

A Note on Translations

This document was originally prepared in English by a working group of the International Bar Association and was adopted by IBA Council Resolution.

In the event of any inconsistency between the English language versions and the translations into any other language, the English language version shall prevail.

The IBA would like to acknowledge the work of Eduardo Damião Gonçalves and Daniel Aun in respectively preparing and reviewing this text.



the global voice of
the legal profession

International Bar Association
4th Floor, 10 St Bride Street
London EC4A 4AD
United Kingdom

Tel: +44 (0)20 7842 0090
Fax: +44 (0)20 7842 0091

www.ibanet.org

Diretrizes da IBA para a Redação de Cláusulas de Arbitragem Internacional

*Adotadas por resolução
do Conselho da IBA¹
7 de Outubro de 2010
International Bar Association*



A presente tradução foi preparada por Eduardo Damião Gonçalves, com a colaboração e revisão de Daniel Aun. A IBA e o seu Comitê de Arbitragem os agradecem por sua participação.

¹ Tradução não oficial. Em caso de qualquer discrepância, por favor, consulte a versão original em inglês.

International Bar Association
10th Floor, 1 Stephen Street
London W1T 1AT
United Kingdom
Tel: +44 (0) 20 7691 6868
Fax: +44 (0) 20 7691 6544
www.ibanet.org

ISBN: 9780948711213

Todos os direitos Reservados

© International Bar Association 2010

Nenhuma parte do material protegido por esta notificação de direito autoral poderá ser reproduzida ou utilizada de qualquer forma ou por quaisquer meios, eletrônicos ou mecânicos, incluindo fotocópias, gravações, ou qualquer sistema de armazenamento ou recuperação de informação, sem a permissão por escrito do detentor do direito autoral.

Índice

Membros do Grupo de Trabalho
i

Sobre o Comitê de Arbitragem
iii

Prefácio
1

AS DIRETRIZES
4



Membros do Grupo de Trabalho para a Redação de Cláusulas de Arbitragem Internacional

Paul Friedland
Presidente
White & Case LLP
Nova York, EUA

R Doak Bishop
King & Spalding LLP
Houston, EUA

Karim Hafez
HAFEZ
Cairo, Egito

Adriano Jucá
Construtora Norberto Odebrecht
São Paulo, Brasil

Carole Malinvaud
Gide Loyrette Nouel A A R P I
Paris, França

Sundares Menon
Rajah & Tann LLP
Singapura, Singapura

Jean-Claude Najjar
GE Capital
Paris, França

William W Park
Boston University
Boston, EUA

Anne-Véronique Schlaepfer
Schellenberg Wittmer
Genebra, Suíça

Eduardo Silva Romero
Dechert LLP
Paris, França

Stephen E Smith
Lockheed Martin Space Systems Company
Denver, EUA

Matthew Weiniger
Herbert Smith LLP
Londres, Inglaterra

Damien Nyer (Secretário)
White & Case LLP
Nova York, EUA

Sobre o Comitê de Arbitragem

Estabelecido dentro da Divisão de Prática Legal da *International Bar Association* e dedicado à legislação, práticas e procedimentos relacionados à arbitragem de disputas transnacionais, o Comitê de Arbitragem conta atualmente com mais de 2.300 membros de mais de 90 países, e o número de associados cresce constantemente.

Através de suas publicações e conferências, o Comitê busca compartilhar informações sobre arbitragem internacional, promover seu uso e aprimorar sua efetividade. O Comitê mantém subcomitês permanentes e, conforme o caso, cria Grupos de Trabalho para tratar de questões específicas. À época da publicação destas Diretrizes, o Comitê conta com quatro subcomitês, a saber, o Subcomitê sobre Regras de Provas, o Subcomitê sobre Arbitragens de Investimento, o Subcomitê sobre Conflitos de Interesse, e o Subcomitê sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais; além de dois grupos de trabalho: o Grupo de Trabalho sobre Ética dos Advogados em Arbitragem Internacional e o Grupo de Trabalho para a Redação de Cláusulas de Arbitragem Internacional.

Prefácio

A resolução de controvérsias por arbitragem é uma característica importante do cenário legal ao redor do mundo. Subjacente ao procedimento arbitral haverá, em praticamente todos os casos, uma cláusula arbitral, a partir da qual as partes acordam não somente a intenção de ter suas disputas resolvidas por arbitragem, mas também aspectos do procedimento que desejam adotar. À luz disso, assegurar uma cláusula arbitral efetiva, que reflita as necessidades e as vontades das partes, é um passo crucial do processo.

As Diretrizes IBA para a Redação de Cláusulas de Arbitragem Internacional (“Diretrizes da IBA sobre Cláusulas Arbitrais”) foram elaboradas para auxiliar na obtenção de cláusulas arbitrais que incorporem a vontade das partes sem ambiguidades. Elas refletem nosso entendimento das melhores práticas internacionais atuais e fornecem tanto um marco geral quanto disposições específicas para os redatores de cláusulas de arbitragem internacional. Sem buscar serem determinantes sobre quais escolhas detalhadas as partes devem fazer, as Diretrizes estão elaboradas para garantir que as partes conheçam quais são os elementos essenciais de uma cláusula eficaz e quais as características do processo que estão abertas para que as partes determinem com antecedência. As Diretrizes da IBA sobre Cláusulas Arbitrais informam às partes tanto as escolhas disponíveis quanto as armadilhas a serem evitadas.

As Diretrizes da IBA sobre Cláusulas Arbitrais abordam alguns dos problemas mais complexos de redação, que surgem quando uma cláusula arbitral vai além do arranjo bipartite típico e envolve múltiplas partes e/ou múltiplos contratos coligados. Como resultado, as Diretrizes da IBA sobre Cláusulas Arbitrais são aplicáveis e apropriadas não somente para cláusulas arbitrais simples e diretas, mas também para as mais complexas e, certamente, para o espectro existente entre as duas.

Conforme será explicado na Introdução a seguir, as Diretrizes da IBA sobre Cláusulas Arbitrais estão dispostas de forma a facilitar o seu uso. Elas abordam não somente as diretrizes básicas acerca dos elementos essenciais de uma cláusula arbitral, mas também, nas seções subsequentes, aquelas características que são consideradas “opcionais”, tais como as cláusulas escalonadas de resolução de

controvérsias, as cláusulas arbitrais multipartes e as cláusulas arbitrais apropriadas para transações envolvendo múltiplos contratos. Um enunciado de cada diretriz é fornecido, complementado por comentários explicativos e incluindo cláusulas específicas recomendadas.

Diferentemente de outras regras e diretrizes previamente publicadas pelo nosso Comitê, as Diretrizes da IBA sobre Cláusulas Arbitrais foram desenvolvidas para auxiliar não somente especialistas em arbitragem, mas, especialmente, advogados internos de empresas e advogados de negócios comumente envolvidos na redação de contratos, sem familiaridade com as complexidades da arbitragem.

Os membros do Grupo de Trabalho da IBA responsável por tais Diretrizes da IBA sobre Cláusulas Arbitrais foram identificados nas páginas anteriores. Gostaríamos de expressar nosso sincero agradecimento e reconhecimento para cada um deles por seu excelente trabalho. Ao elaborar estas Diretrizes da IBA sobre Cláusulas Arbitrais, eles contribuíram para o que esperamos ser um passo significativo na melhoria das perspectivas de que cláusulas arbitrais sejam não somente efetivas, mas também representem de forma precisa e completa a vontade das partes de submeter seus litígios à arbitragem.

As Diretrizes da IBA sobre Cláusulas Arbitrais foram adotadas por resolução do Conselho da IBA em 7 de outubro de 2010. Estão disponíveis em inglês, espanhol e em diversos outros idiomas, além de outras traduções planejadas. Cópias das Diretrizes da IBA sobre Cláusulas Arbitrais podem ser solicitadas à IBA, e estão disponíveis para download no site <http://tinyurl.com/iba-Arbitration-Guidelines>.

Guido S Tawil

Judith Gill, QC

Co-Presidentes, Comitê de Arbitragem

7 de outubro de 2010

As Diretrizes

Índice

I. Introdução	6
II. Diretrizes Básicas de Redação	6
Diretriz 1: As partes devem escolher entre arbitragem institucional e <i>ad hoc</i>	6
Diretriz 2: As partes devem escolher um regulamento de arbitragem e usar a cláusula-modelo recomendada nesse regulamento como ponto de partida.	8
Diretriz 3: Salvo circunstâncias especiais, as partes não devem tentar limitar o escopo das controvérsias sujeitas à arbitragem, devendo definir tal escopo de modo amplo.....	11
Diretriz 4: As partes devem escolher a sede da arbitragem. Essa escolha deve ser baseada em considerações práticas e jurídicas.	13
Diretriz 5: As partes devem especificar o número de árbitros.....	15
Diretriz 6: As partes devem especificar o método de seleção e substituição dos árbitros e, quando optarem por arbitragem <i>ad hoc</i> , devem selecionar uma autoridade nomeadora.....	16
Diretriz 7: As partes devem especificar o idioma da arbitragem.....	19
Diretriz 8: Em geral, as partes devem especificar as regras de direito aplicáveis ao contrato e a quaisquer controvérsias posteriores.....	20

