FLAVIA FÓZ MANGE

**PROCESSO ARBITRAL TRANSNACIONAL:
REFLEXÕES SOBRE AS NORMAS QUE REGEM OS ASPECTOS
PROCEDIMENTAIS DA ARBITRAGEM**

Tese apresentada como requisito para
obtenção do título de Doutora em Direito
Internacional e Comparado.

Orientador: Professor Doutor José Carlos de
Magalhães

Área de concentração: Direito Internacional

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO

SÃO PAULO

2012

MANGE, Flavia Foz

Processo arbitral transnacional : reflexões sobre as normas que regem os aspectos procedimentais da arbitragem / Flavia Fóz Mange / 2012

331 fls.

Orientador: Professor Doutor José Carlos de Magalhães

Tese (doutorado): Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

São Paulo, 2012

Palavras chave: *Arbitragem - Direito Transnacional - Condução do procedimento arbitral - Lei processual aplicável - Convenção de Nova Iorque, art. V(1)(d) - Lei 9.307/96, art. 21.*

Este trabalho foi elaborado com base na Resolução FD/PÓS nº 01/2002 e nas diretrizes NBR 10520 e NBR 14724 da ABNT.

Versão corrigida em 13 de agosto de 2012. A versão original, em formato eletrônico (PDF), encontra-se disponível na CPG da Unidade

Nome: MANGE, Flavia Fóz

Título: Processo arbitral transnacional: reflexões sobre as normas que regem os aspectos procedimentais da arbitragem

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito para obtenção do título de Doutora em Direito Internacional e Comparado.

Aprovada em:

Banca Examinadora

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Às minhas avós, Edir e Mariucha, e à minha mãe, Ana Cristina, mulheres fortes e exemplos na minha vida.

AGRADECIMENTOS

Escrever uma tese é tarefa árdua e solitária, mas que não é realizada sozinha. Foram tantas pessoas que me ajudaram nesse percurso e sem as quais não teria chegado até aqui que estes agradecimentos certamente não serão suficientes para mencionar todas elas, nem representam o quanto foram importantes para mim nessa fase.

Primeiro, gostaria de agradecer ao meu orientador, professor José Carlos de Magalhães, por ter confiado no meu trabalho, e aos professores Maristela Basso e Gustavo Monaco, pelos comentários na banca de qualificação. Agradeço aos professores Virginia Wise e Gary Born, que apoiaram minha estadia como pesquisadora visitante na faculdade de direito Harvard, e aos professores Detley Vagts e William Park, pelas valiosas conversas em Cambridge. Também agradeço aos professores Andreas Lowenfeld e Rodrigo Mendes, pelas diversas discussões sobre o tema.

Mais do que tudo, devo um agradecimento enorme à minha família, que esteve ao meu lado em todos momentos, apoiando incondicionalmente as minhas decisões e opções. Serei eternamente grata pelo amor, pelo carinho e pelo incentivo dos meus pais, Renato e Ana Cristina, do Luiz Eduardo e do meu irmão, Eduardo.

A velha academia não seria tão especial se lá também não morasse a amizade. Felizes aqueles que compartilham com grandes amigos a trajetória de elaboração de uma tese. Agradeço ter percorrido esse caminho ao lado da amiga Catarina Barbieri, com quem pude compartilhar não apenas horas de biblioteca e muitos cafés, mas também as inquietações e as dúvidas deste trabalho solitário. Agradecimento especial para: Evy Marques, que, mesmo não se aventurando no doutorado, compartilhou com as amigas essa jornada, comentando minutas preliminares e auxiliando na revisão final do texto; e Tarcila Reis e Irene Guijarro, companheiras no inverno gelado de Cambridge. Agradeço, ainda, aos colegas e amigos que estiveram ao meu lado nessa fase e àqueles com quem tive a oportunidade de discutir e compartilhar as ideias aqui expostas: Adilson Moreira, Ana Borja, Caroline Ranzani, Celine Almeida, Daniel Arbix, Daniela Gabbay, Eduardo Gonçalves, Flávio Barbosa, Gabriel Saad, Gabriel Vale, Gisele Mation, Gustavo Kulesza, Gustavo Ribeiro, Jocelyn Burgos, Luciana Minada, Mariana Blum, Paulo Macedo, Patrícia Kobayashi, Mahyad Tavakoli, Nicolo Zingales, Rafael Bittencourt e Thomaz Pereira.

Law and obedience of law are facts confirmed every day to us all in our experience of life. If the result of a definition is to make them seem to be illusions, so much worse for the definition; we must enlarge it till it is broad enough to answer to realities.¹

The study of international law must be contextual, *i.e.*, it must perceive all features of the social process of immediate concern. [...] It must be problem-oriented. It must be multi-method.²

Felizes os que estudam o direito comparado e o direito internacional privado, por lidarem continuamente com o diferente, com o diverso, com o estranho, aprendendo a compreender, a respeitar, a tolerar.³

¹ Cardozo (1921, p. 127). Tradução livre: “Direito e obediência são fatos confirmados todos os dias para nós na nossa experiência de vida. Se o resultado de uma definição é fazer que esta pareça uma ilusão, então pior para definição; nós temos de alargá-la até que fique ampla o suficiente para responder à realidade.”

² McDougal, Lasswell e Reisman (1968, p. 196). Tradução livre: “O estudo do direito internacional deve ser contextualizado, *i.e.*, deve se tornar consciente de todos os processos sociais imediatamente relacionados. [...]. Esse deve ser orientado ao problema. Esse deve ser multimétodo.”

³ Dolinger (2004, p. 115).

RESUMO

Esta tese analisa as normas processuais aplicáveis à arbitragem. O reconhecimento da prevalência da autonomia da vontade das partes e, subsidiariamente, dos árbitros para estabelecer regras para condução do procedimento arbitral, afastou a aplicação das regras processuais do local da realização da arbitragem. A ausência de uma lei processual de regência ou da aplicação mandatória das regras processuais da *lex fori* possibilitou, por um lado, a harmonização da prática processual arbitral e, por outro lado, embates recorrentes sobre a forma adequada para a condução do procedimento. A ausência de uma lei de regência não significa que o processo arbitral possa ser discricionário. Existe uma pluralidade de fontes normativas que influenciam a tomada de decisão processual nas arbitragens. Propõe-se a análise destas fontes normativas à luz do direito transnacional. O método transnacional adotado inclui normas nacionais e internacionais, bem como outras fontes normativas que não se enquadram tipicamente em uma categoria tradicional, admitindo que o quadro regulatório do processo arbitral seja formado por uma confluência de fontes que operam em ordens jurídicas e planos normativos diversos. Diante dessa pluralidade de fontes normativas, defende-se a necessidade de maior normatização *in concreto*, incentivando que as partes e os árbitros realizem uma conferência preliminar para definir a melhor forma de conduzir o procedimento em cada arbitragem.

Palavras chave: Arbitragem. Direito transnacional. Condução do procedimento arbitral. Lei processual aplicável. Convenção de Nova Iorque, art. V(1)(d). Lei 9.307/96, art. 21.

ABSTRACT

This thesis analyzes the procedural rules that apply to arbitration. The recognition that the parties and, subsidiarily, the arbitrators are free to establish the rules for conducting the arbitral proceedings has prevented the procedural rules of the place where the arbitration is held from being applied. The absence of a governing procedural law or the mandatory application of the procedural rules of the *lex fori* has, on the one hand, made the harmonization of arbitration procedure possible and, on the other, led to recurrent conflicts regarding the appropriate way to conduct an arbitration. The absence of a governing law does not mean that the arbitration procedure could be discretionary. The existence of a plurality of normative sources that influence procedural decision-making in arbitration is verified. The analysis of these normative sources in light of transnational law is proposed. The transnational method adopted includes domestic and international rules, as well as other normative sources that do not typically fit in a traditional category, allowing the regulatory framework of an arbitration proceeding to be formed by a confluence of sources that operate in different legal systems and on various normative planes. In light of this plurality of normative sources, the need for more active case management and rule-making is defended, encouraging the parties and the arbitrators to hold a preliminary conference to determine the best method for conducting the arbitration in each arbitration proceeding.

Keywords: Arbitration. Transnational law. Conduct of arbitration proceeding. Applicable procedural law. New York Convention, art. V(1)(d). Law 9,307/96, art. 21.

ZUSAMMENFASSUNG

Die vorliegende Dissertation beschäftigt sich mit den auf das Schiedswesen anwendbaren Prozessnormen. Die Anerkennung des Vorherrschens der Autonomie des Willens der Parteien und, subsidiär, des Willens des Schiedsrichters bei der Festlegung der Regeln für den Ablauf des Schiedsverfahrens, schloss die Anwendung der Zivilprozessordnung bzw. der Prozessregeln des Schiedsorts aus. Das Fehlen eines maßgebendes Prozessgesetzes oder der zwangsweisen Anwendung der Prozessregeln der *lex fori* ermöglichte einerseits die Harmonisierung der Schiedsgerichtspraxis, löste andererseits jedoch häufige Auseinandersetzungen in Bezug auf die angemessene Durchführung von Schiedsverfahren aus. Trotz des Fehlens eines maßgebenden Gesetzes sind Schiedsverfahren nicht völlig willkürlich. Das Bestehen einer Pluralität normativer Quellen, die das Ergehen einer Prozessentscheidung im Schiedsgerichtswesen beeinflussen, wird hier befürwortet. Es wird in dieser Dissertation eine Analyse dieser normativen Quellen unter Berücksichtigung des transnationalen Rechts vorgeschlagen. Die hier angewandte transnationale Methode umfasst nationale und internationale Normen sowie andere normative Quellen, die sich keiner traditionellen Kategorie zuordnen lassen, und geht davon aus, dass der Rechtsrahmen der Schiedsverfahren aus dem Zusammenfluss verschiedener Quellen besteht, welche in verschiedenartigen Rechtsordnungen und auf unterschiedlichen normativen Ebenen Anwendung finden. Angesichts der Pluralität der normativen Quellen, wird die Notwendigkeit einer umfassenden Normung *in concreto* zu Beginn eines jeden Schiedsverfahrens erkannt und es wird vorgeschlagen, dass Schiedsrichter und Parteien gemeinsam beraten, um die beste Form der Durchführung des Schiedsverfahrens festzulegen.

Schlüsselwörter: Schiedswesen. Transnationales Recht. Durchführung von Schiedsverfahren. Anwendbares Prozessgesetz. New Yorker Übereinkommen, Art. V(1)(d). Gesetz 9.307/96, Art. 21.

LISTA DE APÊNDICES

Apêndice A	Questionário da pesquisa sobre prática arbitral
Apêndice B	Quadro comparativo sobre questões procedimentais nos regulamentos de arbitragem brasileiro
Apêndice C	Quadro comparativo entre as Notas da UNCITRAL e as Técnicas da CCI
Apêndice D	Lista de verificação de questões processuais

LISTA DE ANEXOS

Anexo A	Questionário da pesquisa em curso elaborada pela universidade de Queen Mary em parceria com o escritório White & Case.
Anexo B	Quadro comparativo sobre as normas processuais aplicáveis ao procedimento arbitral em diversos regulamentos institucionais
Anexo C	Notas da UNCITRAL sobre Organização do Procedimento Arbitral (extrato da lista)
Anexo D	Técnicas da ICC sobre o Controle de Tempo de Custas (extrato dos itens discutidos)

LISTA DE DEFINIÇÕES E ABREVIACÕES

AAA	American Arbitration Association
ALI	America Law Institute
art.	Artigo
arts.	Artigos
Acordo Mercosul	Acordo sobre Arbitragem Comercial do Mercosul de 1998
Câmara FGV	Câmara de Conciliação e Arbitragem da FGV
CBAr	Comitê Brasileiro de Arbitragem
CCBC	Câmara de Comércio Brasil-Canadá
CCI	Câmara de Comércio Internacional
CIAC	Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial
CMA-SP	Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo
Convenção de Nova Iorque	Convenção das Nações Unidas sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras
Convenção de Genebra	Convenção de Genebra sobre Execução de Laudos Arbitrais de 1927
Convenções de Genebra	Convenção de Genebra e Protocolo de Genebra, em conjunto
Convenção de Washington	Convenção de Washington para a Solução das Disputas concernentes a Investimentos entre Estados e Nacionais de outros Estados de 1965
Convenção Europeia	Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1961
Convenção Interamericana	Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial de 1975
CPC	Código de Processo Civil
CPR	International Institute for Conflict Resolution & Prevention
Diretrizes da IBA relativas a conflitos de interesse / Diretrizes da IBA	Diretrizes da IBA relativas a Conflitos de Interesse em Arbitragem Internacional
ECOSOC	Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas
e.g.	<i>exempli gratia</i>

FGV	Fundação Getulio Vargas
IBA	International Bar Association
ICCA	International Council for Commercial Arbitration
ICC	International Chamber of Commerce
ICDR	International Center for Dispute Resolution
<i>i.e.</i>	<i>id est</i>
ILA	International Law Association
Lei de Arbitragem / Lei 9.307/96	Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996
Lei Modelo / Lei Modelo da UNCITRAL	Lei Modelo pela UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial em 1985
LCIA	London Court of International Arbitration
Notas da UNCITRAL / Notas da UNCITRAL sobre a organização do procedimento arbitral	Notas da UNCITRAL sobre a Organização do Procedimento Arbitral (Tradução livre de UNCITRAL Notes on organizing arbitral proceedings).
Protocolo de Genebra	Protocolo de Genebra sobre Cláusulas Arbitrais de 1923
Regulamento da Câmara FGV	Regulamento de Conciliação e Arbitragem da Câmara FGV publicado em 2002
Regulamento da AAA de 1951	Regulamento de Arbitragens Internacionais Voluntárias publicado pela AAA em 1951
Regulamento da CCBC de 1979	Regulamento da Comissão de Arbitragem da CCBC publicado em 1979
Regulamento da CCBC de 1998	Regulamento do Centro de Arbitragem da CCBC publicado em 1979
Regulamento da CCBC de 2012	Regulamento da Comissão de Arbitragem da CCBC publicado em 2012
Regulamento da CCI de 1922	Regulamento de Procedimento publicado pela CCI em 1922
Regulamento da CCI de 1927	Regulamento de Conciliação e Arbitragem publicado pela CCI em 1927
Regulamento da CCI de 1955	Regulamento de Conciliação e Arbitragem publicado pela CCI em 1976
Regulamento da CCI de 1975	Regulamento da Corte de Arbitragem da CCI publicado em 1975
Regulamento da CCI de 1988	Regulamento de Arbitragem publicado pela CCI em 1988

Regulamento da CCI de 1998	Regulamento de Arbitragem publicado pela CCI em 1998
Regulamento da CCI de 2012	Regulamento de Arbitragem e ADR da CCI publicado em 2012
Regulamento da CMA-SP de 1995	Regulamento de Mediação e Arbitragem e Arbitragem Expedita da CMA-SP publicado em 1995
Regulamento da CMA-SP de 1998	Regulamento de Mediação e Arbitragem e Arbitragem Expedita da CMA-SP publicado em 1998
Regulamento da CMA-SP de 2010	Regulamento de Mediação e Arbitragem e Arbitragem Expedita da CMA-SP publicado em 2010
Regulamento do ICDR de 1997	Regulamento de Arbitragem Internacional publicado pelo ICDR em 1997
Regulamento da LCIA de 1985	Regulamento da LCIA publicado em 1985
Regulamento da LCIA de 1998	Regulamento da LCIA publicado em 1998
Regulamento da UNCITRAL	Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL, publicado em 1976 ou 2010
Regulamento da UNCITRAL de 1976	Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL, publicado em 1976
Regulamento da UNCITRAL de 2010	Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL de 1976 (conforme revisão de 2010)
Regras da IBA / Regras da IBA sobre Produção de Provas	Regras da IBA sobre Produção de Provas em Arbitragem Internacional, conforme revisão de 2010 (Tradução livre de <i>IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration</i>)
s/a	sem ano
s/p	sem página
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
Técnicas da CCI / Técnicas da CCI para Controle do Tempo e Custa	Técnicas da CCI para Controle do Tempo e Custa na Arbitragem (Tradução livre de <i>ICC Techniques to Control Time and Cost in Arbitration</i>)
trad. port.	tradução para português
trad. ing.	tradução pra inglês
UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNIDROIT	International Institute for the Unification of Private International Law

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	5
1 Delimitação do objeto de estudo	5
2 Apresentação e importância do problema	10
3 Estrutura da tese	14
PROLEGÔMENOS	16
1 Distinção entre arbitragem estrangeira e arbitragem internacional	16
2 Distinção entre lei de arbitragem e lei processual aplicável à arbitragem (ou normas processuais aplicáveis à arbitragem)	17
3 Esclarecimentos sobre o conceito de fontes normativas	19
PRIMEIRA PARTE	20
PROBLEMATIZAÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA	20
I CASOS QUE EXEMPLIFICAM O TEMA EM ANÁLISE	21
I.1 Discussões no judiciário sobre a lei processual aplicável ao procedimento arbitral	21
I.1.1 Exigência de aplicação das leis processuais domésticas na condução do procedimento arbitral	22
I.1.2 Reconhecimento da inaplicabilidade das leis processuais domésticas no procedimento arbitral	23
I.1.3 Situações sem paralelo na lei processual doméstica	25
I.2 Discussões na arbitragem sobre a lei processual aplicável	29
I.2.1 Inaplicabilidade das leis domésticas sobre produção de provas	29
I.2.2 Realização de análise comparativa para determinar questões processuais	30
I.3 Síntese e tendências constatadas	32
II EVOLUÇÃO DA LEI PROCESSUAL APLICÁVEL À ARBITRAGEM	33
II.1 A lei processual aplicável à arbitragem nos instrumentos internacionais	33
II.1.1 Evolução histórica dos instrumentos internacionais	33
II.1.2 Síntese: o declínio da aplicação da lei processual do local da realização da arbitragem e a consolidação da autonomia das partes e, subsidiariamente, dos árbitros para estabelecer normas procedimentais	47
II.2 A lei processual aplicável à arbitragem nas legislações nacionais	48
II.2.1 A Lei Modelo da UNCITRAL	49
II.2.2 A legislação brasileira	55
II.2.3 Exemplos de outros sistemas jurídicos	58

II.2.4	Síntese e análise comparativa: a consolidação da autonomia da vontade das partes e, subsidiariamente, dos árbitros para estabelecer normas procedimentais nas legislações nacionais.....	63
II.3	A lei processual aplicável ao procedimento arbitral nos regulamentos de arbitragem.....	64
II.3.1	Regulamento da UNCITRAL.....	65
II.3.2	Regulamentos das instituições arbitrais internacionais.....	67
II.3.3	Regulamentos de instituições brasileiras.....	75
II.3.4	Síntese e análise comparativa dos regulamentos: a consolidação da autonomia processual da arbitragem e do poder normativo dos árbitros.....	79
III	O DIREITO TRANSNACIONAL E SUA APLICAÇÃO AO PROCESSO ARBITRAL	81
III.1	Direito transnacional	82
III.2	O direito transnacional no âmbito arbitral.....	89
III.3	O processo arbitral transnacional	94
	SEGUNDA PARTE	99
	QUADRO REGULATÓRIO DO PROCESSO ARBITRAL	99
IV	NORMAS NACIONAIS E SUPRANACIONAIS	100
IV.1	Os poderes normativos conferidos às partes e aos árbitros para estipular questões procedimentais.....	101
IV.1.1	As normas nacionais e supranacionais reconhecem a autonomia das partes para determinar o processo arbitral	101
IV.1.2	As normas nacionais e supranacionais conferem, subsidiariamente, poderes normativos aos árbitros para estipular o procedimento arbitral	105
IV.2	As normas nacionais e supranacionais impõem limites aos poderes normativos das partes e dos árbitros.....	108
IV.2.1	Respeito ao devido processo legal.....	109
IV.2.2	Observância de normas de caráter mandatório.....	110
IV.3	As normas nacionais e supranacionais exigem o respeito ao que foi acordado pelas partes	112
IV.4	Síntese: as normas nacionais e supranacionais contêm uma regulamentação processual mínima.....	113
V	NORMAS ESTIPULADAS PELAS PARTES	114
V.1	A convenção de arbitragem.....	114
V.2	Os regulamentos institucionais.....	119
V.2.1	Natureza dos regulamentos de arbitragem	119
V.2.2	Normas sobre questões processuais nos regulamentos de arbitragem: análise evolutiva e comparativa.....	120
V.3	Manifestação das partes sobre questões procedimentais no curso da arbitragem.....	145
V.4	Síntese: supremacia da vontade das partes.....	147

