

# DAS CLÁUSULAS PATOLÓGICAS NA ARBITRAGEM INTERNACIONAL

**Suzana Santi Cremasco<sup>1</sup>**

**Tiago Eler Silva<sup>2</sup>**

**Sumário:** 1. Considerações iniciais. 2. Das cláusulas patológicas na arbitragem. 3. Da (in)compatibilidade de cláusula arbitral e cláusula de foro. 4. Dos casos de compatibilidade. 5. As arbitragens internacionais e as cláusulas de eleição de foro. 6. Referências bibliográficas.

## **RESUMO**

Como método de solução de conflitos, a arbitragem assiste, há tempos, ao seu constante crescimento e desenvolvimento enquanto instituto. Em especial no âmbito internacional, o instituto consolida a sua posição de predomínio. Contudo, a despeito da diversa gama de vantagens inerentes à utilização da arbitragem, casos há que algumas complicações podem surgir. No presente trabalho, tendo como ponto de partida a análise em torno da liberdade contratual das partes para estabelecer os termos sob os quais a arbitragem haverá de se instaurar e se desenvolver, busca-se discutir o problema relativo à interpretação de cláusulas arbitrais que apresentam problemas de conteúdo e de estrutura – cláusulas patológicas – que, não raras vezes, se mostram capazes de dificultar, quando não inviabilizar, a produção de seus regulares efeitos.

**PALAVRAS CHAVE:** Arbitragem Internacional - Cláusulas Patológicas – Eleição de Foro

## **1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS**

Na sistemática jurídica vigente, a arbitragem se apresenta como o método de composição de controvérsias por força do qual pessoas físicas ou jurídicas, de direito

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Direito pela Universidade de Coimbra. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora de Arbitragem da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Professora dos Programas de Pós-Graduação da Universidade Federal de Ouro Preto, da Escola Paulista de Direito e do Centro de Direito Internacional. Professora dos Programas de Graduação da PUC/MINAS e do Centro Universitário UNA. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual – IBDP e do Comitê Brasileiro de Arbitragem - CBAr. Advogada.

<sup>2</sup> Mestrando em Direito pela London School of Economics. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Membro do CEDIN – Centro de Direito Internacional.

público e de direito privado, desde que capazes de contratar e mediante consentimento recíproco, confiam o julgamento de litígios relativos a direitos disponíveis à jurisdição convencional, formada por um ou mais árbitros, especialmente escolhidos para este fim e por elas indicados ou não.

É um método de solução de conflito de interesses, porquanto estabelece um modo de agir, um caminho a ser percorrido entre a constatação de que há uma controvérsia entre duas ou mais pessoas que precisa ser resolvida e o alcance da solução que se apresenta mais adequada e justa para aquela situação. Contempla, uma série de atos coordenados, encadeados, previamente estabelecidos, vinculados e coesos, que têm como única finalidade a composição do litígio existente, composição esta que irá se dar pelas mãos de terceiro(s) estranho(s) ao conflito, idôneos e imparciais, cuja atuação é responsável por inserir a arbitragem entre os chamados métodos heterocompositivos de solução de controvérsias.

Trata-se, outrossim, de uma modalidade especial de solução de entraves que embora se destine tanto a pessoas físicas, quanto a pessoas jurídicas, indistintamente, exige, para a sua utilização, a coexistência de dois requisitos fundamentais: a) a plena capacidade das partes envolvidas, que será aferida a partir dos ditames da lei civil<sup>3</sup>; e b) a plena disponibilidade dos direitos que são objeto de discussão, que se refere à ampla liberdade do indivíduo que for seu titular de fazer aquilo que bem lhe aprouver em relação a eles, inclusive a sua negociação e alienação, na medida em que não há qualquer disciplina normativa, nenhum comando imperativo que limite a autonomia da sua vontade<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Quanto a esse aspecto, cumpre ressaltar que a capacidade para arbitrar será determinada, em regra, pelas regras de capacidade existentes na legislação do país de domicílio das partes, nos termos do que preconiza o direito internacional privado, salvo se outra legislação aplicável não tiver sido voluntariamente estabelecida pelas partes no âmbito da convenção de arbitragem, observando sempre os limites estabelecidos pelas leis nacionais.

<sup>4</sup> Não se pode deixar de mencionar, aqui, a imensa controvérsia existente acerca da possibilidade de utilização da arbitragem para a solução de conflitos no âmbito do direito de família, no direito das sucessões, no direito do trabalho, no direito penal e na administração pública, tendo em vista a limitação legal acerca da natureza disponível da controvérsia levada ao tribunal arbitral. A propósito, cf. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96*. 3.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009, p. 38-44.

