

# MANUAL DE INSTRUÇÕES DE USO **DA ARBITRAGEM**

janeiro de 2021

# ÍNDICE

<b>1. INTRODUÇÃO</b>	<b>3</b>
<b>2. IDENTIFICANDO SE O CONTRATO DO SEU CLIENTE É ARBITRÁVEL</b>	<b>5</b>
<i>2.1 Aspectos gerais da arbitragem</i>	
<i>2.2 Requisitos subjetivos e objetivos para validade da arbitragem</i>	
<i>2.3. Maneiras de eleger a arbitragem como método de resolução de conflitos</i>	
<b>3. COGITANDO O USO DA ARBITRAGEM COMO MÉTODO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS</b>	<b>10</b>
<i>3.1. Quais os atrativos da arbitragem em relação ao processo judicial?</i>	
<i>3.2. Quais as desvantagens da arbitragem em relação ao processo judicial?</i>	
<b>4. CUIDADOS QUE VOCÊ DEVE TOMAR QUANDO COGITAR O USO DA ARBITRAGEM</b>	<b>23</b>
<i>4.1. Questões que precisam ser observadas durante a elaboração dos contratos</i>	
<i>4.2. Questões que precisam ser observadas durante a redação da cláusula arbitral</i>	
<i>4.3. Questões que precisam ser observadas na eventualidade do surgimento de conflito a ser resolvido pela arbitragem</i>	
<b>5. CONSIDERAÇÕES FINAIS</b>	<b>41</b>

# 1

## INTRODUÇÃO

Cada vez mais se tem olhado para a arbitragem como uma forma atrativa de resolução de conflitos, a qual pode ser uma alternativa mais interessante do que o Poder Judiciário, a depender da complexidade e valor da demanda que se busca solucionar. Tal constatação se dá em virtude das diversas vantagens comumente atribuídas à arbitragem quando comparada com o processo judicial, que abordaremos neste manual.

Nota-se, nesse sentido, que a prática da arbitragem começou a ser mais difundida no Brasil a partir da segunda metade da década de 1990, quando foi promulgada a Lei de Arbitragem (Lei nº 9.307/1996). Esta trouxe importantes avanços para a autonomia da arbitragem frente à jurisdição estatal, como a equiparação do árbitro ao juiz togado e a desnecessidade de homologação das sentenças arbitrais perante o Poder Judiciário.

Com efeito, a partir da autonomia dada à arbitragem pelo legislador, as opções de solução de litígios dos contratantes se expandiram ainda mais para além do processo judicial.

Além do mais, antes vista como uma forma exclusivamente de resolução de litígios oriundos do direito privado, a Lei de Arbitragem foi reformada em 2015, pela Lei nº 13.129/2015, admitindo a sua utilização para dirimir conflitos que se referem a direitos patrimoniais disponíveis por entes da administração pública direta e indireta.

Sendo certo que a arbitragem tem crescido bastante nos últimos anos, nosso objetivo, por meio deste manual, é apresentá-la de uma forma diferente, com viés totalmente prático e que foge daquela clássica discussão “barato vs. caro”, permitindo que os profissionais do direito, sobretudo advogados e estagiários, possam utilizá-la de forma mais estratégica.

# 2

---

## IDENTIFICANDO SE O CONTRATO DO SEU CLIENTE É **ARBITRÁVEL**



## 2.1. Aspectos gerais da arbitragem

A arbitragem é um método extrajudicial de resolução de litígios oriundos de direitos patrimoniais disponíveis. Da mesma maneira que o processo judicial, trata-se de uma forma heterocompositiva de solução de controvérsias, mas diferenciando-se pelo fato de os contratantes optarem pelo terceiro imparcial (árbitro ou tribunal arbitral) que irá decidir o litígio.

Como já mencionado, é regulada pela Lei nº 9.307/1996 e se caracteriza como uma forma mais simplificada e eficaz para a resolução de conflitos do que o processo judicial. O julgador do processo arbitral pode ser tanto um particular como uma instituição especializada, sendo que os árbitros serão considerados funcionários públicos para fins penais na forma da lei. Em relação à sentença arbitral proferida pelo árbitro ou tribunal arbitral, esclarecemos que ela é dotada dos mesmos efeitos de uma sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário.

Contudo, eventual execução forçada da sentença arbitral deve ser feita perante o Poder Judiciário, haja vista que o árbitro não possui poder coercitivo próprio, que é reservado ao Estado. É por isso, inclusive, que o art. 515, VII, do Código de Processo Civil, qualifica a sentença arbitral como título executivo judicial. Além disso, a sentença arbitral é irrecorrível. Em outras palavras, o julgamento arbitral é feito em instância única, ou seja, sem possibilidade de recursos, independentemente de as partes optarem por árbitro único ou julgamento colegiado (salvo se convencionado de outra forma). Isso pode ser justificado pelo fato de que as partes, quando fizeram a opção pela arbitragem, escolheram a(s) pessoa(s) mais habilitada(s) para o exame do litígio, como lhes é facultado.

## 2.2. Requisitos subjetivos e objetivos para validade da arbitragem

Vencidas as análises do conceito e principais características da arbitragem, passaremos a examinar os requisitos para sua utilização e viabilidade na prática. Cabe dizer, primeiramente, que não é todo conflito que poderá ser passível de resolução por meio da arbitragem. A **Lei de Arbitragem**, no caput de seu artigo 1º, estabelece dois requisitos para que alguém possa se valer da arbitragem, um subjetivo e outro objetivo, a saber:

1. possuir capacidade para contratar (requisito subjetivo, conhecido também como ‘arbitrabilidade subjetiva’); e
2. o objeto do litígio deve versar sobre direitos patrimoniais disponíveis (requisito objetivo, conhecido também como ‘arbitrabilidade objetiva’)

A capacidade das partes ao firmarem a convenção de arbitragem (termo utilizado para se referir ao negócio jurídico da arbitragem, gênero do qual a cláusula de arbitragem e o compromisso arbitral são espécies) é requisito fundamental para a sua escolha e diz respeito ao conceito de arbitrabilidade subjetiva. Capacidade, nos termos da legislação civil, é a aptidão da pessoa para ser titular de direitos e contrair obrigações.