III. Diretrizes para Redação de Elementos Opcionais.....	21
Opção 1: A autoridade do tribunal arbitral e dos tribunais estatais no que diz respeito a medidas cautelares e antecipatórias.....	21
Opção 2: Produção de documentos.....	24
Opção 3: Questões de confidencialidade.....	25
Opção 4: Alocação de custas e honorários.....	27
Opção 5: Qualificações exigidas dos árbitros.....	29
Opção 6: Limites de tempo.....	30
Opção 7: Caráter definitivo da arbitragem.....	31
IV. Diretrizes para Elaboração de Cláusulas Escalonadas de Resolução de Controvérsias.....	32
Diretriz para Cláusulas Escalonadas 1: A cláusula deve especificar um prazo para negociação ou mediação, desencadeado por um evento definido e indiscutível (por exemplo, um requerimento escrito), após o qual qualquer parte poderá recorrer à arbitragem.....	33
Diretriz para Cláusulas Escalonadas 2: A cláusula deve evitar a armadilha de apresentar a arbitragem como facultativa e não como obrigatória.....	34
Diretriz para Cláusulas Escalonadas 3: A cláusula deve definir as controvérsias a serem submetidas à negociação ou mediação e à arbitragem em termos idênticos.....	34
V. Diretrizes para Elaboração de Cláusulas Arbitrais Multiparte.....	37
Diretriz para Arbitragens Multiparte 1: A cláusula deve abordar as consequências da multiplicidade de partes para a nomeação do tribunal arbitral.....	38
Diretriz para Arbitragens Multiparte 2: A cláusula deve abordar as complexidades procedimentais (intervenção e integração de partes na arbitragem) advindas da multiplicidade de partes.....	39

VI. Diretrizes para a Elaboração de Cláusulas Arbitrais para Múltiplos Contratos.....	42
Diretriz para Múltiplos Contratos 1: As cláusulas arbitrais em contratos coligados devem ser compatíveis.....	42
Diretriz para Múltiplos Contratos 2: As partes devem considerar prever ou não a consolidação de procedimentos arbitrais iniciados sob os contratos coligados.....	43

I. Introdução

1. O propósito destas Diretrizes é fornecer uma abordagem sucinta e acessível à redação de cláusulas de arbitragem internacional. Cláusulas arbitrais mal redigidas podem não ser executáveis e frequentemente causam custos e atrasos desnecessários. Ao considerar tais Diretrizes, os redatores de contratos deverão poder garantir que suas cláusulas arbitrais serão eficazes e adequadas às suas necessidades.
2. Estas Diretrizes são divididas em cinco seções (além desta introdução). A primeira seção oferece diretrizes básicas sobre o que fazer e o que não fazer. A segunda seção aborda elementos opcionais que devem ser considerados quando da redação de cláusulas arbitrais. A terceira seção aborda cláusulas escalonadas de resolução de controvérsias que preveem negociação, mediação e arbitragem. A quarta seção trata da redação de cláusulas arbitrais para contratos multipartes, e a quinta seção aborda a elaboração de cláusulas arbitrais em situações envolvendo múltiplos contratos coligados.

II. Diretrizes Básicas de Redação

Diretriz 1: As partes devem escolher entre arbitragem institucional e ad hoc.

Comentários

3. A primeira escolha que as partes devem fazer ao redigir uma cláusula arbitral é entre arbitragem institucional ou *ad hoc*.
4. Na arbitragem institucional (ou administrada), uma instituição arbitral dá assistência na condução do procedimento arbitral, cobrando uma taxa. A instituição pode dar assistência com relação a assuntos práticos, como a organização das audiências, a administração das comunicações e o pagamento dos árbitros. A instituição também pode prestar serviços como nomear um árbitro se uma parte não o fizer, decidir sobre a impugnação de um árbitro e realizar o escrutínio da sentença arbitral. A

instituição, entretanto, não decide o mérito da controvérsia. Essa decisão é deixada totalmente a cargo dos árbitros.

5. A arbitragem institucional pode ser benéfica para partes com pouca experiência na arbitragem internacional. A instituição pode contribuir com um importante *know how* procedimental que ajuda a arbitragem a transcorrer de modo eficaz, podendo, inclusive, auxiliar as partes quando elas deixarem de prever alguma circunstância na redação da cláusula arbitral. Os serviços prestados por uma instituição arbitral geralmente compensam a taxa administrativa relativamente baixa por ela cobrada.
6. Se as partes escolherem uma arbitragem administrada, elas devem procurar uma instituição com boa reputação, principalmente uma que tenha um sólido histórico de administração de casos internacionais. As principais instituições arbitrais têm condições de administrar arbitragens em todo o mundo, e os procedimentos arbitrais não precisam ocorrer na cidade onde a instituição está sediada.
7. Em uma arbitragem *ad hoc* (ou não-administrada), o ônus da condução do procedimento arbitral recai totalmente sobre as partes e sobre os árbitros, depois que esses forem nomeados. Como será explicado mais adiante (Diretriz 2), as partes podem facilitar sua tarefa selecionando um regulamento elaborado para ser utilizado em arbitragens *ad hoc*. Embora uma instituição arbitral não esteja envolvida na condução do procedimento arbitral, como será explicado mais adiante (Diretriz 6), ainda assim é necessário indicar um terceiro neutro (conhecido também por "autoridade nomeadora") para selecionar os árbitros e lidar com possíveis lacunas a respeito das quais as partes não estejam de acordo.

Diretriz 2: As partes devem escolher um regulamento de arbitragem e usar a cláusula-modelo recomendada nesse regulamento como ponto de partida.

Comentários:

8. A segunda escolha que as partes devem fazer quando estiverem redigindo uma cláusula arbitral é a seleção de um regulamento de arbitragem. O regulamento escolhido proverá o marco processual para o procedimento arbitral. Se as partes não optarem por um determinado regulamento de arbitragem, muitas questões procedimentais que podem surgir durante o procedimento deverão ser estabelecidas na própria cláusula arbitral, uma solução que é raramente recomendável e que deve ser feita com assessoria especializada.
9. Quando as partes optarem por arbitragem institucional, a escolha do regulamento de arbitragem deve sempre coincidir com o da instituição arbitral escolhida. Quando as partes optarem por uma arbitragem *ad hoc*, elas podem selecionar um regulamento de arbitragem elaborado para arbitragens não-administradas, como, por exemplo, o regulamento da Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (“CNUDCI” ou “UNCITRAL”). Mesmo se o fizerem, as partes devem ainda designar uma instituição arbitral (ou outra entidade neutra) como autoridade nomeadora para a nomeação dos árbitros (vide parágrafos 31-32 abaixo).
10. Uma vez que o regulamento foi selecionado, as partes devem utilizar a cláusula-modelo recomendada pela instituição ou entidade que o elaborou como ponto de partida para redigir a sua cláusula arbitral. As partes podem adicionar, mas raramente devem retirar elementos da cláusula-modelo. Assim, as partes assegurarão que todos os elementos necessários para que se tenha uma cláusula arbitral válida, executável e eficaz estarão presentes. As partes vão garantirão que a arbitragem será claramente estabelecida como o método exclusivo de resolução de controvérsias no contrato, e que os nomes corretos da instituição de arbitragem e do regulamento escolhido estão sendo utilizados (evitando, assim, confusão ou táticas protelatórias quando uma controvérsia surgir). As partes

devem assegurar que a linguagem adicionada à cláusula-modelo é compatível com o regulamento de arbitragem selecionado.

Cláusula Recomendada:

11. Para uma cláusula de arbitragem institucional, é recomendável acessar o sítio eletrônico da instituição escolhida para usar a cláusula-modelo proposta pela instituição como base para a redação da cláusula arbitral. Algumas instituições também desenvolveram cláusulas que são específicas para certas indústrias (como, por exemplo, a de transporte marítimo).
12. Para uma arbitragem *ad hoc* para a qual foi designado um regulamento de arbitragem, é recomendável acessar o sítio eletrônico da entidade que elaborou tal regulamento para que se use a cláusula-modelo de tal entidade como base para a redação da cláusula arbitral.
13. Já quando as partes contratantes concordarem em realizar uma arbitragem *ad hoc* sem designar um regulamento de arbitragem, a seguinte cláusula poderá ser utilizada para contratos entre duas partes:

Todas as controvérsias decorrentes deste contrato ou com ele relacionadas, incluindo qualquer questão relativa à sua existência, validade ou extinção, serão definitivamente resolvidas por arbitragem.

A sede da arbitragem será [cidade, país].

O idioma da arbitragem será [...].

A arbitragem terá início com um requerimento de arbitragem pelo requerente, entregue ao requerido. O requerimento de arbitragem deverá indicar a natureza da controvérsia e os pedidos.

O tribunal arbitral será composto por três árbitros: um escolhido pelo requerente no seu requerimento de arbitragem, o segundo escolhido pelo requerido

dentro de [30] dias do recebimento do requerimento de arbitragem, e o terceiro, que atuará como presidente do tribunal, escolhido pelas duas partes dentro de [30] dias da escolha do segundo árbitro. Se qualquer um dos árbitros não for escolhido dentro desses prazos, [a autoridade nomeadora designada], mediante pedido de qualquer uma das partes, realizará a(s) nomeação(ões).

Se houver alguma vacância, essa deverá ser preenchida através do método pelo qual o árbitro fora inicialmente indicado. Entretanto, se uma vacância acontecer durante ou depois da audiência de mérito, os dois árbitros remanescentes deverão prosseguir com a arbitragem e proferir a sentença.

Os árbitros deverão ser independentes e imparciais. Qualquer impugnação dos árbitros deverá ser decidida pela [autoridade nomeadora designada].

O procedimento a ser seguido durante a arbitragem será acordado entre as partes ou, na ausência de acordo, determinado pelo tribunal arbitral, após consultar as partes.

O tribunal arbitral será competente para decidir sobre sua própria jurisdição, incluindo qualquer objeção a respeito da existência, validade ou eficácia da cláusula arbitral. O tribunal arbitral poderá fazê-lo por meio de uma decisão preliminar sobre jurisdição ou em uma sentença de mérito, escolhendo o modo que considerar mais apropriado nas circunstâncias do caso.

A revelia de qualquer das partes não impedirá o tribunal arbitral de proferir a sentença.

O tribunal arbitral poderá tomar as suas decisões por maioria. No caso de uma maioria não ser possível, o presidente do tribunal poderá tomar a(s) decisão(ões), atuando como se fosse árbitro único.

Se o árbitro escolhido por uma das partes não participar da arbitragem, ou se recusar a fazê-lo, os

outros dois árbitros poderão dar continuidade ao procedimento e proferir a sentença, se entenderem que a ausência daquele árbitro, ou sua recusa em participar, foi injustificada.