Mas para que a controvérsia existente entre as partes seja solucionada por meio da arbitragem, é indispensável, ainda, que exista entre elas consentimento, acordo de vontades no sentido de que o entrave existente será solucionado por um tribunal arbitral especificamente constituído para esse fim. De fato, toda arbitragem tem por pressuposto uma convenção arbitral, estabelecida por meio de cláusula ou compromisso, cuja natureza é, essencialmente, contratual.

Essa convenção, como regra, deve ser firmada pelas partes por escrito. E é nesse ponto que reside o problema que será objeto de estudo no presente trabalho, pois, “os contratos nem sempre são redigidos com técnica apurada (ou, por vezes, a pressa imposta pelas partes não permite aos advogados requintar as formas) e o produto final acaba não sendo tão satisfatório, gerando perplexidades”<sup>5</sup>, que podem vir a comprometer a sua própria eficácia.

## **2.DAS CLÁUSULAS PATOLÓGICAS NA ARBITRAGEM**

Atribui-se o crescimento exponencial da arbitragem, entre outros fatores, ao elemento *sine qua non* do instituto, a saber: o consenso. Uma vez instalado o litígio, a presença do elemento volitivo no tratamento da lide favorece a criação, o desenvolvimento e o encaminhamento de solução que pareça adequada aos olhos das partes, havendo, por conseguinte, maiores chances de adimplemento das obrigações que forem impostas ao litigante vencido e, assim, de alcance da efetiva pacificação social.

Como conseqüência da expansão do uso da arbitragem como método de solução de controvérsias entre os jurisdicionados, notadamente no âmbito internacional, são notórios os esforços no sentido de aprimorar o instituto e de uniformizá-lo, permitindo, assim, a redução de disparidades de procedimento, responsáveis por acarretar incompatibilidades tais que mitigariam a sua eficácia na resolução do litígio.

De fato, enquanto instrumento de solução de conflitos que predomina nas relações jurídicas nas quais são múltiplos os regimes jurídicos incidentes, bem como as

---

<sup>5</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem cit.*, p. 115.

nacionalidades presentes e que tem como pedra fundamental a autonomia da vontade das partes, poucas são as regras de observância imperiosa nas arbitragens internacionais. Há, contudo, vasto material produzido por órgãos e câmara arbitrais diversos em torno de *recomendações* que mesmo sendo facultativas às partes, por certo muito contribuem para o desenvolvimento regular e o desfecho esperado no procedimento.

Mas a inserção e a primazia do elemento *consenso* na arbitragem também é responsável por apresentar alguns revezes. É o que ocorre, por exemplo, em relação à ampla liberdade conferida aos contratantes para estipulações diversas que, segundo sua conveniência e entendimento, melhor se adéqüem às peculiaridades da situação e façam do tortuoso caminho do litígio, rota mais perene com danos colaterais mitigados. A liberdade de contratação dada às partes por vezes conduz a interpretações errôneas que tem como conseqüência a criação de cláusulas que ou se desviam da vontade originalmente existente entre as partes ou mesmo fomentam e tornam mais complexo o litígio e, evidentemente, a sua solução.

Importando o termo da medicina, a doutrina trata tais disposições contratuais imprecisas como *cláusulas patológicas*<sup>6</sup>, por encerrarem problemas em sua redação ou efeitos não desejados pela parte geram um mal. Esse mal, embora tenha gravidade variável, pode levar os litigantes à situação extrema de, após transcorrido todo o procedimento arbitral, verem declarada a invalidade de cláusula arbitral justamente pela natureza patológica, inutilizado todo o procedimento realizado, inclusive uma eventual decisão do conflito que se pretendia definitiva.

“A cláusula patológica designa avenças inseridas em contrato que submetem eventuais litígios à solução de árbitros mas que, por conta de redação incompleta, esdrúxula ou contraditória, não permitem aos litigantes a constituição do órgão arbitral, provocando dúvida que leva as partes ao Poder Judiciário para a instituição forçada da arbitragem”<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> A primeira referência à Cláusulas Patológicas é atribuída ao Sr. Frederick Eisemann, no ano de 1974, quando servia como Secretário Geral da Corte Internacional de Arbitragem da ICC (*International Court of Arbitration*).

<sup>7</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem cit.*, p. 112.