Contudo, a titularidade do direito não se confunde com o seu exercício, que pode ser limitado em razão de idade, inaptidão de exprimir vontades, dentre outras hipóteses. Nestes casos, o titular do direito deverá ser assistido ou representado para realizar o exercício do direito, mas não estará impedido de contratar e, conseqüentemente, poderá ser parte de uma arbitragem. Também o poderão ser entes jurídicos despersonalizados, como o espólio, massa falida e condomínios, pois também possuem capacidade de contratar.

Desta forma, percebemos que o impeditivo à utilização da arbitragem não se encontra necessariamente na capacidade de firmar a convenção, mas sim na indisponibilidade do direito que se pretende discutir em juízo. Deparamo-nos, então, com a análise da arbitrabilidade objetiva, por meio da qual se investiga se o objeto do litígio é ou não um direito patrimonial disponível.

Nesse sentido, cabe alertar que os direitos não patrimoniais, como os direitos da personalidade (direito à vida, direito à honra, direito à imagem, dentre outros), estão, de plano, excluídos do juízo arbitral. No entanto, conforme já vimos, não basta que o direito objeto do litígio seja patrimonial para ser arbitrável, ele também deve ser disponível.

A disponibilidade se refere à possibilidade de cessão, seja de forma gratuita ou onerosa, sem quaisquer restrições, do direito patrimonial por seu titular. Assim, requer-se das partes que possam dispor livremente de seus interesses para que estes possam ser submetidos à apreciação arbitral.



## 2.3. Maneiras de eleger a arbitragem como método de resolução de conflitos

Para que as partes optem pela arbitragem como forma de resolver o seu conflito, tal escolha deve ser exercida por meio da convenção de arbitragem. Conforme já referimos, a convenção de arbitragem se resume em dois outros institutos: a **cláusula compromissória de arbitragem** e o **compromisso arbitral**.

A **cláusula compromissória de arbitragem** é aquela em que as partes escolhem a arbitragem como meio de resolução de litígios oriundos de um contrato. Trata-se de uma deliberação prévia, abstrata e preventiva, tendo em vista que, quando da elaboração da cláusula e inserção desta no contrato, ainda não ocorreu nenhum litígio e as partes pretendem cooperar para que as obrigações dispostas no instrumento firmado sejam cumpridas.

Já o **compromisso arbitral**, por outro lado, diz respeito ao acordo de vontades das partes para submeter o litígio ocorrido à apreciação do juízo arbitral. Neste caso, temos uma deliberação posterior à ocorrência do litígio, na qual se formaliza a opção da arbitragem como forma para resolvê-lo.

Desta forma, as duas figuras jurídicas se distinguem sobretudo pela concretude ou abstração da ocorrência do litígio a ser resolvido pela arbitragem. De qualquer sorte, recomendamos a previsão de uma cláusula compromissória de arbitragem para resolução de um conflito emergido entre as partes, pois, deflagrado o litígio, é possível que a parte a que ele deu causa não esteja disposta a firmar eventual compromisso arbitral, dificultando o acesso da parte afetada à jurisdição arbitral na hipótese de inexistência de cláusula compromissória anterior. Melhor prevenir do que remediar, certo?

# 3

---

## COGITANDO O USO DA ARBITRAGEM COMO **MÉTODO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS**



## 3.1. Quais os atrativos da arbitragem em relação ao processo judicial?

*Caso você tenha identificado no item anterior que o seu potencial litígio é arbitrável subjetiva e objetivamente, é possível considerar a arbitragem como método de resolução de conflito. Abaixo, destacamos, de acordo com a opinião dos usuários do instituto, (i) os principais atrativos da arbitragem em relação ao processo judicial e (ii) as desvantagens da arbitragem quando comparada com o processo judicial.*

*Observamos que tais vantagens e desvantagens são objetivas, de modo que recomendamos que estas sejam analisadas à luz do contrato do seu cliente ou então do conflito.*

### 3.1.1. CELERIDADE DO PROCEDIMENTO

Normalmente, os clientes nos procuram para que nós resolvamos o seu problema de uma maneira: a mais eficaz possível. Isso porque muitos conflitos, dados os seus contornos concretos, devem ser resolvidos com agilidade, uma vez que a demora pode resultar em prejuízos financeiros para as partes. Com a arbitragem, a eficácia na resolução do conflito é majorada, uma vez que os procedimentos arbitrais costumam ser mais céleres que os judiciais.

Com o desenvolvimento, crescimento e aprimoramento da arbitragem nos últimos anos, verifica-se que o tempo médio de duração de um procedimento arbitral, tanto doméstico quanto internacional, também está sendo aperfeiçoado. Nesse sentido, conforme informado no relatório anual do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (“CAM-CCBC”) de 2019, o tempo médio de duração dos procedimentos arbitrais iniciados entre 2017 e 2019 e administrados pelo CAM-CCBC foi

de **13,2 meses**, ao passo que, conforme o relatório anual do Conselho Nacional de Justiça (“CNJ”) de 2019, ‘Justiça em Números’, o tempo médio de duração de um processo de conhecimento, até a baixa do processo, em **varas estaduais é de 39 meses** e em **varas federais é de 36 meses**. Em relação a esse dado, fazemos uma ressalva: esse é o tempo médio das arbitragens administradas pelo CAM-CCBC, uma das mais renomadas câmaras de arbitragens do Brasil, de modo que procedimentos administrados por outras câmaras podem levar mais tempo.

Em 2017, o Centro de Estudos das Sociedades de Advogados (“CESA”) disponibilizou o ‘Anuário da Arbitragem no Brasil’, o qual contempla, também, dados acerca da duração média de procedimentos arbitrais administrados por diferentes centros de arbitragem no Brasil durante tal ano. A duração média dos procedimentos contada do requerimento de arbitragem varia entre 14 meses (Câmara Brasileira de Mediação e Arbitragem Empresarial - CBMAE) e 50 meses (OAB/SP).

