

Guia para redação de cláusulas de resolução de disputas internacionais

Introdução

O acesso mais freqüente à arbitragem, à mediação e a outras formas de solução de disputas alternativas ao contencioso judicial se dá por meio da estipulação de cláusula de “disputas futuras” em um contrato comercial. Os “modelos” de cláusula de resolução de disputas apresentados a seguir, acompanhados por um breve comentário, buscam auxiliar as partes contratantes na elaboração dessas cláusulas de resolução alternativa de disputas. Eventuais dúvidas quanto à redação das cláusulas do Centro Internacional para Resolução de Disputas (ICDR) podem ser enviadas ao ICDR no seu endereço de e-mail (websitemail@adr.org) ou por intermédio de contato nos escritórios regionais do ICDR ou da AAA para orientação e esclarecimento (ver lista de contatos do ICDR ao final do documento).

Algumas advertências iniciais: com frequência as discussões sobre a cláusula de resolução de disputas do contrato são relegadas para o final das negociações. No entanto, a melhor prática é discutir o método de resolução de disputas logo no início das negociações, propiciando assim um ambiente positivo para futuras negociações e evitando-se o desgaste e pressões para fechamento do negócio. De toda forma, cada relação comercial é única. Recomenda-se às partes contratantes procurarem orientação adequada quando da redação de tais cláusulas.

“Versão curta” de Modelo de cláusula de arbitragem

A versão curta de cláusula de arbitragem abaixo orientará as partes no que se refere aos aspectos mais relevantes para condução de uma arbitragem internacional. Ao incorporar por referência um conjunto moderno de regras procedimentais que correspondam às expectativas das partes em arbitragens internacionais, a versão curta de cláusula serve como um excelente ponto de partida a quem a redige, com complementações apenas nos casos em que houver a necessidade de esclarecer pontos específicos do contrato ou de se garantir certos poderes ao tribunal. A

incorporação da versão curta de cláusula define os seguintes aspectos cruciais do procedimento arbitral:

- Requisitos para a Notificação
- Forma da Demanda e/ou da Reconvenção
- Medidas provisórias e/ou emergenciais
- Composição e indicação do tribunal arbitral
- Conflitos de interesse dos árbitros
- Cronograma
- Local da arbitragem
- Jurisdição – Poderes do Tribunal
- Condução da arbitragem – Produção de provas
- Procedimentos em caso de ausência da participação de uma das partes
- Custas
- Forma e efeitos da sentença arbitral

Todas as referências a Regulamento Arbitral neste guia, exceto as referências à administração do ICDR sob o Regulamento da UNCITRAL, são feitas ao Regulamento de Arbitragem Internacional do ICDR. Quando as partes assim dispõem em seus contratos, o ICDR também administra casos sob diferentes Regulamentos da Associação Americana de Arbitragem (AAA). Para informações adicionais e guia específico de redação, ver www.ard.org.

O ICDR oferece a seguinte versão curta de cláusula modelo para contratos comerciais internacionais:

“Qualquer disputa oriunda ou relacionada ao presente contrato, inclusive quanto à sua inexecução, interpretação, validade ou extinção, será resolvida por arbitragem administrada pelo Centro Internacional de Resolução de Disputas (ICDR), em conformidade com seu Regulamento de Arbitragem Internacional.”

As partes poderão complementar:

- *“O número de árbitros será (um ou três)”*
- *“O local da arbitragem será [cidade (estado ou província), país]”*
- *“O(s) idioma(s) da arbitragem será(ão) ____”*

Embora tenha escritório administrativo, lista de árbitros e mediadores e regulamento de arbitragem próprios, o ICDR é uma divisão da Associação Americana de Arbitragem (AAA) específica para resolução de disputas internacionais. Sem embargo, as partes

também poderão optar por submeter suas controvérsias à própria AAA. Nesse caso, a versão curta de cláusula modelo será:

“Qualquer disputa oriunda ou relacionada ao presente contrato, inclusive quanto à sua inexecução, interpretação, validade ou extinção, será resolvida por arbitragem administrada pela Associação Americana de Arbitragem (AAA), em conformidade com seu Regulamento de Arbitragem Internacional.”