De fato, a denominação cláusula patológica “caracteriza a cláusula arbitral que pode não ter eficácia, por apresentar redação ambígua, confusa, que não explica a vontade das partes, ou que pode colocar a vontade das partes em contradição”<sup>8</sup>.

As cláusulas patológicas são gênero, que comporta em seu bojo as mais teratológicas e inimagináveis espécies. E mesmo com a crescente experiência arbitral, ainda que acumulado vasto *know-how* no sentido de evitar os desastrosos efeitos de tais cláusulas, a jurisprudência arbitral evidencia diversificada gama de disposições teratológicas que podem ser encontradas no seio de cláusula arbitral.

Entre as de maior destaque, sem dúvida, estão as cláusulas arbitrais vazias – isto é, aquelas que contêm na sua redação apenas a indicação genérica sobre múltiplas instituições arbitrais que poderão ser responsáveis pela apreciação da lide, ou mesmo apenas indicação do local onde a arbitragem ocorrerá, sem definição precisa de qual será a instituição responsável ou ainda quais serão as regras e procedimentos adotados.

O destaque ocorre, a toda evidência, quando as partes, no momento de firmarem o compromisso respectivo, não logram êxito em fazê-lo, remetendo a questão, portanto, ao Poder Judiciário. O grande problema, aqui, é que a arbitragem é construída sobre o pilar do mútuo acordo entre as partes, fazendo uso da liberdade conferida pela Lei, para extração de melhor proveito de situação adversa representada pelo conflito. Quando o elemento da gênese da arbitragem é maculado, na sua essência, com a redação deficiente, que a despeito de afastar a jurisdição estatal não contém elementos suficientes para sua delimitação e plena produção de efeitos, tem-se que, em princípio, a arbitragem estará comprometida.

Alguns outros exemplos de cláusulas patológicas são aquelas em que há equívocos ou dubiedade sobre qual será o local em que ocorrerá a arbitragem ou sobre a instituição responsável pela sua condução, que contém nomeação de um árbitro que no momento da constituição do tribunal arbitral encontra-se impedido de atuar ou que se recusa a tal, a indicação de instituições que quando requeridas não mais existem ou

---

<sup>8</sup> Glossário da Primeira Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo: Disponível em: <http://www.primeiracamara.com.br/glossario.htm>. Consulta: 11.04.11.

mesmo previsão de *deadlines* não razoáveis para a conclusão dos trabalhos, com o julgamento do conflito e a prolação de sentença arbitral<sup>9</sup>.

Uma das formas utilizadas para evitar atritos ou dubiedades patológicas pelos diversos órgãos internacionais é a criação, não apenas de modelos de procedimentos por meio de regulamentos específicos, como também de modelos de redação de cláusulas compromissórias padrão.

Não obstante, ainda que evitáveis a qualquer custo, reincidentes são os casos de redação de cláusulas arbitrais que ao invés de instrumentalizarem uma forma alternativa de solução de conflito, dão início a um litígio acessório que faz ruir o consentimento necessário para a instauração da arbitragem e prejudica a questão principal a ser definida, trazendo, por conseguinte, conseqüentes desastrosas.

Nesse contexto, é indispensável que se afaste da redação das cláusulas arbitrais quaisquer máculas que possam comprometer a produção de seus efeitos. E para tanto, bom ponto de partida é fornecido por F. EISEMANN, criador do termo *cláusula patológica* que estabeleceu quatro pontos essenciais aos quais deverão se ater as cláusulas arbitrais.

O primeiro ponto refere-se à produção de efeitos mandatórios para as partes. Assim, na redação das disposições arbitrais os contratantes deverão se atentar tanto para o fato de que de todas as cláusulas deverão advir efeitos concretos, como, especialmente, para a delimitação e o pré-conhecimento de tais efeitos, evitando, assim, que futuramente qualquer das partes se insurja contra o procedimento ou o acordo firmado.

O segundo ponto é a transferência aos árbitros de poderes para solução de litígios incidentes existentes entre as partes, que venham a tona no curso do procedimento arbitral e que a ele estejam, de algum modo, relacionados. Tal ponto é de crucial importância, devendo os contratantes antever todas as peculiaridades em um possível procedimento arbitral a ser instaurado, estabelecendo regras claras para incidentes como

---

<sup>9</sup> BISHOP, R. Doak. A practical Guide for Drafting International Arbitration Clauses. Houston, Texas. Disponível em: <http://www.kslaw.com/library/pdf/bishop9.pdf>. Acesso: 11.04.11. Neste mesmo trabalho são citadas diversas outras cláusulas arbitrais patológicas como: “Arbitration – all disputes will be settled amicably” ,ou ainda, “In case of a dispute the parties undertake to submit to arbitration but in case of litigation the Tribunal de la Seine shall have exclusive jurisdiction.”

produção de provas, oitiva de testemunhas, medidas cautelares ou procedimentos de colaboração que de alguma forma possam vir a ser relevantes para a decisão final.

