



CHENUT OLIVEIRA SANTIAGO

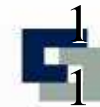
PARIS SÃO PAULO BELO HORIZONTE

**A ARBITRAGEM CCI NOS PAÍSES LUSÓFONOS
O INTERESSE DAS PRÁTICAS CCI E O CONTROLE DOS RISCOS**

Marina MENDES COSTA
Advogada em São Paulo e Paris

ESTATÍSTICAS CCI DOS ÚLTIMOS 5 ANOS RELATIVAS AS PARTES LUSÓFONAS

<u>2003</u> –	Nº de partes	Nº de árbitros	Sede
	1 Angola	1	0
	1 Moçambique	0	1
	8 Portugal	0	0
	22 Brasil	16	4
<u>2004</u> -	Nº de partes	Nº de árbitros	Sede
	8 Portugal	3	1
	30 Brasil	22	10
<u>2005</u> –	Nº de partes	Nº de árbitros	Sede
	1 Moçambique	0	1
	1 São Tomé e Príncipe	0	0
	2 Cabo Verde	1	0
	10 Portugal	3	1
	35 Brasil	7	1



<u>2006</u> –	Nº de partes	Nº de árbitros	Sede
	2 Angola	0	0
	8 Portugal	6	2
	67 Brasil	31	14
	0 São Tomé e Príncipe	1	0
<u>2007</u> –	Nº de partes	Nº de árbitros	Sede
	2 Angola	0	0
	2 Moçambique	0	0
	16 Portugal	9	3
	35 Brasil	43	14



TIPOS DE CONTRATO EM LITÍGIO

- Contratos de financiamento e pacto de acionistas (Angola), contratos de engenharia civil (Cabo Verde e Moçambique), contrato de engenharia, de concessão de uso de bens públicos (São Tomé e Príncipe), contratos de distribuição e franquia, de transporte, aquisição e cessão de ações, consultoria, prestação de serviços técnicos, construção e engenharia de instalações portuárias e gazeodutos, de fornecimento de canais para televisão por assinatura, de fornecimento de cimento, etc. (Portugal), e contratos de compra e venda de energia elétrica, construção e engenharia de linhas de transmissão de energia elétrica, de complexos energéticos, de instalações de ciclo combinado de gás, concessão para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, aquisição de matérias primas, formação de consórcios e joint ventures, acordo de votos, pacto de acionistas, concessão de direitos autorais, etc. (Brasil).



AS POSIÇÕES DO BRASIL E DE PORTUGAL:

Em 2003	1° USA	199 partes
	2° Franca	127 partes
	3° Alemanha	112 partes
	4° Itália	92 partes
	5° Reino Unido	71 partes
	11° Argentina	33 partes
	12° México	27 partes
	<u>15° Brasil</u>	<u>22 partes</u>
	<u>26° Portugal</u>	<u>8 partes</u>



AS POSIÇÕES DO BRASIL E DE PORTUGAL:

Em 2006	1° USA	173 partes
	2° Alemanha	113 partes
	3° France	111 partes
	<u>4° Brasil</u>	<u>67 partes</u>
	<u>28° Portugal</u>	<u>8 partes</u>
Em 2007	1° Alemanha	158 partes
	2° USA	136 partes
	3° France	104 partes
	<u>11° Brasil</u>	<u>35 partes</u>
	<u>21° Portugal</u>	<u>16 partes</u>



MARCOS PRINCIPAIS DA EVOLUÇÃO DA ARBITRAGEM NO DIREITO BRASILEIRO

- Lei nº 9.307/96 (LEI DE ARBITRAGEM) – marca uma ruptura com o sistema anterior.
- Decisão de constitucionalidade da lei de arbitragem pelo Superior Tribunal Federal (STF) em 2001
- Ratificação da Convenção de Nova York em 2002
- Ratificação do Acordo de Buenos Aires em 2003
- Promulgação de legislação abundante prevendo a arbitragem como método de resolução de litígios. Decisões jurisprudenciais a favor.



O PANORAMA ATUAL

- O artigo 1º da Lei 9.037/96 (lei de arbitragem) prevê que podem se submeter à arbitragem “*as pessoas capazes de contratar*”.
- Lei Federal 11.079/04 (institui normas gerais para a licitação e contratação de parcerias público-privadas)
*“Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, [...] podendo ainda prever:
III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.”*



- Lei 10.848/04, que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica
“Art. 4º. Fica autorizada a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica - CCEE
§ 5º As regras para a resolução das eventuais divergências entre os agentes integrantes da CCEE serão estabelecidas na convenção de comercialização e em seu estatuto social, que deverão tratar do mecanismo e da convenção de arbitragem, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.”
- Lei 9.478/97 (Lei do Petróleo) – Decreto 2745/98
“Art. 7.13. Os contratos deverão estabelecer, com clareza e precisão, os direitos, obrigações e responsabilidades das partes e conterão cláusulas específicas sobre: m) a forma de solução de conflitos, o foro do contrato e, quando necessário, a lei aplicável.”



- Lei 9472 de 16 de julho de 1997 (Lei de telecomunicações)
“Art. 93. dispõe que: O contrato de concessão indicará XV - o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais.”