Outro ponto relevante relacionado à celeridade do procedimento arbitral é que a necessidade de se assegurar uma arbitragem eficiente e rápida é uma preocupação geral da comunidade arbitral nacional e internacional. Atualmente, estão disponíveis na internet diversos guias elaborados por tais instituições, os quais contêm dicas e regras de ‘soft law’ para tornar o procedimento o mais eficiente possível, diminuir seu tempo de duração e seus custos. Como exemplo, cita-se o guia elaborado pela Corte de Comércio Internacional (“CCI”), principal instituição de arbitragem internacional do mundo, denominado ‘ICC Commission Report – Controlling Time and Costs in Arbitration’. Nesse material, há diversas dicas práticas para serem adotadas pelas partes e pelo tribunal para diminuir o tempo e os custos do procedimento.

Ainda, a eficácia do procedimento é regra em diversos regulamentos arbitrais. Como exemplo, cita-se o art. 10.6. do Regulamento de Arbitragem da Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial - Brasil (“CAMARB”) de 2019, que estabelece que o comportamento das partes em prol da condução eficaz da arbitragem será considerado critério para divisão das custas. Também, o art. 22.1. do Regulamento de Arbitragem e de Mediação da CCI de 2014 estabelece que a condução do procedimento de arbitragem deverá ocorrer de forma expedita e eficiente quanto aos custos, além de o tribunal dever assegurar a condução eficiente da arbitragem.

### 3.1.2. *ESPECIALIDADE DOS ÁRBITROS*

O conhecimento e experiência prática dos árbitros é, certamente, um dos principais atrativos da arbitragem. Diferentemente de um procedimento judicial, em que o litígio é julgado por um juiz que lida, simultaneamente, com milhares de processos das mais diversas áreas, em uma arbitragem as partes irão escolher quem serão os ‘juízes’ que proferirão uma decisão final para seu conflito, a qual possui a mesma força que uma sentença judicial.

Aliada à especialidade dos árbitros está o fato de que, para aceitar compor um tribunal arbitral, o profissional deverá ter o tempo necessário para se dedicar ao litígio. Assim, além de ser proferida por um profissional estudioso e especialista naquele assunto, a decisão será o fruto de horas de dedicação e análise dos árbitros.

Nesse ponto, observamos que as partes são livres para indicar como árbitro não apenas juristas com formação em direito, como também profissionais de outras áreas. Isso se torna muito interessante para os litígios mais técnicos de determinada área, como, por exemplo, questões de EPC e construção civil, softwares de informática, operações de investimento, dentre outras.

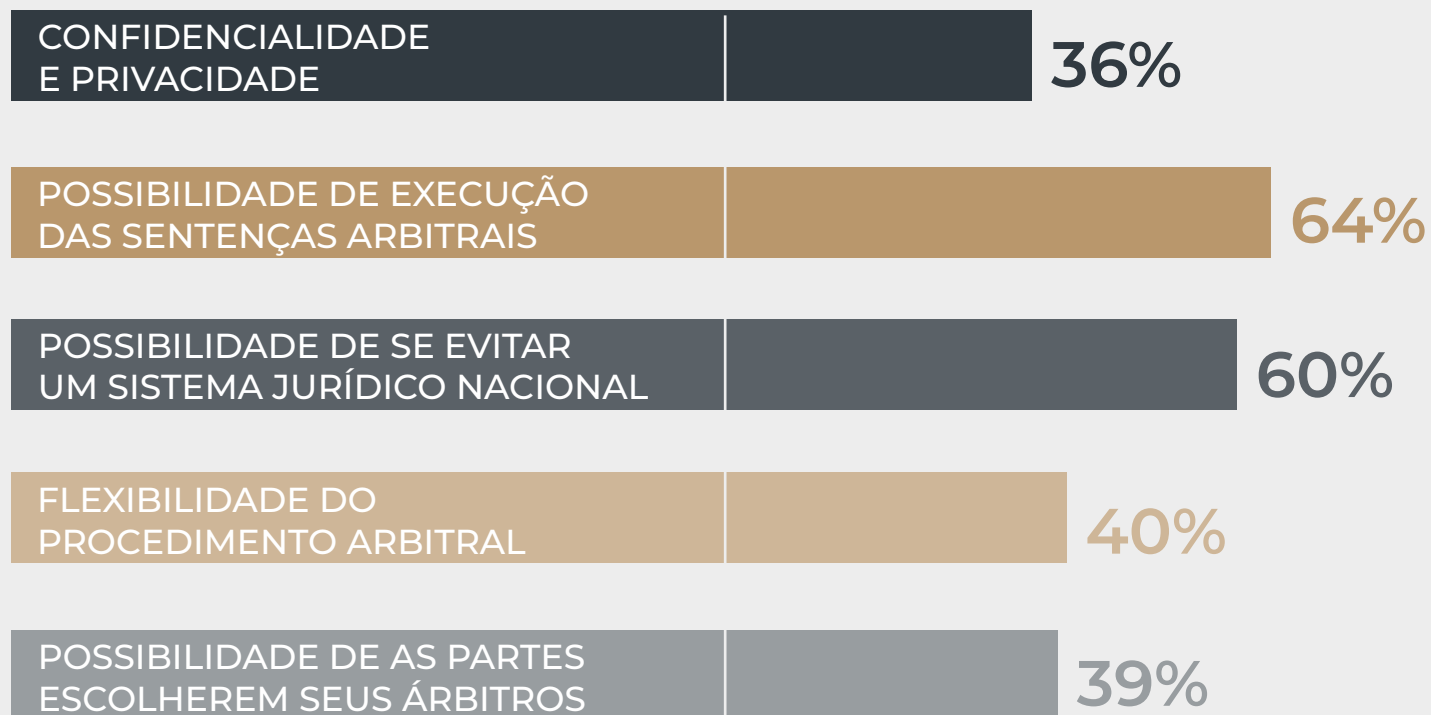
### 3.1.3. CONFIDENCIALIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS

A confidencialidade é um dos aspectos mais cativantes do procedimento arbitral. Da mesma forma que os clientes desejam negociar e contratar em sigilo, o desejo de uma resolução de conflitos privada pode surgir. Isto porque, muitas vezes, se discute em um litígio segredos de empresa e aspectos concorrenciais, os quais podem ser valiosos e ter um valor de mercado agregado. Assim, nas arbitragens pode-se convenicionar que a existência do litígio, as partes envolvidas, o valor da causa e os valores despendidos, as provas produzidas, os atos procedimentais e o resultado da sentença serão mantidos em sigilo.