O terceiro ponto é a atenção das partes para alocarem a arbitragem em local em que melhor sejam atendidas as condições de eficiência, celeridade e, sobretudo, eficácia da sentença arbitral, que deverá ser passível de reconhecimento pela ordem jurídica e de execução perante o Poder Judiciário local<sup>10</sup>.

Por fim, o ponto derradeiro das considerações de F. Eisemann é, sem dúvida, o mais relevante para o presente trabalho, pois versa sobre a unidade e a sistematicidade do conjunto de cláusulas arbitrais no sentido tanto de corroborar o poder dos árbitros para solução do litígio e, como decorrência lógica, a exclusão da interferência das Cortes Estatais em tais procedimentos, ao menos até a prolação da sentença arbitral, sendo que por certo ter-se-á que recorrer ao *imperium* estatal para execução forçada de tal decisão.

De fato, não é incomum o fenômeno de inclusão em um mesmo instrumento tanto da cláusula arbitral como de cláusula de eleição de foro judicial, escolhida, conforme os critérios e faculdades de fixação ou derrogação de competência estatal, foro adequado a apreciação da demanda previstos no Código de Ritos.

### **3. DA (IN)COMPATIBILIDADE DA CLÁUSULA ARBITRAL COM A CLAUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO.**

O tema relativo à inserção em um mesmo contrato de cláusula arbitral coexistindo a uma cláusula de eleição de foro, há algum tempo, é apontado como caso clássico de *cláusula patológica*, considerando que enquanto o Juízo Estatal é, por expressa disposição constitucional, o caminho natural para a resolução de litígios, a opção pela arbitragem é meio de expressão da autonomia da vontade que, uma vez acordada entre as partes, tem o condão de afastar a jurisdição estatal. Assim, seria inviável a opção de ambas as vias a reger uma mesma relação jurídica, já que, por natureza, seriam

---

<sup>10</sup> Neste ponto, com a proliferação de países que ratificaram a Convenção de Nova York (1958) sobre Reconhecimento e Execução de Laudos Arbitrais, tal problema tornou-se mitigado, já que as hipóteses de denegação de reconhecimento ou cumprimento dos laudos arbitrais estrangeiros foram elencadas de forma restritiva no art. V da Convenção.

excludentes:

“Outro problema que se tem verificado com certa freqüência na prática são cláusulas de arbitragem e cláusulas de eleição de foro incluídas juntas no mesmo contrato. Todavia, estas são excludentes. Não se pode inserir uma cláusula de arbitragem no contrato e ao mesmo tempo dispor sobre a eleição de foro judicial. Pode-se assim proceder desde que esteja perfeitamente esclarecido e delimitado no contrato que para tais questões as partes reportar-se-ão à arbitragem e, para outras, o foro judicial. A cumulatividade de cláusula de arbitragem com de eleição de foro judicial são cláusulas contraditórias, inserindo-se no rol das cláusulas patológicas”<sup>11</sup>.

Com efeito, “num primeiro momento, parece que as duas cláusulas seriam antagônicas: a primeira, que ele foro (comarca) onde será dirimida controvérsia decorrente de determinado contrato, estaria apontado para o órgão do Poder Judiciário competente para dirimir eventual controvérsia entre as partes contratantes; a cláusula compromissória demonstra, porém, a escolha das partes de entregar a árbitros (não a um órgão do Poder Judiciário) a solução de eventual controvérsia”<sup>12</sup>.

Uma vez manifesta a vontade das partes e preenchidos, no caso do Brasil, os requisitos estabelecidos na Lei de Arbitragem (Lei 9.307/1996), há de imperar o princípio do *pacta sunt servanda*, bem como da boa-fé contratual como norteadores da formação, desenvolvimento, conclusão e interpretação do acordo firmado, nas cláusulas avençadas. E, no caso da cláusula arbitral, tal interpretação dos contratos impõe que “não pode uma parte, após ter eleito espontaneamente a instância arbitral, deixar de honrar o compromisso assumido”<sup>13</sup>. Afinal, quando omisso o contrato, em caso de litígio as partes, em regra, seriam conduzidas ao Poder Judiciário. Logo, na presença de uma cláusula

---

<sup>11</sup> LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitrabilidade de Litígios na Propriedade Intelectual. Disponível em: [http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/esa1.2.3.1.asp?id\\_noticias=92](http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/esa1.2.3.1.asp?id_noticias=92). Acesso: 11.04.11

<sup>12</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem cit.*, p. 114.