Hoje em dia é possível submeter à arbitragem litígios societários, trabalhistas, em matéria de seguros, em direito marítimo.

A jurisprudência tem admitido o uso da arbitragem por empresas em falência e liquidação desde que a cláusula arbitral tenha sido validamente firmada antes da decretação da falência ou liquidação da empresa (caso Saúde ABC X Interclínicas S/A – 2006 e caso Jackson Empreendimentos Ltda. X Diagrama Construtora Ltda - 2008).



AS PRÁTICAS CCI: INTERESSES MÚLTIPLOS

- A arbitragem CCI é uma arbitragem institucional (supervisionada e administrada por uma instituição, um órgão administrativo).
- A instituição cria um conjunto de regras (pré-estabelecidas) sobre, entre outros, a constituição do Tribunal Arbitral, os poderes e deveres dos árbitros, os direitos e obrigações das partes, a confidencialidade, a condução do procedimento, o aspecto financeiro, as sentenças, as quais as partes aderem e concordam em respeitar.
- Dentre o conjunto de regras que constituem o Regulamento de Arbitragem da CCI, três disposições são essenciais e características da Arbitragem CCI. Não há possibilidade de derrogação pelas partes.



OS TRÊS PILARES DA ARBITRAGEM CCI

Análise *prima facie* → Ata de Missão → Análise prévia do laudo
(art. 6(2) do Reg.) (art. 18 do Reg.) (art. 27 do Reg.)

Artigo 6(2) do Regulamento

- Na falta de resposta ao requerimento de arbitragem ou
- Na hipótese de objeções à jurisdição.
- A Corte fará uma análise *prima facie* das objeções formuladas e dos comentários apresentados pela outra parte e decidirá se a arbitragem deve ou não prosseguir.
- O interesse principal é impedir que a parte não signatária de uma cláusula arbitral participe de um procedimento arbitral como demandante ou demandada.



Artigo 18 do Regulamento (ata de missão)

- Documento que as partes e o árbitro devem assinar 2 meses após a transmissão do expediente ao árbitro.
- Acordo antes da assinatura da ata de missão?
- A ata de missão (i) determina os limites da missão do árbitro ; (ii) traz à luz os elementos essenciais do litígio ; (iii) permite ao árbitro de sanar eventuais problemas procedimentais ; (iv) permite as partes e ao árbitro de chegar a um acordo quanto as regras de procedimento – as comunicações, o número de memoriais, a bifurcação do procedimento, a produção de provas, a realização de audiências, etc...); (v) servirá de base ao trabalho do secretariado da Corte quando da análise prévia do laudo arbitral.



Artigo 27 do Regulamento (processo de escrutínio das sentenças arbitrais)

- Etapa obrigatória e confidencial.
- O artigo 25 dispõe que “o laudo deve ser fundamentado.”
- A Corte sugere modificações de forma e de fundo (relacionadas com o mérito da controvérsia).
- A Corte pode aprovar, não aprovar ou aprovar com reservas o laudo.
- Extremamente eficaz principalmente em presença de opiniões dissidentes.



RISCOS FREQUENTES ENCONTRADOS: COMO LIMITÁ-LOS?

- I – Na fase inicial da arbitragem
- II – Durante o procedimento arbitral
- III – Na fase final

I – Na fase inicial

- Cláusulas patológicas (previsão de instituição arbitral inexistente, instituições arbitrais concorrentes, procedimentos de constituição do Tribunal Arbitral incompatíveis, etc.);
- Cláusulas escalonadas;
- Arbitragens com múltiplos contratos;
- Incorporação de terceiros e consolidação de casos;
- Arbitragens multipartes.



I – NA FASE INICIAL

Cláusulas patológicas

*“All disputes arising from this agreement shall be settled **according to ICC rules**”.*

*“Any disputes arising out of or in connection with the present contract shall be finally settled under the **Rules of Conciliation and Arbitration of the European Chamber of Commerce** by one or more arbitrators appointed in accordance with the said Rules”.*



*“All disputes arising from the execution of or in connection with the contract shall be settled through friendly negotiation between both parties. In case no settlement can be reached, the disputes shall be submitted to the **Singapore International Arbitration Centre for arbitration in accordance with the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce** in effect at the time of applying for arbitration by three (3) Arbitrators appointed in accordance with said Rules. The venue of arbitration shall be Singapore. [...]”*



Cláusulas escalonadas - São aquelas que prevêem um procedimento duplo ou triplo de resolução de litígios (negociação entre as partes e arbitragem, conciliação/mediação e arbitragem, perícia e arbitragem)

a) Problema da prematuridade da arbitragem

“Toda controvérsia relativa ao presente contrato poderá ser resolvida amigavelmente por três (3) conciliadores, dois nomeados por cada uma das partes e o terceiro nomeado de comum acordo pelos dois primeiros.