Qualquer sentença do tribunal arbitral será definitiva e vinculante em relação às partes. As partes se comprometem a cumprir qualquer sentença sem demora, e considerar-se-á que renunciaram ao seu direito a qualquer tipo de recurso, na medida em que tal renúncia seja válida. A execução de qualquer sentença poderá ser requerida em qualquer juízo estatal competente.

Diretriz 3: Salvo circunstâncias especiais, as partes não devem tentar limitar o escopo das controvérsias sujeitas à arbitragem, devendo definir tal escopo de modo amplo.

Comentários:

14. O escopo de uma cláusula arbitral se refere ao tipo e âmbito das controvérsias submetidas à arbitragem. Salvo circunstâncias que requeiram o contrário, o escopo de uma cláusula arbitral deverá ser definido amplamente para abranger não só todas as controvérsias “decorrentes” do contrato, mas também as controvérsias “que tenham relação” (ou sejam “relacionadas”) com o contrato. Uma linguagem menos inclusiva acabará por suscitar questionamentos sobre a sujeição de determinada controvérsia à arbitragem.
15. Em determinadas circunstâncias, as partes podem ter boas razões para excluir algumas disputas do escopo da cláusula arbitral. Por exemplo, pode ser apropriado submeter controvérsias a respeito de preço e aspectos técnicos de certos contratos à determinação de peritos, ao invés de arbitragem. Como outro exemplo, licenciadores podem justificadamente desejar manter a opção de buscar ordens de execução específica ou outras medidas cautelares diretamente junto ao poder judiciário no caso de violação dos seus direitos de propriedade intelectual, ou submeter decisões sobre a propriedade ou a validade desses direitos ao poder judiciário.

16. As partes devem ter em mente que, mesmo quando redigidas cuidadosamente, exclusões podem não evitar discussões preliminares sobre a sujeição de uma controvérsia específica à arbitragem. Um pedido pode levantar alguns pontos que estão no escopo da cláusula arbitral e outros que não estão. Para usar um dos exemplos acima, uma controvérsia sobre a propriedade ou validade de direitos de propriedade intelectual no âmbito de um contrato de licenciamento pode também envolver questões sobre inadimplemento e descumprimento contratual, entre outras, o que poderia gerar problemas jurisdicionais intrincados nas situações em que certas controvérsias foram excluídas da arbitragem.

Cláusulas Recomendadas:

17. As partes irão assegurar que o escopo da sua cláusula arbitral é amplo pela utilização da cláusula-modelo associada ao regulamento de arbitragem selecionado.
18. Se as partes não usarem uma cláusula-modelo, a seguinte cláusula deve ser utilizada:

Todas as controvérsias decorrentes deste contrato ou com ele relacionadas, incluindo qualquer questão relativa à sua existência, validade ou extinção, serão definitivamente resolvidas por arbitragem, de acordo com [o regulamento de arbitragem selecionado].

19. Excepcionalmente, se houver circunstâncias especiais e as partes quiserem limitar o escopo das controvérsias sujeitas à arbitragem, a seguinte cláusula pode ser usada:

Exceto pelas questões especificamente excluídas da arbitragem neste contrato, todas as disputas decorrentes deste contrato ou com ele relacionadas, incluindo qualquer questão relativa à sua existência, validade ou extinção, serão definitivamente resolvidas por arbitragem, de acordo com [o regulamento de arbitragem selecionado].

As seguintes questões estão especificamente

excluídas da arbitragem: [...].

Diretriz 4: As partes devem escolher a sede da arbitragem. Essa escolha deve ser baseada em considerações práticas e jurídicas.

Comentários:

20. A escolha do local (ou “sede”) da arbitragem envolve considerações práticas óbvias: neutralidade, disponibilidade de instalações para audiências, proximidade das testemunhas e das provas, familiaridade das partes com o idioma e a cultura, disposição de árbitros qualificados em participar de procedimentos naquele local. O local da arbitragem pode também influenciar o perfil dos árbitros, especialmente se eles não forem indicados pelas partes. A conveniência, entretanto, não deve ser o fator decisivo, pois a maioria dos regulamentos permite que o tribunal se reúna e faça as audiências em outros locais que não aquele escolhido como sede da arbitragem.
21. O local da arbitragem é o domicílio jurídico da arbitragem. Deve ser dada atenção especial para o regime legal do local escolhido como sede da arbitragem porque essa escolha tem importantes consequências legais sob a maioria das legislações arbitrais nacionais, assim como sob alguns regulamentos de arbitragem. Apesar do local da arbitragem não determinar a lei aplicável ao contrato e ao mérito (ver parágrafos 42-46 abaixo), ele determina a lei (lei arbitral ou *lex arbitri*) que rege certos aspectos procedimentais da arbitragem, como, por exemplo, os poderes do árbitro e o controle judicial do processo arbitral. Além disso, o poder judiciário do local da arbitragem pode ser invocado para prestar sua assistência (por exemplo, indicando ou substituindo árbitros, concedendo medidas cautelares, ou auxiliando na produção de provas), e também pode interferir na condução da arbitragem (por exemplo, ordenando a suspensão do procedimento arbitral). Ademais, o poder judiciário do local da arbitragem tem competência para conhecer de impugnações à sentença ao fim da arbitragem; sentenças anuladas no local da arbitragem podem não ser executáveis em outras jurisdições. Mesmo se a sentença não for anulada, o local

da arbitragem pode afetar a exequibilidade da sentença de acordo com tratados internacionais aplicáveis.

22. Como regra geral, as partes devem escolher a sede da arbitragem em uma jurisdição (i) que seja parte da Convenção de Nova York sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958 (conhecida como Convenção de Nova York), (ii) cuja lei seja favorável à arbitragem e permita a arbitragem em relação ao objeto do contrato, e (iii) cujos tribunais tenham um histórico de decisões imparciais, que sejam favoráveis ao processo arbitral.
23. Uma cláusula arbitral que não especifique o local da arbitragem será eficaz, embora isso seja indesejável. A instituição arbitral, se houver uma, ou os árbitros, escolherão pelas partes, se elas não concordarem quanto ao local da arbitragem depois que surgir a controvérsia (em uma arbitragem *ad hoc*, entretanto, se houver dificuldade na escolha dos árbitros e o local da arbitragem não tiver sido selecionado, talvez não seja possível às partes prosseguir com a arbitragem, a menos que o poder judiciário de algum país esteja disposto a ajudar). As partes não devem deixar uma decisão tão crucial nas mãos de outros.
24. As partes devem especificar na sua cláusula arbitral a “sede da arbitragem”, ao invés do local da “audiência”. Ao designar somente o local da audiência, as partes deixam incerto se de fato designaram a “sede da arbitragem” para o propósito das leis e tratados aplicáveis. Além disso, ao designar o local da audiência na cláusula arbitral, as partes privam os árbitros da desejável flexibilidade de realizar as audiências em outros locais, da maneira que for mais conveniente.

Cláusula Recomendada:

25. A sede da arbitragem será [cidade, país].

Diretriz 5: As partes devem especificar o número de árbitros.

Comentários:

26. As partes devem especificar o número de árbitros (geralmente um ou três e, em qualquer caso, um número ímpar). O número de árbitros tem um impacto no custo total, na duração e, às vezes, na qualidade do procedimento arbitral. Procedimentos perante um painel de três árbitros serão quase que inevitavelmente mais longos e caros do que aqueles perante um árbitro único. Entretanto, um tribunal com três membros poderá estar mais bem preparado para tratar de questões complexas, tanto de fato quanto de direito, e poderá reduzir o risco de resultados irracionais ou injustos. As partes podem também desejar um controle maior do processo conferido pela oportunidade de que cada uma delas escolha um árbitro.
27. Se as partes não especificarem o número de árbitros (e não conseguirem concordar a esse respeito após o surgimento de uma controvérsia), a instituição arbitral, se houver uma, tomará a decisão por elas, geralmente com base no montante em disputa e na complexidade do caso. Em uma arbitragem *ad hoc*, o regulamento de arbitragem selecionado, se houver, irá geralmente determinar se um ou três árbitros deverão ser escolhidos, na ausência de acordo das partes em sentido contrário. Quando as partes não selecionarem um regulamento, é especialmente importante especificar o número de árbitros na própria cláusula.
28. As partes podem deliberadamente guardar silêncio em relação ao número de árbitros, considerando que a escolha entre um ou três árbitros será feita de maneira mais adequada se e quando a controvérsia surgir. Apesar de a possibilidade de decidir tal questão depois do surgimento da controvérsia ser uma vantagem, a desvantagem correspondente é que os procedimentos podem atrasar se as partes discordarem em relação ao número de árbitros, particularmente quando se tratar de arbitragem *ad hoc*. No cômputo geral, é recomendável que se especifique o número de árbitros antecipadamente, na própria cláusula arbitral.

Cláusula Recomendada:

29. O tribunal será composto por [um ou três] árbitro[s].

Diretriz 6: As partes devem especificar o método de seleção e substituição dos árbitros e, quando optarem por arbitragem ad hoc, devem selecionar uma autoridade nomeadora.