<sup>13</sup> LEMES, Selma Maria Ferreira. *Princípios e Origens da Lei de Arbitragem*, in "Revista do Advogado", n.º 51.

arbitral fica evidente a vontade das partes de afastar o Judiciário<sup>14</sup>.

Reconhecida a incontestável vocação da arbitragem como método de solução de conflitos capaz tanto de prestar às partes solução mais célere e adequada a determinados litígios, quanto como forma que, por excelência, mitiga o problema de congestão do Poder Judiciário, reveste-se o instituto da legitimidade suficiente para afastar quaisquer dúvidas sobre sua prevalência no caso de regular celebração da cláusula arbitral<sup>15</sup>.

A simples existência de qualquer das formas de convenção de arbitragem estabelecida pela Lei 9.307/96 - cláusula compromissória ou compromisso arbitral - conduz, desde que alegada pela parte contrária, a extinção do processo sem julgamento de mérito, visto que nenhum dos contratantes, sem a concordância do *adversus*, poderá arrepender-se de opção anterior, voluntária e livremente estabelecida no sentido de que eventuais conflitos sejam dirimidos através do juízo arbitral. Inteligência dos artigos 4º e 9º da Lei 9.307/96 c/c artigos 267, VII, 301, IX, ambos do Código de Processo Civil<sup>16</sup>.

Na comunidade internacional, casos similares se proliferam e ainda que sejam encontrados entendimentos divergentes sobre a possibilidade ou mesmo conseqüências da coexistência entre cláusula arbitral e eleição de foro local, é majoritária a condenação de tal prática como fonte de criação ou mesmo perpetuação de litígios, sendo que tal questão por vezes não encontra resposta adequada, sendo que a prevalência de um Juízo ou outro traz igualmente prejuízos às partes.

Em comentário à *ICC Arbitration*<sup>17</sup> que versa sobre cláusulas patológicas, CRAIG, PARK & PAULSSON estabelecem que, naqueles casos em que em um mesmo

---

<sup>14</sup> “an ambiguous arbitration clause should be interpreted by considering that if the parties had not wished to submit their dispute to arbitration, they would simply have refrained from mentioning the possibility of doing so”. FOUCHARD, Gaillard, Goldman. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law, 1999, §478.

<sup>15</sup> No Brasil, o Código de Processo Civil de 1973 elenca como causa de extinção do processo sem julgamento de mérito a existência de compromisso arbitral (art. 267, VII, c/c art. 301, IX, § 4º).

<sup>16</sup> TAMG, Apelação Cível nº 254.852-9, 3ª Câmara Cível, Relatora Juíza Jurema Brasil Marins, j. 03.06.98.

<sup>17</sup> CRAIG, PARK & PAULSSON. *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3ª ed, Oceana, 2000.

contrato, ou para reger uma mesma relação jurídica, as partes permitem tanto a presença de cláusula arbitral, como elegem algum foro estatal, a convenção de arbitragem perderia a sua força e a sua confiabilidade. Consolidam, assim, o entendimento de que ao tratar a arbitragem como forma meramente opcional de solução de conflitos, as partes comprometeriam, de forma quase irreversível, a possibilidade de o procedimento arbitral não ser instaurado, fazendo surgir graves riscos de invalidade de tal cláusula:

“as partes, algumas vezes, concordam em considerar a arbitragem como meio alternativo ou opcional para solução de controvérsias, mas não estabelecem tal meio como obrigatório. Tais acordos são quase sempre mal-instruídos, porque não servem a qualquer propósito, ensejando apenas desentendimentos procedimentais”.

Um dos casos mais expressivos é da redação de cláusula arbitral contida em contrato celebrado na Alemanha, no qual consta a seguinte previsão:

“Este contrato será governado pela Lei alemã, e o local de desenvolvimento será Berlim (ocidental). A Jurisdição será de Berlim (ocidental). Subsidiariamente, as partes acordam que as disputas decorrentes das relações deste contrato serão decididas pelo Tribunal da Corte Internacional do Comércio. Os procedimentos arbitrais terão sede em Berna/Suíça. Nos procedimentos arbitrais, a lei alemã, substantiva e formal (*sic*) deverá ser aplicada. O laudo arbitral do Tribunal será vinculante e final.”

