

Universo corporativo e arbitragem: sinais de uma nova prática?

AUGUSTO BARROS DE FIGUEIREDO E SILVA NETO

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ); mestre em “Direito Internacional Privado e do Comércio Internacional” pela Universidade de Paris I (Panthéon-Sorbonne); mestre em “*Global Business Law*” pelo Instituto de Estudos Políticos de Paris (IEP-Science Po); analista internacional pelo Centro de Ciências Jurídicas e Econômicas da Universidade Federal do Rio de Janeiro; membro do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr).

RESUMO:

O presente artigo avaliará as alterações nas legislações arbitrais de alguns países e nos regulamentos de algumas das principais instituições de arbitragem sob a ótica do mundo corporativo, passando pelas origens do atual incremento à prática arbitral para abordar a forma com que vem sendo praticada nas empresas, os problemas e as boas práticas que favorecerão o seu contínuo aprimoramento.

ABSTRACT:

This article evaluates changes of some national laws which regulate arbitration matters and in the rules of some of the main arbitral institutions from a corporate perspective, considering origins of the current increment to the arbitration practice in order to address the way that it has been practiced in companies, as well as the problems and good practices that will foster it's continuous improvement.

SUMÁRIO:

Introdução; I) As transformações de um mercado globalizado e o seu estímulo à arbitragem: A. O fenômeno da globalização e seus efeitos transformadores na Arbitragem, 1. a globalização econômica e a nova prática arbitral, 2. o renascimento da Arbitragem no Brasil e a sua evolução; B. As novas legislações e os novos regulamentos: causa ou consequência de uma nova prática arbitral? 1. a globalização material do Direito e a disputa entre espaços legislativos; 2 a resposta das instituições arbitrais às demandas de um mercado global. II) O universo corporativo e a arbitragem: afinal, o que querem a empresas?: A. As expectativas em relação à Arbitragem e os obstáculos para a sua utilização, 1. a decisão pela arbitragem como alternativa ao contencioso judicial, 2. a clausula de arbitragem: *midnight clause* ou *nightmare clause*?; B a reestruturação corporativa para o bom uso da arbitragem, 1. o papel do advogado interno na evolução da pratica arbitral, 2. considerações finais para a boa utilização da Arbitragem. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Refletir sobre as recentes reformas nos regulamentos das principais instituições de arbitragem do mundo e sobre as inovações legislativas ocorridas alguns países provoca um dilema de causalidade: seriam estas mudanças o marco de uma nova prática arbitral, trazendo inovações ao instituto ou apenas uma resposta às demandas do mercado, com ajustes pontuais que incorporam práticas já em uso?

A arbitragem, como atualmente vem sendo praticada, é o produto de uma contínua evolução que a formatou para dar respostas eficientes a um mercado globalizado e exigente. A crescente complexidade dos negócios e o aumento da interação internacional entre os países vêm estimulando o seu crescente uso com uma instância privilegiada na solução de conflitos corporativos. Historicamente utilizada para a solução de disputas comerciais internacionais, seu uso hoje avança nos mercados domésticos, alcançando novos segmentos de mercado e novos perfis de disputa, com o conseqüente aumento do número de casos administrados pelas câmaras.

Para analisarmos as recentes transformações em regulamentos e legislações é importante partirmos de uma análise mais ampla, entendendo como as transformações do mercado mundial favoreceram o desenvolvimento do instituto e traçaram os seus atuais contornos (I) para, em seguida, verificar como vem sendo utilizado pelo meio empresarial e quais são os obstáculos e desafios para uma utilização cada vez mais frequente e eficiente (II).

I) AS TRANSFORMAÇÕES DE UM MERCADO GLOBALIZADO E O SEU ESTÍMULO À ARBITRAGEM

A Arbitragem não é uma prática jurídica recente. Os registros sobre a sua utilização vêm de longa data¹ mas foi a partir do final do século XIX que o interesse pelo instituto foi renovado, tendo a sua utilização sido plenamente revigorada ao longo do século XX, com a ratificação de diversos tratados sobre a matéria e a inserção do instituto na grande maioria dos sistemas jurídicos nacionais².

Inicialmente afeita às disputas relacionadas ao comércio internacional, o perfil da sua utilização vem mudando com o passar dos anos, alcançando novas áreas e novos mercados. A intensificação das relações comerciais entre os países e a crescente internacionalização das empresas cria um círculo virtuoso para a Arbitragem. Na medida em que os países se adaptam para utilizá-la, a segurança do seu mercado interno cresce e, com mais e melhores informações e experiências, passa também a utilizá-la nas disputas internas.

É importante entender como a globalização econômica desenhou os atuais contornos da Arbitragem (A) e como o mundo arbitral reage às demandas do mercado, em especial no que concerne à criação de espaços favoráveis à sua prática pelas alterações legislativas e pela adequação dos regulamentos das instituições arbitrais (B).

A. O fenômeno da globalização e seus efeitos transformadores na Arbitragem.

1. A globalização econômica e os atuais contornos da Arbitragem.

A intensificação das relações comerciais decorrentes da liberalização do comércio internacional iniciada após o final da Segunda Guerra Mundial, notadamente graças às negociações ocorridas no GATT e em seguida na OMC, tornaram mais

¹ Um bom relato sobre a evolução histórica da Arbitragem pode ser encontrado em “A Arbitragem no Brasil – Evolução Histórica e Conceitual”, José Augusto Delgado, disponível em http://www.escolamp.org.br/arquivos/22_05.pdf

² Pedro A. Batista Martins, em “Arbitragem Através dos Tempos. Obstáculos e Preconceitos à sua Implementação no Brasil”, artigo publicado na obra coletiva “A arbitragem na Era da Globalização”, págs. 36 e segs.

perceptíveis a Globalização na forma que hoje entendemos. Não sendo um fenômeno novo na história da humanidade³, o seu atual estágio⁴ tem como característica marcante a extensão dos mercados concorrenciais a uma escala global, com uma redução do controle que os países podem ter sobre suas atividades econômicas ligadas aos mercados internos⁵. Se ainda não podemos falar na redução do controle como uma política de Estado, as pressões do mercado sempre trabalharam neste sentido, notando-se ao longo do tempo a constante busca pela redução da presença estatal nas relações comerciais, redução esta que se opera tanto pela adoção de regras padrão para a o mundo dos negócios internacionais quanto pela busca da eficiência nas formas de solução das suas disputas.