Comentários:

30. Tanto os regulamentos de arbitragem institucional quanto os regulamentos de arbitragem *ad hoc* preveem mecanismos subsidiários para a nomeação e substituição de árbitros. Quando as partes incorporam esses regulamentos, elas podem estar satisfeitas em contar com o mecanismo subsidiário estabelecido nas regras. As partes podem também acordar sobre um método alternativo. Por exemplo, diversos regulamentos de arbitragem preveem que o presidente de um tribunal de três membros será escolhido pelos dois co-árbitros ou pela instituição. Muitas vezes, as partes preferem, primeiramente, tentar selecionar o presidente elas mesmas. Se as partes decidirem se afastar do mecanismo subsidiário, devem usar uma linguagem coerente com a terminologia do regulamento de arbitragem aplicável. Por exemplo, de acordo com certos regulamentos institucionais, as partes “designam” os árbitros, e apenas a instituição tem poderes para “nomeá-los”. Quando as partes não tiverem incorporado um regulamento de arbitragem, é fundamental que elas especifiquem claramente o método de seleção e substituição de árbitros na cláusula arbitral em si.
31. A necessidade de designar uma autoridade nomeadora no contexto de uma arbitragem *ad hoc* constitui uma diferença significativa entre a elaboração de uma cláusula arbitral institucional e a elaboração de uma cláusula arbitral *ad hoc*. Na arbitragem institucional, a instituição está disponível para nomear ou substituir árbitros quando as partes não o tiverem feito. Não existe tal instituição em arbitragens *ad hoc*. É, portanto, fundamental que as partes designem uma “autoridade nomeadora” no âmbito *ad hoc* para nomear ou substituir árbitros, caso as partes deixem

de fazê-lo. Ausente essa escolha, o poder judiciário do local da arbitragem pode estar disposto a fazer as nomeações e substituições necessárias (de acordo com o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL, o Secretário-Geral da Corte Permanente de Arbitragem designa a autoridade nomeadora, se as partes não a designaram em sua cláusula arbitral).

32. A autoridade nomeadora pode ser uma instituição arbitral, um órgão judicial, uma entidade comercial ou profissional, ou outra entidade neutra. As partes devem selecionar um órgão ou um título (por exemplo, o presidente de uma instituição arbitral, o juiz presidente de um tribunal estatal, ou o presidente de uma entidade comercial ou profissional), ao invés de um indivíduo (já que tal indivíduo pode ser incapaz de atuar quando chamado a fazê-lo). As partes também devem se certificar de que a autoridade selecionada concordará em desempenhar essas funções, se e quando chamada a fazê-lo.
33. Uma quantidade significativa de tempo pode ser desperdiçada no início do procedimento se não se especificarem prazos para a escolha dos árbitros. Esses prazos estão normalmente previstos em regulamentos de arbitragem. Assim, as partes que concordam em incorporar esses regulamentos não precisam se preocupar com esse problema, a não ser que pretendam afastar-se do mecanismo de indicação previsto no regulamento de arbitragem institucional. Quando as partes não tiverem concordado em incorporar um regulamento de arbitragem, é importante definir os prazos na cláusula arbitral.
34. Quando um tribunal é composto por três árbitros, às vezes um árbitro pode renunciar, se recusar a colaborar, ou deixar de participar do procedimento num momento tardio e crítico (por exemplo, durante as deliberações). Nessas circunstâncias, a substituição pode não ser uma opção, já que atrasaria e atrapalharia demasiadamente o procedimento. Sem autorização específica, no entanto, os dois árbitros remanescentes podem não ser capazes de proferir uma sentença válida e executável. A maioria (mas não todos) os regulamentos de arbitragem, entretanto, permite que os outros dois árbitros em tal situação continuem o procedimento com um tribunal “incompleto”

e profiram uma sentença. Quando as partes não selecionarem um regulamento de arbitragem (ou, caso o regulamento de arbitragem selecionado não resolva o problema), as partes podem autorizar, na cláusula arbitral, que um tribunal “incompleto” possa proferir a sentença.

Cláusulas Recomendadas:

35. Quando a arbitragem institucional é escolhida e o regulamento institucional não prevê que todas as escolhas e substituições de árbitros sejam feitas pelas partes num primeiro momento, se as partes desejarem fazer suas próprias escolhas, a seguinte cláusula pode ser utilizada:

O tribunal arbitral será composto por três árbitros, um escolhido pela requerente no requerimento de arbitragem, o segundo escolhido pela outra parte no prazo de [30] dias a contar do recebimento do requerimento de arbitragem, e o terceiro, que atuará como presidente do tribunal, escolhido pelas duas partes no prazo de [30] dias após a escolha do segundo árbitro. Se algum árbitro não for escolhido dentro desses prazos, a [instituição] deverá efetuar a(s) nomeação(ões). Se a substituição de um árbitro tornar-se necessária, será feita pelo(s) mesmo(s) método(s) acima.

36. Quando for escolhida arbitragem não-administrada, as partes podem prever um método de escolha e substituição dos árbitros, optando por um regulamento de arbitragem *ad hoc*, como, por exemplo, o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL.
37. A cláusula proposta acima para arbitragens *ad hoc* sem um regulamento de arbitragem (vide parágrafo 13, acima) estabelece um mecanismo abrangente para se escolher e substituir os membros de um tribunal de três membros e inclui disposições que permitem a um tribunal “incompleto” continuar e proferir uma sentença sem a participação de um árbitro obstrutivo ou ausente.
38. Em circunstâncias semelhantes, mas em que as partes

pretendem submeter o litígio a um árbitro único, as partes podem alterar a cláusula proposta no parágrafo 13, acima, e usar a seguinte redação:

Haverá um árbitro único, escolhido de comum acordo pelas partes. Se o árbitro não for escolhido no prazo de [30] dias a contar do recebimento do requerimento de arbitragem, a [autoridade nomeadora designada] fará a nomeação.

Diretriz 7: As partes devem especificar o idioma da arbitragem.

Comentários:

39. Cláusulas arbitrais em contratos entre partes cujos idiomas são diferentes, ou cujo idioma compartilhado difere do idioma da sede da arbitragem, devem, em regra, especificar o idioma da arbitragem. Ao fazer essa escolha, as partes devem considerar não apenas o idioma do contrato e da documentação relacionada, mas também o efeito provável de sua escolha sobre o conjunto de árbitros e advogados especializados. Ausente a escolha na cláusula arbitral, cabe aos árbitros determinar o idioma da arbitragem. É provável que os árbitros escolham o idioma do contrato, ou então, se distinto, aquele das correspondências trocadas entre as partes. Deixar essa decisão para os árbitros pode levar a custos e atrasos desnecessários.

40. Redatores de contratos são frequentemente tentados a estabelecer mais de um idioma para a arbitragem. As partes devem considerar cuidadosamente se devem fazê-lo. A arbitragem multilíngue, apesar de viável (há inúmeros exemplos de procedimentos conduzidos em inglês e espanhol, por exemplo), pode apresentar desafios dependendo dos idiomas escolhidos. Pode haver dificuldade em encontrar árbitros que estejam aptos a conduzir o procedimento arbitral em dois idiomas, e a tradução e interpretação necessárias podem adicionar custos e atrasos ao procedimento. A solução pode ser especificar um idioma para a arbitragem, mas estabelecer que documentos possam ser apresentados em outro idioma (sem tradução).

Cláusula Recomendada:

41. O idioma da arbitragem será [...].

Diretriz 8: Em geral, as partes devem especificar as regras de direito aplicáveis ao contrato e a quaisquer controvérsias posteriores.

Comentários:

42. Nas operações internacionais, é importante que as partes selecionem em seu contrato as regras de direito aplicáveis ao contrato e a eventuais litígios posteriores (o “**direito material**”).
43. A escolha do direito material deve ser prevista em uma cláusula diversa da cláusula arbitral, ou deve ser tratada em conjunto com a arbitragem em uma cláusula que deixe claro que ela serve a um duplo propósito (por exemplo, dando à cláusula o título “Da Lei Aplicável e da Arbitragem [ou Resolução de Controvérsias]”). Isso porque durante a execução do contrato podem surgir problemas no âmbito do direito material independentes de qualquer disputa arbitral.
44. Ao escolherem o direito material, as partes não escolhem a lei processual ou da arbitragem. Tal lei, ausente disposição em contrário, é normalmente a do local da arbitragem (vide parágrafo 21, acima). Ainda que as partes possam acordar algo diferente, raramente é aconselhável fazê-lo.
45. Às vezes, as partes não escolhem um sistema legal nacional como o direito material. Em vez disso, elas escolhem a *lex mercatoria* ou outras regras de direito anacionais. Em outros casos, elas conferem poder ao tribunal arbitral para resolver o litígio com base na equidade (*ex aequo et bono*). Deve-se tomar cuidado antes de se escolher tais opções. Apesar de serem apropriadas em certas situações (por exemplo, quando as partes não chegarem a acordo sobre uma lei nacional), elas podem criar dificuldades em virtude da incerteza quanto ao seu conteúdo ou quanto ao impacto sobre o resultado. Como é difícil saber de antemão as regras que serão aplicadas pelos árbitros, quando as partes selecionam essas alternativas às

legislações nacionais a resolução de litígios pode tornar-se mais complexa, incerta e cara.

Cláusula Recomendada:

46. A cláusula a seguir pode ser utilizada para se selecionar o direito material:

Este contrato é regido, e todas as controvérsias dele decorrentes ou com ele relacionadas serão resolvidas, de acordo com a [legislação selecionada ou regras de direito].

III. Diretrizes para Redação de Elementos Opcionais

47. Sendo a arbitragem um instituto fundado no consentimento, as partes contratantes têm a oportunidade de, na cláusula arbitral, moldar o procedimento às suas necessidades específicas. Existem inúmeras opções que as partes contratantes podem considerar. Esta seção identifica e comenta algumas opções que as partes *devem* considerar durante a negociação de uma cláusula arbitral. Ao delinear essas opções, estas Diretrizes não sugerem, porém, que esses elementos opcionais precisam ser incluídos em uma cláusula arbitral.

Opção 1: A autoridade do tribunal arbitral e dos tribunais estatais no que diz respeito a medidas cautelares e antecipatórias.

Comentários:

48. Raramente é necessário prever na cláusula arbitral que o tribunal arbitral, ou o poder judiciário, ou ambos, têm autoridade para ordenar medidas cautelares e antecipatórias, enquanto pendente decisão sobre o mérito. O tribunal arbitral e o poder judiciário normalmente têm autoridade para fazer isso – sujeita a várias condições – mesmo quando a cláusula arbitral é omissa a esse respeito. A autoridade do tribunal arbitral se baseia nos regulamentos de arbitragem e na lei de arbitragem aplicável. A do poder judiciário repousa na lei de

arbitragem aplicável.

