

As vantagens da cláusula compromissória clara e precisa para a condução da Arbitragem

José Emilio Nunes Pinto*

Na seqüência de Artigos que vimos escrevendo sobre o instituto da arbitragem, nosso foco tem sido, até então, os pressupostos inerentes ao procedimento, tais como a importância da Ética na preservação da independência e neutralidade dos árbitros, assim como a necessidade inafastável de que os árbitros cumpram efetivamente a missão que lhes é outorgada, isto é, que, no limite de sua competência, decidam a controvérsia submetida à arbitragem.

O foco deste Artigo, entretanto, se situa na fase pré-contratual e diz respeito aos cuidados a serem tomados pelas partes contratantes na elaboração da cláusula compromissória[1]. Em geral, no momento da negociação contratual, a tarefa do advogado se contrapõe à expectativa das partes, com esta contrastando. Enquanto estas dão vazão à sua ansiedade de concretizar um negócio, seja ele qual for, antevendo e medindo resultados e vantagens econômicas e de posição mercadológica, o papel do advogado beira o anticlímax, já que este traz à discussão os efeitos do descumprimento das obrigações sendo assumidas pelas partes, o que se fará caso uma das partes se torne inadimplente e, finalmente, quem solucionará estas circunstâncias e outras controvérsias que possam surgir durante a vida do arranjo contratual.

Cabe ao advogado, nesse exato momento, manter-se equidistante da euforia dos que, com justa razão, celebram o sucesso da negociação para assegurar-se de que, em sendo a arbitragem o mecanismo escolhido para a solução de controvérsias, a cláusula compromissória a ser inserida no instrumento contratual reflita adequadamente a intenção almejada pelas partes. Assim sendo, é justo que se questionem quais os parâmetros que podem dar a segurança de que o que se ajuste seja expressão da vontade e acordo das partes e, sobretudo, que o teor da cláusula compromissória contribua de forma positiva para o desenrolar de todo o procedimento arbitral.

O primeiro cuidado a ser tomado é na definição do escopo da arbitragem em relação ao caso concreto. Evidentemente, a arbitragem somente será aplicável às controvérsias que versem sobre direitos patrimoniais disponíveis. No entanto, é

imprescindível que a cláusula compromissória estabeleça se a arbitragem será o mecanismo utilizado para a solução de todas as controvérsias decorrentes da interpretação das cláusulas contratuais e seu cumprimento pelas partes ou, ao contrário, se apenas determinadas questões serão objeto de arbitragem. Embora possível, esta última situação é mais rara, já que, em geral, a intenção das partes ao elegerem esse mecanismo é que, nos limites permitidos em lei, todas as controvérsias sejam a ele submetidas.

Questão das mais relevantes é determinar as regras procedimentais que irão ser aplicadas à administração da arbitragem. Nesse tópico, diversos aspectos devem ser considerados. Inicialmente, esta poderá ser administrada por um órgão arbitral determinado, seja ele nacional ou estrangeiro, aplicando-se ao procedimento as regras próprias de aludida instituição. Alternativamente, a instituição arbitral nacional poderá ser eleita pelas partes para administrar o procedimento, mas, nesse caso, as regras escolhidas poderiam ser as de instituição arbitral estrangeira ou internacional, como é o caso da International Chamber of Commerce – ICC ou da American Arbitration Association – AAA. Além disso, mas bem menos freqüente, seria a criação de regras próprias definidas pelas partes e administradas pelo próprio Tribunal Arbitral.

Apesar da flexibilidade outorgada pela legislação em vigor, somos favoráveis à escolha de regras de uma instituição arbitral pelas vantagens que representa. Em geral, essas regras são cuidadosamente elaboradas e, com base em experiências práticas e lições aprendidas, revistas de forma a assegurar o melhor funcionamento do procedimento. Por outro lado, a escolha de uma instituição arbitral representa a certeza de poderem as partes, assim como os árbitros, dispor de uma estrutura administrativa que coloque à disposição delas o suporte necessário à condução da arbitragem. Torna-se mais fácil o controle de prazos, distribuição de cópias de manifestação das partes e documentos que as suportem, além do registro das manifestações de independência dos árbitros ou submissão de incidentes ao longo do procedimento. A preferência expressada pela arbitragem administrada por instituições especializadas não significa rejeição de procedimento administrado pelos próprios árbitros. Muitas vezes, as características próprias da controvérsia determinam que se venha a optar por uma em lugar da outra. Mas isso somente poderá ser estabelecido caso a caso.