As partes poderão complementar:

- *“O número de árbitros será (um ou três)”*
- *“O local da arbitragem será [cidade, (estado ou província), país]”*
- *“O(s) idioma(s) da arbitragem será(ão) ____”*

Modelo de cláusula “escalonada” de resolução de disputas

As partes contratantes poderão incluir no contrato disposição para permitir negociação ou mediação prévia ao início da arbitragem. Tais cláusulas, normalmente conhecidas por “escalonadas”, são particularmente apropriadas quando as partes mantêm um relacionamento comercial duradouro e ainda em andamento, ou quando há outros fatores a serem considerados além do estrito escopo da disputa. Embora tais fatores não estejam, em princípio, presentes em uma relação comercial derivada de uma única transação, são raros os casos em que as partes não se beneficiariam de negociações prévias visando à solução amigável da disputa.

Uma preocupação legítima sobre o uso de cláusulas “escalonadas” é a possibilidade de uma parte retardar desnecessariamente uma decisão adversa. No entanto, este problema poderá ser resolvido com a fixação de prazo para realização de cada etapa. Estes prazos são, na melhor hipótese, uma estimativa sobre o tempo apropriado para que a negociação ou a mediação sejam finalizadas pelas partes em disputa. Alternativamente, a cláusula poderá ser redigida de forma a dispor que as partes são livres para requerer a arbitragem sem recorrer às etapas prévias, ou permitindo que a mediação e a arbitragem ocorram concomitantemente. Por outro lado, tendo acordado uma série de condições precedentes, as partes deverão estar preparadas a percorrer cada etapa do processo de resolução de disputa.

Há vários exemplos de cláusulas “escalonadas”. Elas podem prever que as partes procurem resolver suas disputas por meio de negociação e/ou de mediação antes de se valerem da arbitragem.

Para as partes que desejarem incluir em seus contratos comerciais uma obrigação expressa de solução de disputas por meio de negociação e/ou mediação antes de iniciarem arbitragem, o Centro Internacional de Resolução de Disputas (ICDR) oferece os seguintes modelos de cláusulas escalonadas: Negociação – Arbitragem, Mediação – Arbitragem, e Negociação – Mediação – Arbitragem.

Cláusula de Negociação – Arbitragem

“Havendo qualquer disputa oriunda ou relacionada ao presente contrato, inclusive quanto à sua inexecução, as partes deverão consultar uma a outra para fins de negociação e, em havendo interesse mútuo, tentarão alcançar uma solução satisfatória para a disputa. Se um acordo não for alcançado dentro de 60 dias após notificação de uma parte para a(s) outra(s), qualquer disputa não resolvida será decidida por arbitragem submetida ao Centro Internacional de Resolução de Disputas (ICDR), de conformidade com seu Regulamento de Arbitragem Internacional.”

As partes poderão complementar:

- *“O número de árbitros será (um ou três)”*
- *“O local da arbitragem será [cidade, (estado ou província), país]”*
- *“O(s) idioma(s) da arbitragem será(ão) ____”*

A cláusula de negociação – arbitragem acima fornece uma única etapa de negociação. Em alguns casos, as partes poderão determinar etapas múltiplas através da previsão de cláusula de “escalonamento de assuntos”, na tentativa de estimular a apuração e resolução de problemas de forma rápida durante um dado projeto em andamento. Mais uma vez, partes em tais circunstâncias deverão ser cautelosas e estabelecer prazos para a transição da negociação para a próxima etapa, para evitar atrasos.

Cláusula de Mediação – Arbitragem

O uso do processo de Mediação está crescendo mundialmente. Na mediação, as partes são livres para negociar soluções negociais que não estão subordinadas à lei ou ao contrato. Partes que optam por mediações administradas pelo ICDR/AAA têm experimentado historicamente um percentual de acordos que excede 85%.