49. Entretanto, quando a lei de arbitragem aplicável restringe a disponibilidade de medidas cautelares ou antecipatórias, ou quando a disponibilidade de tais medidas for um tema que suscite preocupação específica (por exemplo, quando segredos comerciais ou outras informações confidenciais estão envolvidos), as partes podem querer tornar explícita a autoridade do tribunal arbitral e do poder judiciário na cláusula arbitral.
50. Quando a disponibilidade de medidas cautelares e antecipatórias está relacionada a um tema que suscite preocupação específica, as partes podem também querer modificar alguns aspectos restritivos do regulamento de arbitragem aplicável. Por exemplo, certos regulamentos institucionais restringem o direito das partes de se dirigir ao poder judiciário para buscar medidas cautelares e antecipatórias uma vez que o tribunal arbitral tenha sido constituído. De acordo com outros regulamentos de arbitragem, o tribunal arbitral está autorizado a decidir sobre medidas cautelares e antecipatórias no que diz respeito ao “objeto do litígio”, o que deixa dúvidas sobre a autoridade do tribunal arbitral para ordenar medidas para preservar a situação das partes (por exemplo, obrigações de fazer ou não fazer, garantias para os custos) ou a integridade do procedimento arbitral (por exemplo, constrição de bens, medidas limitando a intervenção judicial na arbitragem – *anti-suit injunctions*).

Cláusulas Recomendadas:

51. A cláusula a seguir pode ser usada para explicitar a autoridade do tribunal arbitral no que diz respeito às medidas cautelares e antecipatórias:

Exceto quando expressamente limitado no presente contrato, o tribunal arbitral terá o poder de conceder qualquer proteção ou medida que considere adequada, seja provisória ou definitiva, incluindo mas não se limitando à medidas cautelares e antecipatórias. Quaisquer medidas concedidas pelo tribunal arbitral nesse sentido serão consideradas, no

limite do permitido pela lei aplicável, como uma sentença arbitral final sobre a matéria de que tratem e poderão ser executadas como tal.

52. A cláusula a seguir pode ser adicionada à cláusula acima, ou utilizada de forma independente, para especificar que o ato de recorrer ao poder judiciário para medidas cautelares e antecipatórias não é impedido pela cláusula arbitral:

Cada parte preserva o direito de recorrer a qualquer foro com jurisdição competente para requerer medidas cautelares e/ou antecipatórias, incluindo a constrição de bens pré-arbitragem ou a imposição de obrigações de fazer ou não fazer. Tais pedidos não serão considerados incompatíveis com a cláusula arbitral ou como uma renúncia ao direito à arbitragem.

53. A cláusula a seguir pode ser adicionada à cláusula recomendada no parágrafo 51 supra, ou utilizada de forma independente, para limitar o direito das partes de recorrer ao poder judiciário para buscar medidas cautelares e antecipatórias depois que o tribunal arbitral for constituído:

Cada parte tem o direito de requerer medidas cautelares e/ou antecipatórias a qualquer foro com jurisdição competente, incluindo a constrição de bens pré-arbitragem ou a imposição de obrigações de fazer ou não fazer. Tais pedidos não serão considerados incompatíveis com cláusula arbitral ou como uma renúncia ao direito à arbitragem. Fica estabelecido que, após a sua constituição, o tribunal arbitral terá jurisdição exclusiva para apreciar os pedidos de medidas cautelares e/ou antecipatórias, e quaisquer medidas concedidas pelo tribunal arbitral poderão ser especificamente executadas em qualquer foro com jurisdição competente.

54. Se, em circunstâncias excepcionais, as partes considerarem que medidas cautelares ou antecipatórias *ex parte* pelo tribunal arbitral possam ser necessárias, elas devem especificá-lo e alterar a cláusula recomendada no parágrafo 51, acima, acrescentando “(incluindo *inaudita altera parte*)” após a palavra “provisória”. Mesmo com essa adição, no entanto, medidas *inaudita altera parte*

concedidas pelo tribunal arbitral podem não ser executáveis sob a lei de arbitragem aplicável.

Opção 2: Produção de documentos.

Comentários:

55. Embora a extensão da produção de documentos e troca de informações em matéria de arbitragem internacional varie caso a caso e de árbitro para árbitro, as partes geralmente são obrigadas a produzir determinados documentos (incluindo documentos internos) que se mostrem relevantes e essenciais para a disputa. Outras características particulares da *discovery* em algumas jurisdições, tais como depoimentos e interrogatórios escritos, são normalmente inexistentes. A IBA desenvolveu um conjunto de regras, as Regras da IBA sobre Produção de Provas em Arbitragem Internacional (as “Regras da IBA”), elaboradas para refletir essa prática padrão. Essas regras, que abordam a produção tanto de documentos em papel como de informações armazenadas eletronicamente, muitas vezes são utilizadas por tribunais arbitrais internacionais, de forma expressa ou não, como orientação.
56. As partes têm basicamente três opções em relação à produção de informação ou de documentos. Elas podem guardar silêncio a esse respeito e se contentar em invocar as disposições subsidiárias da lei de arbitragem aplicável, que normalmente deixa a questão ao critério dos árbitros. Elas podem adotar as Regras da IBA. Ou podem desenvolver seus próprios parâmetros (tendo em conta que a produção extensa de documentos pode ter um grande impacto sobre a duração e o custo do procedimento).
57. Uma dificuldade que pode surgir no contexto da produção de documentos em arbitragem internacional é a questão de quais regras devem ser aplicadas para definir se determinados documentos estão excluídos de produção devido à confidencialidade ou sigilo profissional. Quando, em casos raros, as partes contratantes preveem no estágio de elaboração do contrato que questões de confidencialidade ou sigilo profissional poderão surgir e ser relevantes, as partes podem querer especificar em sua

cláusula arbitral os princípios que irão reger todas essas questões. O Artigo 9 das Regras da IBA fornece orientações a este respeito.

Cláusulas Recomendadas:

58. A seguinte cláusula pode ser utilizada para incorporar as Regras da IBA, quer como norma mandatória, quer somente como orientação:

[Além dos poderes conferidos ao tribunal arbitral pelas [regulamento de arbitragem]], o tribunal arbitral poderá ordenar a produção de documentos [em conformidade com as] [orientando-se pelas] Regras da IBA sobre Produção de Provas em Arbitragem Internacional [na versão vigente na data da assinatura do presente contrato/início da arbitragem].

59. A seguinte cláusula pode ser utilizada se as partes desejarem especificar os princípios que irão reger as questões de confidencialidade ou sigilo profissional em relação à divulgação de documentos:

Todas as alegações de que um documento ou uma comunicação são confidenciais ou sujeitos a sigilo profissional e, como tal, isentos de produção na arbitragem, serão resolvidas pelo tribunal arbitral em conformidade com o artigo 9 das Regras da IBA sobre Produção de Provas em Arbitragem Internacional.

Opção 3: Questões de confidencialidade.

Comentários:

60. As partes frequentemente presumem que o procedimento arbitral é confidencial. Embora a arbitragem seja de âmbito privado, em muitas jurisdições as partes não têm qualquer obrigação de manter a existência ou o conteúdo do procedimento arbitral confidencial. Poucas leis nacionais ou regulamentos de arbitragem impõem obrigações de confidencialidade para as partes. Quando um dever geral de confidencialidade é reconhecido, ele está muitas vezes

sujeito a exceções.

61. Partes preocupadas com a confidencialidade devem, portanto, tratar dessa questão em sua cláusula arbitral. Ao fazê-lo, as partes devem evitar requisitos absolutos, pois a divulgação de informação pode ser exigida por lei, para proteger ou buscar um direito, ou para executar ou questionar uma sentença em processos judiciais subsequentes. As partes também devem prever que a preparação das suas alegações, defesas e reconvenções pode exigir a divulgação de informações confidenciais para não-partes do processo (testemunhas e peritos).
62. Por outro lado, dada a suposição comum de que o procedimento arbitral é confidencial, caso as partes não desejem estar vinculadas a quaisquer obrigações de confidencialidade, elas devem dizê-lo expressamente em sua cláusula arbitral.

Cláusulas Recomendadas:

63. Alguns regulamentos de arbitragem estabelecem obrigações de confidencialidade, e, conseqüentemente, as partes, ao concordarem em se submeter a uma arbitragem sob tais regulamentos, concordarão em se submeter a essas obrigações.
64. A seguinte cláusula impõe obrigações de confidencialidade para as partes:

A existência e o conteúdo do procedimento arbitral e quaisquer decisões ou sentença serão mantidas em sigilo pelas partes e pelos membros do tribunal arbitral, exceto (i) na medida em que a divulgação possa ser exigida de uma parte para cumprir um dever legal, proteger ou buscar um direito, ou executar ou impugnar de boa-fé uma sentença, num processo perante o poder judiciário ou outra autoridade judicial, (ii) com o consentimento de todas as partes, (iii) quando necessária para a preparação e apresentação de um pedido ou defesa nesta arbitragem, (iv) quando a informação já é de domínio público, por motivo outro que a violação desta

cláusula, ou (v) por ordem do tribunal arbitral a pedido de uma parte.

65. A seguinte cláusula pode ser utilizada quando as partes não desejarem ficar vinculadas a qualquer obrigação de confidencialidade:

As partes não estarão sob nenhuma obrigação de confidencialidade com relação a esta arbitragem, exceto nos casos de imposição legal.

Opção 4: Alocação de custas e honorários.

Comentários:

66. As custas (por exemplo, os honorários e despesas dos árbitros e, se aplicável, as taxas institucionais) e os honorários advocatícios podem ser substanciais em arbitragens internacionais. Raramente é possível prever como o tribunal arbitral irá alocar essas custas e honorários, se é que o fará, no final do procedimento. Abordagens domésticas divergem significativamente (desde nenhuma alocação até a sucumbência total da parte perdedora), e os árbitros têm ampla discricionariedade a esse respeito.
67. Dadas essas incertezas, as partes podem desejar abordar a questão das custas e honorários em sua cláusula arbitral (levando em conta que tais disposições podem não ser executáveis em determinadas jurisdições). As partes têm várias opções. Elas podem apenas confirmar que os árbitros podem alocar as custas e honorários como entenderem apropriado. Elas podem prever que os árbitros não façam qualquer alocação de custas e honorários. Elas podem tentar assegurar que as custas e honorários serão reembolsados ao “vencedor” ou à “parte vencedora” no mérito, ou que os árbitros repartirão as custas e honorários proporcionalmente ao sucesso ou fracasso. As partes devem evitar a linguagem imperativa (“deverão”) na elaboração de tal cláusula, uma vez que a aferição do “vencedor” ou “parte vencedora” pode ser difícil e a cláusula pode restringir desnecessariamente os árbitros na alocação das respectivas custas e honorários.