Independentemente do que venha a ser acordado pelas partes, ou seja, a utilização ou não de uma instituição arbitral, certo é que, escolhida a arbitragem como meio de solução das controvérsias surgidas em relação a um contrato, a cláusula compromissória deverá prever a forma de instituição e processamento dessa. Nunca é demais lembrar que, em sendo a arbitragem regida por regras de um órgão arbitral, a própria lei estatui que a instituição do procedimento e seu processamento se farão de acordo com as regras escolhidas[2]. Entretanto, optando as partes por um conjunto de regras próprias, estas deverão constar expressamente da cláusula compromissória, sendo que, à falta destas, especialmente as relativas à forma de instituição da arbitragem, a parte interessada na sua utilização deverá, ao surgir a controvérsia efetiva, manifestar a sua intenção à outra e marcar dia, local e hora para celebrar o compromisso arbitral. A ausência ou recusa da

outra parte em assinar o compromisso exigirá que a parte frustrada em sua intenção recorra ao Judiciário para obter a execução específica da obrigação assumida e representada pela cláusula compromissória[3].

Não resta a menor dúvida de que será sempre mais fácil para as partes acordarem quanto à forma de instituição da arbitragem e de seu processamento quando da negociação do instrumento contratual que regule as suas relações. Surgida a controvérsia, as circunstâncias em que a mesma venha a surgir podem servir de empecilho para que se chegue ao consenso que, no limite, obrigariam as partes a recorrer ao Judiciário, com flagrante desvantagem para a continuidade de suas relações e celeridade na solução pretendida.

A intenção neste Artigo é enfatizar a importância da cláusula compromissória clara e precisa em todos os seus termos para o desenrolar da arbitragem. Em princípio, no caso das arbitragens instituídas e reguladas por regras de instituições arbitrais, bastará que as partes adotem a cláusula-padrão aprovada pela referida instituição para que a clareza e precisão estejam garantidas. No entanto, nada impede que estas, a despeito de utilizarem regras institucionais, criem determinadas condições e especifiquem circunstâncias que, a seu exclusivo juízo, mereçam ser desenvolvidas ou melhor explicitadas. Nessas circunstâncias, essas disposições inseridas na cláusula compromissória poderão preencher lacunas das normas institucionais ou, até mesmo, com elas conflitarem. Nesse último caso, a interpretação deve ser a de que as partes adotaram as regras institucionais, mas, em determinados aspectos, substituíram-nas por outras que, a seu juízo, melhor atenderão a seus interesses. Se as disposições preenchem lacunas, mas não conflitam com as regras, as disposições devem ser entendidas como complementares às aprovadas pelo órgão ou entidade arbitral.

Elemento essencial para o bom resultado da arbitragem é a clareza das regras que venham a reger a escolha e nomeação dos árbitros, seja ele único, ou optem as partes pela formação de um tribunal arbitral[4]. Embora a lei seja flexível quanto ao número de árbitros, na prática as arbitragens são decididas por árbitro único ou por um tribunal arbitral composto de três árbitros. A escolha do árbitro único é bastante adequada para questões menos complexas, mas exige que as partes se disponham a contribuir para uma solução que atenda a ambas e envidem seus melhores esforços nesse sentido. Não há dúvida de que a composição trina é bem mais fácil de acomodar os interesses das partes, já que cada uma delas terá a oportunidade de indicar aquele que pretende ver integrando o tribunal arbitral, delegando-se a essas a nomeação do terceiro árbitro. Muito embora os indicados e o terceiro árbitro devam ser independentes em relação às partes e neutros no que tange à controvérsia[5], sendo independência e neutralidade expressão da ética exigida na arbitragem, as partes se sentem mais confortadas se tiverem a oportunidade de escolher e nomear aqueles profissionais que, por sua competência e formação, mais se adequam para solucionar a controvérsia em todos os seus termos.

O local escolhido para a realização da arbitragem não atende, apenas e tão somente, à comodidade das partes. Escolhido o local, determinará ele a nacionalidade da sentença arbitral, variando as exigências, nesse caso, para seu reconhecimento e execução. Nos termos da lei brasileira, a sentença arbitral proferida no território nacional é equiparada à sentença judicial e sua execução não depende de homologação pelo Poder Judiciário[6], requisito este que foi eliminado pela nova lei. No entanto, sendo a sentença arbitral proferida fora do território nacional, seu reconhecimento e execução no Brasil dependerão de homologação pelo Supremo Tribunal Federal[7]. Portanto, ao se escolher o local onde se desenrolará a arbitragem, é essencial que se avaliem de antemão as conseqüências para a parte envolvida, lembrando que ele determinará, inclusive, a autoridade judicial competente para a obtenção de medidas coercitivas que venham a se fazer necessárias no curso da arbitragem, bem como deverá ser avaliada a disponibilidade de recurso a tratados e convenções internacionais para reconhecimento e execução da sentença arbitral.