Cada vez mais, as partes percebem que a mediação é mais eficiente nos casos em que um conflito não resolvido deve ser, em seguida, solucionado por arbitragem. Visto

que o requerimento de mediação pode ser entendido como uma condição precedente à arbitragem, para evitar atrasos, um prazo poderá ser estabelecido para permitir que as partes passem da mediação à arbitragem, se necessário.

A cláusula escalonada modelo do ICDR de mediação – arbitragem é assim apresentada:

“Havendo qualquer disputa oriunda ou relacionada ao presente contrato inclusive quanto à sua inexecução, as partes concordam, em primeiro lugar, em tentar resolver a disputa por mediação administrada pelo Centro Internacional de Resolução de Disputas (ICDR), de acordo com o seu Regulamento de Mediação. Se nenhum acordo for alcançado dentro de 60 dias após a intimação de um requerimento escrito de mediação, qualquer disputa oriunda ou relacionada ao presente contrato será decidida por arbitragem, em conformidade com o Regulamento de Arbitragem Internacional do Centro Internacional de Resolução de Disputas (ICDR).”

As partes poderão complementar:

- *“O número de árbitros será (um ou três)”*
- *“O local da arbitragem será [cidade, (estado ou província), país]”*
- *“O(s) idioma(s) da arbitragem será(ão) ____”*

É importante notar que as partes poderão concordar em utilizar a mediação a qualquer tempo, mesmo na ausência de uma cláusula de solução de disputas que estabeleça a mediação. Com efeito, partes em disputa frequentemente constataam que a mediação é particularmente eficiente quando conduzida em momento anterior e próximo à realização da audiência de arbitragem.

Cláusula Modelo de Negociação – Mediação – Arbitragem

Partes em contratos comerciais, em particular aqueles envolvendo relações comerciais estratégicas, irão algumas vezes estabelecer tanto negociação como mediação previamente à arbitragem. O intuito é de se tentar resolver os conflitos primeiramente pelas próprias partes e, em caso de tal negociação não se mostrar possível, elas poderão se utilizar dos serviços de um terceiro mediador, antes de se valer de um terceiro tomador de decisão (árbitro).

Mais uma vez, prazos ou uma disposição derogatória (“opt-out”) deverão ser considerados para combater táticas dilatórias.

A cláusula modelo escalonada do ICDR de negociação – mediação – arbitragem é assim apresentada:

“Havendo qualquer disputa oriunda ou relacionada ao presente contrato, inclusive quanto à sua inexecução, as partes deverão consultar uma a outra para fins de negociação e, havendo interesse mútuo, tentar alcançar uma composição amigável para a disputa. Se nenhum acordo for alcançado dentro de 60 dias, então qualquer parte poderá, mediante notificação à outra parte e ao Centro Internacional de Resolução de Disputas (ICDR), requerer o início da mediação de acordo com o Regulamento de Mediação do Centro Internacional de Resolução de Disputas (ICDR). Se nenhum acordo for alcançado dentro de 60 dias após a intimação de um requerimento escrito de mediação, qualquer disputa oriunda ou relacionada ao presente contrato será decidida por arbitragem submetida ao Centro Internacional de Resolução de Disputas (ICDR), de conformidade com seu Regulamento de Arbitragem.”

As partes poderão complementar:

- *“O número de árbitros será (um ou três)”*
- *“O local da arbitragem será [cidade, (estado ou província), país]”*
- *“O(s) idioma(s) da arbitragem será(ão) ____”*

Modelo de cláusula de Arbitragem – Mediação concomitante.