Nesse sentido, verificamos que, em pesquisa empírica realizada em 2018 pela Universidade Queen Mary de Londres e pelo escritório global White&Case, dos 1.064 entrevistados, 36% apontaram a confidencialidade e privacidade como as características mais valiosas da arbitragem internacional, atrás da possibilidade de execução das sentenças arbitrais (64%), da possibilidade de se evitar um sistema jurídico nacional (60%), da flexibilidade do procedimento arbitral (40%) e da possibilidade de as partes escolherem seus árbitros (39%).

## AS CARACTERÍSTICAS MAIS VALIOSAS DA **ARBITRAGEM INTERNACIONAL**

(Fonte: Universidade Queen Mary de Londres e Escritório White&Castle, 2018)





A nossa lei de arbitragem brasileira não possui uma previsão expressa de confidencialidade do procedimento arbitral. No entanto, as instituições arbitrais preveem, em sua grande maioria, nos seus regulamentos arbitrais que o procedimento se dará de forma sigilosa. É o caso, por exemplo, do art. 14 do Regulamento de Arbitragem do CAM-CCBC de 2012 e do art. 13.1. do Regulamento de Arbitragem da CAMARB de 2019. Caso o regulamento não tenha essa disposição, recomendamos que, na assinatura do termo de arbitragem, a confidencialidade do procedimento e de seus atos seja acordada pelas partes. Por isso, recomendamos que você se certifique previamente se o regulamento contém regras sobre sigilo dos atos processuais.

No entanto, o sigilo e a confidencialidade poderão ser afastados em uma hipótese: com o advento da Lei nº 13.129/15, que modificou a nossa lei de arbitragem, submete-se a arbitragem envolvendo a administração pública ao princípio da publicidade. Em outras palavras, poderão ser divulgadas à sociedade questões e informações que sejam de relevante interesse social.

### 3.1.4. FLEXIBILIDADE DO PROCEDIMENTO

É comum escutarmos que o procedimento arbitral é *'tailor to suit'*. Isso porque, na arbitragem, o Código de Processo Civil não será obrigatoriamente aplicado (a não ser que as partes queiram), sendo os litigantes livres para construir o procedimento como desejarem. Assim, poderão dispor sobre os mais variados aspectos procedimentais, como, por exemplo, o idioma, as leis aplicáveis, os prazos processuais, o local de realização dos atos procedimentais, a produção de provas, dentre outros. Dessa maneira, as partes poderão *'moldar'* o procedimento para que ele atenda da melhor maneira ao seu conflito, podendo adaptá-lo às suas necessidades concretas e específicas.

Uma consequência da flexibilidade do procedimento é que os regulamentos das câmaras arbitrais pouco regulam o lado procedimental da arbitragem. Isso ocorre, porque a competência para construir o procedimento e definir suas balizas será das partes à luz

do seu litígio. Nesse sentido, é possível que as partes definam que o procedimento não terá oitiva de testemunhas, ou então optar pela produção de documentos na modalidade *'discovery'*, originária da *Common Law*, dentre outros. Somente nas hipóteses de delegação da regulação do procedimento ao tribunal arbitral ou de ausência de estipulação do procedimento pelos litigantes é que os árbitros poderão definir o procedimento arbitral.

Outro efeito da flexibilidade do procedimento, muito interessante e apelativo aos nossos clientes atarefados é que, em uma arbitragem, é possível a realização de atos processuais na modalidade remota caso assim seja acordado pelas partes. Dessa maneira, pode-se proceder com a fase instrutória e com a realização de conferências, reuniões e audiências via tele e videoconferências.

### 3.1.5. LIBERDADE NA ESCOLHA DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Conforme mencionamos no ponto anterior, uma das consequências da flexibilidade do procedimento arbitral é a possibilidade de as partes escolherem as leis aplicáveis à arbitragem. Nesse ponto, nos referimos não apenas à lei procedimental (que regulará os aspectos processuais), como também à lei material (que regulará os aspectos substantivos).

Ao falarmos de arbitragens internacionais, tais sendo aquelas que envolvem mais de um ordenamento jurídico, essa flexibilização legal torna-se especialmente atrativa. Nesses procedimentos internacionais, é comum termos um encontro de diferentes culturas jurídicas: cada parte poderá ser de um país diferente, o tribunal arbitral poderá ser composto por árbitros com distintas formações jurídicas e a câmara de arbitragem poderá ser de um país terceiro. Com a possibilidade de escolha das leis, torna-se viável contemplar essas diferentes culturas jurídicas. Nesse sentido, é possível que, por exemplo, uma parte brasileira e outra inglesa litigando em uma arbitragem administrada pela CCI escolham a

lei procedimental e substantiva espanhola para dirimir o seu conflito, visto que, na visão das partes, ela seria a mais adequada.

Em arbitragens domésticas, é possível, também, que as partes elejam leis estrangeiras para regular o seu conflito, no entanto entendemos ser mais adequado optar pela aplicação do direito nacional, visto que é a lei com a qual estamos mais acostumados e, portanto, podemos conduzir a arbitragem com mais propriedade.

Além disso, a Lei de Arbitragem prevê que as partes poderão escolher se a arbitragem será de direito ou de equidade. A **arbitragem de direito** é aquela na qual os árbitros seguem as normas do ordenamento jurídico para solucionar a demanda, ao passo que na **arbitragem de equidade** os árbitros podem buscar a solução considerada mais justa, não sendo esta necessariamente convergente com o ordenamento jurídico. No entanto, em se tratando de arbitragem que envolva a administração pública direta ou indireta, ela será sempre de direito, sendo vedada a por equidade.