Um dos aspectos essenciais da globalização é a crença nos benefícios de uma ordem econômica liberal que favorece a abertura de mercados e a harmonização de suas estruturas. A globalização econômica ora em curso é o resultado da bem sucedida execução de políticas elaboradas após a Segunda Guerra Mundial como forma de estimular a retomada do crescimento econômico mundial. As instituições que compõe a estrutura supranacional e os organismos internacionais especializados na regulação e no fomento do relacionamento comercial entre as nações e pelo bom funcionamento da economia mundial⁶ foram as grandes responsáveis pelo destravamento e intensificação das trocas internacionais que desenharam o mundo como hoje conhecemos, marcadamente em razão das mudanças econômicas, culturais e jurídicas.

³ A esse respeito é recomendável a leitura de um histórico econômico sobre a Globalização em KOLODKO, Grzegorz W., “*Globalisation and transformation: Illusions and Reality*”, OCDE Development Center, maio de 2001.

⁴ Baldwin, RE & Martin, P. fazem um primoroso estudo sobre a globalização econômica, identificando duas fases distintas: a “Segunda Onda”, iniciada no ano de 1960 e ainda em curso, e a “Primeira Onda”, ocorrida entre os anos de 1820 e 1914; ver artigo “*Two Waves of Globalization: Superficial Similarities, Fundamental Differences*”, NBER Working Paper 6904, Cambridge, 1999.

⁵ ULLRICH, H., “*La mondialisation du Droit Economique: vers un nouvel ordre publique économique*”, RIDE, 2003, p. 294.

⁶ Notadamente o Banco Mundial, o Fundo Monetário Internacional e a Organização Mundial do Comércio, sem falar na OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – formada por 34 países que aceitam os princípios da democracia representativa e da economia de livre mercado e que procura fornecer uma plataforma para comparar políticas econômicas, solucionar problemas comuns e coordenar políticas domésticas e internacionais.

Foi no pós Guerra, mais precisamente no ano de 1958, que a Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras foi celebrada na Cidade de Nova York. Mais conhecida como a Convenção de Nova York, foi elaborada por sugestão da Câmara de Comércio Internacional (“CCI”), uma das mais antigas e mais importantes instituições arbitrais do mundo, com sede em Paris, com a expressa finalidade de tornar a arbitragem um modo eficaz de solução dos litígios internacionais resultantes dos avanços nas relações comerciais. Trata-se, sem dúvida, do mais relevante diploma multilateral em Arbitragem, que garante aos signatários a efetividade das decisões arbitrais por meio de procedimentos simplificados para o seu reconhecimento e execução⁷.

Foi ao final do século XX, início do século XXI, que os países em desenvolvimento começaram a desempenhar um papel mais ativo no cenário econômico mundial⁸. A emergência do BRICS⁹ foi o símbolo de uma nova era do comércio internacional e o aumento no intercâmbio comercial destes países com os de maior tradição no comércio internacional trouxe consequências e necessidades que vão além da esfera econômica, como a necessidade de eliminar entraves à interação comercial entre os países, que é uma premência que se instala no desde o primeiro momento. Sendo a prática da Arbitragem corrente nas relações comerciais entre as empresas do mundo globalizado, novas adesões ao grupo acabam por trazer novos atores corporativos para o mercado, desenvolvendo (ou muitas vezes iniciando) o instituto e a prática jurídica local. Empresas exigem maior suporte das legislações domésticas e de seus advogados, estimulando o desenvolvimento do mercado interno.

⁷ Eleonora Pitombo e Renato Stetner, em “A Convenção de Nova Iorque: Ratificação pelo Brasil”, disponível em www.cbsg.com.br/pdf_publicacoes/a_convencao_de_nova_iorque.pdf.

⁸ É interessante notar que as nações mais envolvidas nos conflitos e também principais atores da reestruturação econômica mundial pós-guerra - os Estados Unidos, como criador e executor do Plano Marshall e o Reino Unido, França, Alemanha, Itália e Países Baixos e Áustria, como tomadores dos empréstimos – são também alguns dos principais países no mundo da arbitragem, senão os principais.

⁹ A sigla (originalmente "BRIC") foi cunhada por Jim O'Neill em um estudo de 2001 intitulado "*Building Better Global Economic BRICs*" e, desde então, passou a ser amplamente usada como um símbolo da mudança no poder econômico global. Em 14 de abril de 2011, o "S" foi oficialmente adicionado à sigla BRIC para formar o BRICS – grupo formado pelo Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul (*South Africa*).

2. O renascimento da Arbitragem no Brasil e a sua evolução

A arbitragem é legalmente prevista no Brasil desde os tempos em que o país ainda estava sob colonização portuguesa e esteve sempre presente ao longo dos anos em diversos diplomas legislativos¹⁰, mas foi apenas recentemente, marcadamente a partir dos anos 90, que a maior participação do país no mercado internacional favoreceu a criação de novas bases para o instituto.

O primeiro grande passo no processo de modernização da nossa legislação foi a promulgação da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que regula a Arbitragem no Brasil e que permitiu a superação de grandes obstáculos à sua prática¹¹. Cinco anos após, em 2001, arbitralistas brasileiros se reuniram e criaram o Comitê Brasileiro de Arbitragem, instituição que é um dos principais vetores dos avanços legislativos e acadêmicos na prática arbitral brasileira¹². Em seguida, em 23.07.2002, por meio do Decreto nº 4.311, foi finalmente ratificada pelo Brasil a Convenção de Nova York, incorporando-a ao nosso ordenamento jurídico interno. Vale nota, ainda, a recente adesão do Brasil à Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias (CISG - *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* - na sigla em inglês), iniciativa que representara enorme avanço para o nosso comércio internacional¹³.