VI	NORMAS TRANSNACIONAIS.....	149
VI.1	A convivência de diferentes culturas jurídicas no processo arbitral	149
VI.1.1	As famílias de <i>common law</i> e <i>civil law</i>	150
VI.1.2	Caracterização dos sistemas adversarial e inquisitorial	151
VI.1.3	Impacto das diferentes culturas jurídicas na formação de um processo arbitral.....	152
VI.2	A autonomia promoveu o surgimento de uma prática processual arbitral	159
VI.3	Caracterização da prática processual arbitral	162
VI.3.1	A prática processual é diversa daquela dos sistemas nacionais	163
VI.3.2	Características da prática processual arbitral: não exaustiva e dinâmica	165
VI.4	Síntese: há uma crescente harmonização da prática processual arbitral	167
VII	NORMAS NÃO ESTATAIS.....	168
VII.1	Emergência de normas não estatais.....	168
VII.1.1	Legitimidade das normas não estatais	170
VII.1.2	Vantagens e desvantagens da existência de normas não estatais	173
VII.2	Análise exemplificativa das normas não estatais	177
VII.2.1	Normas não estatais disponíveis no âmbito internacional.....	178
VII.2.2	Normas não estatais disponíveis no âmbito brasileiro	191
VII.3	Síntese: normas não estatais promovem o conhecimento da prática arbitral	193
TERCEIRA PARTE		194
NECESSIDADE DE ATUAÇÃO ATIVA NA ARBITRAGEM (CASE		
MANAGEMENT EFETIVO).....		194
VIII	NORMAS IN CONCRETO	195
VIII.1	A necessidade de uma atuação ativa das partes e dos árbitros para estabelecer normas para a condução do procedimento	195
VIII.1.1	A preocupação com a condução do procedimento	196
VIII.1.2	Discussão sobre a conveniência de realizar conferências preparatórias e estabelecer normas processuais.....	200
VIII.2	Análise dos principais pontos a ser discutidos e acordados com as partes na condução do procedimento.....	204
VIII.2.1	Proposta de lista de verificação de questões processuais na arbitragem	205
VIII.2.2	Análise dos itens da lista de verificação.....	209
VIII.3	Síntese: cresce a importância da regulamentação <i>in concreto</i>	237
CONCLUSÃO.....		239
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS		242
1.	Obras	242
2.	Documentos e convenções internacionais.....	255
3.	Legislação.....	266

LISTA DE APÊNDICES	268
APÊNDICE A – PESQUISA SOBRE PROCEDIMENTO ARBITRAL.....	269
APÊNDICE B – QUADRO COMPARATIVO SOBRE QUESTÕES PROCEDIMENTAIS NOS REGULAMENTOS DE ARBITRAGEM BRASILEIRO	278
APÊNDICE C – QUADRO COMPARATIVO ENTRE AS NOTAS DA UNCITRAL E AS TÉCNICAS DA CCI.....	290
APÊNDICE D – LISTA DE VERIFICAÇÃO DE QUESTÕES PROCESSUAIS	295

LISTA DE ANEXOS.....	299
ANEXO A – QUESTIONÁRIO DA PESQUISA EM CURSO ELABORADA PELA UNIVERSIDADE QUEEN MARY EM PARCERIA COM O ESCRITÓRIO WHITE & CASE.....	300
ANEXO B – QUADRO COMPARATIVO SOBRE AS NORMAS PROCESSUAIS APLICÁVEIS AO PROCEDIMENTO ARBITRAL EM DIVERSOS REGULAMENTOS INSTITUCIONAIS	322
ANEXO C – NOTAS DA UNCITRAL SOBRE ORGANIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL (EXTRATO DA LISTA)	326
ANEXO D – TÉCNICAS DA ICC SOBRE O CONTROLE DE TEMPO E DE CUSTAS (EXTRATO DOS ITENS DISCUTIDOS).....	329

INTRODUÇÃO

1 Delimitação do objeto de estudo

Imagine participar de audiências em três arbitragens: uma em Genebra, uma em Nova Iorque e uma em Hong Kong. As três audiências provavelmente envolverão a mesma sala de conferência de hotel, os mesmos estenotipistas, o mesmo idioma — inglês —, o mesmo tipo de alegações orais, interrogação de testemunhas, apresentação de peritos, discussões processuais e, usualmente, até as mesmas pessoas. Isso significa que o procedimento arbitral está globalizado — que a arbitragem é conduzida de maneira uniforme onde quer que ela seja realizada, qualquer que seja a lei nacional de regência? Existe uma lei nacional de regência? ¹ (KAUFMANN-KOHLER, 2003, p. 1314, tradução livre).

A inquietação que motivou a elaboração do presente estudo decorreu da constatação de um paradoxo. De um lado, há uma crescente harmonização da prática processual arbitral. Verifica-se uma semelhança na forma como a arbitragem é conduzida, independentemente do local de sua realização. Essa harmonização gera o questionamento sobre a existência de um processo arbitral globalizado. De outro lado, são recorrentes os embates sobre questões processuais no curso da arbitragem, evidenciando que não há uma compreensão uniforme sobre a prática processual arbitral.² Esses choques são frequentes nas arbitragens internacionais envolvendo árbitros, advogados e partes provenientes de culturas e sistemas jurídicos diversos e, portanto, com formações processuais distintas e visões diferentes sobre a condução do procedimento arbitral. Essas disputas também ocorrem nas arbitragens domésticas, entre atores habituados ao processo judicial e às regras processuais nacionais e aqueles que tiveram contato com a prática processual arbitral internacional.

Diante desse paradoxo, esta tese se propõe a analisar o quadro regulatório do processo arbitral. Tratando-se de um estudo no âmbito do direito internacional, natural seria que a questão central deste estudo fosse: qual a lei processual aplicável à arbitragem? Ou, mais

¹ Texto original: “Imagine attending hearings in three arbitrations: one in Geneva, one in New York, and one in Hong Kong. All three hearings will likely involve the same hotel conference rooms, the same court reporters, the same language – English, the same type of oral submissions, witness examination, expert presentations, and procedural arguments, and often even the same people. Does this mean the arbitral procedure is globalized – that arbitration is conducted in a uniform manner wherever it takes place, whatever national law governs? Does national law governs at all?”.

² Nesse sentido, ver, por exemplo, Park (2003, p. 283): “When an arbitrator adopts a model of procedure fairness different from what was anticipated by one of the parties, the arbitrator may well believe that his or her approach is ‘the usual way things are done’. In an international arbitration context, however, competing experiences will almost always be available to indicate that other approaches are not uncommon.”

especificamente, qual o critério de direito internacional privado que determina a lei processual aplicável à arbitragem?

A resposta tradicional, segundo as regras de direito internacional privado, seria que o processo é regido pela lei do fórum — a *lex fori*.³ Essa visão tradicional de que o processo é regido pela lei do local onde é realizado influenciou a prática arbitral. Regra conflitual, apontando para a aplicação da lei processual do local da realização da arbitragem, era encontrada nas leis de arbitragem e em instrumentos internacionais. Tal afirmação, entretanto, não é mais amplamente constatada.

Com a evolução do instituto da arbitragem, principalmente a partir de 1950, verificou-se não ser a melhor prática a imposição das regras processuais detalhadas, aplicáveis aos procedimentos judiciais, à arbitragem. A solução adotada foi conceder às partes autonomia para estipular as regras processuais a ser seguidas na arbitragem ou delegar aos árbitros seu regramento. Nesse ponto surge o paradoxo mencionado. A autonomia em relação às leis processuais nacionais permite a harmonização na forma de condução do procedimento arbitral e, com o tempo, o surgimento de uma prática processual arbitral globalizada. Entretanto, a impossibilidade de as partes estabelecerem, à exaustão, regras processuais ou a ausência do exercício da autonomia das partes em estipulá-las cria incertezas sobre a forma como o procedimento arbitral será conduzido pelos árbitros, gerando embates sobre essas questões no curso da arbitragem.

A ausência de uma lei de regência do procedimento arbitral não implica que as partes e, em especial, os árbitros possam utilizar a autonomia que lhes foi concedida ou delegada de forma arbitrária. O direito, principalmente no âmbito internacional e em uma economia globalizada, não pode ser reduzido à lei, admitindo-se a existência de uma pluralidade de fontes normativas.⁴

Dessa forma, a pergunta central deste estudo passa a ser: quais são as fontes normativas que influenciam as decisões processuais na arbitragem? Em outras palavras, como devem ser tomadas as decisões procedimentais na arbitragem?

³ Nesse sentido, ver Strenger (2003, p. 26-28).

⁴ Nesse sentido, ao analisar os mercados transnacionais, Faria questiona como podem os conceitos construídos em torno do princípio da soberania e do monismo jurídico baseado na norma fundamental e na hierarquia de leis captar o dinamismo e a interdependência presentes na economia globalizada e reconhece a existência de um pluralismo jurídico inerente aos mercados transnacionalizados (FARIA, 1999, p. 39-40).

A resolução do Instituto de Direito Internacional Privado, adotada em 1990, na sessão de Santiago de Compostela, apresenta alguns exemplos de fontes normativas aplicáveis ao processo arbitral. O artigo 6º dispõe:

Artigo 6º

Para as partes determinarem as normas e os princípios processuais e substantivos que são aplicáveis na arbitragem. Em particular, (1) fontes diferentes podem ser escolhidas para normas e princípios aplicáveis para cada questão que surgir e (2) tais normas e princípios podem ser derivados de diferentes sistemas legais nacionais, bem como de fontes não nacionais, como os princípios de direito internacional, princípios gerais do direito e usos do comércio internacional.⁵ (L'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, 1990 – *Annuaire de L'Institut de Droit International, Session de Saint-Jacques-de-Compostelle*, p. 330, tradução livre).

Com base no texto da resolução supratranscrita, ao definir questões processuais as partes e os árbitros podem: i) escolher diferentes normas para cada ato do procedimento, conforme for mais adequado (*dépeçage*); ii) realizar análises de direito comparado em busca de princípios processuais de ampla aceitação (doutrina do *trunc commun*); iii) criar normas processuais híbridas que incorporem práticas de sistemas distintos, buscando acomodar o interesse das partes com formações diversas (*cross-fertilization* ou *cross-pollination*); iv) aplicar normas emanadas de entes não estatais (normas não estatais ou *soft laws*); e v) aplicar usos e costumes da prática arbitral (*best practices*).

Analisando as normas mencionadas, verifica-se que a resposta à pergunta sobre as fontes normativas aplicáveis na arbitragem não é encontrada nas regras de direito internacional privado, tampouco apenas em uma categoria normativa tradicional. Essa análise evidencia os desafios com que o direito se depara em uma época em que as relações jurídicas extrapolam as fronteiras territoriais do Estado soberano.⁶ Constata-se um descompasso entre a evolução das relações comerciais internacionais e a capacidade dos Estados e das organizações internacionais para

⁵ Texto original: “Article 6 - The parties to determine the procedural and substantive rules and principles that are to apply in the arbitration. In particular, (1) a different source may be chosen for the rules and principles applicable to each issue that arises and (2) these rules and principles may be derived from different national legal systems as well as from non-national sources such as principles of international law, general principles of law, and the usages of international commerce.”

⁶ Uma discussão aprofundada sobre os desafios da questão sob o enfoque da teoria do direito pode ser encontrada em Mendes (2010).

legislar sobre essas questões. Dessa forma, surgem outras fontes normativas, criadas pelos próprios destinatários da norma, e outros métodos não legislativos ou tradicionais.⁷

Nesse contexto, propõe-se analisar as normas processuais aplicadas à arbitragem sob o enfoque do direito transnacional. O termo “transnacional” é utilizado aqui para caracterizar a metodologia a ser empregada para decidir questões processuais, a qual considera tanto as normas nacionais e internacionais como outras fontes normativas que não se enquadram tipicamente em uma categoria tradicional.

O conceito de direito transnacional é ambíguo e tem sido aplicado com vários sentidos, tornando-se necessário estabelecer, desde logo, o recorte realizado.⁸ Adotando o conceito conforme utilizado por Jessup (1956), o termo “direito transnacional” é utilizado em seu sentido originário para caracterizar um processo arbitral regulamentado por normas de direito internacional público e privado, bem como por qualquer outra categoria de normas que não se enquadrem inteiramente em uma categoria tradicional.⁹ Em outras palavras, dá-se preferência ao conceito amplo de direito transnacional, que inclui normas nacionais, internacionais e outros tipos de normas que não se enquadram em categorias legislativas tradicionais.

Não se pretende discutir nesta tese as teorias em torno da deslocalização da arbitragem nem a utilização do termo “transnacional” em sentido estrito, como qualificador de uma ordem jurídica arbitral autônoma. Para o estudo das normas que regem os aspectos processuais da arbitragem, as discussões sobre o papel da sede da arbitragem são minimizadas.¹⁰ A maioria das legislações nacionais, inclusive a brasileira, concede autonomia às partes e, subsidiariamente, aos árbitros para estabelecer regras processuais.¹¹

⁷ Verifica-se no âmbito processual arbitral a mesma constatação que Faria apresenta ao direito de maneira genérica mencionada na nota 4 *supra* (FARIA, 1999, 39-40).

⁸ O capítulo III, *infra*, apresenta uma análise sobre o direito transnacional e sobre sua aplicação na arbitragem e no processo arbitral.

⁹ “[...] the term ‘transnational law’ to include all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories.” (JESSUP, 1956, p. 2). A tradução da obra de Jessup para o português foi realizada por Carlos Ramires Pinheiro da Silva (JESSUP, 1965). Entretanto, esta tese optou por utilizar a obra original.

¹⁰ Ao minimizar a importância da sede, não se pretende defender que não há importância alguma. Nesse sentido, ver discussão do capítulo IV, *infra*.

¹¹ Sobre a crescente harmonização das legislações de arbitragem com a concessão de autonomia às partes e aos árbitros para estabelecer o procedimento arbitral, ver capítulo II, item II.2, *infra*. Ver, ainda, Kaufmann-Kohler (1999).

Mesmo aqueles que defendem a existência de uma ordem jurídica transnacional argumentam que sua análise pode ser realizada em duas etapas: a primeira evidenciando a existência e a aplicação de normas transnacionais e a segunda reconhecendo que essas normas podem ser classificadas como uma ordem jurídica autônoma.¹² Ainda que se admita o surgimento de normas processuais transnacionais em sentido estrito — ou seja, normas que emergem da própria prática arbitral —, elas são analisadas apenas como mais uma fonte normativa. Não se discute se essas normas transnacionais poderiam ser caracterizadas como uma ordem jurídica autônoma.

Embora a metodologia transnacional possa oferecer respostas a respeito do modo como as decisões processuais devem ser tomadas e das fontes que influenciarão tais decisões, essa metodologia não soluciona o paradoxo. Ainda que se constate uma crescente harmonização na forma de condução da arbitragem e se identifiquem as fontes normativas que buscam regulamentar o processo arbitral, os choques sobre questões processuais permanecem. Esses embates apenas serão solucionados com uma atuação ativa das partes e dos árbitros no início de cada caso, esclarecendo como o procedimento será conduzido.

O objeto inicial desta tese visava não apenas discorrer sobre as normas aplicáveis ao processo arbitral, mas também identificar as melhores práticas e apontar para tendências de harmonização em questões processuais. Para tanto, foi iniciada uma pesquisa sobre esses aspectos, por meio de aplicação de questionário no qual seriam consultados profissionais da área.¹³ Corroborando com a importância e atualidade do tema, a universidade inglesa Queen Mary e o escritório de atuação global White & Case escolheram as questões procedimentais como tópico da pesquisa anual de 2012.¹⁴ Embora o questionário elaborado pela universidade inglesa seja mais detalhado que o elaborado no âmbito deste trabalho, os tópicos analisados eram semelhantes. Por outro lado, não resta dúvida que o alcance da pesquisa conduzida pela Universidade Queen Mary com financiamento de escritório internacional e ampla divulgação na mídia especializada atingirá uma população maior do que a do questionário que estava sendo

¹² Nesse sentido, ver Gaillard (2010, p. 53-54): “It takes a double qualitative lead to proceed from the acceptance of the application of transnational rules by the arbitrators to the acceptance of the existence of a true arbitral legal order. The first consists in moving from the recognition of the application of isolated rules to the acceptance of the existence of an organized system of norms; the second consists in the realization that this system in fact meets the more rigorous requirements of a legal order.”

¹³ Ver minuta de questionário elaborado no apêndice A.

¹⁴ Ver questionário da pesquisa da Queen Mary e do White & Case no anexo A.

elaborado nesta tese. Assim, diante das dificuldades encontradas para a aplicação do questionário e para a análise estatística das respostas e em virtude da existência de pesquisa com o mesmo conteúdo, optou-se por descontinuar a pesquisa e aguardar o resultado da investigação promovida pela Universidade Queen Mary, com previsão de divulgação em setembro de 2012.

É importante mencionar, ainda, que o recorte realizado para esta análise é o do processo arbitral. Não são examinadas as questões processuais envolvendo medidas judiciais relacionadas à arbitragem. Adotou-se a distinção proposta por Born (2009, p. 1240-1242) entre aspectos externos e internos do procedimento arbitral. Segundo esse autor, as questões externas se referem à relação do procedimento arbitral com os tribunais nacionais, em particular com o judiciário da sede da arbitragem. Como exemplo dos aspectos externos ao procedimento, pode-se mencionar a ação de anulação, regida pela lei de arbitragem local (BORN, 2009, p. 1241). Por outro lado, Born denomina de “questões internas ao procedimento arbitral” as questões processuais que surgem dentro do próprio procedimento arbitral — por exemplo, os prazos para troca de alegações, admissibilidade de provas e testemunhas, entre outras (BORN, 2009, p. 1240). O objeto deste estudo são apenas as questões internas.

2 Apresentação e importância do problema

A importância deste estudo decorre da expansão da arbitragem no âmbito nacional e no internacional. Com o aumento do número de arbitragens realizadas no Brasil ou envolvendo atores brasileiros,¹⁵ surge a necessidade de expandir o conhecimento sobre a condução desse processo. A arbitragem apenas se desenvolverá no país como forma legítima de solucionar controvérsias com o apoio — como já é possível verificar — do judiciário e se as partes envolvidas tiverem confiança no processo e ciência do modo como este se desenvolverá.