## 3.2. Quais as desvantagens da arbitragem em relação ao processo judicial?

### 3.2.1. CUSTO ELEVADO A CURTO PRAZO

Normalmente, quando falamos em arbitragem, a reação automática do ouvinte é responder com a frase: “mas a arbitragem é bem cara, não?”. Realmente, os custos da arbitragem a curto prazo, quando comparados com uma ação judicial, podem ser bem mais elevados, de modo que nem sempre a relação custo-benefício irá pender para o procedimento arbitral.

Por que falamos em um alto custo a curto prazo? No início da arbitragem, as partes deverão depositar para a câmara arbitral uma quantia, que corresponderá à soma da taxa de registro (exigível pela maior parte das instituições) mais o fundo de despesas (exigível por algumas câmaras), a taxa de administração e os honorários do tribunal arbitral. As últimas duas taxas irão variar de acordo com o valor da causa, de modo que, quanto mais caro for o conflito, mais elevado será o valor do depósito.

Apenas ilustrando, em uma arbitragem administrada pelo CAM-CCBC com um tribunal arbitral composto por três árbitros e valor da causa de R\$ 1.000.000,00, o requerente pagaria a título de custos R\$ 174.625,00 e o requerido R\$ 170.625,00. Já em uma arbitragem administrada pela CAMARB também com um tribunal composto por três árbitros e valor da causa de R\$1.000.000,00, o requerente pagaria a título de custos R\$ 75.528,45 e o requerido R\$ 70.528,45. Percebe-se que o requerente normalmente pagará um valor maior de custos, pois é responsável pelo pagamento da taxa de registro. Caso você queira fazer uma estimativa do valor dos custos, algumas câmaras arbitrais disponibilizam em seus sites calculadoras de custos.

Em 2012, o Comitê Brasileiro de Arbitragem realizou uma pesquisa empírica com 158 entrevistados, na qual 60% dos entrevistados nomearam os custos como a pior característica da arbitragem. Na mesma pesquisa da Universidade Queen Mary de Londres e do escritório White&Case mencionada acima, os custos também foram eleitos a maior desvantagem da arbitragem, de acordo com 67% dos entrevistados.

### 3.2.2. ÁRBITROS NÃO PODEM PRATICAR MEDIDAS EXECUTIVAS

O procedimento arbitral equivale ao processo de conhecimento judicial, não abarcando o processo de execução. Dessa maneira, dada a natureza da arbitragem, o árbitro ou tribunal arbitral não terá poder de ‘imperium’, isto é, não poderá forçar que uma das partes cumpra ou deixe de cumprir determinada ordem.

Logo, durante o curso do procedimento ou após a prolação da sentença, toda vez que o árbitro ou o tribunal proferir uma ordem para uma das partes, deverá buscar auxílio do poder judiciário através da ‘carta arbitral’, muito similar à ‘carta precatória’ presente no processo judicial. Percebe-se que esse aspecto não mandamental da arbitragem pode, em determinados litígios, se tornar uma verdadeira pedra no caminho, já que, até o tribunal arbitral conseguir contato com o poder judiciário para determinar a execução de determinado ato, poderá transcorrer um bom período. E sabemos que, muitas vezes, a demora poderá ocasionar danos ao cliente.

### 3.2.3. ESCASSEZ DE PROFISSIONAIS APTOS A ATUAR COM ARBITRAGEM

Por mais que a nossa lei de arbitragem tenha em torno de 24 anos, o instituto é considerado novo no ordenamento jurídico brasileiro quando comparado com os anos de desenvolvimento do poder judiciário. Por esse motivo, o número de profissionais considerados ‘arbitralistas’, tais sejam juristas estudiosos do instituto e praticantes, é, ainda, baixo, se comparado com os advogados brasileiros que atuam junto aos tribunais. Consequentemente, o que verificamos é que a alta demanda do mercado por profissionais com conhecimento e prática em arbitragem, aliada à baixa oferta de arbitralistas até então, resulta em valores de honorários advocatícios normalmente superiores aos de advogados que atuam apenas no poder judiciário.

Notamos que, nos últimos anos, o interesse acadêmico pelo tema por parte dos estudantes e de jovens advogados vem crescendo em função das competições de arbitragem. No entanto, até que tal geração consiga ocupar uma posição de destaque no mercado de trabalho, e, assim, aumentar a oferta de profissionais arbitralistas, ainda levará um tempo.

# 4

---

## **CUIDADOS QUE VOCÊ DEVE TOMAR** QUANDO COGITAR O USO DA ARBITRAGEM



*Caso você esteja cogitando a inclusão de uma cláusula arbitral no contrato do seu cliente, é preciso tomar bastante cuidado com alguns detalhes, que, se não forem bem observados, poderão causar sérios problemas ao cliente, especialmente de ordem econômica.*

*Pensando nisso, apresentamos a seguir algumas dicas e orientações práticas que poderão guiá-lo nesse processo de escolha de uso da arbitragem em um contrato.*

## **4.1. Questões que precisam ser observadas durante a elaboração dos contratos**

### **4.1.1. VALOR E COMPLEXIDADE DO CONTRATO**

A primeira questão a ser observada pelo(a) advogado(a) é o valor e a complexidade do contrato. Se o contrato possuir um valor econômico irrisório e tratar de uma relação jurídica simples, isso pode fazer com que os custos da arbitragem sejam mais elevados que o próprio valor do contrato, o que eventualmente causará um enorme prejuízo econômico para o seu cliente.

Portanto, quanto maior for o valor, a complexidade e a especificidade do contrato, maior será a tendência para recomendar o uso da arbitragem.



Para exemplificarmos, podemos pensar nas duas seguintes hipóteses: de um lado, temos um contrato de R\$ 1 bilhão que visa à construção de uma mega infraestrutura de transmissão de energia elétrica; de outro lado, temos um contrato de compra e venda de um carro no valor de R\$ 50 mil. A diferença entre esses dois cenários é abissal, não é mesmo? A primeira hipótese envolve uma relação contratual mais sofisticada que a segunda, sendo que o prejuízo de levar o primeiro contrato a um juiz togado seria bem maior do que na segunda situação.

