduada em arbitragem e modos alternativos de solução de conflitos pela Universidade Paris II Pantheon Assas.

Disponível em: <http://direitoaponto.com.br/a-redacao-da-clausula-compromissoria/>