A redação de tal cláusula por certo desperta diversas dúvidas, tanto sobre a possibilidade de trâmite simultâneo de procedimentos arbitrais e estatais bem como sobre qual é a força de uma eventual sentença arbitral, ainda que esta decida de forma distinta da decisão judicial. A decisão no caso exposto, salvo melhor juízo, apresenta-se como temerária, estabelecendo a validade tanto da cláusula arbitral como da eleição do foro estatal. Isto porque, enquanto uma das partes não logrou êxito em provar qualquer dano

advindo do processamento do feito na corte alemã, a parte contrária tampouco conseguiu trazer aos autos prova de invalidade da cláusula arbitral<sup>18</sup>.

Consultando o tratamento dispensado ao tema em outros países, como a China, são também encontrados posicionamentos que corroboram tal entendimento, sustentando que poderão coexistir, de forma normal, num mesmo instrumento, previsão para adoção de ambas as vias de solução de litígios (arbitral e estatal), sem que isso determine, por si só, a invalidade ou a prejudicialidade de qualquer delas em relação à outra<sup>19</sup>.

Em contrapartida, porém, podem ser encontrados, também, extensos pronunciamentos contrários a tal posicionamento, defendendo que no caso de coexistência de tais disposições ter-se-á como inexistente o acordo arbitral entre as partes. Tal posição, reforçada por KARABELNIKOV, encontra fundamento na interpretação do art. II, da Convenção de Nova York sobre Reconhecimento e Homologação de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (1958). De acordo com tal artigo, os Estados que ratificarem a Convenção deverão reconhecer os compromissos e cláusulas arbitrais, nos quais as partes acordam em submeter seus litígios à arbitragem. Assim, a interpretação depende de consentimento de todas as partes envolvidas. No caso de multiplicidade de vias para solução de conflitos e inexistência consenso sobre qual será a adotada, carecerá o acordo arbitral de força capaz de torná-lo imperativo<sup>20/21</sup>.

---

<sup>18</sup> An Oregon Court (...) held that the agreement provided *both* for arbitration and for choice forum. The Court held the arbitration clause to be enforceable, not finding evidence that the Agreement should be revoked. The Oregon judge also held the choice of forum provision to be enforceable, finding the law did not support plaintiffs contention that its enforcement would be unreasonable and unjust. The Court held that plaintiffs had produced no evidence to support a claim that litigation in Europe would be so gravely difficult and inconvenient that plaintiffs would *for all practical purposes be deprived of their day in court*. *Guenter Pauly and Jose Pena v. Biotronik, GmbH. USDC Oregon, Civil, n. ° 90-100-RE. 1990*

<sup>19</sup> Zhindong Chen 1998, *International Commercial Arbitration Law*, Law Press, p.17. Neste mesmo sentido decidiu a Suprema Corte de Hong Kong no caso *William Company v. Chu Kong Agency*.

<sup>20</sup> O prof. Yarkov, membro do Conselho de Pesquisa e Assessoramento da Suprema Corte Arbitral da Federação Russa, em seu manual também defende a impossibilidade de reconhecimento de acordos arbitrais inseridos de forma concomitante a eleição de foro estatal

<sup>21</sup> No mesmo sentido, já decidiu a Sala Político-Administrativa do Tribunal Supremo de Justiça da Venezuela que os acordos de arbitragem optativos [que coexistem com clausulas de eleição de foro, fazendo da arbitragem faculdade das partes] carecem de validade. Isso porque para que o acordo de validade seja válido deverá ser também inquestionável, indubitável e com as expressa menção das partes em que submetendo os litígios a apreciação arbitral, excluem a jurisdição dos tribunais judiciais ordinários. Caso: *Consortio Barr v. Four Seasons, 2003*.

Independente da força argumentativa das diversas correntes doutrinarias nacionais e internacionais sobre a possibilidade de coexistência da cláusula arbitral e da eleição de foro, mesmo que não considerada patológica, por certo é origem de conflito que deve ser evitado, notadamente quando envolva arbitragem relativa a investimentos estrangeiros.

#### **4. CASOS DE COMPATIBILIDADE DA CLÁUSULA ARBITRAL E ELEIÇÃO DE FORO.**

Ainda que em regra a inserção de cláusula arbitral e cláusula de eleição de foro em um mesmo contrato seja em regra considerada cláusula patológica, sendo altamente recomendável que uma das vias de solução de conflitos seja excluída, existem alguns casos em que ambas as cláusulas poderão coexistir de forma perfeita, sem que a incidência de uma afete a aplicação da outra.