Não existe um valor mínimo para que um contrato possa ser ou não arbitrável, de modo que isso dependerá muito de cada caso. Mas se pudéssemos apontar um valor mínimo, que seja **superior a R\$ 10 milhões**, não devendo o(a) advogado(a), nessa análise, deixar de lado também a questão da complexidade do contrato e da necessidade ou não de uma solução célere para o conflito. É claro que pode haver exceções, mas aquele valor já serve como uma boa referência.

Em síntese, procure reservar a arbitragem apenas para os contratos de maior valor econômico e que tratem de questões bastante complexas.

### 4.1.2. ADEQUADA COMPREENSÃO DA NATUREZA DAS OBRIGAÇÕES DO CONTRATO

A segunda questão que merece atenção do(a) advogado(a) é a adequada compreensão da natureza das obrigações do contrato. Basicamente, existem três tipos de obrigações em nossa legislação, sendo elas: (i) as obrigações de dar; (ii) as obrigações de fazer; (iii) e as obrigações de não fazer.

É possível que um contrato tenha uma obrigação principal de uma determinada espécie combinada com obrigações acessórias e anexas de outras espécies. Aliás, na maioria dos casos é assim que funciona. Basta pensar em um contrato cuja obrigação principal de uma das partes é a realização do pagamento de uma determinada quantia em dinheiro na data de seu vencimento (obrigação de dar) e que tenha uma obrigação anexa de sigilo para que ambas as partes não revelem os termos desse contrato para terceiros (obrigação de não fazer).

Se a obrigação, seja ela principal, acessória ou anexa, for certa, líquida e exigível, possuindo todos os requisitos legais de um título executivo, talvez a arbitragem não seja o caminho mais indicado. O mesmo ocorre quando a satisfação de uma obrigação, na hipótese de inadimplemento, dependa unicamente do uso da força ou de medida coercitiva pela autoridade pú-

blica sem precisar passar pelo processo de conhecimento. Em ambos os casos, faz mais sentido ingressar diretamente com o processo de execução junto ao Poder Judiciário. Do contrário, certamente haverá desperdício de tempo e dinheiro do seu cliente.

Por outro lado, se a demanda do cliente estiver mais relacionada à declaração, extinção ou modificação de um direito ou, ainda, à formação de um título executivo, ou seja, terá que passar pelo processo de conhecimento, a arbitragem pode ser, sim, uma alternativa viável.

Em resumo, busque destinar a arbitragem somente àquelas ocasiões em que a obrigação precisa ser discutida previamente em um processo de conhecimento, já que o árbitro não tem poder suficiente para determinar a prática de atos executivos sem o auxílio do Poder Judiciário.

Uma valiosa dica é inserir exceções na própria cláusula arbitral, especificando quais obrigações previstas no contrato dispensam o uso da arbitragem em caso de litígio e que, dessa forma, poderão ser executadas imediatamente pelo Poder Judiciário.

### 4.1.3. ANTECIPAR EVENTUAIS PONTOS DE CONFLITO DO CONTRATO

Outra dica que pode ser muito útil no processo de escolha de uso da arbitragem é antecipar, na medida do possível, eventuais pontos de conflito do contrato. É claro que, quando se está celebrando um contrato, espera-se que haja cooperação entre as partes para que elas consigam alcançar os objetivos pretendidos. De regra, ninguém assina um contrato esperando que aconteça o litígio, salvo se a parte estiver de má-fé.

Todavia, não raras as vezes podem surgir conflitos, das mais variadas ordens, ao longo da relação contratual que, se não forem amigavelmente superados, fazem necessária a intervenção de uma autoridade decida pelas partes, como é o caso da arbitragem e do processo judicial.

Para não ficar só na teoria, imagine que um dos principais pontos de conflito identificados no contrato venha a ser a validade de uma determinada cláusula, a qual foi amplamente questionada no momento da negociação, e, mesmo assim, foi assinado pelo seu cliente. Caso seja necessário litigar, estaremos diante de uma

pretensão de natureza constitutiva, ou seja, que tem por objetivo extinguir ou modificar uma situação jurídica (decretação da nulidade ou revisão da cláusula). Talvez aí a arbitragem possa ter bastante utilidade se não necessitar, na sequência, de auxílio do Poder Judiciário para execução de medidas coercitivas.

Agora, se o principal ponto de conflito identificado for, por exemplo, o risco de inadimplemento de uma dívida certa, líquida e exigível de um devedor conhecido na praça como contumaz, possuindo o contrato todas as características de um título executivo, é provável que a arbitragem não seja a melhor opção.

Por isso, é importante que o(a) advogado(a) reflita e identifique os pontos mais sensíveis do contrato quando de sua negociação ou elaboração. Com isso, o(a) advogado(a) terá maior compreensão dos pontos que poderão ser objeto de litígio, assim como terá melhores condições para escolher o uso da arbitragem de maneira estratégica.

#### 4.1.4. ANTECIPAR OS MEIOS DE PROVAS QUE PODERÃO SER NECESSÁRIOS EM CASO DE CONFLITO

Também merece destaque do(a) advogado(a) a importância de se antecipar os eventuais meios de provas que poderão ser necessários em caso de conflito. Se daqueles pontos de conflito anteriormente antecipados no contrato você prever a necessidade da produção de uma prova pericial extremamente técnica, isto é, aquela do tipo que o juiz estatal provavelmente não deve possuir familiaridade com a matéria e que certamente terá dificuldades para interpretar as informações do laudo pericial, então, neste caso, a arbitragem pode ser uma boa recomendação. Isso porque, na arbitragem, é comum que, além do perito, as partes indiquem as chamadas *'expert witnesses'*, isto é, testemunhas indicadas por cada litigante, as quais exporão a sua visão técnica acerca do problema.

Você se lembra daquele contrato bilionário que tem por objeto a construção de uma mega infraestrutura de transmissão de energia elétrica que referimos anteriormente? Se o conflito girar em torno da forma como a obra foi executada, possivelmente será necessário a produção de prova técnica, não é mesmo?

Nesse sentido, é mais provável que um árbitro com conhecimento técnico na área seja mais qualificado para interpretar os laudos pericial e técnico e, portanto, tenha melhores condições para proferir uma sentença mais justa se comparada à decisão do juízo da vara única daquela longínqua Comarca.