68. As partes podem também considerar se permitirão a compensação pelo tempo gasto pelos administradores, advogados internos das empresas envolvidas, peritos e testemunhas, já que essa questão é frequentemente incerta em arbitragem internacional.

Cláusulas Recomendadas:

69. A cláusula a seguir pode ser utilizada para garantir que os árbitros terão discricionariedade na alocação das custas e honorários (ou reafirmar tal discricionariedade, se as regras de arbitragem escolhidas já incluírem uma disposição a este respeito):

O tribunal arbitral poderá incluir na sentença a alocação a qualquer parte das custas e despesas, incluindo honorários advocatícios [e custos e despesas de administradores, advogados internos, peritos e testemunhas], do modo que considerar razoável.

70. A seguinte cláusula prevê o reembolso de custas e honorários da parte “vencedora”:

Se houver uma parte vencedora, o tribunal arbitral poderá, discricionariamente, determinar que as suas custas e despesas, incluindo honorários advocatícios, serão reembolsados.

71. A seguinte cláusula prevê a alocação de custas e honorários proporcionalmente ao êxito:

O tribunal arbitral poderá incluir na sentença a alocação das custas e despesas, incluindo honorários advocatícios [e custos e despesas com administradores, advogados internos, peritos e testemunhas], para qualquer parte, do modo que considerar razoável. Ao fazer essa alocação, o tribunal arbitral considerará o êxito respectivo das partes em seus pedidos, reconvenções e defesas.

72. A cláusula a seguir pode ser utilizada para garantir que os árbitros não repartam as custas e honorários:

Todas as custas e despesas do tribunal arbitral [e da instituição arbitral] serão pagos pelas partes de forma igual. Cada parte deverá arcar com todas as custas e despesas (incluindo de seus próprios advogados, peritos e testemunhas) envolvidas na preparação e apresentação de seu caso.

Opção 5: Qualificações exigidas dos árbitros.

Comentários:

73. Uma das vantagens da arbitragem em relação aos processos judiciais estatais é que as partes selecionam os árbitros e podem, portanto, escolher pessoas com experiência ou conhecimento relevante para a sua disputa.
74. Porém, geralmente não é aconselhável especificar na cláusula arbitral as qualificações exigidas dos árbitros. É no momento da disputa que as partes normalmente têm melhores condições para saber se é necessária experiência, e em caso afirmativo, qual tipo de experiência. Assim, cada parte fica livre para, nesse momento, escolher um árbitro com a qualificação desejada. A especificação de requisitos de qualificação na cláusula arbitral pode também reduzir drasticamente o número de árbitros disponíveis. Além disso, uma parte que queira protelar o processo pode contestar os árbitros com base nas qualificações requeridas.
75. Se as partes, mesmo assim, quiserem determinar essas qualificações na cláusula arbitral, elas devem evitar requisitos específicos em demasia, uma vez que a cláusula arbitral pode se tornar inexecutável se, quando uma controvérsia surgir, as partes forem incapazes de identificar candidatos adequados que tanto cumpram os requisitos de qualificação quanto estejam disponíveis para atuar como árbitros.
76. As partes, por vezes, especificam que o árbitro único, ou, no caso de um painel de três membros, o árbitro presidente, não deve ter a mesma nacionalidade de qualquer uma das partes. Nas arbitragens institucionais, tal requisito é muitas

vezes supérfluo, já que instituições arbitrais normalmente aplicam essa prática ao fazer as nomeações. Nas arbitragens *ad hoc*, no entanto, as partes podem querer especificar isso em sua cláusula arbitral.

Cláusulas Recomendadas:

77. A qualificação dos árbitros pode ser especificada pela seguinte adição à cláusula arbitral:

[Cada árbitro] [O árbitro presidente] será [um advogado/contador].

Ou

[Cada árbitro] [O árbitro presidente] terá experiência em [mercado específico].

Ou

[Os árbitros] [O árbitro presidente] não terá(ão) a mesma nacionalidade que qualquer das partes.

Opção 6: Limites de tempo.

Comentários:

78. As partes tentam, às vezes, economizar custo e tempo determinando na cláusula arbitral que a sentença seja proferida dentro de um prazo a partir do início da arbitragem (um processo conhecido como *fast-tracking*). A aceleração pode economizar custos, mas as partes raramente têm condições de saber no momento da elaboração da cláusula arbitral se todas as controvérsias que podem surgir no contrato poderão ser resolvidas dentro do prazo fixado. Uma sentença que não for proferida no prazo fixado pode ser inexecutável ou pode atrair questionamentos desnecessários.
79. Se, apesar destas considerações, as partes quiserem estabelecer prazos na cláusula arbitral, o tribunal deve ser autorizado a prorrogar esses prazos, para evitar o risco de uma sentença inexecutável.

80. A seguinte cláusula pode ser utilizada para estabelecer um prazo:

A sentença será proferida em [...] meses contados da escolha do [árbitro único] [presidente do tribunal], a menos que o tribunal arbitral, em decisão fundamentada, determine que tal prazo seja prorrogado, com base no interesse da justiça ou na complexidade do caso.

Opção 7: Caráter definitivo da arbitragem.

Comentários:

81. Uma vantagem da arbitragem é que as sentenças arbitrais são definitivas e inapeláveis. Na maioria das jurisdições, as sentenças arbitrais só podem ser impugnadas por falta de jurisdição dos árbitros, sérias falhas processuais ou tratamento injusto, e não podem ser revistas quanto ao mérito. A maioria dos regulamentos de arbitragem reforça o caráter definitivo da arbitragem, prevendo que as sentenças são definitivas e que as partes renunciam a qualquer recurso contra elas.
82. Quando a cláusula arbitral não incorpora um regulamento de arbitragem, ou quando o regulamento incorporado não contém disposições relacionadas ao caráter definitivo da sentença e à renúncia ao direito de recurso contra a mesma, é prudente especificar na cláusula arbitral que a sentença é final e não está sujeita a recurso. Mesmo quando as partes incorporarem regras de arbitragem que contenham esse tipo de previsão, ainda pode ser aconselhável repetir essa redação na cláusula arbitral, caso as partes prevejam que a sentença precise ser executada ou passar sob o escrutínio de jurisdições nas quais a arbitragem é vista com desconfiança. Ao adicionar uma renúncia ao direito de recurso na cláusula arbitral, as partes deverão considerar a lei da sede da arbitragem para determinar de fato a extensão de tal renúncia e a linguagem exigida pela *lex arbitri*.
83. As partes são, às vezes, tentadas a ampliar o alcance da revisão judicial, permitindo, por exemplo, a revisão do mérito. Isso raramente é aconselhável, e, muitas vezes, não

é possível que as partes o façam. Se as partes, no entanto, quiserem expandir o alcance da revisão judicial, orientação especializada deve ser procurada e a lei da sede da arbitragem deve ser analisada cuidadosamente.

Cláusulas Recomendadas:

84. Quando as partes pretendem enfatizar o caráter definitivo da arbitragem e renunciar a qualquer recurso contra a sentença, a seguinte redação pode ser adicionada à cláusula arbitral, sujeita a qualquer requisito imposto pela *lex arbitri*:

Qualquer sentença do tribunal arbitral será definitiva e vinculante em relação às partes. As partes se comprometem a cumprir qualquer sentença plenamente e sem demora, e considerar-se-á que renunciaram ao direito a qualquer tipo de recurso, na medida em que tal renúncia seja válida.

85. Quando, em casos excepcionais, as partes desejarem expandir o alcance da revisão judicial e permitir a apelação do mérito, as partes devem procurar orientação quanto ao seu poder de fazê-lo na jurisdição pertinente. Quando exequível, a cláusula a seguir pode ser considerada:

As partes terão o direito de buscar a revisão judicial da sentença arbitral perante o foro de [jurisdição escolhida], em conformidade com o padrão de reanálise aplicável às decisões dos juízes de primeira instância da referida jurisdição.

IV. Diretrizes para Elaboração de Cláusulas Escalonadas de Resolução de Controvérsias

86. É comum que cláusulas de resolução de controvérsias em contratos internacionais prevejam negociação, mediação ou outro mecanismo alternativo de resolução de controvérsias como etapas preliminares à arbitragem. Contratos de construção, por exemplo, algumas vezes requerem que as controvérsias sejam submetidas a um painel de resolução

de disputas permanente antes de poderem ser dirigidas à arbitragem. Tais cláusulas, conhecidas como cláusulas escalonadas, apresentam desafios específicos de redação.

Diretriz para Cláusulas Escalonadas 1: A cláusula deve especificar um prazo para negociação ou mediação, desencadeado por um evento definido e indiscutível (por exemplo, um requerimento escrito), após o qual qualquer parte poderá recorrer à arbitragem.

Comentários:

87. Uma cláusula escalonada que requer negociação ou mediação antes da arbitragem pode ser considerada como criadora de uma condição precedente à arbitragem. Para minimizar o risco de que uma parte utilize a negociação ou mediação com a finalidade de ganhar tempo ou outra vantagem tática, a cláusula deve especificar um prazo após o qual a controvérsia pode ser submetida à arbitragem, e tal prazo deve geralmente ser curto. Ao especificar tal prazo, as partes devem estar atentas ao fato de que iniciar a negociação ou a mediação pode não ser suficiente para suspender os prazos de prescrição ou decadência.
88. O prazo para negociação ou mediação deve ser desencadeado por um evento definido e indiscutível, como um requerimento escrito para negociar ou mediar de acordo com a cláusula, ou a indicação de um mediador. Não é recomendável definir o evento desencadeador por referência a uma notificação escrita sobre a controvérsia, pois a mera troca de comunicações escritas sobre a controvérsia pode, então, ser suficiente para desencadear o prazo.