A expansão da arbitragem no âmbito internacional foi estimulada pela adoção, em 1958, da Convenção das Nações Unidas sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras — a Convenção de Nova Iorque (UN, 1958 – *Convention on the Recognition and*

¹⁵ Nesse sentido, é notável o crescimento de partes brasileiras em arbitragens administradas pela Câmara de Comércio Internacional (CCI). Em 2010, o Brasil ocupava o quinto lugar entre as nacionalidades mais recorrentes na CCI, com o total de 74 arbitragens como demandante ou demandado (ICC, 2010 – *Statistics*). No âmbito nacional, até 2001, apenas 14 arbitragens haviam sido iniciadas na Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC). Em 2011, esse número atingiu a marca de 270 arbitragens, sendo 63 delas iniciadas apenas no ano de 2011 (CCBC, 2011 – *Statistics*).

Enforcement of Foreign Arbitral Awards). Essa convenção garantiu a eficácia das cláusulas compromissórias (artigo II) e possibilitou a harmonização das normas para execução das sentenças arbitrais estrangeiras (artigo V). A adoção da Convenção de Nova Iorque por diversos países aumentou a segurança jurídica no meio comercial internacional, favorecendo a estipulação de cláusulas compromissórias que, com apoio da convenção, teriam força mandatória e cujas decisões poderiam ser executadas em diversos países com bases nos mesmos critérios.

Essencial para o presente estudo é a mudança de posicionamento da Convenção de Nova Iorque em relação às convenções anteriores sobre a lei aplicável ao procedimento arbitral (artigo V(1)(d)). Essa convenção permitiu a prevalência da vontade das partes na determinação da forma como o procedimento arbitral deve ser conduzido.¹⁶ Ao afastar a aplicação mandatória da lei processual vigente no local de realização da arbitragem, a convenção permitiu a flexibilização do procedimento e, com isso possibilitou discussões sobre a maneira como o procedimento arbitral deve ser conduzido.

Outro fator importante para o incentivo do uso da arbitragem como forma de solução de controvérsia foi a elaboração, pela Comissão das Nações Unidas para o Comércio Internacional (UNCITRAL, sigla do nome em inglês, United Nations Commission on International Trade Law), em 1985, da Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial — a Lei Modelo (UNCITRAL, 1985 – *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*).¹⁷ Essa Lei Modelo foi adotada por diversos países e serviu como base para a redação de outras tantas leis de arbitragem, inclusive da brasileira, possibilitando certo grau de harmonia também entre as legislações domésticas sobre arbitragem. A Lei Modelo confirmou a autonomia das partes para condução do processo arbitral e, na ausência de estipulação do procedimento pelas partes, conferiu poderes normativos aos árbitros para conduzir a arbitragem da maneira que considerarem apropriada.¹⁸

O processo de renovação legislativa começou na década de 1960, logo após a aprovação da Convenção de Nova Iorque. Desde então, diversos Estados promulgaram leis sobre arbitragem com normas concedendo poderes aos árbitros para que estes determinassem a forma de conduzir o procedimento. O Brasil aderiu tardiamente ao universo dos países favoráveis às soluções de

¹⁶ Nesse sentido, ver capítulo II, subitem II.1.1, *infra*.

¹⁷ A Lei Modelo da UNCITRAL foi revisada em 2006 (UNCITRAL, 2006 - 1985 - *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, with amendments as adopted in 2006*).

¹⁸ Nesse sentido, ver capítulo II, subitem II.2.1, *infra*.

litígios por meio de arbitragem. A promulgação da Lei 9.307, em 23 de setembro de 1996 — a Lei de Arbitragem ou Lei 9.307/96 (BRASIL, *Lei 9.307/1996*) —, foi o primeiro marco para a evolução da arbitragem como método de solução de controvérsia no Brasil. O instituto veio a ser consagrado no país no final de 2001, por ocasião do término do julgamento a respeito da constitucionalidade da referida lei no Supremo Tribunal Federal (STF).¹⁹ Também contribuiu para o fortalecimento da arbitragem no Brasil, especialmente da arbitragem estrangeira, a ratificação, em 2002, da Convenção de Nova Iorque (BRASIL, *Decreto Legislativo 4.311/2002*). Assim, em pouco mais de 15 anos da promulgação da Lei de Arbitragem, o Brasil passou, de avesso à realidade internacional favorável à solução de disputas por via arbitral, a um país ativo no âmbito arbitral internacional.²⁰ Uma vez superados os obstáculos iniciais, e com a consolidação do instituto no Brasil, faz-se necessário discutir como as arbitragens vêm sendo conduzidas no país.

Seguindo a tendência internacional e a Lei Modelo, o artigo 21 da Lei de Arbitragem confere grande autonomia às partes para definir o procedimento a ser seguido.²¹ Sendo assim, as partes podem se reportar a um regulamento de arbitragem institucional ou delegar aos árbitros a regulação do procedimento. Na ausência de escolha pelas partes, o artigo 21, § 1º, dispõe que “não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo” (BRASIL, *Lei 9.307/1996*). Conferindo ao tribunal arbitral o poder subsidiário para estipular o procedimento, ante a omissão das partes em fazê-lo, a Lei de Arbitragem exclui a aplicação supletiva do Código de Processo Civil (CPC).²² Evitou-se, portanto, a *processualização* da arbitragem.²³

Na maioria das vezes, as partes se limitam a indicar um regulamento de determinada instituição arbitral o qual contém regras procedimentais. Essas regras, entretanto, não são

¹⁹ BRASIL, *Sentença Estrangeira nº 5.206-Reino da Espanha*, STF, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgamento finalizado em 12.12.2001.

²⁰ Uma análise da recepção da arbitragem pelo judiciário é encontrada nos relatórios da pesquisa “Arbitragem e o Poder Judiciário”, realizada em parceria entre a Fundação Getúlio Vargas (FGV) e o Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) (FGV/CBAr, s/d - *Arbitragem e o Poder Judiciário*).

²¹ “Artigo 21. A arbitragem obedecerá ao procedimento estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.” (BRASIL, *Lei 9.307/1996*, artigo 21, *caput*)

²² Nesse sentido, ver Carmona (2009a, p. 292-293) e Magalhães (2001, p. 163).

²³ O termo *processualização* da arbitragem é usado para caracterizar a adoção de medidas processuais típicas do poder judiciário (MAGALHÃES, s/d – *O risco da processualização da arbitragem*, p. 2).

exaustivas.²⁴ Os regulamentos também concedem amplos poderes aos árbitros para dispor sobre as demais questões procedimentais.²⁵

A discricionariedade dos árbitros para determinar a forma como o procedimento arbitral será conduzido é limitada pela exigência de que sejam respeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do livre convencimento deste²⁶ (*devido processo legal mínimo*),²⁷ averiguados *a posteriori* na execução ou na anulação da sentença estrangeira (*laissez-faire judicial review*).²⁸

A autonomia processual gerou a necessidade da atuação das partes e dos árbitros de maneira ativa, utilizando o poder que lhes foi concedido para estabelecer regras procedimentais adequadas para a arbitragem (*arbitralização*²⁹ da arbitragem). A convivência de partes e árbitros de diversas culturas jurídicas no meio arbitral e a autonomia que lhes é concedida para conduzir o processo arbitral possibilitaram um ambiente rico para análises de direito comparado em matéria processual e para a criação de práticas próprias da arbitragem que mesclam elementos de diversos sistemas jurídicos (*cross-fertilization* ou *cross-pollination*).³⁰ Com o tempo, verifica-se a semelhança entre as práticas processuais utilizadas em arbitragens, independentemente do local de sua realização, e o surgimento de melhores práticas, que passam a ser largamente adotadas (*globalização* do procedimento arbitral).³¹

²⁴ Nesse sentido, Carmona (2009a, p. 13) esclarece que esses regulamentos, em especial os internacionais, são, propositadamente, vagos para atrair litigantes de sistemas jurídicos diversos. No mesmo sentido, ver Park (2003, p. 282).

²⁵ Nesse sentido, ver, por exemplo, o artigo 19 do *Regulamento de arbitragem e de ADR da CCI* de 2012 (ICC, 2012 - *Regulamento de Arbitragem e de ADR da CCI*). Mais informações sobre as regras procedimentais nos regulamentos arbitrais estão disponíveis no capítulo II, item II.3, *infra*.

²⁶ Nesse sentido, a legislação brasileira dispõe no artigo 21, § 2º, da Lei de Arbitragem: “Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.” (BRASIL, *Lei 9.307/1996*).

²⁷ Nesse sentido, ver Carmona (2009b, p. 292). O capítulo IV, subitem IV.2.2, *infra*, apresenta uma discussão sobre o respeito ao devido processo legal.

²⁸ Nesse sentido, ver Park (2006, p. 11).

²⁹ Segundo Nunes Pinto (2003), a arbitralização é fenômeno que se contrapõe à sua processualização. Ao defender a arbitralização da arbitragem, o que se busca é incentivar o exercício da arbitragem levando-se em conta as suas características próprias e evitando-se a transposição de conceitos e atitudes típicas do processo estatal, sendo que arbitralizar a arbitragem é “dar, na prática, vida ao marco legal que regula o instituto.” (NUNES PINTO, 2003, s/p).

³⁰ O termo “*cross-fertilization*” (LOWENFELD, 2005, p. 59) ou *cross-pollination* (PARK, 2006, p. 8) é utilizado como metáfora, assemelhando o trabalho das partes envolvidas em arbitragem ao trabalho das abelhas que transportam o pólen e possibilitam a reprodução.

³¹ Nesse sentido, ver Kaufmann-Kohler (2003).

Com o intuito de consolidar determinados aspectos da prática processual arbitral, organizações internacionais, instituições arbitrais e entidades destinadas ao estudo da arbitragem elaboraram regulamentos, diretrizes, notas, *checklists* e outros documentos de caráter não vinculante (proliferação de normas não estatais ou *soft laws*).³²

Constatada a multiplicidade de normas processuais que regem a arbitragem, faz-se necessária a atuação *in concreto* das partes e dos árbitros em cada caso, utilizando, efetivamente, da autonomia de que dispõem para estabelecer o procedimento arbitral a ser seguido, que pode ou não adotar a prática arbitral, sempre respeitando o devido processo legal.

3 Estrutura da tese

O ponto de partida desta análise é a problematização e a contextualização das dificuldades encontradas para estabelecer as normas processuais aplicáveis à arbitragem (parte I). Primeiro, por meio do exame de alguns casos, evidencia-se a problemática da aplicação de regras idiossincráticas de determinada lei processual. Também são apresentados exemplos de casos nos quais a autonomia para determinação de normas processuais foi utilizada, com a aplicação de regras diversas e não exclusivamente as de processo civil nacional (capítulo I). Em seguida, é traçada a evolução histórica da lei processual aplicável à arbitragem: da aplicação mandatória da lei processual do país da sede da arbitragem à consolidação da autonomia das partes — e, subsidiariamente, dos árbitros — para desenhar o procedimento adequado para solucionar cada caso (capítulo II). O último capítulo da primeira parte discorre sobre o conceito de direito transnacional e propõe a sua utilização para análise das normas processuais aplicáveis à arbitragem (capítulo III).

A segunda parte desta tese busca sistematizar o presente trabalho. Propõe-se a estudar as diversas fontes normativas que operam em planos normativos diversos e que devem ser consideradas ao adotar-se uma metodologia transnacional para o processo arbitral (parte II).

Normas nacionais e supranacionais: esse capítulo analisa as convenções internacionais e as leis nacionais que consagram a autonomia da vontade das partes, concedendo poder normativo a elas e, subsidiariamente, aos árbitros para estipular questões procedimentais. Essas normas,

³² O capítulo VII, *infra*, apresenta discussões sobre o conceito de *soft law*.

entretanto, exigem o respeito aos princípios que informam a arbitragem, como a observância do contraditório, o livre convencimento dos árbitros e a igualdade das partes, garantindo o respeito do devido processo legal (capítulo IV).

Normas estipuladas entre as partes: como mencionado, compete às partes estabelecer as regras processuais. Dessa forma, é de vital importância para este estudo a análise das convenções arbitrais, com as normas eleitas pelas partes. Muito embora essas convenções arbitrais sejam, em geral, sucintas com relação a questões procedimentais, um regulamento arbitral, ao ser incorporado, se torna vinculante para aquela arbitragem e deve ser respeitado como vontade das partes (capítulo V).

Normas transnacionais: esse capítulo analisa as normas produzidas pela própria comunidade arbitral (*autopoiesie*) que se tornam usuais, possibilitando a emergência de consenso sobre as melhores práticas para a condução do processo arbitral (*best practices*) entre os atores da comunidade arbitral (capítulo VI).

Normas não estatais: são estudadas nesse capítulo diretrizes, guias, regras e normas procedimentais elaboradas por organizações internacionais, instituições arbitrais ou organizações dedicadas ao estudo da arbitragem que, mesmo sem ser dotadas de natureza mandatória, são largamente adotadas e contribuem para a regulamentação do sistema arbitral (capítulo VII).

Por fim, buscando uma solução que esclareça o emaranhado de normas aplicáveis ao processo arbitral, a terceira parte defende a necessidade de maior normatização *in concreto* (parte III).

Normas *in concreto*: esse capítulo considera a necessidade de atuação ativa das partes e dos árbitros no início do procedimento arbitral, estabelecendo regras processuais específicas para determinada arbitragem por meio do termo de arbitragem ou de ordens processuais (capítulo VIII).

PROLEGÔMENOS

Estes prolegômenos trazem explicações sobre alguns conceitos que foram utilizados neste estudo, esclarecendo quais foram os adotados e distinguindo-os de outros quando necessário. Realizaram-se distinções e esclarecimentos sobre três pontos importantes: distinção entre arbitragem estrangeira e arbitragem internacional (item 1); distinção entre lei de arbitragem e lei processual aplicável à arbitragem (ou normas processuais aplicáveis à arbitragem) (item 2); e, por fim, alguns esclarecimentos sobre o conceito de fontes normativas (item 3).

1 Distinção entre arbitragem estrangeira e arbitragem internacional

A Lei de Arbitragem brasileira faz a distinção entre arbitragem estrangeira e arbitragem doméstica, considerando como estrangeira aquela cuja sentença arbitral tenha sido proferida fora do Brasil.³³

A Lei Modelo utiliza a denominação “arbitragem comercial internacional”, definindo o caráter internacional de uma maneira mais ampla que a Lei de Arbitragem. Para a Lei Modelo, uma arbitragem comercial é considerada internacional se: i) as partes estiverem sediadas em países distintos; ii) se o local da arbitragem é determinado pela convenção arbitral em local diverso daquele em que as partes estão sediadas; iii) se as obrigações decorrentes da relação comercial tiverem de ser cumpridas em local diverso daquele em que as partes estão sediadas; ou, ainda, iv) se as partes acordaram que a matéria objeto da arbitragem é relacionada a mais de um país.³⁴

³³ Nesse sentido, ver: “Artigo 34. [...] Parágrafo único. Considera-se sentença arbitral estrangeira a que tenha sido proferida fora do território nacional.” (BRASIL, *Lei 9.307/1996*).

³⁴ Nesse sentido, ver: “Artigo 1(3) An arbitration is international if:
(a) the parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their places of business in different States; or
(b) one of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business:
(i) the place of arbitration if determined in, or pursuant to, the arbitration agreement;
(ii) any place where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject-matter of the dispute is most closely connected; or
(c) the parties have expressly agreed that the subject matter of the arbitration agreement relates to more than one country.” (UNCITRAL, 2006 – *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration with amendments as adopted in 2006*).

O termo “arbitragem internacional” também é utilizado como referência às arbitragens entre Estados, perante os tribunais internacionais, gerando ambiguidade.

Para fins desta tese, utilizar-se-á o termo “arbitragem internacional” no sentido amplo, conforme empregado pela Lei Modelo e como referência às arbitragens comerciais internacionais. Assim, caracterizam-se como internacionais as arbitragens que contenham elementos estrangeiros, incluindo, mas não se limitando a esses aspectos, o local de realização da arbitragem e de proferimento da sentença.

Dessa forma, é possível vislumbrar uma arbitragem que seja internacional, por decorrer de relações comerciais internacionais, mas doméstica para fins da lei brasileira, por ser o local da prolação da sentença situado no Brasil. Portanto, este estudo tem impacto em inúmeras arbitragens conduzidas no Brasil, envolvendo, por exemplo, empresas multinacionais — ainda que por meio de suas subsidiárias brasileiras —, relações de comércio exterior, árbitros e instituições arbitrais internacionais, entre outros exemplos de elementos de estraneidade.

2 Distinção entre lei de arbitragem e lei processual aplicável à arbitragem (ou normas processuais aplicáveis à arbitragem)

Para fins deste trabalho, faz-se necessário distinguir o conceito de lei de arbitragem (*lex arbitrii*³⁵ ou *loi de l'arbitrage*) do conceito de lei processual aplicável à arbitragem.³⁶ Será utilizada a distinção proposta por Poudret e Besson entre lei de arbitragem (*lex arbitrii*) e lei processual aplicável à arbitragem (POUDRET; BESSON, 2007, p. 458).

A *lex arbitrii* engloba todas as disposições que regulam a arbitragem em um determinado país. Tem um escopo amplo e controla a arbitragem como um todo, dispondo sobre a validade de um compromisso arbitral, as atividades dos árbitros, as disputas que podem estar sujeitas à arbitragem. Contém princípios fundamentais sobre o processo arbitral e dispõe sobre a assistência

³⁵ Note-se que a doutrina utiliza com frequência a grafia *lex arbitri* (correspondente à lei do árbitro) ao invés da grafia correta, *lex arbitrii* (correspondente à lei da arbitragem). Nesse sentido, ver Gaillard (2010, p. 19-20, nota 58).

³⁶ Em inglês há ainda mais confusão entre os termos. Por exemplo, Fouchard, Gaillard e Goldman mencionam *law of seat* para designar lei de arbitragem e *law governing the arbitral procedure* para designar a lei processual aplicável (GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 635-636 e p. 646-647); Born utiliza *procedural law of the arbitration* ou ainda *arbitration law of the arbitral seat* para designar lei de arbitragem e *law governing the arbitral proceedings* para designar a lei processual aplicável à arbitragem (BORN, 2009, p. 1243, p. 1309-1311 e p. 1313); Redfern e Hunter utilizam *law governing the arbitration* para mencionar a lei de arbitragem e *procedural rules* para designar a lei processual aplicável (REDFERN; HUNTER, 2004, p. 97-98).

do judiciário à arbitragem.³⁷ No caso do Brasil, a *lex arbitrii* corresponde à Lei 9.307/96. Muitas vezes, a lei de arbitragem é considerada uma lei processual e, em alguns países, os dispositivos que regulam a arbitragem são parte integrante do código de processo civil ou de regras procedimentais locais (*rules of procedure*), contribuindo para a confusão entre os conceitos de lei de arbitragem e lei processual aplicável à arbitragem. As leis de arbitragem contêm algumas normas processuais, mas incorporam matérias que vão além de questões meramente processuais, como, por exemplo, as matérias capazes de ser submetidas à arbitragem e validade de convenções de arbitragem.³⁸

A lei processual aplicável à arbitragem é definida como o conjunto de normas a ser seguido pelos árbitros para a condução do procedimento arbitral (POUDRET; BESSON, 2007, p. 458). Na distinção proposta por Born, a lei processual aplicável à arbitragem destina-se às questões internas da arbitragem, e não às externas, que são regulamentadas pela lei de arbitragem (BORN, 2009, p. 1240). Ante a inexistência da obrigação de que o procedimento arbitral siga uma lei processual específica, é usual a utilização da denominação “normas processuais aplicáveis à arbitragem”, em vez de “lei processual aplicável à arbitragem”.³⁹

O que é analisado nesta tese são as normas processuais aplicáveis à condução do procedimento arbitral. A referência à *lex arbitrii* é realizada na medida em que esta dispõe sobre o procedimento arbitral e confere poderes e limites à atuação das partes e dos árbitros em estabelecer o procedimento a ser seguido na arbitragem.