Por outro lado, se o meio de prova necessário for exclusivamente a oitiva de uma única testemunha, visto que a prova documental não está bem constituída, será que vale a pena levar o conflito à arbitragem? Aqui, é fundamental ponderar possíveis ganhos e perdas com esse procedimento, bem como o grau de complexidade da matéria em conflito.

#### **4.1.5. PONDERAR A RELAÇÃO DE CUSTO E BENEFÍCIO EM CASO DE ACIONAMENTO DA CLÁUSULA ARBITRAL**

Sempre que o(a) advogado(a) pretender acionar a cláusula arbitral, é indispensável que seja capaz de ponderar os custos e os benefícios dessa decisão. Conforme informado anteriormente, um dos pontos negativos da arbitragem, quando comparada com o poder judiciário, é seu elevado custo a curto prazo.

Quando se aciona a cláusula arbitral, o(a) advogado(a) precisa estar ciente de que poderá haver o desembolso daqueles valores por parte de seu cliente.

Isso pode fazer com o seu cliente incorra em um custo de oportunidade pior do que o eventual custo de oportunidade de ter optado pela via judicial, isto é, tenha que abrir mão de algo para poder litigar por meio da arbitragem. Nesse caso, quando mencionamos ‘abrir mão de algo’, queremos dizer que, a não ser que a parte opte por financiar os custos da arbitragem, ela irá imobilizar uma significativa quantia de dinheiro logo no início do procedimento arbitral a título de custos, a qual poderia ser destinada a outro fim social, como, por exemplo, realizar um investimento na empresa, honrar suas dívidas com terceiros, dentre outros.

Nesse caso, não pense que há uma alternativa ao pagamento dessa alta quantia no início do procedimento: caso o seu cliente não efetue o pagamento da sua parcela das custas ou não contrate um financiamento para o valor, a arbitragem será suspensa, de modo que a sentença arbitral estará cada vez mais distante. Apenas na eventualidade de seu cliente sair vencedor da arbitragem é que ele terá acesso novamente ao valor – isso se a contraparte pagar os ônus de sucumbência.

Uma dica que pode auxiliar você nesse processo de ponderação é avaliar o tempo que o cliente tem à disposição para esperar ou ficar privado do bem ou direito a ser objeto do litígio.

No Brasil, um processo judicial pode durar, em média, mais de três anos; a arbitragem, por sua vez, pode durar de um a dois anos, a depender da câmara escolhida e do comportamento proativo e colaborativo das partes e do tribunal.

Sendo assim, se o cliente puder aguardar ou ficar privado de um determinado bem ou direito por mais de dois anos, talvez a escolha pela arbitragem não se mostre tão vantajosa em termos de custo e benefício. Por outro lado, se o fator tempo for crucial para o seu cliente, a arbitragem pode ser recomendada.

*Nesta seção, vamos apresentar algumas questões práticas que precisam ser observadas pelo(a) advogado(a) durante a redação da cláusula arbitral.*

## 4.2. Questões que precisam ser observadas durante a redação da cláusula arbitral

### 4.2.1. ELEMENTOS BÁSICOS DA CLÁUSULA ARBITRAL

Quando a arbitragem é convencionalizada por meio de cláusula arbitral, é necessário que esta contenha, no mínimo, as seguintes informações:

- i.** Indicação do que será objeto da arbitragem;
- ii.** Indicação da Câmara de Arbitragem e seu respectivo Regulamento;
- iii.** Número de árbitros, sempre em número ímpar;
- iv.** A cidade que sediará a arbitragem;
- v.** O idioma da arbitragem;
- vi.** Lei aplicável da arbitragem ou se ela será por equidade.



Para não haver falhas, uma dica é simplesmente utilizar o modelo de cláusula padrão detalhada da Câmara de Arbitragem indicada pelas partes.

Outras informações também poderão ser adicionadas na cláusula arbitral, tais como:

- i.** Indicação da especialidade dos árbitros;
- ii.** Órgão judiciário competente para execução da sentença arbitral ou para realizar pedidos de tutela provisória de urgência ou de evidência;
- iii.** Possibilidade de praticar atos processuais por meio on-line;
- iv.** Indicação de cláusulas do contrato que não estarão sujeitas a arbitragem, especialmente no que se refere às obrigações que independem de um prévio processo de conhecimento.

### 4.2.2. NÚMERO DE ÁRBITROS NECESSÁRIOS

A questão do número de árbitros é bastante simples: quanto maior a complexidade do litígio, maior deve ser o número de árbitros, **sempre em número ímpar**. Se um conflito envolver temas multidisciplinares, talvez seja necessário três ou mais árbitros com conhecimento diferente. Da mesma maneira, caso se trate de um contrato internacional, pode ser interessante indicar um tribunal arbitral para que cada árbitro tenha a formação jurídica de uma das partes.

Por outro lado, se o conflito envolver apenas um único tema mais simples e um único ordenamento jurídico, o árbitro único já pode ser suficiente. No entanto, importa reforçar que, quanto maior o número de árbitros, maior será a despesa com os honorários destes. Por isso, preste muita atenção!

### 4.2.3. ESCOLHA DA SEDE DA ARBITRAGEM

Toda arbitragem possui uma sede, que é o local em que, normalmente, a arbitragem se desenvolve e a sentença é proferida. Porém, nem sempre a sede coincide com o direito aplicável ou, até mesmo, com o local em que os atos processuais deverão ser praticados.

Nada impede, por exemplo, que as partes convençam que a arbitragem será regida pelo direito brasileiro, conduzida no idioma inglês, sediada na capital de São Paulo, mas com atos processuais a serem praticados em Paris.

Pois então, qual é a finalidade da sede? Sua principal função é indicar o foro competente para realizar eventual controle judicial da legalidade da arbitragem em matéria processual, a exemplo da nulidade da sentença arbitral, já que a apreciação de questões de direito material é de competência do árbitro.

Assim, nossa dica é que você defina a sede da arbitragem, preferencialmente, no local de residência do seu cliente, principalmente em uma arbitragem internacional. A ideia é que você sempre escolha uma sede com a qual possua familiaridade com o direito local e com a qual a equipe jurídica que auxiliará seu cliente na arbitragem já tenha prática.