Com bases legislativas sólidas consolidadas, a intensificação do processo de abertura ao mercado internacional estimulou o desenvolvimento do mercado jurídico

¹⁰ José Augusto Delgado, Op. Cit.

¹¹ Podemos citar entre os principais avanços da lei 1996 a desnecessidade de homologação judicial da decisão arbitral, o reconhecimento da força da cláusula arbitral para obrigar as partes à arbitragem e a autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato em que estiver inserida;

¹² O Comitê Brasileiro de Arbitragem é uma associação sem fins lucrativos, que tem como principal finalidade o estudo acadêmico da arbitragem e dos métodos não judiciais de solução de controvérsias. Mais informações estão disponíveis no site www.cbar.org.br.

¹³ No dia 4 de março de 2013 o Brasil tornou-se o 79º Estado-Parte da chamada Convenção de Viena de 1980. A norma jurídica foi aprovada pelo Congresso Nacional em outubro de 2012 e entrará em vigor para o Brasil no dia primeiro de abril de 2014. Estima-se que mais de dois terços de todas as transações internacionais de mercadorias sejam reguladas pela Convenção de Viena de 1980, incluindo aquelas dos parceiros comerciais mais importantes do Brasil, como a China, países do Mercosul, Estados Unidos, Canadá e várias nações europeias. Mais informações sobre a CISG estão disponíveis no site da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL) em www.uncitral.org e no site não-oficial www.cisg-brasil.net.

interno no Brasil, que vem respondendo à altura o desafio. Com a presença de profissionais brasileiros em disputas conduzidas nas principais instituições arbitrais internacionais, em sua grande maioria tendo o português como idioma do procedimento, o desenvolvimento do instituto tem sido exponencial. Além da crescente especialização de escritórios e árbitros, também contamos com formações específicas nas principais Faculdades de Direito e com inúmeros seminários e *workshops*, fundamentais para o aperfeiçoamento e atualização no tema.

Boa parte dos arbitralistas brasileiros de primeira geração¹⁴ foi formada pela academia francesa, o que foi sem dúvida um fator bastante positivo para o desenvolvimento e consolidação do instituto em nosso país. Com as bases de uma das mais (senão a mais) tradicionais escolas arbitrais e o já relativamente consolidado suporte da Jurisprudência, hoje a missão da segunda geração é alcançar uma maior eficiência para o procedimento propriamente dito. Esta missão, já em curso à medida que se intensifica a prática interna e externa, terá muito a evoluir com o aprofundamento dos estudos da *common law* e do direito comparado, fundamentais para este avanço qualitativo na prática arbitral¹⁵. A crescente participação de estudantes brasileiros em competições internacionais, como Willem C. Vis Moot¹⁶, e nas rodadas preparatórias de defesa oral inteiramente realizadas em inglês, conhecidas como *pre-moots* tem sido de grande importância. O treinamento para as competições exige dos estudantes árduo trabalho de pesquisa sobre temas atinentes à arbitragem e ao direito do comércio internacional, acompanhada pela prática intensa da escrita e da advocacia.

¹⁴ Se assim podemos chamar o grupo fundador do CBar e contemporâneos já iniciados no tema à época da promulgação da Lei de Arbitragem Brasileira.

¹⁵ O professor Guido Fernando Silva Soares já antecipava esta abordagem. Ver a este respeito a obra “Common Law: Introdução ao Direito dos EUA”. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. 197 p;

¹⁶ O Willem C. Vis Moot é um extraordinário exemplo do mérito da aprendizagem através da prática – *learning by doing*. A simulação, sob o formato de uma competição acadêmica internacional, ocorre anualmente em Viena e acaba de completar vinte anos de existência. Em seus primórdios, contou com menos de uma dúzia de universidades e países; e, no entanto, nas duas últimas décadas, o Vis Moot cresceu em tamanho e relevância, tornando-se a competição mais prestigiosa do mundo no âmbito da arbitragem comercial internacional. Há dez anos foi criada também a versão oriental – o Vis East – que ocorre a cada ano em Hong Kong.

Com suas bases fundadas em instrumentos jurídicos internacionais, a liberdade do procedimento, as diversas nacionalidades de árbitros e advogados e a adoção de regras modelo e de boas práticas¹⁷, usuais na busca de previsibilidade dos procedimentos, também favorece a aproximação entre as culturas jurídicas distintas da *common law* e da tradição civilista. As distintas legislações arbitrais dos diversos países e a possibilidade de escolha da lei aplicável tanto para o contrato quanto para o procedimento também faz com que seja fundamental a capacidade de estudar e aplicar normas estrangeiras de forma técnica e isenta.

É interessante notar que, se na primeira fase a necessidade de se estabelecer bases sólidas para o seu desenvolvimento provocou avanços legislativos que permitiram a estruturação do instituto, a busca pela eficiência tem hoje um escopo mais amplo, buscando uma reação à perda de competitividade do ambiente corporativo nacional decorrente de deficiências no instrumental jurídico e legislativo. Os trabalhos de revisão de códigos e a intensificação dos trabalhos de consolidação da legislação nacional¹⁸ buscam aumentar a segurança jurídica para o desenvolvimento de negócios no país, essencial para o seu desenvolvimento tanto na esfera internacional quanto na doméstica. No caso da Arbitragem, a segurança e aumento da atratividade para casos internacionais passa principalmente pelo contínuo acompanhamento da compatibilidade da legislação em vigor com a atualidade dos problemas inerentes às disputas de negócios e pela revisão das regras das câmaras, em um contínuo processo de nivelamento global das regras aplicáveis às disputas.

¹⁷ Como as regras e guias do IBA - *International Bar Association*, disponíveis no site http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx

¹⁸ A Lei Complementar n.º 95, de 26 de fevereiro de 1998, alterada pela Lei Complementar n.º 107, de 26 de abril de 2001, possibilitou o início da Consolidação da Legislação Federal, tendo sido instituída uma comissão na Casa Civil da Presidência da República para coordenar o trabalho de reorganização, num primeiro momento, de leis e decretos-leis em vigor.