Cláusulas Recomendadas:

89. Vide as cláusulas recomendadas nos parágrafos 94-96, abaixo.

Diretriz para Cláusulas Escalonadas 2: A cláusula deve evitar a armadilha de apresentar a arbitragem como facultativa e não como obrigatória.

Comentários:

90. Partes redigindo cláusulas escalonadas de resolução de controvérsias frequentemente deixam inadvertidamente ambígua a sua intenção de resolver por arbitragem as controvérsias que não sejam resolvidas por negociação ou mediação. Isso acontece quando as partes preveem que as controvérsias que não forem solucionadas por negociação ou mediação “podem” ser submetidas à arbitragem.

Cláusulas Recomendadas:

91. Vide as cláusulas recomendadas nos parágrafos 94-96, abaixo.

Diretriz para Cláusulas Escalonadas 3: A cláusula deve definir as controvérsias a serem submetidas à negociação ou mediação e à arbitragem em termos idênticos.

Comentários:

92. Cláusulas escalonadas de resolução de controvérsias por vezes não definem em termos idênticos as controvérsias que estão sujeitas à negociação ou mediação, numa primeira etapa, e aquelas que estão sujeitas à arbitragem. Tais ambiguidades podem sugerir que algumas controvérsias podem ser submetidas à arbitragem imediatamente, sem passar pela negociação ou mediação como primeira etapa.
93. A referência ampla a “controvérsias” nas cláusulas recomendadas abaixo deve abranger reconvenções. Tais reconvenções devem, assim, passar pelas várias etapas e não podem ser suscitadas pela primeira vez na arbitragem. Se as partes desejam preservar o direito de suscitar reconvenções pela primeira vez na arbitragem, elas devem

assim especificar na cláusula compromissória.

Cláusulas Recomendadas:

94. A seguinte cláusula estipula negociação obrigatória como primeira etapa:

As partes envidarão esforços para resolver amigavelmente, por negociação, todas as controvérsias decorrentes deste contrato ou com ele relacionadas, incluindo qualquer questão relativa à sua existência, validade ou extinção. Qualquer controvérsia que não seja resolvida dentro de [30] dias após qualquer das partes ter requerido, por escrito, a negociação prevista nesta cláusula, ou dentro de qualquer outro prazo que as partes possam acordar por escrito, será definitivamente resolvida por arbitragem, de acordo com [o regulamento de arbitragem designado], por [um ou três] árbitro[s], escolhido[s] em conformidade com o referido Regulamento. A sede da arbitragem será [cidade, país]. O idioma da arbitragem será [...].

[Todas as comunicações durante a negociação serão confidenciais e tratadas como tendo sido feitas no âmbito do possível acordo para fins das regras aplicáveis às provas e quaisquer proteções adicionais de confidencialidade e sigilo profissional previstas na lei aplicável.]

95. A seguinte cláusula estipula mediação obrigatória como primeira etapa:

As partes envidarão esforços para resolver amigavelmente, por mediação, de acordo com [as regras de mediação designadas], todas as controvérsias decorrentes deste contrato ou com ele relacionadas, incluindo qualquer questão relativa à sua existência, validade ou extinção. Qualquer controvérsia não resolvida de acordo com tais Regras dentro de [45] dias após a nomeação do mediador, ou dentro de qualquer outro prazo que as partes possam

acordar por escrito, será definitivamente resolvida por arbitragem, de acordo com [o regulamento de arbitragem designado], por [um ou três] árbitro[s], escolhido[s] em conformidade com o referido Regulamento. A sede da arbitragem será [cidade, país]. O idioma da arbitragem será [...].

[Todas as comunicações durante a mediação serão confidenciais e tratadas como tendo sido feitas no âmbito do possível acordo para fins das regras aplicáveis às provas e quaisquer proteções adicionais de confidencialidade e sigilo profissional previstas na lei aplicável.]

96. A seguinte cláusula estipula tanto negociação quanto mediação obrigatórias, sequencialmente, antes da arbitragem:

Todas as controvérsias decorrentes deste contrato ou com ele relacionadas, incluindo qualquer questão relativa à sua existência, validade ou extinção (“Controvérsia”), serão resolvidas em conformidade com os procedimentos estipulados abaixo, os quais correspondem aos únicos procedimentos para a resolução de qualquer Controvérsia, à exclusão de quaisquer outros.

(A) Negociação

As partes envidarão esforços para resolver qualquer Controvérsia amigavelmente, por negociação entre executivos que tenham autoridade para tanto [e que tenham um nível hierárquico superior ao de pessoas com responsabilidade direta pela administração ou execução deste contrato].

(B) Mediação

Qualquer Controvérsia não resolvida por negociação em conformidade com o parágrafo (A) dentro de [30] dias após qualquer das partes ter requerido, por escrito, a negociação prevista no parágrafo (A), ou dentro de qualquer outro prazo que as partes possam acordar por escrito, será resolvida amigavelmente,

por mediação, de acordo com [as regras de mediação designadas].

(C) Arbitragem

Qualquer Controvérsia não resolvida por mediação em conformidade com o parágrafo (B) dentro de [45] dias após a nomeação do mediador, ou dentro de qualquer outro prazo que as partes possam acordar por escrito, será definitivamente resolvida por arbitragem, de acordo com [o regulamento de arbitragem designado], por [um ou três] árbitro[s], escolhido(s) em conformidade com tal Regulamento. A sede da arbitragem será [cidade, país]. O idioma da arbitragem será [...].

[Todas as comunicações durante a negociação e mediação em conformidade com os parágrafos (A) e (B) serão confidenciais e tratadas como tendo sido feitas no âmbito do possível acordo para fins das regras aplicáveis às provas e quaisquer proteções adicionais de confidencialidade e sigilo profissional previstas na lei aplicável.]

V. Diretrizes para Elaboração de Cláusulas Arbitrais Multiparte

97. Contratos internacionais frequentemente envolvem mais de duas partes. As partes, ao redigir cláusulas arbitrais para tais contratos, podem não compreender as dificuldades específicas de redação que resultam da multiplicidade de partes. Particularmente, nem é sempre possível confiar nas cláusulas-modelo de instituições arbitrais, que são comumente elaboradas com duas partes em mente e podem necessitar adaptação para serem viáveis em um contexto multiparte. Orientação especializada deve geralmente ser solicitada para elaborar tais cláusulas.

Diretriz para Arbitragens Multiparte 1: A cláusula deve abordar as consequências da multiplicidade de partes para a nomeação do tribunal arbitral.

Comentários:

98. Em um contexto multiparte, é frequentemente inviável prever que “cada parte” escolherá um árbitro. Há uma solução fácil caso as partes contentem-se em prever um árbitro único: em tal caso, as partes podem prever que o árbitro único será escolhido conjuntamente pelas partes ou, na ausência de acordo, pela instituição ou autoridade nomeadora. Quando houver a previsão de três árbitros, uma solução é prever que os três árbitros serão escolhidos conjuntamente pelas partes ou, na ausência de acordo sobre todos, pela instituição ou autoridade nomeadora.
99. Alternativamente, a cláusula arbitral pode exigir que as partes de cada “lado da disputa” façam escolhas conjuntas. Tal opção está disponível quando se puder antecipar na etapa de elaboração que certas partes contratantes terão os mesmos interesses. O requisito fundamental é, no entanto, que todas as partes sejam tratadas igualmente no procedimento de escolha. Isso significa, na prática, que quando duas ou mais partes em um pólo falharem em concordar em um árbitro, a instituição ou autoridade nomeadora irá nomear *todos* os árbitros, já que as partes em um pólo teriam tido a oportunidade de escolher seu árbitro, enquanto as outras não. Essa é a solução que vem sendo adotada em alguns regulamentos de arbitragem institucional.

Cláusulas Recomendadas:

100. A cláusula recomendada no parágrafo 105, abaixo, especifica um mecanismo para a nomeação de árbitros em um contexto multiparte.

Diretriz para Arbitragens Multiparte 2: A cláusula deve abordar as complexidades procedimentais (intervenção e integração de partes na arbitragem) advindas da multiplicidade de partes.

Comentários:

101. Complexidades procedimentais podem ser abundantes em contextos multiparte. Uma é a intervenção: uma parte contratante que não é parte de uma arbitragem iniciada sob a cláusula arbitral pode querer intervir no procedimento. Outra é a integração de uma parte na arbitragem: uma parte contratante que é indicada como requerida pode desejar incluir outra parte contratante que não foi indicada como requerida no procedimento.
102. Uma cláusula arbitral seria viável mesmo se não abordasse tais complexidades. Tal cláusula, no entanto, deixaria aberta a possibilidade de procedimentos sobrepostos, decisões conflitantes e atrasos, custos e incertezas relacionados.
103. Não há forma fácil de abordar tais complexidades. Uma cláusula arbitral multiparte deve ser cuidadosamente redigida à luz das particularidades, e orientação especializada deve geralmente ser solicitada. Como regra geral, a cláusula deve prever que notificação de qualquer procedimento iniciado sob tal cláusula seja dada a cada parte contratante, independentemente de tal parte ser indicada como requerida ou não. Deve haver um período de tempo claro após a notificação para cada parte contratante intervir ou integrar outras partes contratantes no procedimento, e nenhum árbitro deverá ser escolhido antes do decorrer de tal período de tempo.
104. Alternativamente, as partes podem optar por arbitrar sob regras institucionais que preveem intervenção ou integração, tendo em mente que tais regras podem dar grande discricionariedade à instituição a esse respeito.