*Neste momento, nosso foco é apresentar a você algumas dicas e orientações práticas em caso acionamento da cláusula arbitral, isto é, na hipótese de surgimento de um conflito entre as partes.*

## **4.3. Questões que precisam ser observadas na eventualidade do surgimento de conflito a ser resolvido pela arbitragem**

### **4.3.1. INDICAR PROFISSIONAL COM EXPERIÊNCIA EM ARBITRAGEM PARA LIDERAR O CASO**

O ecossistema da arbitragem é, de fato, um ambiente bastante restrito e relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro, o que faz com que haja a escassez de profissionais especializados e familiarizados com procedimentos arbitrais.

Apesar disso, recomendamos que, na eventualidade do surgimento de conflito a ser resolvido pela arbitragem, seja indicado um profissional com experiência para liderar o caso. Isso porque, o profissional experiente já saberá como funciona o procedimento arbitral, provavelmente conhecerá os advogados da contraparte e o tribunal arbitral e, dessa maneira, será mais ágil e eficiente na condução do caso.

Isso não significa que não possa ter profissionais menos experientes trabalhando junto, afinal, é somente com a prática que se adquire experiência. O que estamos sugerindo é que o caso seja liderado por alguém que tenha, de fato, experiência. Assim, os profissionais menos experientes poderão aprender e adquirir experiência com aquele profissional mais experiente.

### 4.3.2. AJUSTAR REGRAS DE SUCUMBÊNCIA

Muitas vezes, os regulamentos das Câmaras de Arbitragem são omissos quanto ao assunto “sucumbência”. Por isso, é muito importante que, no momento da assinatura do “termo de arbitragem” (um documento que delimita a controvérsia e organiza arbitragem, a semelhança do “despacho saneador” no processo civil), as partes ajustem as regras de sucumbência.

Basicamente, há duas maneiras de se ajustar essas regras: **(i)** a parte vencida ficará responsável pelas custas e honorários dos árbitros, devendo ressarcir a parte vencedora em caso de adiantamento de despesas; **(ii)** ou as custas e os honorários dos árbitros serão rateados igualmente entre as partes.

E qual das duas é a melhor opção? A resposta é: depende.

Se você for advogado da parte autora, ou seja, de quem solicita a arbitragem, caso tenha provisionado uma possível vitória, a primeira opção é a mais vantajosa para o seu cliente. Por outro lado, se você é advogado da parte ré e tenha provisionado uma possível perda, a segunda opção pode ser economicamente interessante.

### 4.3.3. DEFINIR OS MEIOS DE PROVAS QUE SERÃO PRODUZIDOS AO LONGO DA ARBITRAGEM

Você se lembra da nossa dica sobre antecipar os meios de provas que poderão ser necessários em caso de conflito? Pois então, é aqui que ela entrará em campo.

Assim como o ajuste das regras de sucumbência, é interessante que você procure definir, já no termo de arbitragem, as provas que deverão ser produzidas ao longo do procedimento. Conforme mencionamos anteriormente, uma das vantagens da arbitragem é a flexibilidade do procedimento arbitral. Dessa maneira, é possível que os litigantes acordem quais os meios de provas serão adotados ao longo do procedimento, podendo, inclusive, excluir determinado meio de prova indesejado, longo e custoso, como em muitos casos é a prova testemunhal.

Indicamos a adoção de dois instrumentos comuns em arbitragens internacionais que auxiliam muito as partes na fase instrutória: o primeiro é o chamado *'redfern schedule'* e o segundo é o *'chess clock'*.

O ***'redfern schedule'*** nada mais é do que uma tabela produzida pelas partes e entregue ao tribunal no início da fase instrutória, na qual as partes irão indicar todas as provas que desejam produzir e qual a sua relevância para a arbitragem, bem

como poderão se manifestar em relação aos pedidos de produção de provas da contraparte. Este é um instrumento prático e que certamente fará a diferença na organização do procedimento, contribuindo para uma arbitragem mais célere e com custos menores.

O **‘chess clock’** também é um instrumento organizacional, no entanto relacionado à prova testemunhal. Com a sua adoção, as partes irão pré-definir o tempo que cada testemunha terá para ser interrogada pelas partes e pelo tribunal arbitral, o que evita que a fase instrutória seja demasiadamente longa por divagações dos litigantes.

Caso você tenha mais interesse sobre o tema da produção de provas em arbitragem e suas ferramentas para garantir a eficiência do procedimento arbitral, recomendamos a leitura da obra “Soft Law e Produção De Provas Na Arbitragem Internacional”, escrita pelo arbitralista André Abbud sob coordenação do Prof. Carlos Alberto Carmona, um dos maiores arbitralistas brasileiros da atualidade.

Tratam-se de poderosas dicas para economizar tempo e dinheiro do seu cliente, evitando-se a produção de provas que em nada contribuirá ou influirá com a resolução do caso em litígio.

#### **4.3.4. ESTABELECEER UM CRONOGRAMA DE ATIVIDADES PARA REDUZIR O CUSTO DA ARBITRAGEM**

Nossa última recomendação é, ainda no termo de arbitragem, estabelecer, em conjunto com a parte contrária e os árbitros nomeados, um cronograma de atividades que serão realizadas durante o procedimento arbitral.

O fundamento é o mesmo que o da dica anterior: otimização de tempo e de recursos do seu cliente, de modo a evitar a prática de atos meramente protelatórios.



# 5

---

---

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esperamos que, com a leitura deste manual, você seja capaz de utilizar a arbitragem com mais eficiência. E tenha sempre em mente: a arbitragem não é para todo contrato e para todo litígio. Recomendamos que você busque reservar a arbitragem apenas para os casos complexos, relevantes e que dependam de uma solução célere e, sempre, faça uma análise do custo-benefício do juízo arbitral à luz do seu litígio concreto.

**Nosso muito obrigado!**



ADVOGADOS

[contato@baptistaluz.com.br](mailto:contato@baptistaluz.com.br)

[www.baptistaluz.com.br](http://www.baptistaluz.com.br)