B. As novas legislações e os novos regulamentos: causa ou consequência de uma nova prática arbitral?

1. A globalização material do Direito e a disputa entre espaços legislativos

A globalização material do direito pode ser compreendida como a transposição do fenômeno da globalização econômica para o mundo jurídico¹⁹. A este conceito se opõe a globalização jurídica ou jurisdicional, que se apresenta como a busca da convergência entre o Poder Judiciário de países diferentes no campo dos litígios internacionais.

A mobilidade do capital costuma ser o fator decisivo para compreender a competição entre os espaços normativos, disputa esta que pode levar a um nivelamento por baixo – quando a disputa tem por objetivo aumentar a receptividade ao capital externo ou a sua manutenção e este objetivo é buscado pelo oferecimento de isenções, de reduções de impostos, da liberalização de legislação sobre meio-ambiente e trabalhista, por exemplo – ou à melhora na qualidade das normas ao oferecer mais segurança ou sofisticação, encontrando-se nesta segunda hipótese usualmente, a legislação de seguros, de antitruste, de falências, de regulação bancária e de meio ambiente²⁰. No caso da Arbitragem, o que se nota não é a necessidade de aumentar a atratividade de um país, mas sim o interesse em mantê-la, com alterações que buscam incorporar os avanços já em curso em outros países.

Nos últimos anos, vários países alteraram suas legislações. Na Suíça, a entrada em vigor do Código de Processo Civil Federal unificando o tratamento das arbitragens domésticas – anteriormente tratada de forma distinta em cada um dos cantões suíços – foi medida de grande importância para que esta tivesse um tratamento tão eficiente quanto o dispensado à arbitragem internacional, esta já de reconhecida qualidade pela

¹⁹ Uma abordagem interessante deste conceito pode ser lida no “*Judicial Cooperation between the United States and Europe in Civil and Commercial Matters : an overview of issues*”, de autoria de HATZIMIHAÏL, N. e NUYTS, A., na obra *International civil litigation in Europe and relations with third states*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 7.

²⁰ Sobre o tema, ver a obra de MUIR-WATT, H., “*Choice of Law in Integrated and Interconnected Markets*”, *Columbia Journal of European Law*, vol. 9, p. 383, 2003.

comunidade internacional. Em Portugal a Nova Lei de Arbitragem Voluntária entrou em vigor no dia 15 de março de 2012, com o manifesto objetivo de consolidar a posição do país como uma jurisdição amigável para a arbitragem ao integrar o país às legislações inspiradas na Lei Modelo UNCITRAL/CNUDCI²¹. A Lei Espanhola também foi modificada em 2011 na mesma linha da reforma portuguesa²². Também a alteração da Lei Brasileira está em discussão²³, tendo como pontos principais a serem debatidos as questões concernentes à arbitragem societária, à sujeição da administração pública e dos litígios de consumo à arbitragem e aos conflitos de competência entre a câmara arbitral e o Judiciário, questões estas de grande atualidade e que, se bem conduzidas, permitirão a pacificação no seu entendimento.

A Nova Lei Francesa de Arbitragem – Decreto nº2011-48, de 13 de janeiro de 2011 foi sem dúvida a causou maior reação da comunidade arbitral mundial. País referência para a prática da arbitragem, buscou com a alteração dos decretos de 1980 e 1981 não apenas fazer ajustes pontuais mas sim criar dispositivos inovadores que servirão como referência para a maior eficiência dos procedimentos arbitrais, mantendo a sua posição de destaque com uma das sedes preferidas em Arbitragens Internacionais. Não há dúvidas que as alterações são paradigmáticas e inspirarão outros países para as futuras revisões.

2. A resposta das instituições arbitrais às demandas de um mercado global

Em recente palestra, o professor Arnoldo Wald, ao discursar sobre os avanços da Arbitragem nas últimas décadas²⁴, mencionou que a regra de ouro da Arbitragem, usualmente citada em francês e que sintetiza a importância da boa escolha dos árbitros para um bom procedimento - *Tant vaut l'arbitre, tant vaut l'arbitrage* - encontra hoje par na importância da escolha das Câmaras que administrarão o

²¹ Para maiores detalhes ver o artigo “A Nova Lei Portuguesa da Arbitragem Voluntária”, escrito por António Pinto Leite e publicado na Revista Brasileira de Arbitragem nº33, jan/fev/mar de 2012.

²² Ley 11/2011, que reforma a Ley 60/2003.

²³ O Projeto de Lei n.º 2.937/2011, proposto pelo deputado Domingos Sávio (PSDB/MG), propõe alterações à Lei n.º 9.307/1996, que regulamenta o procedimento arbitral no Brasil,

²⁴ Discurso de abertura da IX Conferência de Arbitragem Internacional do Rio de Janeiro, ocorrida no dia 7 de maio de 2013.

procedimento. Como grande parte das arbitragens é administrada por uma instituição arbitral, a sua qualidade é fundamental para a segurança das partes e para a eficiência na condução do caso.

A instituição que administra a arbitragem tem papel fundamental para a evolução do instituto. É dela grande parte da responsabilidade pela boa marcha do procedimento que é decisiva para a impressão positiva ou negativa que as partes terão ao seu término. Uma boa impressão tende a estimular a opção pela Arbitragem e, no sentido contrário, a má experiência pode dificultar em muito a sua futura utilização. Para isso, é preciso que tenham um regulamento claro e atualizado, contemplando regras já consagradas pela prática do mercado ou antecipando tendências. É preciso garantir segurança na tomada de decisões antes da constituição do Tribunal Arbitral (impugnações de árbitros e eventuais medidas cautelares, por exemplo), a organização logística dos procedimentos (serviço de secretaria, audiências, etc.), ter uma tabela de custos razoáveis e uma boa lista de árbitro nas que trabalham com listas fechadas²⁵, entre outros aspectos importante.