Na medida em que controvérsias venham a surgir entre partes nacionais e estrangeiras, podem as partes escolher livremente o idioma em que será processada a arbitragem. Muito embora as partes e os árbitros possam se valer de tradução de um idioma para outro, será sempre mais vantajoso que as partes escolham aquele em que melhor se expressem. Além disso, é muito importante que, ao estabelecerem o idioma da arbitragem, as partes levem em consideração o quanto este influenciará na escolha dos árbitros. Não necessariamente, o bom profissional, capaz de contribuir para a solução da controvérsia, é fluente em determinada língua estrangeira. Ainda que se possa contar com serviços de tradução, melhor será que o árbitro domine o idioma escolhido pelas partes. Em alguns casos, a escolha de um idioma estrangeiro poderá limitar a do melhor árbitro. Alternativa a esse problema são as denominadas arbitragens bilingües. Nesse caso, dois idiomas são considerados oficiais, mas ainda aqui resta a tradução como meio de comunicação entre os árbitros e as partes. De qualquer forma, dada a flexibilidade da arbitragem, o idioma não deve ser tido como obstáculo intransponível para que se solucione a controvérsia.

A Lei de Arbitragem estatui que esta poderá ser fundada na lei ou na equidade[8]. Dois aspectos devem ser considerados quanto a esse dispositivo. O primeiro deles diz respeito à equidade. Esta significa o abrandamento do rigorismo da norma legal, moldando a justiça aos contornos do caso concreto em oposição ao princípio da reserva legal, isto é a aplicação estrita da norma legal ao caso concreto. Dadas as características da arbitragem fundada na equidade, é inevitável que as partes, ao escolhê-la, devam ter em conta um razoável grau de subjetividade na decisão do árbitro. Enquanto a arbitragem fundada em lei assegura um maior grau de segurança quanto à aplicação da norma legal ao caso concreto, fundada na equidade, a decisão refletirá a visão do árbitro de um tratamento isonômico ao distribuir justiça. Nossa posição é no sentido de privilegiar sempre a arbitragem fundada em lei e, somente em casos muito especiais, recomendar que esta se baseie em equidade. Admitindo-se a arbitragem baseada em lei, resta saber qual deve ser a legislação aplicável ao mérito da controvérsia. A solução dependerá certamente da análise de cada caso, inexistindo um receituário pré-determinado e estabelecido. Nossa opinião é de que a legislação aplicável deva ser a que guarda maior relação com o acordo entre as partes, seja quanto ao conteúdo dos direitos e obrigações, o local de seu cumprimento, seja, ainda,

quanto à melhor adequação das normas escolhidas ao caso concreto, sem falar em questões de ordem pública. Evidentemente que a escolha da lei é de espectro mais amplo do que a aplicação ao mérito de controvérsias submetidas à arbitragem. Na verdade, ela diz respeito a todo o contrato e, muitas das vezes, a uma complexa cadeia contratual, caso em que seria descabido ter determinados contratos regulados por uma lei e os demais por outra. Um bom exemplo de escolha de lei pode ser o marco contratual de desenvolvimento de grandes projetos em áreas de atividade regulada. Levando-se em conta a importância do fator regulação e do respectivo marco regulatório aplicável a par do legal, parece fora de cogitação a utilização de qualquer legislação que não seja a brasileira. Em assim procedendo, assegura-se uma solução compatível com as regras aplicáveis àquela indústria, evitando-se correr riscos quanto à inadequação da solução ao caso concreto e preservando-se a validade de todo o procedimento arbitral.

Na medida em que a lei admite que a arbitragem se baseie nos usos e costumes, princípios gerais de direito e normas internacionais de comércio, será muito importante que as partes tenham bastante claro os contornos do caso e a forma que mais se adeque à solução do mesmo. De qualquer forma, nada há na legislação vigente que impeça as partes de estabelecer uma progressividade na escolha das regras que serão aplicadas à solução da controvérsia, utilizando-se das alternativas a elas abertas, e obedecido o princípio de não violação da ordem pública e dos bons costumes. Nessa linha de idéias, não seria absurdo pensar que as partes estabelecessem como aplicáveis, p. ex., as normas internacionais de comércio, os usos e costumes e a lei na ordem que mais lhes conviesse.