Algumas partes preferem não se obrigar a mediar seus conflitos como uma condição precedente para o requerimento de arbitragem. Elas podem estar preocupadas com a possibilidade de a mediação prévia não permitir tempo suficiente para que elas possam entender os detalhes do caso, tornando as negociações mais arriscadas. No entanto, não dispor sobre a mediação na cláusula de resolução de disputas pode significar a perda da possibilidade de ressaltar a preferência das partes por um acordo negociado. Considerando essas preocupações contrastantes, o ICDR desenvolveu um modelo de cláusula de “Arbitragem – Mediação concomitante”. A cláusula obriga as partes a mediar, mas apenas após o início da arbitragem, quando as partes estão presumivelmente mais informadas tanto sobre as questões em disputa, quanto a respeito de suas respectivas necessidades e interesses.

A cláusula modelo do ICDR de arbitragem – mediação concomitante é a seguinte:

“Qualquer disputa oriunda ou relacionada ao presente contrato, inclusive quanto à sua inexecução, interpretação, validade ou extinção, será resolvida por arbitragem submetida ao Centro Internacional de Resolução de Disputas (ICDR), em conformidade com seu Regulamento de Arbitragem Internacional. Uma vez iniciada a arbitragem, as partes concordam em tentar solucionar qualquer disputa oriunda ou relacionada ao presente contrato por mediação submetida ao Centro Internacional de Resolução de Disputas (ICDR), de acordo com o seu Regulamento Internacional de Mediação. A mediação será conduzida concomitantemente à arbitragem e não será uma condição precedente para qualquer estágio do procedimento arbitral.”

As partes poderão complementar:

- *“O número de árbitros será (um ou três)”*
- *“O número de mediadores será (um ou dois)”*
- *“O local da arbitragem será [cidade, (estado ou província), país]”*
- *“O local da mediação será [cidade, (estado ou província), país]”*
- *“O(s) idioma(s) da arbitragem será(ão) ____”*
- *“O(s) idioma(s) da mediação será (ão) ser ____”*

Modelo de cláusula de mediação autônoma

As partes podem adotar a mediação como um procedimento autônomo de solução de disputas. No caso de a mediação não resultar em acordo, as partes poderão concordar em utilizar outro procedimento de resolução de disputas ou seguir a regra geral e se valer dos tribunais judiciais nacionais para a resolução de seus conflitos.

A cláusula modelo do ICDR de mediação autônoma é a seguinte:

“Havendo qualquer disputa oriunda ou relacionada ao presente contrato, inclusive quanto à sua inexecução, as partes concordam, em primeiro lugar, em tentar resolver a disputa por mediação submetida ao Centro Internacional de Resolução de Disputas (ICDR), de acordo com o seu Regulamento de Mediação, antes de se valer de arbitragem, do Poder Judiciário, ou de outro procedimento de resolução de disputas.”

As partes poderão complementar:

- *“O número de mediadores será (um ou três)”*
- *“O local da mediação será [cidade (estado ou província) e país]”*
- *“O(s) idioma(s) da mediação será(ão) ____”*

Indicação do Tribunal Arbitral – Cláusula de nomeação de árbitro pelas partes

Para as partes e seus advogados, a indicação do tribunal arbitral é provavelmente a questão mais crítica da arbitragem. Salvo disposição em contrário, o ICDR se vale do método de lista de árbitros como procedimento de seleção. Outro método conhecido para a indicação de árbitros é o procedimento de indicação pelas partes. O ICDR seguirá qualquer que seja o procedimento escolhido pelas partes. O Regulamento de Arbitragem Internacional do ICDR requer que todos os árbitros, independentemente da forma de indicação, sejam imparciais e independentes. Nos casos de múltiplos requerentes ou requeridos, salvo disposição em contrário, o ICDR fará todas as indicações.

Não há necessidade de mencionar qualquer método de indicação de árbitro na cláusula de arbitragem se as partes desejarem utilizar o procedimento de seleção por lista do ICDR. Uma das vantagens do método de seleção por lista é que ele elimina a necessidade de qualquer contato unilateral (*ex parte*) entre as partes e os árbitros. O ICDR inicia o procedimento de seleção por lista consultando as partes acerca da qualificação dos árbitros. Após a consulta, o ICDR encaminha listas idênticas às partes, contendo o nome dos árbitros e seus respectivos currículos, convidando as partes a indicar quais árbitros são inaceitáveis, listar em ordem de preferência os que restarem e reencaminhar a lista ao ICDR. O ICDR indicará o árbitro único ou o tribunal arbitral conforme as preferências mútuas mais próximas das partes.