³⁷ Nesse sentido, ver Poudret e Besson (2007, p. 82).

³⁸ Nesse sentido, ver Redfern e Hunter (2004, p. 102).

³⁹ Nesse sentido, verifica-se uma mudança na redação dos principais documentos sobre arbitragem, substituindo o termo “*law*” por “*rules of law*”. O termo “*law*” pode ser traduzido como lei ou como direito. Quando há menção apenas a “*law*”, trata-se de referência à lei aplicável. Por outro lado, quando se menciona “*rule of law*”, a referência é ao direito de uma maneira mais ampla, incluindo não apenas as leis, mas também as normas de direito. Essa alteração pode ser verificada, por exemplo, na comparação entre as versões do regulamento da UNCITRAL de 1975 e 2010 (UNCITRAL, 1975 – *UNCITRAL Arbitration Rules* e UNCITRAL, 2010 – *UNCITRAL Arbitration Rules*). Nesse sentido, ver Gama e Saumier (2011, p. 46).

3 Esclarecimentos sobre o conceito de fontes normativas

O conceito de fontes de direito é usualmente adotado no direito internacional público e privado, atrelado às razões que determinam a produção de normas jurídicas (fontes materiais) e a maneira como elas são reveladas (fontes formais), sendo que a última adquire mais relevância.⁴⁰ Este estudo busca justamente analisar a maneira como as normas processuais aplicadas à arbitragem são reveladas, preocupando-se, portanto, com as fontes formais.

Em teoria do direito, é comum a associação do conceito de fontes à hierarquização das normas e à pirâmide kelseniana, na qual a norma fundamental é a base de validade das demais fontes (fonte primária e fontes secundárias).⁴¹

Embora se tenha optado por manter a terminologia “fontes normativas” neste estudo, não há espaço para uma análise hierárquica e piramidal das fontes normativas aplicadas ao processo arbitral dentro do cenário transnacional aqui analisado. As fontes normativas a ser estudadas operam no plano horizontal. Dessa forma, o modelo teórico piramidal deve ser substituído pelo de rede, conforme defendido por Losano (2005). As novas formas de direito desenvolvidas com a globalização levaram à fragmentação do direito e à pluralidade de fontes normativas. Assim, o direito assume, nas palavras de Losano (2005, p. 281), “o aspecto de massa tridimensional em contínua e irregular expansão.” Não há mais uma ordem rígida, muito menos piramidal, com o Estado como único centro produtor do direito,⁴² mas sim um emaranhado de normas que se relacionam.

⁴⁰ Nesse sentido, ver Soares (2002, p. 51-52).

⁴¹ Nesse sentido, ver Ferraz Jr. (1994, p. 224-225).

⁴² Nesse sentido, ver Losano (2005, p. 282).

PRIMEIRA PARTE

PROBLEMATIZAÇÃO E CONTEXTUALIZAÇÃO DO TEMA

O ponto de partida desta análise é a problematização e a contextualização das dificuldades encontradas para se estabelecer as normas processuais aplicáveis à arbitragem e à propositura de uma leitura com base no direito transnacional.

Primeiro, por meio da exemplificação com alguns casos, são apresentados cenários que evidenciam a problemática da aplicação de normas idiossincráticas de determinada lei processual e exemplos de como a autonomia processual concedida às partes é utilizada aplicando as fontes normativas disponíveis para determinação de questões processuais (capítulo I).

Em seguida, é traçada a evolução histórica da lei processual aplicável à arbitragem: desde a aplicação mandatória da lei processual do país da sede da arbitragem até a consolidação da autonomia das partes e, subsidiariamente, dos árbitros para desenhar o procedimento adequado (capítulo II).

Constatada a ampla autonomia procedimental concedida às partes e aos árbitros na arbitragem, o último capítulo da primeira parte propõe a aplicação do direito transnacional como metodologia para escolha das normas processuais aplicáveis à arbitragem, seja pelas partes, seja pelos árbitros (capítulo III).

I CASOS QUE EXEMPLIFICAM O TEMA EM ANÁLISE

A inquietação que motivou a elaboração deste estudo nasceu com a observação da prática arbitral. Verificam-se, no relato de casos, os problemas decorrentes da exigência de cumprimento estrito das regras processuais do local da arbitragem e as dificuldades encontradas para determinar as normas que regem as questões processuais. Devido à confidencialidade da arbitragem e à escassez de publicações de decisões processuais, muitos dos exemplos do tema são extraídos de relatos dos participantes da comunidade arbitral em publicações ou conferências. Contudo, é possível trazer alguns casos para exemplificar a questão.

Em muitos casos, os questionamentos sobre a adoção de determinada prática processual e sua adequação às leis do local de realização da arbitragem são trazidos como fundamento para anulação da sentença arbitral ou como motivo para rejeição do reconhecimento e da execução da sentença arbitral.⁴³

Dessa forma, este item traz alguns cenários que exemplificam o problema a ser estudado extraídos de decisões judiciais (item I.1) ou de ordens processuais publicadas (item I.2).⁴⁴

I.1 Discussões no judiciário sobre a lei processual aplicável ao procedimento arbitral

Questões particulares de uma lei processual doméstica muitas vezes não são discutidas no curso da arbitragem, mas trazidas após a prolação da sentença arbitral — em geral pela parte perdedora — como fundamento para anular ou evitar a execução de uma sentença arbitral.

Para contextualizar este estudo, são citados exemplos de casos nos quais a arbitragem foi conduzida de acordo com a vontade das partes, sem questionamento de peculiaridades das leis processuais do local de arbitragem, e, após a prolação da sentença, violações à lei processual nacional foram utilizadas como fundamento para anulação ou não reconhecimento. O primeiro subitem (I.1.1) menciona casos nos quais o judiciário acolheu o pedido das partes, prevalecendo a aplicação da lei processual local. O segundo subitem (I.1.2) trata de casos que rejeitaram as

⁴³ Nesse sentido, diversas decisões judiciais questionando a execução de sentenças arbitrais estrangeiras com fundamento no artigo V(I)(d) da Convenção de Nova Iorque foram publicadas no *Yearbook of Commercial Arbitration*.

⁴⁴ Ao analisar os casos, foram extraídas apenas as partes relevantes para este estudo. Não serão mencionadas discussões de outras questões que podem ter sido objeto dos casos citados.

alegações das partes, prevalecendo o que foi acordado pelas partes ou estipulado pelos árbitros. Por fim, o terceiro subitem (I.1.3) cita exemplos de casos nos quais as questões processuais apresentadas não têm paralelo na legislação processual local.

I.1.1 Exigência de aplicação das leis processuais domésticas na condução do procedimento arbitral

A exigência do cumprimento estrito de todas as regras processuais domésticas em arbitragens internacionais, assim como as consequências dessa exigência, pode ser evidenciada pelos casos *SEEE vs. República da Iugoslávia*⁴⁵ e *Bechtel vs. Department of Civil Aviation of Dubai*.⁴⁶

No caso *SEEE vs. República da Iugoslávia*, as partes acordaram, na convenção de arbitragem, que esta se realizaria na cidade de Lausane, na Suíça, e que o tribunal arbitral seria formado por apenas dois árbitros, que julgariam por equidade. A convenção entre as partes previa, ainda, que, se houvesse desacordo entre os dois árbitros, um terceiro fosse nomeado. O tribunal arbitral foi constituído por dois árbitros tal como foi acordado pelas partes. Houve consenso entre os dois árbitros, não havendo a necessidade de indicar um terceiro, conforme previsto na convenção de arbitragem. A sentença arbitral foi proferida em 1956. Após o término do procedimento arbitral, a República da Iugoslávia questionou a decisão arbitral perante o judiciário em Lausane. Em 1956, cada estado federativo da Suíça tinha sua própria legislação processual com disposições sobre arbitragem. Aplicando o código de procedimento do Cantão de Vaud, o tribunal civil de Lausane deixou de reconhecer a sentença proferida por tribunal arbitral constituído por dois árbitros nos termos da convenção entre as partes, pois o artigo 516 do código de procedimento do Cantão de Vaud não reconhecia um documento assinado apenas por dois árbitros como sentença arbitral. A situação legislativa na Suíça foi alterada em 1969 com a adoção da lei intercantonal de arbitragem (SUÍÇA, 1969 – *Intercantonal Arbitration Convention*) e, posteriormente, com a lei de direito internacional privado que contém disposições sobre

⁴⁵ SUÍÇA, *Société Européenne d'Études et d'Entreprises (SEEE) vs. République Populaire Fédérative de Yougoslavie*, Tribunal Civil de Lausane, publicado no Journal du Droit International, 1959, p. 1074-1080.

⁴⁶ EMIRADOS ÁRABES UNIDOS, *Bechtel vs. Department of Civil Aviation of Dubai*, decisões do Tribunal de Apelação de Dubai em 19.02.2003 e da Corte de Cassação em 15.05.2004 (apud. ESTADOS UNIDOS, *International Bechtel Company Limited vs. Department of Civil Aviation of the Government of Dubai*. US District Court, District of Columbia, publicado no 300 F. Supp. 2d 112 (2004).

arbitragem (SUÍÇA, 1987 – *Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)*).⁴⁷

Um exemplo mais recente de exigência, *a posteriori*, do cumprimento de uma regra processual peculiar da legislação nacional é o caso *Bechtel vs. Department of Civil Aviation of Dubai*.⁴⁸ Trata-se de arbitragem entre uma empresa americana (Bechtel) e o governo de Dubai. A arbitragem foi conduzida em Dubai por árbitro único (renomado árbitro suíço). Após o término da arbitragem, o governo de Dubai questionou a sentença arbitral sob o fundamento de que uma das testemunhas não tinha sido juramentada e de que tal procedimento era determinado pelas leis processuais de Dubai. A sentença arbitral foi anulada.⁴⁹ Deve-se notar que essa sentença foi proferida em 2002, ocasião em que os Emirados Árabes Unidos não tinham ratificado a Convenção de Nova Iorque. Foi somente em 2006 que os Emirados Árabes Unidos ratificaram a Convenção de Nova Iorque.⁵⁰

1.1.2 Reconhecimento da inaplicabilidade das leis processuais domésticas no procedimento arbitral

Mesmo após o reconhecimento, por convenções internacionais, legislações domésticas e regulamentos de arbitragem, da autonomia da vontade das partes e, subsidiariamente, dos árbitros para estipular questões processuais, as leis processuais do local de realização da arbitragem ainda são utilizadas como fundamento para anular ou rejeitar o reconhecimento de uma sentença arbitral.

No caso *Margulead vs. Exide Technologies*,⁵¹ o questionamento trazido ao judiciário inglês como um dos fundamentos para a anulação da sentença arbitral foi, entre outros, de que o árbitro não possibilitou que a requerente (Margulead) fosse a última a manifestar-se ao final da audiência, como seria de acordo com o procedimento aplicável nos tribunais ingleses. Ao final do

⁴⁷ Sobre a evolução da legislação suíça, ver capítulo II, subitem II.2.3, *infra*.

⁴⁸ Id. nota 46, *supra*.

⁴⁹ Esse caso tornou-se conhecido pois a parte americana buscou o reconhecimento e a execução da sentença anulada nos Emirados Árabes Unidos, nos Estados Unidos e na França, obtendo êxito na França. A decisão francesa tornou-se controvertida e objeto de várias críticas. Sobre a questão ver Park (2006a) e Braghetta (2010).

⁵⁰ Informações sobre o *status* atualizado dos países que adotaram a Lei Modelo estão disponíveis em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html>. Acesso em: 22 jan. 2012.

⁵¹ REINO UNIDO, *Margulead Ltd. vs. Exide Technologies*, Queens Bench Division (Commercial Court), publicado no [2004] EWHC 1019 (comm), [2005] 1 Lloyd's Rep 324, hearing dates 16 February, 6 May 2004, 6 May 2004.

terceiro dia de audiência, o tribunal arbitral determinou que no quarto dia fossem realizadas alegações finais orais, concedendo uma hora para a requerente (Margulead) e uma hora para a requerida (Exide). No quarto dia de audiência, após a apresentação das alegações finais pela requerida, o advogado da requerente indagou se não lhe seria concedida oportunidade de responder às alegações finais da requerida. O tribunal arbitral entendeu desnecessário.⁵² Não houve objeção à decisão do tribunal arbitral por parte do advogado da requerente. O tribunal arbitral concluiu o quarto dia de audiência com perguntas às partes e solicitou, ainda, a elaboração de uma peça escrita sobre determinado ponto. Após a apresentação das alegações escritas pelas partes, o tribunal arbitral proferiu sentença rejeitando os pedidos da requerente.

Inconformada com a decisão, a Margulead recorreu ao judiciário inglês alegando, como primeiro fundamento, que o árbitro cometeu uma séria irregularidade (Seção 68(2)(a) da lei de arbitragem inglesa), não cumprindo com seus deveres — expressos na seção 33 da lei de arbitragem inglesa⁵³ — ao não possibilitar que a requerente fosse a última a manifestar-se ao final da audiência.

Por sua parte, o tribunal inglês rechaçou o argumento da requerida com base em três fundamentos: i) a prática arbitral; ii) os poderes conferidos aos árbitros para decidir questões processuais; e iii) a ausência de objeção processual no momento oportuno, evidenciando a concordância com o procedimento. Com relação ao primeiro ponto, o tribunal inglês afirmou que o procedimento adotado era usual na prática arbitral e, citando a lição de Redfern e Hunter, esclareceu que, embora na prática processual do *common law* o requerente é quem detém a última palavra, este teria duas oportunidades de fazer suas alegações orais e o requerido apenas uma. Essa prática não é usual na arbitragem, na qual prevalece a igualdade de tratamento entre as partes e de oportunidades de apresentar o caso.⁵⁴ Ademais, o tribunal ressalta que, de acordo com a seção 34 da lei de arbitragem inglesa de 1996, cabe ao tribunal arbitral decidir todos os aspectos processuais e todas as questões sobre prova, determinando como será a apresentação de provas escritas e orais.⁵⁵ Por fim, ainda que houvesse qualquer irregularidade processual, a ausência de

⁵² Ver diálogo entre árbitro e advogado:

“Mr. Daly: Excuse me, would you not - I am going to reply?”

The Arbitrator: No, I don’t think so. I think you did a very admirable job of stating your case. I don’t think that there is - that its (sic) necessary to reply to Mr. Haubold.” (Id. nota 46 *supra*).

⁵³ Nesse sentido, ver REINO UNIDO, 1996 – *Arbitration Act*.

⁵⁴ Id. nota 46, *supra*, itens 29 e 30 da decisão.

⁵⁵ Id. nota 46, *supra*, itens 31 e 32 da decisão.

objeção no curso da audiência ou em qualquer outro momento anterior à prolação da sentença impossibilitava que esta alegação fosse trazida posteriormente nos termos da seção 73(1) da lei de arbitragem inglesa de 1996.⁵⁶

I.1.3 Situações sem paralelo na lei processual doméstica

As questões processuais existentes na arbitragem nem sempre se identificam perfeitamente com aquelas prescritas pelos códigos ou pelas regras processuais da legislação local, sendo necessário o recurso à analogia ou às normas aplicáveis pela prática arbitral. Neste item são apresentados dois exemplos desse tipo de situação.

O primeiro deles é relacionado à imparcialidade dos árbitros. As leis de arbitragem costumam trazer prescrições genéricas sobre os deveres de imparcialidade e independência dos árbitros, mas sem prescrever quais seriam as situações de conflito.⁵⁷ Embora seja possível comparar o árbitro ao magistrado e aplicar as mesmas regras a ambos para determinar uma questão de impedimento de atuação,⁵⁸ a situação do árbitro é mais delicada do que a situação dos magistrados. Ao contrário dos juízes togados, que em geral são funcionários do Estado e têm atuação exclusiva, os árbitros são remunerados pelas partes e exercem diversas outras atividades além de desempenharem a função de árbitro.

Um exemplo de conflito de interesses entre árbitros e o advogado de uma das partes ocorreu em uma arbitragem entre a Federação Turca de Futebol e uma empresa de *marketing* suíça perante o Tribunal Arbitral do Esporte. As partes discutiam um contrato para organização de amistosos antes da copa da Alemanha e os direitos de transmissão desses jogos.⁵⁹ A empresa suíça requereu arbitragem, alegando violação dos direitos de transmissão dos jogos. O tribunal arbitral, constituído por três árbitros — dois deles indicados pelas partes e o terceiro, o presidente, indicado pelos coárbitros —, foi formado e não acolheu os pedidos da requerente suíça. Posteriormente, a requerente buscou a anulação da sentença no judiciário suíço com

⁵⁶ Id. nota 46, *supra*, itens 34 e 35 da decisão.

⁵⁷ Por exemplo, na Lei de Arbitragem, o artigo 13, § 6º, dispõe: “No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.” (BRASIL, *Lei 9.307/1996*).

⁵⁸ Por exemplo, o CPC lista as situações de impedimento dos magistrados nos artigos 134 e 135 (BRASIL, *Lei 5.869/1973*).

⁵⁹ SUÍÇA, *Federação Turca de Futebol vs. Contratante*, Suprema Corte Federal, 1ª Câmara Civil, Decisão de 20 de março de 2008, 4A_506/2007, publicado no ASA Bulletin 3/2008, p. 565-579.

fundamento na imparcialidade dos árbitros, afirmando que o árbitro indicado pela parte turca, o presidente do tribunal arbitral escolhido em conjunto pelos coárbitros e o advogado da parte turca faziam parte da mesma associação profissional, chamada Rex Sport. Alegou ainda que a referida associação era composta apenas por 26 membros e que havia indicações recíprocas para atuação como árbitro.⁶⁰

Ao analisar a questão, a suprema corte suíça rejeitou o pedido, baseando-se no parágrafo 4º.1.1. das Diretrizes da International Bar Association relativas a conflitos de interesses em arbitragem internacional (IBA, 2004 – *Diretrizes da International Bar Association relativas a conflitos de interesses em arbitragem internacional*), o qual dispõe que o relacionamento entre árbitros ou entre árbitros e advogados, por meio da afiliação a uma mesma associação profissional, não é suficiente para colocar em questão a imparcialidade do tribunal arbitral. Tal relacionamento é classificado pela IBA na “lista verde” e, portanto, não é necessário sequer que os árbitros revelem esse fato. Interessante notar que a suprema corte suíça afirma que as Diretrizes da IBA, apesar de não terem força de lei, constituem uma ferramenta valiosa na uniformização dos padrões internacionais sobre conflito de interesses dos árbitros e, como tal, devem impactar na prática dos judiciários e das instituições arbitrais quando chamados a decidir questões de imparcialidade dos árbitros.⁶¹ Assim, na ausência de previsão específica sobre as situações nas quais os árbitros estariam impedidos de atuar, a suprema corte suíça recorreu às Diretrizes da IBA e não realizou analogia com as regras processuais aplicáveis aos magistrados. O recurso às Diretrizes da IBA para decidir questões de conflito de interesses dos árbitros tem-se tornado cada vez mais usual não apenas quando tal questionamento é levado ao judiciário,⁶² mas também quando os questionamentos são tratados na esfera das instituições arbitrais.⁶³

⁶⁰ Relato dos fatos extraídos da decisão do caso. Id. Nota 58, *supra*.