A atualização dos regulamentos das instituições ocorre, entre outros motivos, em razão da já mencionada tendência ao nivelamento na forma em que advogados e árbitros tendem a conduzir os procedimentos, e também para que se mantenham competitivas em um mercado em crescimento. A Câmara de Comércio Internacional (CCI) de Paris, alterou recentemente o seu regulamento²⁶ com o manifesto objetivo de atrair mais arbitragens internacionais, assegurando assim a sua posição de liderança na administração de procedimentos arbitrais internacionais²⁷ ao lado da LCIA – *London Court of International Arbitration*²⁸ e da ICDR, *International Center for Dispute Resolution*, filiada à *American Arbitration Association* – AAA. As

²⁵ Na maior parte das Instituições as partes podem indicar livremente seus árbitros mas em algumas a escolha é restrita a uma lista de profissionais por elas indicados.

²⁶ Estatísticas e informações disponíveis em <http://www.iccwbo.org/News/Articles/2013/New-rules-attract-international-arbitration-cases/>

²⁷ Números atualizados da CCI estão disponíveis em <http://www.iccwbo.org/News/Articles/2013/New-rules-attract-international-arbitration-cases/>

²⁸ Um relatório sobre a atividade da LCIA está disponível em http://cdn.lbresearch.com/files/gcr/articles/registrars_report_-_lcia_news_18_1.pdf

mudanças mais marcantes são a previsão do árbitro de emergência e regras mais claras para disputas com múltiplas partes e em múltiplos contratos.

A CIETAC – *China International Economic and Trade Arbitration Commission* – também alterou suas regras para dar maior autonomia e flexibilidade às partes, principalmente no que diz respeito à escolha da sede, do idioma da arbitragem e às medidas acautelatórias²⁹. Já modificadas pela primeira vez em 2005, representaram um alinhamento com as atuais regras de câmaras internacionais de arbitragem e demonstram seu claro objetivo de se tornar uma das principais instituições arbitrais do mundo. Outras importantes câmaras também reformaram seus regulamentos nos últimos anos, como a Câmara de Comércio de Stockholm - *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC)*³⁰ e a Câmara de Milão³¹, ambas em vigor desde 2010, e muito recentemente a SIAC - *Singapore International Arbitration Centre* – com a entrada em vigor de suas novas regras a partir de abril de 2013³².

No Brasil, as duas principais câmaras – CAM-CCBC e FIESP/CIESP - vem buscando consistentemente o mercado de arbitragens internacionais. Atualizaram seus regulamentos e trabalham pela melhoria institucional para atender às expectativas do mercado externo. Referências no mercado doméstico de Arbitragem, não há dúvidas de que se tornarão em breve referências também na administração de disputas internacionais. Também ocorre o surgimento de novas câmaras, como o Centro de Mediação e Arbitragem da Câmara Portuguesa de Comércio no Brasil³³, que conta com o trabalho sério dos profissionais que a compõe para se tornar uma nova opção para a administração dos casos.

²⁹ Para maiores detalhes ver o artigo “CIETAC e suas novas regras de 2012”, escrito por Caio Campello de Menezes e publicado na Revista Brasileira de Arbitragem n°34, abril/maio/junho de 2012.

³⁰ <http://www.sccinstitute.com/skiljedomsregler-4.aspx>

³¹ http://www.camera-arbitrale.it/risolvi.php?sez_id=64&lng_id=14

³² http://www.siac.org.sg/index.php?option=com_content&view=article&id=429:siacs-new-governance-structure-and-revised-rules-of-arbitration-&catid=1:latest-news&Itemid=50

³³ <http://www.camaraportuguesa.com.br/arbitragem/default.asp>

II) O UNIVERSO CORPORATIVO E A ARBITRAGEM: AFINAL, O QUE QUEREM A EMPRESAS?

Os números das câmaras de arbitragem mostram que as empresas vêm usando mais a Arbitragem, sejam elas no mercado interno ou internacionais. Ao participarem mais as empresas passaram também a pensar mais sobre a sua utilização, atraindo assim o olhar do mundo acadêmico, dos escritórios e das câmaras. Inúmeros eventos abordam a arbitragem sob uma nova ótica, buscando entender como este processo vem ocorrendo no interior das empresas. Intensificou-se a troca de informações com os departamentos jurídicos internos e com os decisores corporativos, passando o papel do advogado interno a ser reconhecido como de fundamental importância para o desenvolvimento da Arbitragem, haja vista ser ele o responsável pelo primeiro desenho do procedimento e, cada vez mais, pela escolha das instituições e dos escritórios que atuarão nos casos.

É preciso educar executivos e também os responsáveis pelos Departamentos Jurídicos, em sua grande maioria ainda pouco afeitos à prática, para a boa utilização da Arbitragem, superando preconceitos em relação ao seu uso e evitando problemas para execução das cláusulas utilizadas nos contratos (A). O planejamento para a sua correta e crescente utilização passa pela especialização no acompanhamento, reestruturação interna e visão estratégica para antever problemas e preparar-se para os desafios futuros (B).

A. As expectativas em relação à Arbitragem e os obstáculos para a sua utilização

1. A decisão pela arbitragem como alternativa ao contencioso judicial.

A arbitragem nasceu para ser eficiente e é isso que busca o mundo corporativo: a solução das suas disputas, no menor espaço de tempo e com o melhor custo possível. Destes dois fatores – tempo e custo – deriva todo o racional para a avaliação da sua utilização e para o desenho da estratégia corporativa.

Um interessante estudo feito pela Faculdade de Queen Mary, da Universidade de Londres, faz uma análise profunda sobre as opções corporativas em relação à Arbitragem Internacional. Iniciado no ano de 2006, a pesquisa utiliza como metodologia o envio de questionários a diversas empresas para a coleta de dados que permitam verificar que setores utilizam a Arbitragem, quando e como, permitindo acompanhar a sua evolução e antecipar tendências.