Cláusulas Recomendadas:

105. A seguinte disposição prevê intervenção e integração de outras partes do mesmo contrato:

Todas as controvérsias decorrentes deste contrato ou com ele relacionadas, incluindo qualquer questão relativa à sua existência, validade ou extinção, serão definitivamente resolvidas por arbitragem, de acordo com [o regulamento de arbitragem selecionado], salvo quando modificado nesta cláusula arbitral, ou por mútuo acordo entre as partes.

A sede da arbitragem será [cidade, país]. O idioma da arbitragem será [...]. O tribunal arbitral será composto por três árbitros, escolhidos da seguinte forma.

Caso o requerimento de arbitragem indique somente um requerente e um requerido, e nenhuma parte tenha exercido seu direito de integração ou intervenção de acordo com os parágrafos abaixo, o requerente e o requerido escolherão um árbitro cada dentro de [15] dias após o término do período durante o qual as partes podem exercer seus direitos de integração ou intervenção. Caso qualquer das partes deixe de escolher um árbitro conforme o previsto, então, mediante solicitação de qualquer parte, tal árbitro será nomeado pela [instituição arbitral designada]. Os dois árbitros nomearão o terceiro árbitro, que atuará como presidente do tribunal. Caso os dois árbitros não nomeiem o presidente do tribunal dentro de [45] dias contados da escolha do segundo árbitro, o presidente do tribunal será nomeado pela [instituição arbitral designada / autoridade nomeadora].

Caso mais de duas partes sejam indicadas no requerimento de arbitragem ou pelo menos uma parte contratante exerça seu direito de integração ou intervenção de acordo com os parágrafos abaixo, o(s) requerente(s) escolherá(ão) conjuntamente um árbitro e o(s) requerido(s) escolherá(ão) conjuntamente o outro árbitro, ambos dentro de [15] dias após o término do período durante o qual cada parte pode

exercer seus direitos de integração ou intervenção. Caso as partes deixem de escolher um árbitro conforme previsto acima, [a instituição arbitral designada / autoridade nomeadora], mediante solicitação de qualquer das partes, nomeará todos os árbitros e designará um deles como presidente do tribunal. Caso o(s) requerente(s) e o(s) requerido(s) escolham os árbitros conforme previsto acima, os dois árbitros nomearão o terceiro árbitro, que será o presidente do tribunal. Caso os dois árbitros não nomeiem o terceiro árbitro dentro de [45] dias contados da escolha do segundo árbitro, o presidente do tribunal será nomeado pela [instituição arbitral designada / autoridade nomeadora].

Qualquer parte deste contrato poderá, separadamente ou conjuntamente com outra parte deste contrato, iniciar o procedimento arbitral de acordo com a presente cláusula enviando um requerimento de arbitragem para todas as outras partes deste contrato [e para a instituição arbitral designada, se houver].

Qualquer parte deste contrato poderá intervir em qualquer procedimento arbitral aqui previsto mediante apresentação de notificação escrita de demanda, reconvenção ou demanda conexa contra qualquer outra parte deste contrato, desde que tal notificação seja também enviada para todas as outras partes deste contrato [e para a instituição arbitral designada, se houver] dentro de [30] dias contados do recebimento do requerimento de arbitragem ou notificação de demanda, reconvenção ou demanda conexa pela parte interveniente em questão.

Qualquer parte deste contrato indicada como requerida em um requerimento de arbitragem, ou notificação de demanda, reconvenção ou demanda conexa, poderá integrar qualquer outra parte deste contrato em qualquer procedimento arbitral aqui disposto mediante notificação escrita de demanda, reconvenção ou demanda conexa contra essa parte, desde que tal notificação seja também enviada para todas as outras partes deste contrato [e para a instituição arbitral designada, se houver] dentro de

[30] dias contados do recebimento, por essa parte, do requerimento de arbitragem ou notificação de demanda, reconvenção ou demanda conexa em questão.

Qualquer parte integrada ou interveniente estará obrigada a cumprir qualquer sentença proferida pelo tribunal arbitral, mesmo que tal parte opte por não participar do procedimento arbitral.

VI. Diretrizes para a Elaboração de Cláusulas Arbitrais para Múltiplos Contratos

106. É comum que uma única transação internacional envolva diversos contratos coligados. Elaborar cláusulas arbitrais em um cenário com múltiplos contratos apresenta desafios específicos.

Diretriz para Múltiplos Contratos 1: As cláusulas arbitrais em contratos coligados devem ser compatíveis.

Comentários:

107. As partes devem evitar especificar mecanismos de resolução de controvérsias diferentes em seus contratos coligados (por exemplo, arbitragem sob diferentes regulamentos ou em diferentes locais), caso contrário, correm o risco de fragmentar controvérsias futuras. Um tribunal arbitral constituído sob o primeiro contrato pode não ter jurisdição para julgar uma controvérsia que trate de questões sobre o segundo contrato, suscitando, dessa forma, procedimentos paralelos.
108. Supondo-se que as partes querem decisões consistentes e desejam evitar procedimentos paralelos, uma solução direta é estipular uma convenção independente que trate da resolução de controvérsias e seja assinada por todas as partes, e então incorporá-la por referência em todos os contratos coligados. Caso seja impraticável celebrar tal convenção, as partes devem assegurar que as cláusulas

arbitrais nos contratos coligados sejam idênticas ou complementares. É especialmente importante que as cláusulas arbitrais especifiquem o mesmo regulamento, sede da arbitragem e número de árbitros. Para evitar dificuldades quando da consolidação dos procedimentos, o mesmo direito material e idioma da arbitragem devem também ser especificados. As partes devem, também, deixar claro que um tribunal constituído sob um contrato tem jurisdição para julgar e decidir questões relacionadas a outros contratos coligados.

Cláusula Recomendada:

109. Se as partes não desejam, ou não podem, estipular uma convenção independente que trate da resolução de controvérsias, a seguinte previsão deve ser incluída à cláusula arbitral em cada contrato coligado:

As partes acordam que um tribunal arbitral constituído nos termos do presente contrato ou de acordo com [o(s) contrato(s) coligado(s)] terá jurisdição no que diz respeito tanto a este contrato quanto [ao(s) contrato(s) coligado(s)].

Diretriz para Múltiplos Contratos 2: As partes devem considerar prever ou não a consolidação de procedimentos arbitrais iniciados sob os contratos coligados.

Comentários:

110. Uma complexidade procedimental que advém de um cenário com múltiplos contratos é a da consolidação. Arbitragens diferentes podem ser iniciadas sob contratos coligados em momentos diferentes. Pode, ou não, ser do interesse das partes ter tais arbitragens resolvidas em uma única arbitragem consolidada. Em algumas situações, as partes podem argumentar que uma única arbitragem consolidada seria mais eficiente e rentável. Em outras circunstâncias, as partes podem ter motivos para manter as arbitragens separadas.

111. Se as partes quiserem permitir a consolidação de arbitragens relacionadas, elas devem prever tal possibilidade na cláusula arbitral. O poder judiciário em algumas jurisdições tem a discricionariedade para ordenar a consolidação de procedimentos arbitrais relacionados, mas, comumente, não o farão na ausência de acordo das partes. Quando o poder judiciário no local da arbitragem não tem tal poder, ou quando as partes não desejam contar com tal árbitro judicial, as partes devem prever na cláusula o procedimento para consolidação de procedimentos relacionados. O regulamento de arbitragem aplicável, se houver, e a lei da sede da arbitragem devem ser considerados cuidadosamente, uma vez que podem limitar a capacidade das partes de consolidar procedimentos arbitrais. Da mesma forma, em algumas jurisdições, as partes podem desejar excluir a possibilidade de consolidação (ou arbitragens coletivas).

112. Orientação especializada é necessária quando contratos relacionados também envolvem mais de duas partes. Elaborar disposições de consolidação em um contexto multiparte é particularmente intrincado. Uma dificuldade óbvia é que cada parte deve ser tratada igualmente no que diz respeito à escolha dos árbitros. Uma solução viável, mas não ideal, é prever que todas as nomeações serão feitas pela instituição ou autoridade nomeadora. As partes devem também estar cientes que uma cláusula de consolidação pode, em algumas jurisdições, ser entendida como consentimento à arbitragem coletiva.

Cláusulas Recomendadas:

113. A seguinte disposição prevê a consolidação de arbitragens relacionadas entre duas partes idênticas:

As partes concordam com a consolidação de arbitragens iniciadas de acordo com este contrato e/ou [os contratos coligados] da seguinte forma. Se duas ou mais arbitragens forem iniciadas de acordo com este contrato e/ou [os contratos coligados], qualquer parte indicada como requerente ou requerido em qualquer dessas arbitragens poderá solicitar a

qualquer tribunal arbitral constituído em tais arbitragens que emita uma ordem para que as diversas arbitragens sejam consolidadas em uma única arbitragem perante aquele tribunal arbitral (uma “Ordem de Consolidação”). Ao decidir pela concessão ou não de tal Ordem de Consolidação, aquele tribunal arbitral deverá considerar se as diversas arbitragens suscitam questões comuns de fato e de direito e se a consolidação de diversas arbitragens atenderia aos interesses de justiça e eficiência.

Se antes da emissão de uma Ordem de Consolidação por um tribunal arbitral em relação a outra arbitragem os árbitros desse outro procedimento já tiverem sido previamente escolhidos, seu mandato se encerrará e eles serão considerados *functus officio* quando da emissão da referida Ordem de Consolidação. O encerramento do seu mandato não prejudicará: (i) a validade de quaisquer atos feitos ou ordens proferidas por tais árbitros previamente, (ii) o direito ao pagamento dos devidos honorários e desembolsos, (iii) a data em que qualquer pedido ou defesa foi apresentado para fins de aplicação de qualquer período de prescrição ou decadência ou de norma ou disposição aplicável, (iv) provas produzidas e admitidas antes do encerramento, as quais deverão ser admitidas no procedimento arbitral após a Ordem de Consolidação, e (v) o direito das partes a custas legais e outros custos incorridos antes do encerramento.

Caso duas ou mais Ordens de Consolidação conflitem, a Ordem de Consolidação emitida anteriormente prevalecerá.