⁶¹ “In order to verify the independence of their arbitrators, the parties can also refer to the IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration, approved on 22 May 2004 [citations omitted]. Certainly, the Guidelines do not have force of law, yet constitute a valuable working tool to contribute to the uniformization of standards in international arbitration in the area of conflicts of interests. As such this instrument should impact on the practice of the courts and the institutions administering arbitration proceedings. The Guidelines state general principles.” (Id. nota 58, *supra*).

⁶² Nesse sentido, ver pesquisa conduzida pela IBA (IBA, 2010 – *The IBA Guidelines on the Conflict of Interest in International Commercial Arbitration – The first five years 2004-2009*).

⁶³ Nesse sentido, ver segunda parte da pesquisa conduzida pela IBA (IBA, 2010 – *The IBA Guidelines on the Conflict of Interest in International Commercial Arbitration – The first five years 2004-2009*). Ver, ainda, pesquisa conduzida no âmbito da CCI com 187 casos de impugnações aos árbitros (GREENBERG; FERIS, 2009).

Outro exemplo diz respeito à versão do regulamento de arbitragem a ser aplicável. No judiciário, rege o princípio da aplicação da lei processual vigente na data de ajuizamento da ação. Embora esse princípio possa ser transposto ao procedimento arbitral, aplicando a versão do regulamento arbitral vigente na data do início da arbitragem, não se pode esquecer que, na arbitragem, são as partes que escolhem o procedimento e que o regulamento é escolhido no ato da celebração do contrato.

O caso *Mobil Oil Indonesia vs. Asamera Oil (Indonesia) Ltd.*⁶⁴ envolve a discussão sobre a versão do regulamento da Câmara de Comércio Internacional (CCI) que deve ser aplicada — a versão de 1955 ou a de 1975. A discussão tornou-se extremamente relevante uma vez que, segundo o regulamento de 1955, a produção de provas deveria ocorrer conforme as leis do local da arbitragem e, na versão de 1975, os árbitros não estariam vinculados às leis processuais do local de realização da arbitragem, especialmente àquelas que dispõem sobre provas.⁶⁵ Durante a elaboração da ata de missão, o tribunal arbitral decidiu que aplicaria a versão de 1975, entendendo que a intenção das partes, ao incluir a referência ao regulamento da CCI na convenção de arbitragem, era a de aplicar o regulamento da CCI e deveria ser compreendida como uma referência à aplicação do regulamento vigente, de tempos em tempos, e não daquele vigente no ato da celebração do contrato contendo a cláusula compromissória.⁶⁶ A decisão do tribunal arbitral foi questionada no judiciário de Nova Iorque sob o fundamento de que os árbitros excederam seus poderes ao determinar a versão aplicável do regulamento. Em primeiro grau, a decisão arbitral foi anulada. A Corte de Apelação de Nova Iorque, entretanto, reverteu a decisão e confirmou os poderes dos árbitros para interpretar a convenção de arbitragem e decidir qual versão do regulamento aplicar.⁶⁷ O judiciário americano preferiu não analisar o mérito da questão sobre a versão do regulamento aplicável, fundamentando sua decisão nos poderes conferidos aos árbitros para interpretar a convenção de arbitragem.

⁶⁴ Decisão não publicada, de 30 de março de 1976, no caso CCI nº. 2.671, *apud* CRAIG; PARK; PAULSSON, 1990 e ESTADOS UNIDOS, *Mobil Oil Indonesia vs. Asamera Oil*, publicada no 43 N.Y. 2d 276, 280 (1977).

⁶⁵ O capítulo II, item II.3, *infra*, analisa a evolução das versões do regulamento da CCI.

⁶⁶ Fatos e argumentos extraídos do relatório da decisão do caso perante o judiciário norte-americano, que também menciona a existência de um voto dissidente do árbitro Von Voorhis, que entendeu ser a intenção das partes a aplicação da versão de 1955 do regulamento, válida no momento da conclusão do contrato (Id. nota 63, *supra*).

⁶⁷ Id. nota 63, *supra*.

Essa mesma questão foi trazida ao judiciário inglês. No caso *Bunge vs. Kruse*,⁶⁸ a corte inglesa não apenas analisou a intenção das partes ao convencionarem pela arbitragem, mas, em analogia com as regras aplicáveis ao judiciário, fez distinção entre leis processuais e leis materiais, afirmando que, com relação às questões processuais, a versão mais atual deveria ser aplicada. A referida analogia foi questionada, porque, ao contrário do judiciário, que detém jurisdição independente da vontade das partes, na arbitragem a jurisdição do tribunal arbitral emana da convenção de arbitragem. Em um caso subsequente, *Mertens vs. Veevoeder*,⁶⁹ a analogia com o procedimento judicial, no qual prevalece a lei processual mais recente, foi questionada. Nesse caso, o magistrado entendeu que, por se tratar de cláusula contratual, a eleição pelas partes de um determinado regulamento incorpora ao contrato a versão vigente na data da assinatura do contrato, não se admitindo que as partes elejam regulamento futuro para solução de suas disputas, prevalecendo a aplicação da versão antiga do regulamento. A decisão permitindo a aplicação da versão mais moderna do regulamento prevaleceu no judiciário inglês⁷⁰ e influenciou a deliberação sobre a questão em outros países.⁷¹

Após a questão da versão do regulamento aplicável ter sido suscitada nesse e em outros casos, os regulamentos de arbitragem passaram a conter regra⁷² explicitando que, ao acordar com o referido regulamento, as partes concordam com suas possíveis alterações e com a aplicação da versão vigente na data do início do procedimento.⁷³

⁶⁸ REINO UNIDO. *Bunge vs. Kruse*, publicada no [1979] 1 Lloyd's Rep. 279.

⁶⁹ REINO UNIDO. *Mertens vs. Veevoeder*, publicado no [1979] 2 Lloyd's Rep. 372.

⁷⁰ Nesse sentido, ver REINO UNIDO, *Cremer vs. Granaria*, publicado no [1981] 2 Lloyd's Rep. 583.

⁷¹ Nesse sentido, ver, por exemplo: CINGAPURA, *Car & Car vs. Volkswagen A.G. et al.*, publicado no [2009] S.G.H.C. 233 e CINGAPURA, *Jurong Engineering Ltd. vs. Black & Veatch Singapore Pte. Ltd.*, publicado no [2004] 1 S.L.R. 333.

⁷² Nesse sentido, ver, por exemplo, artigo 6(1) do regulamento da CCI de 2012 (CCI, 2012 – *Regulamento de Arbitragem e de ADR*) e o artigo 1(2) do regulamento da UNCITRAL.

⁷³ Para uma discussão aprofundada sobre a questão da versão do regulamento aplicável, ver Greenberg e Mange (2010).

I.2 Discussões na arbitragem sobre a lei processual aplicável

As decisões sobre questões procedimentais no curso da arbitragem são tomadas, em geral, por ordens processuais. Essas decisões muitas vezes não são fundamentadas exaustivamente e raramente são publicadas.⁷⁴ Neste item, dois casos são apontados: no primeiro, afasta-se a alegação da parte de que seria necessária a aplicação das regras processuais do local da arbitragem e no segundo, os árbitros desenvolvem a questão da lei processual aplicável para decidir sobre pedido de julgamento antecipado do procedimento.

I.2.1 Inaplicabilidade das leis domésticas sobre produção de provas

No procedimento arbitral CCI nº 12.124, realizado em Nova Iorque entre uma parte francesa e outra mexicana, surgiu um questionamento sobre a admissibilidade de uma determinada prova. Conforme relatado na Ordem Processual de 23 de novembro de 2004,⁷⁵ as requeridas apresentaram um pedido para excluir (*motion to strike*) partes das declarações escritas oferecidas por duas testemunhas por conter informação obtida indiretamente e, portanto, inadmissíveis segundo as regras processuais vigentes em Nova Iorque (*hearsay rule*). A requerente impugnou o pedido para excluir, afirmando que nem as regras aplicáveis à arbitragem, nem a lei do local da realização da arbitragem impunham a exigência de excluir informações obtidas indiretamente.

O tribunal arbitral afirmou que foi constituído de acordo com o regulamento da CCI e que, segundo este, não é obrigado a seguir estritamente as regras sobre produção de provas do local de realização da arbitragem ou qualquer lei processual doméstica, exceto se as partes assim acordarem.⁷⁶ O tribunal arbitral rejeitou o requerimento apresentado pelas requerentes e afirmou que a relevância e a materialidade das declarações escritas impugnadas seriam analisadas no

⁷⁴ Verifica-se, no âmbito da CCI, a publicação de coletâneas de decisões processuais. Nesse sentido, ver Hascher (1998) e ICC, 2010 – *Bulletin 2010 Special Supplement – Decision on the ICC Arbitration Procedure*.

⁷⁵ Publicada no Boletim Especial da CCI de 2010 contendo decisões processuais proferidas por tribunais arbitrais atuando de acordo com o regulamento da CCI entre 2003 e 2004 (ICC, 2010 – *Bulletin 2010 Special Supplement – Decision on the ICC Arbitration Procedure*, p. 32-33).

⁷⁶ “The Arbitral Tribunal constituted pursuant to the ICC Rules of Arbitration and applying those rules in these proceedings, is not required to apply the strict evidentiary rules of the place of arbitration or any particular national law unless specially directed to do so by the agreement of the Parties.” (ICC, 2010 – *Bulletin 2010 Special Supplement – Decision on the ICC Arbitration Procedure*, p. 32, item 1).

contexto dos demais documentos apresentados no procedimento arbitral e que o tribunal arbitral atribuiria a essas provas o peso adequado, levando em consideração esses fatos.⁷⁷

I.2.2 Realização de análise comparativa para determinar questões processuais

No procedimento arbitral CCI nº. 12.297, realizado na Suíça entre uma parte nigeriana e outra canadense, uma delas requereu o julgamento antecipado da arbitragem. Na ausência de regra expressa prevendo um julgamento antecipado, o tribunal arbitral, por meio da ordem processual de 22 de agosto de 2003,⁷⁸ fez uma análise aprofundada sobre as regras processuais aplicáveis à questão.

Inicialmente o tribunal arbitral examinou o disposto na lei de direito internacional privado da Suíça e no regulamento da CCI para verificar seus poderes e limites. Partindo da lei suíça, o tribunal arbitral analisou o artigo 182 (SUÍÇA, 1982 – *Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)*), que determina que as partes podem, diretamente ou por referência a um regulamento de arbitragem, estabelecer as regras processuais ou escolher uma lei processual de regência (art. 182(1)). Estabelece, ainda, que, na ausência de estipulação do procedimento pelas partes, caberá ao tribunal arbitral estabelecer o procedimento, na extensão necessária, diretamente ou por referência a uma lei ou a um regulamento de arbitragem (art. 182(2)). Por fim o tribunal arbitral ressaltou a importância, para a questão em litígio, do artigo 182(3), que dispõe que qualquer procedimento adotado deve respeitar a igualdade de tratamento entre as partes e o direito destas de ser ouvidas em um procedimento adversarial (*right to be heard in an adversarial procedure*).

Em seguida, o tribunal arbitral analisou o artigo 15 do regulamento de arbitragem da CCI de 1998 (ICC, 1998 – *Regulamento de Arbitragem*), eleito pelas partes, que estabelece que o procedimento arbitral deve ser conduzido de acordo com o regulamento e, no que este for silente, de acordo com as regras ajustadas entre as partes e, na ausência de eleição pelas partes, pelos

⁷⁷ “The Arbitral Tribunal admits the impugned portions of the expert witness statements of [...] whose relevance and materiality it shall assess in light of the other relevance tendered in the arbitration. The Arbitral Tribunal shall attribute to the impugned evidence the weight it concludes is appropriate in light of these factors.” (ICC, 2010 – *Bulletin 2010 Special Supplement – Decision on the ICC Arbitration Procedure*, p. 33, item 3).

⁷⁸ Publicada no Boletim Especial da CCI de 2010 contendo decisões processuais proferidas por tribunais arbitrais atuando de acordo com o regulamento da CCI entre 2003 e 2004 (ICC, 2010 – *Bulletin 2010 Special Supplement – Decision on the ICC Arbitration Procedure*, p. 47-56).

árbitros, que podem ou não fazer referência a uma lei processual nacional. O artigo 15(2) do regulamento da CCI dispõe, ainda, que, em qualquer caso, o tribunal arbitral deverá agir de uma maneira justa e imparcial e assegurar que a cada parte seja concedida uma oportunidade razoável de apresentar seu caso.

Considerando que o regulamento da CCI é silente quanto à possibilidade de julgamento antecipado e que as partes nada dispuseram a respeito, coube ao tribunal arbitral, respeitando as salvaguardas processuais mencionadas, determinar as regras processuais aplicáveis. O tribunal arbitral afirmou que podia (e não que devia) fazer referência às leis processuais nacionais relevantes, incluindo a lei suíça, como também à prática arbitral internacional.⁷⁹ O tribunal relembrou que, ao contrário dos juízes nacionais, o tribunal arbitral não tem uma *lex fori* para fins processuais e não é obrigado a aplicar nem as regras processuais, nem as regras de conflitos de leis (ou direito internacional privado) do local de realização da arbitragem, afirmando, expressamente, que a lei de processo civil suíça não ganhava relevância pelo fato de a arbitragem ser realizada em Genebra.⁸⁰

Continuando sua análise, o tribunal arbitral fez referência à eleição, pelas partes, das leis da província de Alberta, no Canadá, para reger a relação contratual e acrescentou que as duas partes na arbitragem são de países que operam no sistema da *common law*. Considerando em particular o pedido de julgamento antecipado, o tribunal arbitral observou que as regras processuais desenvolvidas nas jurisdições de *common law* derivavam, essencialmente, das práticas dos tribunais da Inglaterra e do País de Gales e que o julgamento antecipado derivava dos antigos pedidos de objeções de irrelevância do pedido (*demurrer*). Nesse sentido, com relação específica à questão em discussão, tanto as regras processuais da Nigéria quanto as da maioria das províncias do Canadá eram semelhantes àsquelas emanadas na Inglaterra.

Tendo em vista as particularidades do caso, em especial a eleição da lei da província de Alberta, no Canadá, para reger o contrato e as alegações da requerida de que o pedido da

⁷⁹ “Reference may thus be made to the procedural laws of relevant countries, including possibly Switzerland, as well as to any apposite international arbitration practice.” (ICC, 2010 – *Bulletin 2010 Special Supplement – Decision on the ICC Arbitration Procedure*, p. 47-56, p. 50).

⁸⁰ “In this connection, it must also be recalled that international arbitrators do not have a *lex fori* in the manner of a national judge. In particular, the international arbitrator sitting in Switzerland is not required to apply either Swiss civil procedure rules or Swiss conflict of law rules. In any event Swiss civil procedure law (whether cantonal or federal) does not gain any relevance on the mere basis that the seat of the arbitral tribunal is situated in Geneva.” (ICC, 2010 – *Bulletin 2010 Special Supplement – Decision on the ICC Arbitration Procedure*, p. 47-56, p. 50).

requerente não tinha fundamento com base nas leis daquela província, o tribunal arbitral decidiu fazer referência, por analogia, à prática processual canadense, em especial ao artigo 129 das regras aplicáveis aos tribunais da província de Alberta.⁸¹ Analisando os requisitos desse artigo, o tribunal arbitral ressaltou que o direito de apresentar o caso não seria respeitado e, por prudência, concluiu que haveria pouco espaço para aplicação da regra do artigo 129 em uma arbitragem comercial internacional.⁸² Por derradeiro, o tribunal arbitral percorreu a jurisprudência canadense sobre o assunto para determinar o cabimento do pedido de julgamento antecipado e concluiu que, para tanto, seria necessário que a causa da ação fosse certa, objetiva e sem nenhuma dúvida. Não estando presentes os requisitos, o tribunal arbitral rejeitou o pedido de julgamento antecipado.⁸³

I.3 Síntese e tendências constatadas

Por meio desses exemplos — que não pretenderam de maneira alguma ser exaustivos —, buscou-se: i) evidenciar as dificuldades decorrentes da aplicação das normas processuais do local de realização de arbitragem e os riscos existentes caso os judiciários locais exijam o cumprimento das regras processuais locais; e ii) demonstrar que, na prática, tanto os árbitros como os magistrados recorrem a métodos alternativos para determinação das normas processuais aplicadas à arbitragem, valendo-se de análises comparativas e/ou fazendo referência a normas não estatais (*e.g.* Diretrizes da IBA relativas a conflitos de interesses).

⁸¹ “Considering the general characteristics of the present case, including the agreed relevance of the laws of the province of Alberta and of Canada, and with particular regard to [Respondent]’s contentions under Canadian law that [Claimant] asserts defective or non-existence causes of action, the Arbitral Tribunal shall proceed by way of analogy to make reference to Canadian practice and in particular to the practice under Rule 129 of the Alberta Court Rules.” (ICC, 2010 – *Bulletin 2010 Special Supplement – Decision on the ICC Arbitration Procedure*, p. 47-56, p. 51).

⁸² “In the context of commercial arbitration, therefore, there could only be very little room indeed for the procedure of striking out a case.” (ICC, 2010 – *Bulletin 2010 Special Supplement – Decision on the ICC Arbitration Procedure*, p. 47-56, p. 51).

⁸³ Nesse sentido ver decisão processual no caso CCI nº. 12.297 publicada (ICC, 2010 – *Bulletin 2010 Special Supplement – Decision on the ICC Arbitration Procedure*, p. 47-56, p. 56).

II EVOLUÇÃO DA LEI PROCESSUAL APLICÁVEL À ARBITRAGEM

A análise da lei processual aplicável à arbitragem será realizada em uma perspectiva histórica, abordando sua evolução nas principais convenções e nos principais instrumentos internacionais (item II.1); na Lei Modelo da UNCITRAL, na lei brasileira de arbitragem, e, a título ilustrativo, em algumas outras leis nacionais (item II.2); e nos regulamentos arbitrais mais utilizados no âmbito internacional e no brasileiro (item II.3).

II.1 A lei processual aplicável à arbitragem nos instrumentos internacionais

Os primeiros instrumentos internacionais que visavam promover a arbitragem impunham o respeito às leis procedimentais do local da realização da arbitragem, ficando a autonomia das partes limitada por aquelas.⁸⁴ Contudo, a evolução desses instrumentos evidencia a prevalência da autonomia das partes e dos árbitros para estabelecer o procedimento arbitral, restando a aplicação das regras processuais da *lex fori* afastada ou apenas subsidiária.⁸⁵

II.1.1 Evolução histórica dos instrumentos internacionais

O protocolo relativo a cláusulas de arbitragem assinado em Genebra em 1923 — o Protocolo de Genebra (BRASIL, *Decreto 21.187/1932*) — determinava que o procedimento arbitral devia ser regulado pela vontade das partes e pela lei do país de realização da arbitragem.