Tal fenômeno é possível, *a priori*, pela natureza consensual da arbitragem. Afinal, se a lei faculta às partes a opção pelo juízo arbitral, igualmente serão passíveis de escolha os limites e aplicações da arbitragem a eventuais litígios, podendo incidir sobre a totalidade ou parte do conflito, conforme as peculiaridades e vontades acordadas entre as partes.

Assim é, que dependendo da redação da convenção de arbitragem, não é incomum a inclusão, no mesmo instrumento, de cláusula arbitral e de cláusula de eleição de foro, demandando a boa técnica, porém, a aplicação subsidiária desta em relação àquela, para os casos em que se faça necessária a requisição de tutelas de urgência antes da constituição do tribunal arbitral, obtenção de compromisso arbitral quando se está diante de cláusula vazia, requisição de condução coercitiva de testemunha, execução de sentença ou mesmo propositura de demanda anulatória do procedimento arbitral. “Em outros termos, com a cláusula de eleição de foro as partes escolhem desde logo o território onde proporão eventuais demandas que digam respeito à arbitragem, se for necessário o acesso à Justiça Estatal”<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem cit.*, p. 115.

E não apenas em tais casos, entende-se pela possibilidade de coexistência de cláusulas arbitrais e eleição de foro. De fato, ainda que incontestado o caráter jurisdicional desempenhado pela arbitragem, fato é que lhe falta o atributo de coerção para cumprimento desde suas diligências procedimentais quanto também de sua decisão final. Ainda, as pretensões da arbitragem enquanto via de solução de litígios dirigem-se à célere solução de conflitos, apresentando-se como alternativa aos problemas enfrentados pelo Judiciário. Logo, não há de se falar em qualquer concorrência ou mesmo incomunicabilidade entre as instâncias arbitrais e estatais, muito antes, o movimento adequado é de convergência de interesses visando a colaboração.

Prova do reconhecimento sobre a necessidade de intervenção estatal na arbitragem é encontrada mesmo na Lei Modelo de Arbitragem da UNCITRAL, tendo tal modelo sido disseminado de forma exponencial em diversos países que com mínimas alterações formais, contentaram-se a basicamente repetir os dispositivos da lei modelo. E já prevendo as hipóteses de interação entre as instâncias estatais e arbitrais, no art. 5º da Lei Modelo consta a seguinte disposição: “nos assuntos governados por essa lei, as cortes estatais não interferirão, exceto quando autorizado pela presente lei”. Logo, a interpretação literal do artigo não aponta para total exclusão da intervenção judicial nos procedimentos arbitrais, mas a permite dentro de determinados limites.

## **5. AS ARBITRAIS INTERNACIONAIS DE INVESTIMENTO E A INCOMPATIBILIDADE COM CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO.**

Da vasta e complexa gama de arbitragens desenvolvidas na esfera internacional, para além dos elementos que podem representar entraves no livre trânsito comercial e avanços nas tratativas multilaterais, por certo que uma das relações mais delicadas é justamente a que envolve de um lado Estados-receptores de investimentos, que em regra são países em vias de desenvolvimento, e grandes investidores internacionais, que por sua vez são conglomerados ou mesmo indivíduos com domicílio em grandes economias globais.

Enquanto os primeiros desejam a máxima capitação de investimento com a devida proteção aos seus interesses e de seus nacionais, os investidores almejam apenas o livre trânsito de seus capitais para mercados de melhor rentabilidade e maior segurança.

Logo, a dicotomia entre os figurantes da complexa relação de investimentos internacionais sempre representou um dos maiores desafios a ser equacionado sob pena tanto de impossibilidade de ingresso de capitais em novos mercados que tanto implicariam em perdas aos investidores como aos Estados que deixariam de receber tais valores. Através do sistema de concessões mútuas, ainda que latente a desproporcionalidade pendente favoravelmente aos investidores em detrimento dos Estados, diversas soluções foram sendo gradativamente construídas e discutidas ao longo dos últimos 60 anos para a questão.

Um dos pontos de maior avanço em tais negociações foi a adoção da arbitragem como forma de solução de litígios, principalmente por diversos fatores.

O primeiro deles é a possibilidade de modulação do procedimento às peculiaridades a serem enfrentadas. Afinal, enquanto algumas demandas exigem uma instrução probatória exauriente, ainda que seja esta morosa, em regra, os procedimentos arbitrais que envolvem investimentos não comportam delongas e formalidades exigindo, respeitado o *due process of law*, a máxima celeridade com exclusão de etapas ou redução das mesmas no procedimento.