Questão bastante interessante diz respeito à função do Judiciário na arbitragem. Na essência, a opção pela arbitragem exclui, nas questões relativas a direitos patrimoniais disponíveis, o Poder Judiciário. No entanto, há situações em que, apesar da opção efetivada, este deva intervir. Essas situações variam da obtenção de medidas cautelares anteriormente à instituição da arbitragem até à solução de questões incidentes relativas a direitos indisponíveis e que guardem uma relação de prejudicialidade com a controvérsia[9] ou, até mesmo, a obtenção de medidas coercitivas ou cautelares durante a arbitragem e que devem ser solicitadas pelos árbitros ao Judiciário[10]. Especialmente em contratos celebrados com empresas sob controle acionário estatal ou autarquias independentes[11], esta disposição é de grande relevância, já que aquelas são titulares de alguns direitos indisponíveis (e ressalte-se que não são todos eles assim classificados pelo simples fato de estarem sob a titularidade dessas entidades) que escapam ao escopo da arbitragem. O importante é que fique bastante claro que, em qualquer das circunstâncias indicadas, o acesso ao Judiciário não representa uma renúncia à arbitragem como o único meio de solução de controvérsias. Muito embora isso decorra da natureza própria dos direitos indisponíveis que não seriam passíveis de solução por arbitragem, a prática recomenda que se faça a ressalva, especialmente em razão do estágio atual de desenvolvimento da arbitragem no Brasil.

Estes são, a nosso ver, os elementos essenciais que devem estar refletidos na cláusula compromissória. Nada obsta que as partes, ao redigirem-na, decidam incorporar outros elementos optativos, tais como a ordem dos textos legais brasileiros para sanar

lacunas em regulamentos arbitrais ou a não aplicação, em arbitragens regidas por lei americana, dos denominados “punitive damages”. Lembramos, no entanto, que o bom senso recomenda que não se elabore uma cláusula compromissória excessivamente complexa e detalhada, especialmente se a arbitragem for conduzida de acordo com as regras de uma entidade arbitral. O detalhamento excessivo da cláusula compromissória poderá representar a derrogação de regras da instituição arbitral, ainda que não seja este o desejo das partes.

A tarefa atribuída ao advogado, ao redigir a cláusula compromissória, é encontrar um balanço ideal entre o que pode e o que deve nela estar contido, valendo-se desta como um instrumento eficiente para assegurar o desenvolvimento de todo o procedimento arbitral de acordo com a intenção das partes. A arbitragem se constitui num mecanismo eficiente para a solução de controvérsias, capaz de permitir que questões complexas possam ser dirimidas da melhor forma possível e num lapso de tempo bastante razoável. No entanto, a sabedoria está em moldar a cláusula compromissória de forma a atender integralmente o interesse das partes conjugando-o com a atenção especial exigida pelas especificidades do caso concreto.

A cláusula compromissória bem redigida, com clareza e precisão do escopo e termos, há de agregar inúmeras vantagens a todo o procedimento arbitral, lembrando-se sempre de seu efeito vinculativo para as partes, seus sucessores e cessionários a qualquer título. Portanto, a segurança e celeridade da arbitragem, características propaladas por todos os doutrinadores da matéria, estão em muito vinculadas à clareza e precisão da cláusula compromissória.

São Paulo, agosto de 2003.

COMO CITAR ESTE ARTIGO:

PINTO, José Emilio Nunes. As vantagens da cláusula compromissória clara e precisa para a condução da arbitragem. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em xx de xxxxxxxx de xxxx

(substituir x por dados da data de acesso ao site)

Artigo publicado no Mundo Jurídico (www.mundojuridico.adv.br) em 24.08.2003

[1] O conceito de “cláusula compromissória” está contido no art. 4º da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (“Lei de Arbitragem”).

[2] Cf. art. 5º da Lei de Arbitragem.

[3] Cf. art. 6º e 7º da Lei de Arbitragem.

[4] Cf. art. 13 § 1º da Lei de Arbitragem sobre escolha e nomeação de árbitros, mas ressalte-se que a lei exige sempre que estes sejam em número ímpar.

[5] Cf. nosso Artigo “A Importância da Ética na Arbitragem” publicado em www.tozzini.com.br

[6] Cf. art. 31 e art. 18 da Lei de Arbitragem.

[7] Cf. art. 34 e 35 da Lei de Arbitragem. Cf. ainda nosso Artigo “A Arbitragem no Brasil e a Convenção de New York de 1958 – Questões Relevantes” publicado em www.tozzini.com.br.

[8] Cf. art. 2º da Lei de Arbitragem.

[9] Cf. art. 25 da Lei de Arbitragem.

[10] Cf. art. 22 § 4º da Lei de Arbitragem.

[11] Cf., por exemplo, disposições nesse sentido contidas no contrato padrão de concessão de áreas de gás e petróleo no site www.anp.gov.br

*Sócio responsável pela área de Arbitragem de
Tozzini, Freire, Teixeira e Silva Advogados
jenp@tozzini.com.br

Disponível em:

<http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=566>. Acesso em:
11 jun. 2007.