Artigo 2º

O processo da arbitragem, incluindo-se a constituição do tribunal arbitral, *será regulado pela vontade das partes e pela lei do país em cujo território a arbitragem se efetuar.*

Os Estados contratantes comprometem-se a facilitar os atos [sic] processuais, que seja necessário realizar nos seus territórios, *de acordo com as disposições que regem, nas suas legislações respectivas, o processo de arbitragem por compromisso.* (BRASIL. *Decreto 21.187/1932*, destaques acrescentados, tradução oficial).

⁸⁴ Nesse sentido, ver Gaillard e Savage (1999, p. 638).

⁸⁵ Nesse sentido, ver Redfern e Hunter (2004, p. 315).

A Convenção de Genebra sobre execução de laudos arbitrais estrangeiros, de 1927⁸⁶, seguiu a posição adotada pelo Protocolo de Genebra, reafirmando a importância da lei processual do local de realização da arbitragem. Essa convenção estabelecia que uma sentença arbitral fosse considerada vinculante e executada de acordo com as regras procedimentais do território no qual a sentença foi proferida.⁸⁷

A Convenção de Genebra impunha como requisito necessário para obtenção do reconhecimento que a sentença tivesse sido proferida de acordo com o determinado pelas partes na cláusula arbitral e nas leis que regulam o procedimento arbitral.

Artigo 1º

[...] Para obter reconhecimento e executar, deverá, também, ser necessário: [...]

(c) Que a sentença tenha sido realizada por um Tribunal Arbitral de acordo com a convenção de arbitragem ou constituído de uma maneira acordada pelas partes *e em conformidade com a lei que rege o procedimento arbitral*.⁸⁸ (LEAGUE OF NATIONS, 1927 – *Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards*, destaques acrescentados, tradução livre).

Ademais, o artigo 1º(d)⁸⁹ da Convenção de Genebra enfatiza a importância das regras processuais do local de realização da arbitragem ao impor, como requisito para que a sentença arbitral seja considerada final e possa ser executada em outro país, o encerramento do prazo para recursos contra a sentença arbitral quando estes forem previstos em legislações nacionais.

⁸⁶ Tradução livre do nome da convenção. Essa convenção não foi ratificada pelo Brasil (LEAGUE OF NATIONS, 1927 – *Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards*).

⁸⁷ Nesse sentido, ver o preâmbulo da convenção: “In the territories of any High Contracting Party to which the present Convention applies, an arbitral award made in pursuance of an agreement, whether relating to existing or future differences (hereinafter called “a submission to arbitration”) covered by the Protocol on Arbitration Clauses, opened at Geneva on September 24, 1923, *shall be recognised as binding and shall be enforced in accordance with the rules of the procedure of the territory where the award is relied upon*, provided that the said award has been made in a territory of one of the High Contracting Parties to which the present Convention applies and between persons who are subject to the jurisdiction of one of the High Contracting Parties.” (LEAGUE OF NATIONS, 1927 – *Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards*, destaques acrescentados).

⁸⁸ Texto original: “Article 1 [...] To obtain such recognition or enforcement, it shall, further, be necessary: [...] (c) That the award has been made by the Arbitral Tribunal provided for in the submission to arbitration or constituted in the manner agreed upon by the parties and in conformity with the law governing the arbitration procedure.”.

⁸⁹ Artigo 1: “(d) That the award has become final in the country in which it has been made, in the sense that it will not be considered as such if it is open to opposition, appel or pourvoi en cassation (*in the countries where such forms of procedure exist*) or if it is proved that any proceedings for the purpose of contesting the validity of the award are pending;” (LEAGUE OF NATIONS, 1927 – *Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards*, destaques acrescentados).

Fouchard, Gaillard e Goldman interpretam como um sinal de avanço o fato de o artigo 3º⁹⁰ da Convenção de Genebra admitir que outra legislação que não a da sede pudesse governar o procedimento (GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 638). Contudo, analisada em conjunto com os demais dispositivos da convenção, a importância da lei processual da sede da arbitragem ainda prevalece.

As Convenções de Genebra foram objeto de críticas por submeter a arbitragem ao estrito cumprimento das regras processuais do local da sua realização e limitar o escopo da autonomia das partes.⁹¹

Na década de 1950, surgiu uma insatisfação com o papel da lei da sede da arbitragem para regular o procedimento arbitral.⁹² Por iniciativa do seu então presidente, Sir Edwin S. Herber, a comissão de arbitragem internacional da CCI realizou estudo sobre a adequação do regime das Convenções de Genebra para as exigências do comércio internacional e concluiu que estas não mais se ajustavam. Segundo esse estudo da CCI, datado de 1950, o principal defeito das Convenções de Genebra consistia na execução apenas daquelas sentenças que cumpriram, estritamente, todas as normas processuais estipuladas pela lei do país no qual a arbitragem foi realizada.⁹³ No congresso de Lisboa da CCI, em 1951, foi adotada uma resolução com o objetivo de desenvolver um novo sistema de reconhecimento de sentenças arbitrais estrangeiras.

Em 1953, a CCI apresentou a primeira proposta de convenção sobre reconhecimento de sentenças arbitrais, a qual se tornou a Convenção de Nova Iorque em 1958.⁹⁴ Nessa convenção, a autonomia das partes para determinar o procedimento a ser seguido na arbitragem prevaleceria

⁹⁰ Artigo 3: “Article 3: If the party against whom the award has been made proves that, *under the law governing the arbitration procedure*, there is a ground, other than the grounds referred to in Article 1 (a) and (c), and Article 2 (b) and (c), entitling him to contest the validity of the award in a Court of Law, the Court may, if it thinks fit, either refuse recognition or enforcement of the award or adjourn the consideration thereof, giving such party a reasonable time within which to have the award annulled by the competent tribunal.” (LEAGUE OF NATIONS, 1927 – *Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards*, s/p, destaques acrescentados).

⁹¹ Nesse sentido, ver Born (2009, p. 1253).

⁹² Nesse sentido, ver Born (2009, p. 1254).

⁹³ “Criticizing the Convention’s main defect, which consist in the enforcement of only those awards that are strictly in accordance with the rules of procedural laid down in the law of the country where the arbitration took place – consequently, national awards only – the ICC considered that there could be no progress without full recognition of the conception of international awards.” (ICC, 1953 – *Enforcement of International Arbitral Awards. Report and Preliminary Draft Convention adopted by the Committee on International Commercial Arbitration at its meeting of 13 March 1953*, p. 32).

⁹⁴ A primeira proposta de convenção de reconhecimento de sentenças arbitrais elaborada pela CCI pode ser encontrada com o relatório da reunião da CCI de 13 mar. de 1953 (ICC, 1953 – *Enforcement of International Arbitral Awards. Report and Preliminary Draft Convention adopted by the Committee on International Commercial Arbitration at its meeting of 13 March 1953*).

sobre a lei processual do local de realização da arbitragem, e esta teria aplicação subsidiária apenas na ausência de acordo entre as partes. Nesse sentido, o artigo III(b)⁹⁵ da proposta de convenção da CCI exigia, para o reconhecimento e para a execução, que o procedimento arbitral estivesse em conformidade com o acordo entre as partes e, apenas subsidiariamente, na inexistência de acordo entre as partes, que esse procedimento estivesse em conformidade com as leis do país no qual a arbitragem foi realizada.

A proposta de convenção da CCI foi considerada inovadora quando comparada às Convenções de Genebra, pois permitia a prevalência da vontade das partes, restando à lei processual do país da sede da arbitragem um papel subsidiário, a ser desempenhado apenas na ausência de regulamentação pelas partes. A discussão da lei aplicável ao procedimento arbitral teve grande importância nas negociações que antecederam a Convenção de Nova Iorque, de 1958.

Considerando que a questão da lei aplicável ao procedimento arbitral era uma das que mais se desviavam do modelo das Convenções de Genebra, o Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas (ECOSOC), responsável pela redação da convenção, discutiu cuidadosamente o assunto. Desse modo, foi ponderada a necessidade de evitar que o procedimento arbitral se tornasse extremamente custoso, tendo de seguir todos os detalhes da lei processual do local da arbitragem. No entanto, o ECOSOC manteve-se relutante em aceitar a proposta da CCI de que uma sentença arbitral internacional seria totalmente independente das leis nacionais.⁹⁶ A primeira proposta de convenção apresentada pelo ECOSOC determinava que o

⁹⁵ Artigo II(b): “(b) that composition of the arbitral tribunal authority or the arbitral procedure shall have been in accordance with the agreement of the parties *or, failing agreement between the parties in this respect, in accordance with the law of the country where arbitration took place.*” (ICC, 1953 – *Enforcement of International Arbitral Awards. Report and Preliminary Draft Convention adopted by the Committee on International Commercial Arbitration at its meeting of 13 March 1953*, p. 13, destaques acrescentados).

⁹⁶ Nesse sentido, os comentários no relatório da comissão:

“43. [...] This was perhaps the most far-reaching departure of the ICC Draft from the Geneva Convention which prescribed that the award must have been made in accordance with the agreement of the parties *and* in conformity with the law governing the arbitration procedure (Article 1(c)).

44. The Committee gave careful considerations to this question. On the one hand it was recognized that where the parties have agreed regarding the arbitral procedure, it might be unnecessary and perhaps cumbersome to prescribe that the composition of the arbitral authority and the arbitral procedure should follow in all details the requirements of national laws. On the other hand, the Committee was reluctant to accept the idea put forward by the ICC that ‘international’ awards would be completely independent of national laws” (E/C.2/373, p. 7). [...]” (ECOSOC, 1955 – *Resumed nineteenth session – Report of the Committee on the Enforcement of International Arbitral Awards*, p.11-12).

procedimento arbitral devia ser conforme à vontade das partes, contanto que esse acordo fosse legal no país no qual a arbitragem ocorreu:

45. O Comitê finalmente concordou com o texto (artigo IV, sub-parágrafo (g)) que determinará que o reconhecimento ou a execução pode ser recusada se “a composição do tribunal arbitral ou o procedimento arbitral não ocorreu em conformidade com o acordo entre as partes na extensão que tal acordo seja legal no país no qual a arbitragem foi realizada.”⁹⁷ (ECOSOC, 1955 - *Resumed nineteenth session – Report of the Committee on the Enforcement of International Arbitral Awards*, p. 12, destaques acrescentados, tradução livre).

A proposta do ECOSOC permitia que não fossem respeitadas as regras processuais do país no qual a arbitragem foi realizada, prevalecendo, assim, o acordo entre as partes, desde que as leis desse país permitam este tipo de entendimento.⁹⁸ O *memorandum* do secretário-geral do ECOSOC com comentários sobre a proposta ressalta a importância de uma nova convenção com termos mais liberais que a Convenção de Genebra, uma vez que o desenvolvimento da arbitragem é prejudicado pelas diferentes legislações sobre o procedimento arbitral existente e pelas dificuldades causadas pela aplicação das leis de direito internacional privado para a definição da lei aplicável.⁹⁹

A posição da proposta da CCI para a Convenção de Nova Iorque foi questionada na sessão de Amsterdã do Instituto de Direito Internacional (L’Institut de Droit International), realizada em 1957.¹⁰⁰ Após discussões, foi aprovada uma resolução no sentido de que a lei do local da sede da arbitragem devia ser utilizada para determinar se o procedimento arbitral poderia ser pactuado livremente pelas partes e se, na ausência de acordo pelas partes, as questões

⁹⁷ Texto original: “45. The Committee finally agreed on a text (Article IV, sub-paragraph (g)) which would prescribe that recognition or enforcement may be refused if “either the composition of the arbitral tribunal authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties to the extent that such agreement was lawful in the country where the arbitration took place”.

⁹⁸ Nesse sentido, ver: “Thus the agreement of the parties would be valid even though the arbitral procedure set forth therein might not follow in all respects the provisions of the law of the country where the arbitration takes place as is applicable to national awards, *provided, however, that such agreement is lawful in that country.*” (ECOSOC, 1955 – *Resumed nineteenth session – Report of the Committee on the Enforcement of International Arbitral Awards*, p. 12, destaques acrescentados).

⁹⁹ Nesse sentido, ver: “It has long been recognized that progress in the development of arbitration as a means to settle international commercial disputes between persons has been hampered mainly by the *existing differences in the legislation of the various countries on the subject of arbitration procedures and the effect of arbitration, the lack of uniformity in the rules of arbitral tribunals, and the complications deriving from conflict of laws in this area.*” (ECOSOC, 1956 – *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards – Memorandum by the Secretary General*, p. 3 - item 5, destaques acrescentados).

¹⁰⁰ Nesse sentido, ver L’INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, 1957 – *Annuaire de L’Institut de Droit International. Session d’Amsterdam*, p. 396-397.

processuais poderiam ser resolvidas pelos árbitros ou deveriam seguir as regras processuais aplicáveis aos litígios perante os tribunais. Nesse sentido é o artigo 9º da referida resolução, que foi aprovado sem objeções:

*A lei do local da sede do tribunal arbitral deve determinar se o procedimento a ser seguido pelos árbitros pode ser livremente estabelecido pelas partes e se, na ausência de acordo sobre esta questão entre as partes contratantes, pode ser determinado pelos árbitros ou deve ser substituído pelas disposições aplicáveis aos procedimentos perante os tribunais ordinários.*¹⁰¹ (L'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, 1957 – *Annuaire de L'Institut de Droit International. Session d'Amsterdam, Basileia*, p. 495, destaques acrescentados, tradução livre).

Essa resolução concede importância à lei da sede da arbitragem, mas passa a admitir que, quando permitido pela lei da sede da arbitragem, as partes disponham livremente sobre o procedimento arbitral. No entanto, na ausência de disposição pelas partes sobre questões procedimentais, é a lei da sede da arbitragem que determinará se o procedimento será estabelecido pelos árbitros ou se as leis processuais locais serão aplicadas.

Verifica-se uma semelhança entre a resolução do Instituto de Direito Internacional e a redação proposta pelo ECOSOC. Contudo, essa redação foi objeto de inúmeras críticas.¹⁰² Propostas de alteração foram apresentadas por diversos países até que se alcançasse a redação final que foi aprovada no comitê. Merece destaque a proposta do Japão de exclusão da parte final do texto¹⁰³ que sujeitava a autonomia das partes em determinar o procedimento arbitral à lei do país no qual a arbitragem ocorresse, propondo a seguinte redação:

[...] a composição do tribunal arbitral ou do procedimento arbitral não se realizou conforme o acordo das partes.¹⁰⁴ (UNCITRAL, 1958 – *Considerations for the Draft Convention Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (Item 4 of the*

¹⁰¹ Texto original: “The law of the place of the seat of the arbitral tribunal shall determine whether the procedure to be followed by the arbitrators may be freely established by the parties, and whether, failing agreement on this subject between the contracting parties, it may be settled by the arbitrators or should be replaced by the provisions applicable to procedure before the ordinary courts.”

¹⁰² Nesse sentido, ver Born (2009, p. 1256).

¹⁰³ Japão propôs a exclusão do seguinte trecho da proposta original: “to the extent that such agreement was lawful in the country where the arbitration took place”. (UNCITRAL, 1958 – *Considerations for the Draft Convention Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (Item 4 of the Agenda). Japan: Amendments to articles II and IV of the draft Convention*, p. 1, destaques acrescentados).

¹⁰⁴ Texto original: “[...] either the composition of the arbitral tribunal authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties.”

Agenda). Japan: *Amendments to articles II and IV of the draft Convention*, p. 1, tradução livre).

Outras propostas traziam regras subsidiárias para determinar a lei processual aplicável em casos em que as partes permanecessem silentes quanto a esse ponto. Em síntese, as opções foram: submeter à “lei aplicável” ou à “lei do país em que a arbitragem ocorreu”, conforme se pode verificar nas sugestões transcritas abaixo:

Que a composição da autoridade arbitral ou do procedimento arbitral não se realizou conforme o acordo por escrito entre as partes ou, na ausência deste, *com a lei aplicável*.¹⁰⁵ (UNCITRAL, 1958 – *Considerations for the Draft Convention Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (Item 4 of the Agenda)* - Netherlands amendments to the convention, destaques acrescentados, tradução livre)

Que a composição da autoridade arbitral ou do procedimento arbitral não se realizou conforme o acordo por escrito entre as partes ou, na ausência de acordo entre as partes a este respeito, *não foi conforme a lei do país onde a arbitragem foi realizada*.¹⁰⁶ (UNCITRAL, 1958 – *Considerations for the Draft Convention Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (Item 4 of the Agenda)* – France: *Amendments to article IV of the draft Convention (E/2704 and Corr. 1, as amended by the Netherlands amendments E/CONF.26/L.17)*, p. 2, destaques acrescentados, tradução livre).

Mesmo após a sugestão de exclusão do texto inicial, que submetia a autonomia das partes à lei do local de realização da arbitragem, houve proposta pela antiga Iugoslávia de “reinserção” de linguagem nesse sentido.¹⁰⁷

¹⁰⁵ Texto original: “That the composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the written agreement of the parties or, failing such, with the applicable law.”. Também nesse sentido, ver alterações propostas pela República Federativa da Alemanha: “That the composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties or, failing such agreement between the parties in this respect, *was not in accordance the applicable law*.” (UNCITRAL, 1958 – *Considerations for the Draft Convention Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (Item 4 of the Agenda)* – Federal Republic of Germany – *Amendments to article III to V of the Convention*, p. 2, destaques acrescentados).

¹⁰⁶ Texto original: “That the composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties or, failing such agreement between the parties in this respect, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place.” Também nesse sentido, ver alteração proposta pela França, pela República Federativa da Alemanha e pelos Países Baixos: “[...] the composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance *with the agreement of the parties*, or, failing such agreement, was not in accordance *with the law of the country where the arbitration took place*; or [...]”. (UNCITRAL, 1958 – *Considerations for the Draft Convention Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (Item 4 of the Agenda)* – France, Federal Republic of Germany and the Netherlands: *working paper on articles III, IV and V of the draft Convention*, p. 1, destaques acrescentados).

¹⁰⁷ “The composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties *in so far as that agreement was lawful in the country where the arbitration took place*, or, failing such

A redação final do artigo V(1)(d) da Convenção de Nova Iorque possibilita a rejeição da homologação caso o procedimento arbitral não se tenha dado em conformidade com o acordo das partes ou com a lei do país em que a arbitragem ocorreu.

Artigo V [...]

d) a composição da autoridade arbitral ou *procedimento arbitral* não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu; ou [...] (BRASIL, Decreto 4.311/2002, destaques acrescentados, tradução oficial).

A Convenção de Nova Iorque diminuiu a importância da lei da sede da arbitragem para questões processuais, garantindo a autonomia das partes nesse ponto e atribuindo às regras processuais do local da sede da arbitragem um papel subsidiário.¹⁰⁸

Van den Berg (1981, p. 323) destaca que a redação do artigo V(1)(d) evidencia a vontade dos redatores da convenção de minimizar a importância da lei do país onde a arbitragem foi realizada, especialmente quando se compara sua redação com aquela adotada pela Convenção de Genebra. A aplicação subsidiária da lei do país em que a arbitragem ocorreu foi garantida por meio da inclusão do excerto “ou, na ausência de tal acordo”. Essa formulação permite que prevaleça a vontade das partes, o que não era possível no sistema da Convenção de Genebra, que exigia o respeito do acordo entre as partes e das regras processuais do local em que a arbitragem foi realizada.¹⁰⁹

agreement between the parties in these matters, *in so far as the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place.*” (UNCITRAL, 1958 – *Considerations for the Draft Convention Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (Item 4 of the Agenda)* – Yugoslavia: amendments to the Netherlands amendments to article IV of the draft Convention (E/CONF.26/L.17), p. 1, destaques acrescentados).