O segundo elemento é representado pela possibilidade de composição das câmaras arbitrais por indivíduos altamente especializados na matéria em discussão. Afinal, o caráter técnico presente em tais demandas, com entendimento completo das regras presentes nos investimentos, familiaridade com as terminologias bem como apurado conhecimento das práticas permitidas e lícitas são exigidos daqueles que pretendem proferir julgamento adequado a tais demandas. Assim, poder confiar o julgamento da demanda àqueles que atendem tais requisitos, por certo traz maior segurança a ambas as partes envolvidas no litígio.

Por fim, o elemento que tem maior destaque no desenvolvimento da arbitragem em investimentos internacionais, é justamente o que mais interessa ao objetivo do

presente trabalho, sendo que devido à já exposta dicotomia e certa desconfiança entre Estados e investidores, estes temem sempre que o ente soberano possa no exercício de seus poderes agir de forma injusta contra seus interesses, através da nacionalização de seus ativos ou mesmo mudanças no cenário ou condições acordadas que culminem com prejuízos insuportáveis aos investidores. E, claro, a desconfiança torna-se ainda mais acentuada quando o investidor tem como recurso para pleitear seus direitos apenas a Corte nacional do Estado investidor, havendo de forma generalizada presunção de parcialidade em tais decisões em favor dos nacionais.

Assim, a eleição da arbitragem com composição conjunta de árbitros e escolha de instituições cuja idoneidade é reconhecida mundialmente, ainda que não afaste as possibilidades de medidas estatais teratológicas, ao menos assegura aos investidores via escurrita para solução do litígio com defesa adequada de seus direitos.

E em conseqüência, o temor dos investidores estrangeiros em relação às cortes estatais, tanto pela falta de acuidade necessária ao bom julgamento, como pelos riscos de parcialidade da decisão prolatada tornam altamente não recomendável qualquer interferência estatal nos procedimentos arbitrais sobre a matéria de investimentos<sup>23</sup>.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BISHOP, R. Doak. *A practical Guide for Drafting International Arbitration Clauses*. Houston, Texas. Disponível em: <http://www.kslaw.com/library/pdf/bishop9.pdf>. Acesso: 11.04.11.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo: um comentário à lei 9.307/96*. 3.ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

---

<sup>23</sup> A fim de evitar tais interferências e promover um desenvolvimento internacional dos procedimentos que envolvam a matéria de investimentos no ano de 1969 foi criado sob os auspícios do Banco Mundial, o ICSID (International Center for Settlement of Investment Disputes).

“very important, by virtue of its distinctive self enclosed procedural system, the Convention excludes the possibility of court intervention in the arbitral process and provides the direct enforceability of a final arbitral award in favour of the foreign investor, without there being any need for the investor to engage domestic laws on the recognition of arbitral awards and without there being the possibility on the part of the host State to invoke grounds to annul or refuse to recognize the award before a domestic court.” VALASSEK, Martin, HUSSAIN, Azim. *Investor-state arbitration, court intervention and the ICSID Convention in Canada*.

CRAIG, PARK & PAULSSON. *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3ª ed, Oceana, 2000.

ESTADOS UNIDOS, *Guenter Pauly and Jose Pena v. Biotronik, GmbH. USDC Oregon*, Civil, n. ° 90-100-RE. 1990

FOUCHARD, Gaillard, Goldman. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law, 1999.

Glossário da Primeira Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo: Disponível em: <http://www.primeiracamara.com.br/glossario.htm>. Consulta: 11.04.11.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Arbitrabilidade de Litígios na Propriedade Intelectual. Disponível em: [http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/esa1.2.3.1.asp?id\\_noticias=92](http://www2.oabsp.org.br/asp/esa/comunicacao/esa1.2.3.1.asp?id_noticias=92). Acesso: 11.04.11

LEMES, Selma Maria Ferreira. *Princípios e Origens da Lei de Arbitragem*, in "Revista do Advogado", n. ° 51.

MINAS GERAIS, TAMG, Apelação Cível nº 254.852-9, 3ª Câmara Cível, Relatora Juíza Jurema Brasil Marins, j. 03.06.98.

VALASSEK, Martin, HUSSAIN, Azim. Investor-state arbitration, court intervention and the ICSID Convention in Canada.

ZHINDONG CHEN 1998, *International Commercial Arbitration Law*, Law Press.