Como alternativa para o procedimento de seleção por lista, as partes podem acordar em utilizar o método de nomeação pelas partes. A vantagem do método de nomeação pelas partes é que, com a indicação direta do árbitro, cada parte terá mais confiança no tribunal. As partes que desejarem se valer do método de nomeação direta de árbitros deverão considerar a inclusão da seguinte redação em sua cláusula de arbitragem:

“Dentro de 30 (trinta) dias após o requerimento de arbitragem, cada parte deverá indicar uma pessoa para atuar como árbitro. Dentro de 20 (vinte) dias após a escolha dos co-árbitros, as partes deverão indicar o presidente do tribunal arbitral. Se algum dos árbitros não for escolhido dentro dos prazos previstos, o Centro Internacional de Resolução de Disputas (ICDR) deverá, mediante requerimento por escrito de qualquer das partes, completar as indicações ainda não realizadas.”

Prazos e troca de informações

As partes podem acordar em aditar as regras de forma a satisfazer suas necessidades específicas. Por exemplo, elas podem desejar estender ou restringir os prazos definidos no Regulamento de Arbitragem Internacional do ICDR, limitar a troca de informações ou alterar outros aspectos do procedimento. Para isso, elas deverão incluir tais questões em suas cláusulas de resolução de disputas.

A seguinte cláusula limita o prazo da arbitragem:

“A sentença deverá ser proferida dentro de [nove] meses após o início da arbitragem, exceto se tal período for estendido pelo árbitro.”

As partes devem estar conscientes dos perigos inerentes à fixação de prazos não factíveis. Se os prazos não puderem ser cumpridos, a possibilidade de executar o laudo poderá ser comprometida. A cláusula alternativa estipulada a seguir chama atenção para conseqüências de uma arbitragem “estendida”:

“É intenção das partes que, salvo condições extraordinárias, o procedimento arbitral se conclua em [120 (cento e vinte)] dias a partir da indicação do(s) árbitro(s). O tribunal arbitral poderá prorrogar tal prazo no interesse de justiça. O não cumprimento deste prazo não deverá constituir fundamento para anulação do laudo.”

As partes poderão limitar a troca de informações usando a seguinte cláusula:

“Consistente com a natureza expedita da arbitragem, a troca de informações que antecederem a audiências deverão estar limitadas à produção razoável de documentos relevantes e confidenciais, que deverão ser apresentados pela parte, de forma expedita, com o propósito de fundamentar fatos relevantes argüidos em suas manifestações.”

O risco de se limitar a troca de informações no momento da contratação é o de, em caso de a troca de mais informações ser vantajosa para uma parte em uma determinada situação, tais provas adicionais não poderem ser produzidas sem acordo posterior das partes.

As partes deverão sempre tomar cuidado quando forem restringir procedimentos arbitrais ou a autoridade arbitral. Ao fazerem isso, elas poderão impedir que árbitros internacionais realizem o que geralmente fazem muito bem, isto é, administrar o procedimento de acordo com as necessidades imediatas das partes.

Cláusula de confidencialidade

Dependendo do tipo de contrato, poderá haver necessidade de acréscimo de outras disposições na cláusula de arbitragem. Assim, por exemplo, partes de um contrato de informação exclusiva ou de tecnologia especializada poderão desejar incluir uma previsão de confidencialidade. Partes em contratos internacionais frequentemente confundem privacidade, que é um aspecto padrão de arbitragens comerciais internacionais, com a obrigação de manter confidencialidade, que na ausência de acordo entre as partes, irá apenas vincular os árbitros e o ICDR, de acordo com o Regulamento de Arbitragem Internacional do ICDR. As partes deverão também se atentar aos limites do acordo de confidencialidade firmado entre as partes em relação a terceiros não signatários, como as testemunhas, e as exigências da lei em sentido contrário.