¹⁰⁸ Nesse sentido, ver van den Berg (1981, p. 32): “The role of the law of the country where the arbitration took place for the composition of the arbitral tribunal and the arbitral procedure under Article V(1)(d) can be divert into a subsidiary and a complementary role. The role is subsidiary if the parties have provided nothing in respect of these matters: in that case only the law of the place of arbitration to be taken into account. The role is complementary for those aspects not provided for by the parties in their agreement: in these cases the law of the place of arbitration can fill the lacunae in the agreement of the parties.” Ver ainda Gaillard e Savage (1999, p. 638): “The New York Convention still attributes an importante but subsidiary role to the law of the seat of arbitration.”

¹⁰⁹ “Ground d [Art. 5(1)(d)] can be deemed to be the result of the desire of the drafters of the convention to reduce the role of the law of the country where the arbitration took place in the enforcement proceedings in other contracting States. Under the Geneva Convention of 1927, enforcement of the award could be refused if the composition of the arbitral tribunal and the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties and the law of the country where the arbitration took place. Thus, even if there was an agreement of the

É importante notar que também foi rejeitada a redação inicial do ECOSOC, semelhante à da resolução de 1957 do Instituto de Direito Internacional — esta submetia a liberdade das partes em estabelecer o próprio procedimento à previsão dessa autonomia das partes na lei do local de realização da arbitragem.

Born (2009, p. 1258) ressalta ainda que a redação final afastou a aplicação das regras processuais do local onde se busca a homologação, restando claro que apenas a inobservância das regras processuais eleitas pelas partes ou, na ausência dessas, da lei processual do local de realização da arbitragem são motivos para denegar a homologação.

Fouchard, Gaillard e Goldman criticam a redação da convenção nesse ponto (GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 639). Segundo eles, seria suficiente apenas a previsão constante no artigo V(1)(e),¹¹⁰ que permite a recusa do reconhecimento e da execução quando houver ação de anulação pendente no país da sede da arbitragem. Se a violação processual for séria, cabe ação de anulação no local de realização da arbitragem e os tribunais do país no qual a arbitragem foi realizada analisam se houve ou não uma violação às regras processuais. Se a violação processual não for séria a ponto de ensejar ação de anulação, não cabe ao judiciário, em que se busca a execução da sentença arbitral, avaliar o cumprimento das disposições processuais da lei do local onde a arbitragem ocorreu (GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 639).

Ainda que a crítica de Fouchard, Gaillard e Goldman seja construtiva, a redação adotada evidencia os critérios usados para avaliar a violação de questões processuais em sede de reconhecimento e execução. Como comenta Born (2009, p. 1259), essa redação visa excluir que cada judiciário, no qual se busque o reconhecimento, imponha o cumprimento de suas normas processuais.

Por fim, van den Berg constata que, embora na ausência de escolha pelas partes a Convenção de Nova Iorque permita a aplicação das leis processuais do local em que ocorreu a arbitragem, as partes em geral fazem pelo menos menção a algum regulamento arbitral e, por

parties on these matters, *the law of the country where the arbitration took place was to be taken into account in an enforcement procedure under the Geneva Convention on 1927.*” (VAN DEN BERG, 1981, p. 323, destaques acrescentados).

¹¹⁰ Ver: “(e) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida.” (BRASIL, *Decreto 4.311/2002*, tradução oficial).

meio desse regulamento, concedem autonomia aos árbitros para definir questões procedimentais, não havendo necessidade de recurso às leis processuais do local da sede da arbitragem.¹¹¹

A Convenção Europeia sobre arbitragem comercial internacional realizada em 1961 — a Convenção Europeia¹¹² — afasta a aplicação das regras processuais do local da sede da arbitragem de maneira mais contundente que a Convenção de Nova Iorque. Essa convenção traz um artigo com disposições específicas sobre a organização da arbitragem, o qual reconhece a autonomia das partes em estabelecer o procedimento a ser seguido pelos árbitros (artigo IV(1)(b)(iii)).¹¹³ Ademais, o artigo IX¹¹⁴ prevê a anulação da sentença apenas quando o procedimento arbitral não se realizou de acordo com a vontade das partes ou de acordo com o disposto na própria convenção. Não é permitido, nem de maneira subsidiária, a anulação da sentença arbitral com fundamento na não aplicação das regras processuais do local de realização da arbitragem.

Em outras palavras, a Convenção Europeia afasta qualquer aplicação da lei processual do local onde a arbitragem foi realizada. Essa convenção traz em seu texto normas procedimentais, retirando a arbitragem internacional da sujeição à lei processual nacional e evitando discussões sobre a lei processual aplicável (BORN, 2009, p. 1275). Cabe ainda destacar que a convenção prevê um mecanismo subsidiário para determinar as regras procedimentais a ser seguidas caso as partes e os árbitros não tenham acordado sobre um. Conforme artigo IV(4)(d),¹¹⁵ o presidente da

¹¹¹ “As far as the agreement on the arbitral proceedings is concerned, which agreement is usually embodied in Arbitration Rules of a specific arbitral institution, such an agreement generally affords wide discretionary powers to arbitrators as to the conduct of the arbitral procedure. It therefore rarely happens that the arbitral procedure has not been conducted in accordance with the agreement of the parties.” (VAN DEN BERG, 1981, p. 323).

¹¹² Ver EUROPEAN COMMISSION FOR EUROPE, 1961 – *European Convention on International Commercial Arbitration*.

¹¹³ “Article IV – Organization of the arbitration

1. The parties to an arbitration agreement shall be free to submit their disputes:

(a) to a permanent arbitral institution; in this case, the arbitration proceedings shall be held in conformity with the rules of the said institution;

(b) to an ad hoc arbitral procedure; in this case, they shall be free inter alia:

(i) to appoint arbitrators or to establish means for their appointment in the event of an actual dispute;

(ii) to determine the place of arbitration; and

(iii) to lay down the procedure to be followed by the arbitrators.” (EUROPEAN COMMISSION FOR EUROPE, 1961 – *European Convention on International Commercial Arbitration*, destaques acrescentados)

¹¹⁴ “Article IX – Setting Aside [...] 1.(d) the composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or failing such agreement, with the provisions of Article IV [Organization of the Arbitral Proceedings] of this Convention.” (EUROPEAN COMMISSION FOR EUROPE, 1961 – *European Convention on International Commercial Arbitration*, destaques acrescentados).

¹¹⁵ “4. When seized of a request the President or the Special Committee shall be entitled as need be: [...]”

câmara de comércio competente ou do comitê especial poderá estabelecer, diretamente ou por referência aos regulamentos de instituições arbitrais permanentes, o procedimento a ser seguido pelos árbitros.

A Convenção de Washington para a solução de disputas concernentes a investimentos entre Estados e nacionais de outros Estados¹¹⁶ — a Convenção de Washington¹¹⁷ —, realizada em 1965, afasta qualquer aplicação de leis processuais domésticas e vai além, ao não submeter nem mesmo o procedimento de anulação à jurisdição estatal. O artigo 44¹¹⁸ da Convenção de Washington determina que o procedimento será regido pelo regulamento de arbitragem, exceto no que as partes acordarem de outra forma, e que quaisquer questões não previstas no regulamento, na convenção ou em acordo entre as partes serão decididas pelos árbitros. O artigo 52¹¹⁹ da convenção estabelece que pedidos de anulação serão solucionados por um comitê *ad hoc* composto por três membros que não tenham feito parte do tribunal nem do judiciário do local onde foi realizada a arbitragem, assim como ocorre nas arbitragens comerciais. Embora fora do escopo deste estudo, é interessante notar que essa convenção afasta qualquer conexão com as leis processuais da sede da arbitragem, bem como com a própria lei de arbitragem local (*lex arbitrii*).

A Convenção Interamericana sobre arbitragem comercial¹²⁰ — a Convenção Interamericana¹²¹ —, realizada em 1975, adotou parcialmente a fórmula da Convenção Europeia

(d) to establish directly or by reference to the rules and statutes of a permanent arbitral institution the rules of procedure to be followed by the arbitrator(s), provided that the arbitrators have not established these rules themselves in the absence of any agreement thereon between the parties.” (EUROPEAN COMMISSION FOR EUROPE, 1961 – *European Convention on International Commercial Arbitration*).

¹¹⁶ O Brasil não é signatário dessa convenção.

¹¹⁷ Ver ICSID, 2006 – *Convention, Regulations and Rules*.

¹¹⁸ “Article 44 - Any arbitration proceeding shall be conducted in accordance with the provisions of this Section and, except as the parties otherwise agree, in accordance with the Arbitration Rules in effect on the date on which the parties consented to arbitration. If any question of procedure arises which is not covered by this Section or the Arbitration Rules or any rules agreed by the parties, the Tribunal shall decide the question.” (ICSID, 2006 – *Convention, Regulations and Rules*).

¹¹⁹ “Article 52 (3) On receipt of the request the Chairman shall forthwith appoint from the Panel of Arbitrators an ad hoc Committee of three persons. None of the members of the Committee shall have been a member of the Tribunal which rendered the award, shall be of the same nationality as any such member, shall be a national of the State party to the dispute or of the State whose national is a party to the dispute, shall have been designated to the Panel of Arbitrators by either of those States, or shall have acted as a conciliator in the same dispute. *The Committee shall have the authority to annul the award or any part thereof on any of the grounds set forth in paragraph (1).*” (ICSID, 2006 – *Convention, Regulations and Rules*, destaques acrescentados).

¹²⁰ O Brasil assinou a convenção interamericana em 30 de janeiro de 1975, ratificou em 31 de agosto de 1995 e depositou a ratificação em 27 de novembro de 1995.

¹²¹ Ver OEA, 1975 – *Convenção interamericana sobre arbitragem comercial internacional*.

quanto à lei processual aplicável ao procedimento arbitral. O artigo 3º¹²² da convenção garante a prevalência do acordo das partes e dispõe que, na ausência deste, a arbitragem deverá ser conforme ao regulamento de procedimento da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial (CIAC).¹²³

A CIAC possui um regulamento de procedimentos que é revisado de tempos em tempos e se aplica a arbitragens realizadas entre partes dos estados signatários da convenção, caso estas nada tenham disposto sobre o procedimento arbitral ou tenham eleito as regras procedimentais da CIAC. O regulamento da CIAC concede ampla liberdade aos árbitros para disciplinar a forma de conduzir o procedimento arbitral.¹²⁴ Contudo, o artigo 5º(1)(d)¹²⁵ da Convenção Interamericana possui disposições semelhantes ao artigo V(1)(d) da Convenção de Nova Iorque, prevendo a possibilidade de recusa do reconhecimento se o procedimento arbitral não for realizado nos termos do acordo entre as partes nem conforme a lei do Estado onde a arbitragem foi realizada.

A postura adotada pela Convenção Interamericana apresenta certa incoerência. Ela reconhece a possibilidade de se estabelecer uma arbitragem internacional isolada do regime processual do local de realização da arbitragem (artigo 3º), mas peca ao possibilitar o não reconhecimento, caso o procedimento arbitral não esteja em conformidade com o acordo das partes ou, na ausência deste, com a lei do Estado onde se efetuou a arbitragem (artigo 5º).

Reconhecendo a evolução ocorrida, o Instituto de Direito Internacional revisou, na sessão de Santiago de Compostela de 1989, a posição adotada na resolução de Amsterdã de 1957,. Von Mehren, *rapporteur* da sessão, esclareceu que, para o propósito da resolução, a sede da

¹²² “Artigo 3º: Na falta de acordo expresso entre as partes, a arbitragem será efetuada de acordo com as normas de procedimento da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial.” (OEA, 1975 – *Convenção interamericana sobre arbitragem comercial internacional*).

¹²³ O regulamento do CIAC é disponibilizado no sistema de informação da OEA (SICE – THE OAS FOREIGN TRADE INFORMATION, 1998 - *Rules of Procedure of the Inter-American Arbitration Commission*).

¹²⁴ “Artigo 12º - 1. Observadas as disposições do presente regulamento, o tribunal arbitral poderá conduzir a arbitragem da maneira que considere apropriada, desde que as partes sejam tratadas com igualdade e que, em qualquer estágio da arbitragem, seja assegurado às partes o direito de serem ouvidas e lhes seja dada uma justa oportunidade de apresentar sua causa.” (SICE - THE OAS FOREIGN TRADE INFORMATION, 1998 - *Rules of Procedure of the Inter-American Arbitration Commission*, p. 7, tradução oficial).

¹²⁵ “Artigo 5º - 1. Somente poderão ser denegados o reconhecimento e a execução da sentença por solicitação da parte contra a qual for invocada, se esta provar perante a autoridade competente do Estado em que forem pedidos o reconhecimento e a execução: [...]

d) que a constituição do tribunal arbitral ou o *processo arbitral não se ajustaram ao acordo celebrado entre as partes ou, na falta de tal acordo, que a constituição do tribunal arbitral ou o processo arbitral não se ajustaram à lei do Estado onde se efetuou a arbitragem*; ou” (SICE - THE OAS FOREIGN TRADE INFORMATION, 1998 - *Rules of Procedure of the Inter-American Arbitration Commission*, p. 4, destaques acrescentados, tradução oficial).

arbitragem não possui significância especial e que a comissão não tratou o procedimento arbitral como extensão de um determinado sistema jurídico.¹²⁶ Nesse sentido, a redação inicial¹²⁷ da resolução vai além de garantir às partes e aos árbitros total autonomia para determinar as regras e os princípios procedimentais a ser seguidos, permitindo, expressamente, a aplicação de: i) regras diferentes para solucionar cada questão; ii) regras que derivem de sistemas jurídicos diferentes; iii) princípios de direito internacional; iv) princípios gerais do direito; e v) *lex mercatoria*. A proposta de Von Mehren, ao contrário da resolução adotada em 1957 na sessão de Amsterdã, não sujeitava a autonomia das partes ou dos árbitros às leis do local de realização da arbitragem, mas apenas ao respeito para com os princípios fundamentais de justiça, de acordo com a minuta de artigo 2º.¹²⁸

Durante as discussões, os membros do comitê entenderam que não era necessário submeter, expressamente, a autonomia das partes ao artigo 2º, excluindo essa referência, bem como acataram a sugestão de substituir o termo “*lex mercatoria*” para “*usages of international commerce*”.¹²⁹

Quanto ao artigo 2º, foi aceita a proposta de Goldman¹³⁰ no sentido de que os árbitros não deveriam estar sujeitos aos conceitos domésticos de ordem pública, mas sim aos conceitos aceitos pela comunidade internacional.¹³¹

¹²⁶ Nesse sentido, ver: “The Commission did not treat the arbitration process as an emanation or extension of a given national legal system’s administration of justice. Accordingly, for the purpose of the Resolution, the seat of the arbitration does not play a special or decisive role.” (L’INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, 1990 – *Annuaire de L’Institut de Droit International, Session de Saint-Jacques-de-Compostelle*, p. 127).

¹²⁷ “Article 5: *Subject to Article 2*, the parties – or in the absence of their agreement, the arbitrators – have full autonomy to shape the procedural and substantive rules and principles that are to apply in the arbitration. In particular, (1) a different source may be chosen for the rules and principles applicable to each issue and (2) these rules and principles may be *derived as well as from different national legal systems as from non-national sources such as principles of international law, general principles of law, and the lex mercatoria*. Except as Article 2 may require, arbitrators are obliged to apply the law agreed upon by the parties.” (L’INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, 1990 – *Annuaire de L’Institut de Droit International, Session de Saint-Jacques-de-Compostelle*, p. 123-124, destaques acrescentados).

¹²⁸ “Article 2: In no case may the arbitrator violate fundamental principles of justice, including those based on economic, political, or social concerns, as to which principles can be described as norms of truly international public policy.” (L’INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, 1990 – *Annuaire de L’Institut de Droit International, Session de Saint-Jacques-de-Compostelle*, p. 125).

¹²⁹ Discussões sobre a utilização da terminologia *lex mercatoria* podem ser encontradas em L’INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, 1990 – *Annuaire de L’Institut de Droit International, Session de Saint-Jacques-de-Compostelle*, p. 203-206.

¹³⁰ Essa discussão é realizada em L’INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, 1990 – *Annuaire de L’Institut de Droit International, Session de Saint-Jacques-de-Compostelle*, p. 174.

¹³¹ A redação final do artigo 2º da resolução é: “In no case shall an arbitrator violate principles of international public policy as to which a broad consensus has emerged in the international community.” (L’INSTITUT DE DROIT

A redação final aprovada confere poderes às partes para determinar o procedimento arbitral, possibilitando ainda que escolham regras diferentes para cada questão e apliquem normas de diversos sistemas jurídicos, princípios de direito internacional, princípios gerais de direito e usos do comércio internacional.¹³²

Também nesse sentido é a resolução adotada pela International Law Association (ILA) na conferência do Cairo, em 1992, que reconhece expressamente a autonomia das partes e dos árbitros em aplicar normas transnacionais que, segundo a resolução, incluiria princípios gerais de direito, princípios comuns a várias jurisdições, direito internacional, usos e costumes etc.¹³³

Por fim, cabe ainda mencionar o Acordo sobre Arbitragem Comercial do Mercosul, de 1998 — o Acordo de Arbitragem do Mercosul (BRASIL, *Decreto 4.719/2003*). O Acordo do Mercosul distingue entre arbitragens institucionais e *ad hoc*, estabelecendo que nas arbitragens institucionais o procedimento seguirá seu próprio regimento e nas *ad hoc* as partes poderão estabelecer o procedimento a ser seguido. Como regra supletiva, caso as partes não disponham sobre o procedimento arbitral, o Acordo do Mercosul segue o modelo da Convenção Interamericana, dispondo a aplicação das normas de procedimento da CIAC.¹³⁴

INTERNATIONAL, 1990 – *Annuaire de L’Institut de Droit International, Session de Saint-Jacques-de-Compostelle*, p. 326).

¹³² Nesse sentido, ver artigo 6º da Resolução de Santiago de Compostela do Instituto de Direito Internacional (L’INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, 1990 – *Annuaire de L’Institut de Droit International, Session de Saint-Jacques-de-Compostelle*, p. 330).

¹³³ “The fact that an international arbitrator has based an award *on transnational rules (general principles of law, principles common to several jurisdiction, international law, usages of trade, etc.)* rather than on one law of a particular State should not in itself affect the validity or enforceability of the award; (1) where the parties have agreed that the arbitrator may apply transnational rules; or (2) where the parties have remained silent concerning the law applicable.” (INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, 1996 – *Resolution on Transnational Rules adopted at the 65th International Law Association Conference in Cairo*, destaques acrescentados).