Sem citar os números, que podem ser melhor compreendidos com a leitura dos relatórios e pela a visualização dos gráficos de apoio aos dados da pesquisa³⁴, as constatações são interessantes e bastante promissoras. A preferência pela Arbitragem em relação ao contencioso judicial permanece como uma tendência clara, assim como também se constata a permanente preocupação com os custos e com o tempo de duração dos procedimentos. Nota-se, também, que as empresas vem se tornando mais sofisticadas ao avaliar sua utilização e ao buscar os serviços para o seu acompanhamento.

Ainda não há dados que permitam analisar a opção corporativa pela arbitragem doméstica de forma tão rica como a que é feita na arbitragem internacional, o que parece ser uma ótima oportunidade de trabalho acadêmico a ser desenvolvido. É possível, porém, pela experiência prática e pelas diferenças mais evidentes entre os dois cenários, identificar dentre as conclusões dos pesquisadores da Faculdade de Queen Anne as que também se aplicam às disputas internas. Apesar da preocupação com os custos ser comum em ambos os cenários, na arbitragem doméstica não é tão presente a preocupação com os custos relativos à produção de documentos, bastante comuns nas disputas internacionais em razão da adoção *discovery*, procedimento de

³⁴ Disponíveis no site <http://www.arbitrationonline.org/survey/>

produção de provas usual na *common law*³⁵, sendo comum a tentativa de limitá-lo com a adoção das Regras da IBA³⁶ para a produção de provas. A diferença no valor dos honorários dos escritórios externos para acompanhamento dos procedimentos arbitrais, usualmente significativamente superiores aos praticados no acompanhamento do contencioso judicial, é algo que costuma gerar grandes questionamentos nos executivos das empresas.

Outro ponto muito interessante da pesquisa é o fato de que a opção pelo procedimento arbitral continua sendo, em grande parte, de responsabilidade dos executivos das empresas (CEOs e Conselhos), o que deixa claro que, além de ainda ser uma decisão mais estratégica do que fruto de uma política pré-definida para a solução de conflitos, o grau de expectativa das empresas em relação ao seu deslinde é sempre muito elevado. Este é um dos grandes desafios da Arbitragem já que, sendo um caminho opcional, a satisfação com os resultados de uma disputa pode ter efeito multiplicador sobre a sua futura utilização mas decepções e frustrações podem causar um bloqueio político institucional de longa duração, o que não é algo favorável nem para as empresas e nem para a Arbitragem.

Com a decisão pelo uso da Arbitragem ainda concentrada nas mãos dos executivos, é fundamental vender Arbitragem para o mundo corporativo. Como o mundo dos negócios é movido pelos números, pesquisas como as que por ora comentamos são fundamentais para os avanços na tomada de decisão. No caso do Brasil, é importante a informação de que ocupamos hoje o 4º lugar em volume de casos na maior instituição arbitral do mundo – a CCI – com boa parte dos procedimentos sendo conduzido em português; também é fundamental saber que o Poder Judiciário brasileiro vem crescentemente apoiando a Arbitragem e atuando de forma consistente quando provocado³⁷, o que aumenta ainda mais a segurança para a

³⁵ O procedimento de *discovery* consiste em um momento prévio de investigação e de levantamento de provas, que acaba resultando em elevados custos em razão da grande quantidade de documentos produzida.

³⁶ “The IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration”, já citadas na nota nº 13.

³⁷ Neste sentido ver o projeto de pesquisa realizado pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem, em parceria com a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, destinado a investigar a relação entre a arbitragem e o Poder Judiciário no Brasil para compreender como os juízes brasileiros aplicam os dispositivos da lei 9.307/96, disponível em <http://cbar.org.br/site/pesquisa-fgv-cbar>

sua utilização e também a sua eficiência, ao evitar gastos de tempo e aumento de custos decorrentes da judicialização do procedimento.

2. A cláusula de arbitragem: *midnight clause* ou *nightmare clause*?

É comum referir-se à cláusula de arbitragem com a “Cláusula da Meia-Noite” já que acaba sendo a última a ser inserida, na maioria das vezes após pouca reflexão tanto em relação ao seu teor quanto à sua adequação às características do contrato em questão. É comum encontrar nas empresas graves erros na redação das cláusulas – que serão abordados de uma forma rápida ao longo deste capítulo com a citação de exemplos de problemas concretos na redação de cláusulas de arbitragem, todos retirados de contratos reais – e também a sua utilização correta mais equivocada. Em contratos antigos, por exemplo, era como optar-se por uma arbitragem administrada pela CCI com três árbitros sendo que os custos mínimos para a sua instauração não justificariam nem mesmo a opção pela Arbitragem³⁸. A má utilização das cláusulas, seja em razão de problemas com a redação ou da inconveniência pela sua opção, acabam por transformá-la em uma verdadeira “Cláusula Pesadelo”.

Na redação da cláusula de arbitragem existem informações que são fundamentais e que por isso podem ser consideradas essenciais. A opção clara pela Arbitragem, a forma de composição do Tribunal, a definição da sede, o idioma e a lei aplicável encontram-se neste grupo e por isso merecem redobrada atenção. Uma cláusula de arbitragem que contenha estes cinco elementos de forma simples e clara permite o imediato início do procedimento arbitral, alcançando assim o seu objetivo básico. Os principais defeitos na redação criam as cláusulas consideradas patológicas e que impedem a própria instauração do procedimento estão, em sua grande maioria, relacionados aos pontos essenciais. As cláusulas redigidas de forma vaga, não contendo elementos que permitam a instauração de plano do procedimento são

³⁸ Os custos com o procedimento e com os honorários dos árbitros, sabidamente elevados, devem ser sempre considerados antes da inserção das cláusulas. No site da CCI há uma ferramenta que permite simular custos, interessante para que se tenha idéia dos valores mínimos gastos em um procedimento. <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/cost-and-payment/cost-calculator>

chamadas de cláusulas vazias³⁹. Como dito por José Emílio, sejam vazias ou patológicas, a verdade é que essas cláusulas compromissórias tendem a frustrar a intenção das partes e, muito embora a legislação vigente sobre arbitragem contenha regra clara para a superação do problema, o ambiente pouco propício da convivência com a controvérsia no mais das vezes obriga o recurso ao Poder Judiciário para implementar o que a vontade comum havia almejado⁴⁰.