A cláusula modelo de confidencialidade do ICDR é a seguinte:

“Salvo por imposição legal, as partes ou os seus representantes não poderão revelar a existência, conteúdo, ou resultado de qualquer arbitragem sem a prévia autorização por escrito de (todas/ambas) as partes.”

Outras considerações para elaboração da cláusula de arbitragem

Partes contratantes poderão também considerar a inclusão de disposições que tratem de questões ou remédios processuais específicos. Por exemplo, não obstante a previsão da possibilidade de medidas cautelares e emergenciais no Regulamento de Arbitragem Internacional do ICDR, as partes poderão ressaltar sua intenção de que tais medidas estejam disponíveis através da inclusão desta disposição na cláusula de resolução de disputas.

A administração do ICDR sob o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL

Certas partes contratantes, incluindo mais especificamente Estados Nacionais, poderão ficar mais confortáveis ao contratar cláusula de arbitragem se aplicarem o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL. O ICDR é particularmente bem adaptado a fornecer assistência administrativa em suporte ao Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL. O Regulamento de Arbitragem Internacional do ICDR foi originalmente elaborado, em 1986, usando como modelo o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL. A escolha pela administração do ICDR poderá adicionar valor significativo à arbitragem,

especialmente em relação à constituição do tribunal arbitral, aos prazos, e outras inúmeras questões administrativas.

O ICDR oferece o seguinte modelo de cláusula prevendo a administração do procedimento pelas regras da UNCITRAL:

“Qualquer disputa oriunda ou relacionada ao presente contrato, ou com a sua inexecução, extinção ou validade, deverá ser resolvida por arbitragem de acordo com o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL vigente na data de instauração da arbitragem .

A autoridade nomeadora deverá ser o Centro Internacional de Resolução de Disputas (ICDR).

O caso deverá ser submetido ao Centro Internacional de Resolução de Disputas (ICDR) para condução de acordo com seu “Procedimento para casos sob o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL”.

As partes poderão complementar:

- *“O número de árbitros será (um ou três)”*
- *“O local da arbitragem será [cidade, (estado ou província), país]”*
- *“O(s) idioma(s) da arbitragem será(ão) ____”*

O ICDR oferece o seguinte modelo de cláusula para as partes que desejam ter o ICDR apenas como autoridade nomeadora nos casos regidos pela UNCITRAL:

“Qualquer disputa oriunda ou relacionada ao presente contrato, ou com a sua inexecução, extinção ou validade, deverá ser resolvida por arbitragem de acordo com o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL vigente na data de instauração da arbitragem.

A autoridade nomeadora deverá ser o Centro Internacional de Resolução de Disputas (ICDR).”

As partes poderão complementar:

- *“O número de árbitros será (um ou três)”*
- *“O local da arbitragem será [cidade, (estado ou província), país]”*
- *“O(s) idioma(s) da arbitragem será(ão) ____”*

Considerações Finais:

Devemos enfatizar que uma cláusula compromissória mal redigida poderá resultar em uma cláusula de resolução de disputas “patológica”, sendo esta, muitas vezes, mais prejudicial que a ausência de cláusula compromissória.

Para informações adicionais sobre cláusulas de resolução de disputas, assim como para informações acerca dos regulamentos e serviços do ICDR, encaminhe um email ao ICDR no websitemail@adr.org ou entre em contato com os dirigentes do ICDR identificados abaixo:

Contatos do ICDR

Ásia

Michael Lee

T: +65 6227 2879 / E: Lêem@adr.org

América Latina e Estados Unidos

Luis Martinez

T: +1 212 716 5833 / E: MartinezL@adr.org

Europa, Oriente Médio e África

Mark Appel

T: + 353 (0)86 820 1054 / E: AppelM@adr.org

América do Norte

Steven Andersen

T: +1 619 813 2889 / E: AndersenS@adr.org