*Entretanto, o dono da obra e o empreiteiro terão direito de submeter o litígio a **Câmara de Comércio Internacional** para ser resolvido definitivamente segundo o regulamento de arbitragem.”*



Cláusula escalonada

b) Problema da tempestividade da arbitragem

*“111.1 Caso qualquer das partes não se conforme com o parecer emitido por uma das **comissões de peritos** nos termos do artigo anterior, poderá, **no prazo máximo de 20 (vinte) dias úteis** contados da data em que o referido parecer lhe tenha sido comunicado, submeter o diferendo a un **Tribunal Arbitral** composto por três membros, um nomeado por cada parte e o terceiro escolhido de comum acordo pelos árbitros que as partes tiverem designado [...].*



Arbitragens com múltiplos contratos

- Dois contratos com cláusulas ad hoc
- Um contrato com cláusula CCI (não assinada) e outro com cláusula ad hoc
- Um contrato com cláusula de eleição de foro e outro com cláusula CCI
- Dois contratos com cláusulas CCI incompatíveis

A questão central é determinar a vontade das partes, demonstrar que houve um consentimento para arbitrar ou, ao menos, uma conduta que sugeriria um consentimento naquele sentido.

3 condições impostas pela Corte para prosseguir com um procedimento arbitral fundado em vários contratos.



Incorporação de terceiros e consolidação de casos

- Não existe artigo específico no Regulamento sobre a incorporação de terceiros. Artigo 4 (3) do Regulamento CCI dispõe que cabe ao demandante identificar as partes no procedimento. Entretanto, a Corte pode autorizar a incorporação de um terceiro a pedido do demandado se certas condições estiverem reunidas.
- Artigo 4(6) do Regulamento CCI trata da consolidação de casos. Mesmo se todas as condições de consolidação estiverem reunidas, a Corte pode decidir não consolidar os casos.



Arbitragens multipartes

- O Regulamento CCI não está adaptado as arbitragens com múltiplas partes. Vários artigos necessitam ser revisados (artigos 5º e 30 do regulamento, por exemplo).
- A decisão da Corte em aplicar o artigo 10 do Regulamento pode tornar-se menos vantajosa para uma das partes se não aplicado com uma certa flexibilidade.
- A aplicação do artigo 10(2) deve manter-se excepcional.



II – DURANTE O PROCEDIMENTO ARBITRAL

- Dificuldades no estabelecimento da ata de missão;
- Novas demandas ou reconvenções;
- Impugnações dos árbitros;
- Custos da arbitragem.



Dificuldades no estabelecimento da ata de missão

- Ajuda ou transtorno?
- Artigo 18.1 (c) – resumo das pretensões das partes;
- Artigo 18.1 (d) – relação dos pontos litigiosos.

Novas demandas ou reconvenções (fora dos limites da ata de missão)

- Ausência de definição no artigo 19 do regulamento;
- Mudança na fundamentação jurídica, novos argumentos fáticos, aumento no valor em litígio, mudança na moeda, juros.



Impugnações dos árbitros

- Artigo 11 – “falta de independência ou por quaisquer outros motivos”;
- Impugnações infundadas e repetidas;
- Ausência de motivação pela Corte.

Custos da arbitragem

- Podem se tornar um obstáculo a arbitragem (artigo 30(4));
- Avaliar de maneira sensata o valor em litígio;
- A fixação de provisões separadas nem sempre é vantajosa.



III – NA FASE FINAL

- Arbitragens “fast-track” e extensão de prazos acordados pelas partes;
- Opiniões dissidentes.

Arbitragens “fast-track” e extensão de prazos acordados pelas partes

- Artigos 24(2) e 32 (2) do regulamento;
- Prazos irrealistas (*“the arbitrators shall render a decision or award within six (6) months from the date of the arbitration notice set forth in Section 9.8(d).”*);
- Táticas dilatórias (objeções jurisdicionais infundadas, recusa em assinar a ata de missão, impugnações repetidas).



Opiniões dissidentes

- Permití-las ou proibí-las?
- Artigo 27 – laudos unânimes ou por maioria;
- Opiniões dissidentes não são analisadas pela Corte, mas podem servir como elemento importante na aprovação (ou não aprovação) pela Corte do laudo por maioria;
- Podem causar atrasos adicionais no exame do projeto de laudo pela Corte.
- Impossível prever ou evitar uma opinião dissidente.



CONCLUSÃO

O modelo CCI é único e extremamente eficaz, porém é indispensável conhecer as práticas da Corte.

Uma arbitragem bem sucedida depende muito da experiência dos advogados e árbitros escolhidos pelas partes.

Antecipar os riscos/problemas pode fazer a diferença.





CHENUT OLIVEIRA SANTIAGO

Paris - França | France
63, av. Franklin Roosevelt
75008 - Paris
Tel + 33 (0) 1 42 56 14 00
Fax + 33 (0) 1 42 56 54 00

São Paulo - Brasil | Brésil
Av. Paulista, nº 2444, 9º andar
CEP: 01310-300 - São Paulo/SP
Tel + 55 (11) 3255 9872
Fax + 55 (11) 3120 2569

Belo Horizonte - Brasil | Brésil
Av. Luiz Paulo Franco, nº 603, 13º andar
CEP:30320-570 - Belo Horizonte/MG
Tel + 55 (31) 3228 1150
Fax + 55 (31) 3228 1158