Já vimos o quão importante é escolha da câmara e o conhecimento prévio do seu regulamento para a Arbitragem e, conseqüentemente, para a redação da cláusula. Não há motivos para a utilização de câmaras desconhecidas, sendo preciso evitar o desejo de inovar na redação, como por exemplo ao estabelecer que a arbitragem será em uma certa câmara mas utilizando-se o regulamento de uma outra, o que além de inconveniente é muitas vezes inexecutável⁴¹. A opção pela arbitragem *ad hoc* também é bastante criticável, só devendo ocorrer em casos muito excepcionais.

A composição do tribunal também é um ponto bastante importante, sendo conveniente detalhar a forma de escolha dos árbitros; em caso de dúvida, é mais indicada a referência à forma prevista pelo próprio regulamento que será utilizado e que usualmente tratam dessa questão, prevendo inclusive a forma de composição do tribunal em casos mais complexos envolvendo múltiplas partes. É também recomendável evitar estabelecer excessivos requisitos para a indicação dos árbitros pois se o perfil não estiver disponível ou se ele estiver impedido para o caso a composição do tribunal ficará inviabilizada⁴². A opção por árbitro único também deve ser avaliada com muita cautela.

³⁹ Como, por exemplo, quando é definido apenas que “quaisquer controvérsias serão dirimidas por arbitragem” (de que forma?), ou complementando com “aplicando-se as regras da Câmara de São Paulo” (neste caso qual?)

⁴⁰ José Emilio Nunes Pinto, http://www.ccbc.org.br/download/clusulas_arbitrais_patologicas_jenp.pdf

⁴¹ Por exemplo: “O procedimento será administrado pela Câmara de Comércio Brasil Canadá, de acordo com o Regulamento da CCI”

⁴² Por exemplo: “o Tribunal Arbitral será composto por 3 (três) árbitros, fluentes no idioma português falado e escrito, com as necessárias qualificações em questões comerciais, contratuais, fiscais e empresariais do Brasil (...)”.

Para a opção pela sede é importante considerar que o Poder Judiciário da sede do procedimento é o que prestará apoio ao tribunal em eventuais medidas coercitivas e em pedidos de anulação de laudos arbitrais, por exemplo. A necessidade de execução do laudo arbitral e a localização de ativos da parte executada também é um fator importantíssimo para a sua escolha. Ambas as observações valem tanto para as arbitragens internacionais quanto para as domésticas, já que, apesar dos grandes progressos, é evidente que o nível de informação e de proatividade dos diversos tribunais não é o mesmo em todos os países e Estados da Federação. É também fundamental considerar que laudos arbitrais proferidos no exterior são considerados Sentenças arbitrais estrangeiras, estando portanto sujeitos à homologação do STJ para a sua validação⁴³.

A opção pelo idioma do procedimento deve ser avaliada sob uma análise tanto do caso concreto quanto estratégica. Ela não só restringe a possibilidade de escolha dos árbitros mas também pode criar gastos significativos com traduções juramentadas quando da incompatibilidade entre o idioma escolhido e o idioma dos documentos e das testemunhas envolvidas, isso sem falar no tempo a mais que será gasto na produção dos documentos que serão utilizados pelo Tribunal. A opção pela lei aplicável é uma faculdade das partes que deve ficar claramente definida já que em alguns casos, diante da indefinição, algumas câmaras estabelecem a obrigatoriedade de aplicação da lei local, o que pode não ser conveniente para o caso. A exigência da fundamentação das decisões e a vedação do julgamento por equidade também são práticas recomendáveis.

Há outras previsões que merecem ser consideradas no caso a caso, como a existência de procedimentos prévios de conciliação e mediação, neste caso com especial atenção para evitar riscos de questionamentos sobre o esgotamento da fase

⁴³ Vale citação o estudo sobre Homologação de Sentença Arbitral Estrangeira realizado em parceria institucional acadêmico-científica entre a Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITO GV) e o Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr), disponível em http://cbar.org.br/PDF/Homologacao_de_Sentenca_Arbitral_Estrangeira.pdf

antes da instauração da arbitragem⁴⁴. Evitar estabelecer prazos para que o laudo seja proferido também é recomendável, podendo, contudo, optar-se pelos procedimentos mais céleres oferecidos por algumas câmaras. A confidencialidade, tida como uma característica da Arbitragem, é na verdade uma opção das partes e por isso, embora os regulamentos das principais câmaras já a prevejam, vale a pena deixar clara a opção caso seja relevante para o caso.

B. A reestruturação corporativa para o bom uso da arbitragem

1. O papel do advogado interno na evolução da prática arbitral

O papel do advogado interno nas empresas é hoje bem maior que o de um profissional responsável pela elaboração de documentos jurídicos, tendo evoluído consistentemente para o de um verdadeiro parceiro de negócios. Seu perfil ideal exige não apenas a capacidade de prestar aconselhamento jurídico às áreas clientes mas também competência para opinar sobre aspectos comerciais, antecipar riscos corporativos e de *compliance* e ser capaz de entender a complexidade dos negócios que avalia, principalmente em relação às áreas envolvidas.

Se em um primeiro momento era muito difícil ter em departamentos jurídicos de empresas advogados com capacitação em Arbitragem, a crescente atenção dada ao tema nos cursos de graduação e o surgimento de especializações nesta área fazem com que seja cada vez mais comum profissionais que tenham conhecimentos mais sólidos sobre o tema, o que de imediato já contribui para a redução dos erros mais crassos usualmente cometidos. Ainda é comum, porém, confiar a condução dos procedimentos arbitrais ao contencioso, o que não favorece as necessidades específicas da Arbitragem. Situar o núcleo de arbitragem no jurídico corporativo favorece a estruturação e condução dos procedimentos ao evitar uma abordagem viciada pelo processo judiciário e a dar uma visão mais neutra para a sua condução,

⁴⁴ O que ocorre, por exemplo, ao estabelecer responsáveis pelas negociações (“Diretor da área X”, ou “responsável pelo Departamento Y”) que acabam por não conduzi-las, como na seguinte redação “Se as partes não chegarem a uma solução amigável até o término do período mencionado acima, a disputa será submetida aos membros da administração das empresas (...)”.

além de aproximá-lo dos executivos, que como vimos ainda tem um papel fundamental na sua utilização. O advogado de contencioso, sem treinamento específico, tende a nortear-se pela sua prática de Processo Civil, ignorando que o Processo na lei de arbitragem não existe já que a liberdade de escolha do procedimento é uma das principais características da Arbitragem.

A compreensão ampla do negócio em que atua, a capacidade de interação com as diversas áreas envolvidas nos projetos corporativos e a noção do valor do tempo dentro de uma empresa são características que um bom *in house* destacado para a gestão dos procedimentos arbitrais deve ter. Uma boa cultura jurídica e vivo interesse pelo objeto das disputas que acompanha são essenciais ao bom desempenho da função, garantindo uma boa interação com o escritório externo responsável e qualidade das informações que serão fornecidas. O advogado interno arbitralista deve acompanhar de perto os procedimentos, sendo capaz de colaborar na definição da estratégia, na seleção dos árbitros e na revisão das peças que serão submetidas ao Tribunal Arbitral.

O trabalho de educação interna também é muito importante para que, pela multiplicação do conhecimento, seja evitada a sua má utilização. A realização de reuniões com as áreas potencialmente utilizadoras da Arbitragem para avaliar a conveniência da sua utilização em alguns contratos e *workshops* para a identificação dos principais problemas a serem evitados é bastante indicada.

Instituir um ponto focal para a redação e revisão das cláusulas arbitrais é uma das principais medidas a serem tomadas. Evita-se assim a velha prática corporativa da “clausula de arbitragem padrão” para todo e qualquer contrato, sem controle sobre a sua utilização e sobre os ajustes necessários a realidade de cada caso. Sem a concentração desta função também não é possível tratar de forma uniforme a revisão dos contratos recebidos, que acabam sendo validados diretamente pelas áreas de forma não uniforme e sem a reflexão mais detalhada sobre a sua adequação ao caso concreto.

2. Considerações finais para a boa utilização da Arbitragem.

O primeiro grande passo para a correta e proveitosa utilização da Arbitragem nas empresas é a definição de uma política clara para a solução alternativas de disputas. É preciso definir como a empresa utilizará os Métodos Extrajudiciais de Solução de Controvérsias – a negociação, mediação, conciliação e arbitragem – definindo em que hipóteses cada uma das práticas deverá ser considerada e quem serão os responsáveis pela execução desta política. É preciso deixar claro que a opção não deve ser utilizar sempre a arbitragem. Não se deve buscar a massificação da sua utilização mas sim a utilização correta e eficiente.

Dentre as regras da política devem constar elementos objetivos para a análise da sua utilização, possibilitando uma utilização previsível e sistemática. O perfil da contraparte é importante, observando-se que na prática arbitral, empresas de médio ou pequeno porte costumam trazer problemas para o procedimento. Estas empresas acabam por contratar escritórios não especializados que tendem a judicializar o procedimento, aumentando enormemente o tempo gastos para a solução do caso, havendo inclusive relatos de árbitros que rejeitam a indicação para tribunais em razão do perfil das partes.

A avaliação dos custos envolvidos é fator de grande importância mas que, por si só, não deve contraindicar a sua utilização. A Arbitragem pode ser utilizada como uma estratégia das áreas para que algumas transações ou produtos mais sofisticados não sejam analisados por um juiz togado não especializado. Preservar o relacionamento com alguns clientes também pode ser determinante para evitar o desgaste do processo judicial e a publicidade a ele inerente. Considerar a utilização estratégica da Arbitragem, já citada pelo Professor Guido em sua obra “Órgãos das soluções extrajudiciárias de litígios”⁴⁵, é uma forma mais sofisticada e que deve merecer maior atenção das empresas. Produtos financeiros complexos, por exemplo, talvez não devam ser julgados no contencioso tradicional.

⁴⁵ SOARES, Guido F. S. Órgãos das soluções extrajudiciárias de litígios. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985 (edição esgotada, disponível em bibliotecas).

Por fim, vale notar que a mediação continua a bater às portas das empresas brasileiras, que ainda não a utilizam de forma tão frequente quanto a que se verifica nas empresas das economias mais desenvolvidas. É importante despertar a atenção das empresas nacionais para a sua utilidade, mostrando que evitar a Arbitragem é uma opção ainda mais eficiente.

CONCLUSÃO

Há de fato uma nova prática arbitral em curso no universo corporativo e é para ela que se voltam as alterações de regulamentos e de legislações. Talvez pelo fato de as arbitragens terem sido durante muito tempo utilizadas de forma mais pontual e na maioria dos casos pelo acionamento direto dos escritórios externos pelos executivos, durante muitos não havia o que se falar sobre as reflexões dos departamentos jurídicos internos em relação à Arbitragem mas esta realidade está mudando rapidamente. A maior familiaridade das empresas com os procedimentos exigindo a melhora dos seus advogados externos e dos serviços de administração de suas disputas. Para se sofisticarem na utilização destes serviços precisam de profissionais internos qualificados e, ao se tornar comum a presença de advogados internos arbitralistas e departamentos especializados pelo acompanhamento dos procedimentos, o nível da interação com os mundo arbitral continuará se elevando e provocará novos ciclos de melhorias sistêmicas na utilização da Arbitragem. Esperamos que este círculo virtuoso não só se mantenha mas que se renove ao longo das próximas décadas: melhores leis, melhores câmaras, e maior número de casos com acompanhamento cada vez mais especializado.