¹³⁴ “Artigo 12º – Normas gerais de procedimento

1 - Na arbitragem institucional:

a) *o procedimento perante as instituições arbitrais se regerá por seu próprio regimento; [...]*

2. - Na arbitragem ‘ad hoc’:

a) *as partes poderão estabelecer o procedimento arbitral [...]*

b) *se as partes do presente Acordo nada tiverem previsto, aplicar-se-ão as normas de procedimento da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial (CIAC) - conforme o estabelecido no art. 3º da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional do Panamá de 1975 - vigentes no momento da celebração da convenção arbitral;*

c) *tudo o que não foi previsto pelas partes, pelo Acordo e pelas normas de procedimento da CIAC, será resolvido pelo tribunal arbitral atendendo aos princípios estabelecidos no art. 11.” (BRASIL, Decreto 4.719/2003, destaques acrescentados).*

Afastando a incoerência existente na Convenção Interamericana ao tratar de anulação, o Acordo do Mercosul admite como causas de nulidade apenas as hipóteses de o procedimento arbitral não estar em conformidade com o próprio Acordo do Mercosul, com o regulamento da instituição arbitral eleita ou com a convenção arbitral celebrada entre as partes, afastando qualquer aplicação das leis do local de realização da arbitragem.¹³⁵

Confirmando mais uma vez a diminuição da importância das leis da sede da arbitragem, o artigo 25,¹³⁶ que traz disposições gerais, prevê a aplicação dos princípios e das regras da Lei Modelo para situações não previstas pelas partes, pelo Acordo ou pelas regras de procedimento da CIAC.

II.1.2 Síntese: o declínio da aplicação da lei processual do local da realização da arbitragem e a consolidação da autonomia das partes e, subsidiariamente, dos árbitros para estabelecer normas procedimentais

A análise dos instrumentos internacionais evidencia a consolidação da autonomia das partes e, subsidiariamente, dos árbitros em determinar o procedimento arbitral, com o afastamento da aplicação das leis processuais domésticas.

Embora as Convenções de Genebra adotem como lei para reger o procedimento arbitral as leis processuais da sede da arbitragem, seguindo o princípio de direito internacional privado da aplicação da *lex fori* para questões processuais, o princípio da autonomia da vontade das partes tornou-se prevalente a partir do final da década de 1950.

A Convenção de Nova Iorque adota como regra subsidiária, apenas na ausência de acordo entre as partes, a aplicação da lei processual do local da arbitragem. Contudo, as convenções mais recentes excluem qualquer aplicação, ainda que subsidiária, da lei processual do local de

¹³⁵ “Artigo 22 - Petição de nulidade do laudo ou sentença arbitral [...]

2 - O laudo poderá ser impugnado por nulidade quando: [...]

c) *o procedimento arbitral não esteja em conformidade com as normas deste Acordo, com o regulamento da instituição arbitral ou com a convenção arbitral, conforme o caso;*” (BRASIL, Decreto 4.719/2003, destaques acrescentados).

¹³⁶ “Artigo 25 – Disposições Gerais

3 - Para as situações não previstas pelas partes, pelo presente Acordo, pelas regras de procedimento da Comissão Interamericana de Arbitragem Comercial Internacional, nem pelas convenções e normas a que este acordo se refere, aplicar-se-ão os princípios e regras da Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional de 21 de junho de 1985.” (BRASIL, Decreto 4.719/2003).

realização da arbitragem, concedendo aos árbitros poderes normativos para disciplinar o procedimento caso as partes não acordem a questão entre si. Nesse âmbito incluem-se: as Convenções Europeias, a Convenção de Washington, a Convenção Interamericana e o Acordo do Mercosul.

Consagrando o afastamento da aplicação das leis processuais nacionais, as resoluções do Instituto de Direito Internacional e da ILA afirmam que os árbitros não precisam escolher uma lei processual para solucionar as questões procedimentais e podem adotar princípios decorrentes de diversos sistemas jurídicos, de direito internacional, de fontes não estatais, de usos e costumes ou de normas transnacionais.

II.2 A lei processual aplicável à arbitragem nas legislações nacionais

Não obstante as convenções internacionais garantirem a autonomia da vontade das partes para estabelecer o procedimento arbitral, independentemente do disposto nas leis de arbitragem do local de realização, a maioria das legislações nacionais sobre arbitragem também reconhece essa autonomia procedimental das partes.

Este item demonstra a liberdade procedimental concedida às partes e aos árbitros na Lei Modelo, na lei brasileira e, a título ilustrativo, nas legislações da França, do Reino Unido e da Suíça. Mais de 70 países, estados federativos e unidades administrativas incorporaram a Lei Modelo, e diversos outros seguiram os seus princípios ao redigir suas leis de arbitragem, de maneira que, com a análise da Lei Modelo, se tem uma boa visão do panorama global.¹³⁷ A escolha dos demais países baseou-se na importância como sede de arbitragens e nas particularidades de cada legislação.

Em geral, as questões relacionadas às regras aplicáveis ao procedimento arbitral são tratadas em três momentos nas legislações domésticas: i) nas disposições sobre a condução do procedimento arbitral; ii) como motivo de anulação da sentença arbitral; e iii) como fundamento

¹³⁷ Entre os mais de 70 países que adotaram a Lei Modelo encontram-se nações das mais diversas partes do globo e culturas jurídicas. Para citar alguns, mencionamos Bahrein, Canadá, Chile, China, Egito, Espanha, Índia, Malásia, Nicarágua, Noruega, Omã, Paraguai, Peru, República da Coreia, Ruanda, Tailândia, Tunísia, Turquia, Ucrânia, Zimbábue, diversos estados federativos dos Estados Unidos da América, entre outros, nos mais diversos continentes. O *status* atualizado dos países que adotaram a Lei Modelo está disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html>. Acesso em: 22 jan. 2012.

para o não reconhecimento de uma sentença estrangeira. Por outras palavras, a revisão pelo judiciário é realizada *a posteriori*, sendo certo que não deve o judiciário interferir no procedimento arbitral durante a sua realização (*laissez-faire judicial review*). Esses três momentos serão analisados, embora especial atenção seja dada ao primeiro.

II.2.1 A Lei Modelo da UNCITRAL

Seguindo tendência da Convenção de Nova Iorque, a Lei Modelo na versão de 1985 optou pela primazia da vontade das partes na condução do procedimento arbitral. Por outro lado, na ausência de acordo entre as partes, a Lei Modelo foi além da Convenção de Nova Iorque, conferindo poderes ao tribunal arbitral para conduzir o procedimento da maneira que entender apropriada.¹³⁸

A Lei Modelo sujeita a liberdade das partes e dos árbitros às previsões da própria Lei Modelo. A existência de limitações à liberdade das partes foi discutida profundamente nos trabalhos preparatórios dessa lei.¹³⁹ Uma preocupação do secretariado era que o acordo entre as partes afastasse provisões mandatórias da Lei Modelo.¹⁴⁰ Dessa forma, a primeira redação, sugerida em julho de 1982, continha uma listagem das provisões da Lei Modelo que não poderiam ser derogadas pelas partes e exigia que as partes fossem tratadas com igualdade e tivessem ampla oportunidade de apresentar seu caso:

Artigo 19

- (1) O tribunal arbitral pode conduzir a arbitragem do modo que considerar apropriado.
 - (a) sujeito às disposições dos artigos 20 a 24 [art. 17, 20(2), 24-26 no texto final] e quaisquer instruções dadas pelas partes na convenção de arbitragem;
 - (b) desde que as partes sejam tratadas com igualdade e em qualquer etapa do procedimento a cada parte seja concedida ampla oportunidade de apresentar seu

¹³⁸ Nesse sentido, ver o relatório apresentado pelo grupo de trabalho na assembleia geral da ONU: “There was a general agreement that the arbitral tribunal should be empowered to conduct the arbitration as it considered appropriate, subject to the instructions of the parties, provided that the parties were treated with equality and that at every stage of the proceedings each party was given a full opportunity of presenting his case. It was agreed that such a provision, modeled after article 15, paragraph 1 of the UNCITRAL Arbitration Rules should be mandatory.” (UN GENERAL ASSEMBLY, 1982 – *Report of the Working Group on International Contract Practices on the Work of its Third Session (New York, 16-26 February 1982)*).

¹³⁹ Nesse sentido, ver Holtzmann e Neuhaus (1989, p. 564).

¹⁴⁰ Nesse sentido, ver Holtzmann e Neuhaus (1989, p. 570).

caso.¹⁴¹(UNCITRAL, 1982 – *Note by the Secretariat: Model Law on International Commercial Arbitration: Draft Article 1 to 24 on scope of application, arbitration agreement, arbitrators, and arbitral procedure (A/CN.9/WG.II/WP.37)*, p. 54, tradução livre).

Os artigos mencionados no item (a) tratam dos poderes do tribunal arbitral e de questões procedimentais, em especial as relacionadas aos poderes dos árbitros.

Essa redação foi criticada, pois não ficava clara a prevalência da autonomia da vontade das partes nem o fato de apenas na inexistência de acordo entre as partes serem concedidos poderes aos árbitros para determinar o procedimento.¹⁴² Incorporando as críticas e as sugestões, nova redação foi proposta nos seguintes termos:

Artigo XV

- (1) *Sujeito às disposições dos artigos XVII(1) (a), (b), (2), (3) [(5),]* [artigos 24(1), 26(2), 24(3), 26(1)(b) no texto final] as partes podem livremente [acordar] [determinar, diretamente ou por referência a um regulamento de arbitragem,] o processo a ser seguido pelo tribunal arbitral na condução do procedimento.
- (2) Na ausência de tal acordo [sobre o ponto em questão respectivamente], o tribunal arbitral pode, *sujeito aos dispositivos desta Lei*, conduzir a arbitragem do modo que considerar apropriado, desde que as partes sejam tratadas com igualdade e a cada parte seja concedida ampla oportunidade de apresentar seu caso. O poder conferido ao tribunal arbitral inclui poderes para determinar a admissibilidade, a relevância, a pertinência e a importância de qualquer prova.¹⁴³ (UNCITRAL, 1982 – *Note by the Secretariat: Model Law on International Commercial Arbitration: Revised Draft Article 1 to XXIV (A/CN.9/WG.II/WP.40)*, p. 82, destaques acrescentados, tradução livre).

¹⁴¹ Texto original: “Article 19

(1) The arbitral tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate.

(a) *subject to the provisions of articles 20 to 24* [art. 17, 20(2), 24-26 in the final text] *and any instructions given by the parties in the arbitration agreement*;

(b) provided that the parties are treated with equality and that at any stage of the proceedings each party is given a full opportunity to present his case.”

¹⁴² Nesse sentido, ver Holtzmann e Neuhaus (1989, p. 576).

¹⁴³ Texto original: “Article XV

(1) *Subject to the provisions of article XVII(1) [a,] (b), (2), (3), [(5),]* [arts. 24(1), 26(2), 24(2), 24(3), 26(1)(b), in the final draft] the parties are free to [agree on] [determine, either directly or by reference to arbitration rules,] the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings.

(2) Failing such agreement [on the respective point at issue], the arbitral tribunal may, *subject to the provisions of this Law*, conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, provided that the parties are treated with equality and that each party is given a full opportunity of presenting his case. The power conferred upon the arbitral tribunal includes the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence”.

Após novas discussões no grupo de trabalho,¹⁴⁴ optou-se por excluir as referências expressas às provisões da Lei Modelo, mencionando apenas que a liberdade das partes para acordar sobre o procedimento arbitral fica sujeita às disposições mandatórias.¹⁴⁵ A redação aprovada pelo grupo de trabalho excluiu a palavra “mandatória”:

Artigo 19 - Determinação das regras do processo

- (1) Sujeito às disposições desta Lei, *as partes podem livremente acordar o procedimento a ser seguido pelo tribunal arbitral.*
- (2) Na ausência de tal acordo, o *tribunal arbitral pode*, sujeito às disposições desta Lei, *conduzir o procedimento arbitral do modo que considerar apropriado.* O poder conferido ao tribunal arbitral inclui poderes para determinar a admissibilidade, a relevância, a pertinência e a importância de qualquer prova.
- (3) Em qualquer caso, as partes devem ser tratadas com igualdade e a cada parte deve ser concedida ampla oportunidade de apresentar seu caso.¹⁴⁶ (UNCITRAL, 1984 – *Draft text of the Model Law on International Commercial Arbitration as adopted by the working group (A/CN.9/246- Annex)*, p. 215, tradução livre).

Posteriormente, foi sugerido que o terceiro parágrafo (artigo 19(3)) fosse transformado em um artigo separado para enfatizar a importância desses princípios.¹⁴⁷ A comissão aceitou essa proposta, determinando que o parágrafo terceiro fosse transformado em artigo separado.¹⁴⁸ Dessa forma, a redação final da Lei Modelo é:

¹⁴⁴ Nesse sentido, ver UNCITRAL, 1983 – *Report of the Working Group on the work of its sixth session (A/CN.9/245)*, p. 163-164, itens 73-75.

¹⁴⁵ Nesse sentido, ver: “Article 19. Determination of rules of procedure
(1) *Subject to the [mandatory] provisions of this Law*, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings.
(2) Failing such agreement, the arbitral tribunal may, *subject to the provisions of this Law*, conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, provided that the parties are treated with equality and that each party is given a full opportunity of presenting his case. The power conferred upon the arbitral tribunal includes the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence.” (UNCITRAL, 1983 – *Composite draft text of a model law on international commercial arbitration: note by the secretariat (A/CN.9/WG.II/WP.48)*, p. 223, destaques acrescentados).

¹⁴⁶ Texto original: “Article 19. Determination of Rules of Procedure
(1) *Subject to the provisions of this Law*, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings.
(2) Failing such agreement, *the arbitral tribunal may, subject to the provisions of this Law*, conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate. The power conferred upon the arbitral tribunal includes the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence.
(3) In either case, the parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case”.

¹⁴⁷ Nesse sentido, ver Holtzmann e Neuhaus (1989, p. 579).

¹⁴⁸ Nesse sentido, ver UNCITRAL, 1985 – *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its eighteenth session (Vienna, 3-21 June 1984)(A/40/17)*, p. 23, itens 176.

Artigo 18 - Igualdade de tratamento das partes

As partes devem ser tratadas com igualdade e a cada uma das partes deve ser concedida ampla oportunidade de apresentar o seu caso.

Artigo 19 - Determinação das regras de processo

(1) *Sujeitas às disposições desta Lei, as partes podem livremente acordar o processo a ser seguido pelo tribunal arbitral na condução do procedimento.*

(2) *Na ausência de tal acordo, o tribunal arbitral pode, sujeito às disposições desta Lei, conduzir a arbitragem do modo que julgar apropriado.* Os poderes conferidos ao tribunal arbitral compreendem o de determinar a admissibilidade, a relevância, a pertinência e a importância de qualquer prova.¹⁴⁹ (UNCITRAL, 1985 – *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration*, p. 7, tradução livre).

O secretariado da UNCITRAL considerou os artigos 18 e 19 como a magna carta do procedimento arbitral, sendo estes os dispositivos mais importantes da Lei Modelo.¹⁵⁰ É importante notar que as limitações previstas na Lei Modelo não incluem regras específicas de processo aplicáveis no local da realização da arbitragem, mas apenas as disposições específicas da lei de arbitragem.¹⁵¹

A Lei Modelo foi revisada, e as alterações, publicadas em 2006 (UNCITRAL, 2006 – *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration with amendments as adopted in 2006*). Não houve alteração na redação do artigo 19, que trata das regras aplicáveis ao procedimento arbitral. A nota explicativa do secretariado da UNCITRAL, ao publicar a versão revisada da Lei Modelo em 2006, ressalta que os artigos 18 e 19 expressam princípios centrais da

¹⁴⁹ Texto original: “Article 18. Equal treatment of the parties

The parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case.

Article 19. Determination of Rules of Procedure

(1) *Subject to the provisions of this Law, the parties are free to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings.*

(2) *Failing such agreement, the arbitral tribunal may, subject to the provisions of this Law, conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate.* The power conferred upon the arbitral tribunal includes the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence.”

¹⁵⁰ Nesse sentido, ver Holtzmann e Neuhaus (1989, p. 564). Ver, ainda: “Magna Carta of Arbitral Procedure - 1. Article 19 may be regarded as the most important provision of the model law. It goes a long way towards establishing procedural autonomy by recognizing the parties’ freedom to lay down the rules of procedure (paragraph (1) and by granting the arbitral tribunal, failing agreement of the parties, wide discretion as to how to conduct the proceedings (paragraph (2)), both subject to fundamental principles of fairness (paragraph (3)). Taken together with the other provisions on arbitral procedure, a liberal framework is provided to suit the great variety of needs and circumstances of international cases, unimpeded by local peculiarities and traditional standards which may be found in the existing domestic law of the place.” (UN GENERAL ASSEMBLY, 1985 – *Analytical Commentary on the draft text of the model law on international commercial arbitration – Report of the Secretary General*, p. 44).

¹⁵¹ Nesse sentido, ver: “Their freedom should be limited by mandatory provisions designed to prevent or to remedy certain major defects in the procedure, any instance of denial of justice or violation of due process.” (HOLTZMANN; NEUHAUS, 1989, p. 572).

Lei Modelo¹⁵² e, especificamente quanto ao artigo 19, esclarece que as partes têm liberdade de pactuar o procedimento a ser seguido pelo tribunal arbitral e essa liberdade está sujeita a algumas provisões.¹⁵³

Quanto aos fundamentos para possível ação de anulação de sentença arbitral, a Lei Modelo possibilita o questionamento caso o procedimento arbitral não tenha sido realizado nos termos acordados entre as partes — a menos que esse acordo seja contrário aos dispositivos da Lei Modelo e que as partes não possam derrogar — ou, na ausência de acordo, não esteja em conformidade com a Lei Modelo.¹⁵⁴ Quanto aos fundamentos para denegar homologação, a Lei Modelo exige que o procedimento esteja em concordância com a vontade das partes ou, não sendo esta especificada, com a lei do país em que a arbitragem ocorreu, seguindo a mesma redação da Convenção de Nova Iorque.¹⁵⁵ Esses artigos não foram alterados na revisão de 2006.

A análise do histórico legislativo do artigo que trata da anulação da sentença estrangeira demonstra que houve uma preocupação com o respeito às normas de caráter mandatório da própria Lei Modelo. Isso culminou na inclusão de restrição à liberdade das partes para acordar sobre procedimento em questões inderrogáveis perante a lei. Essa preocupação surgiu de uma nota de rodapé na minuta inicial do secretariado trazendo comentários ao artigo V(1)(d) da Convenção de Nova Iorque que defendiam que a vontade das partes poderia derrogar as normas

¹⁵² “31. Chapter V provides the legal framework for a fair and effective conduct of the arbitral proceedings. Article 18, which sets out fundamental requirements of procedural justice, and article 19 on the rights and powers to determine the rules of procedure, express principles that are central to the Model Law.” (UNCITRAL, 2006 – *Explanatory Notes by the UNCITRAL secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006*, p. 31).

¹⁵³ “34. Article 19 guarantees the parties’ freedom to agree on the procedure to be followed by the arbitral tribunal in conducting the proceedings, subject to a few mandatory provisions on procedure, and empowers the arbitral tribunal, failing agreement by the parties, to conduct the arbitration in such a manner as it considers appropriate.” (UNCITRAL. *Explanatory Notes by the UNCITRAL secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006*, p. 32. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>. Acesso em: 3 junho 2011).

¹⁵⁴ “Artigo 34 (2) (a) (iv) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, unless such agreement was in conflict with a provision of this Law from which the parties cannot derogate, or, failing such agreement, was not in accordance with this Law; or [...]” (UNCITRAL, 2006 – *Explanatory Notes by the UNCITRAL secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006*, p. 20).

¹⁵⁵ Artigo 36(1)(a): “(iv) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place.” (UNCITRAL, 2006 – *Explanatory Notes by the UNCITRAL secretariat on the 1985 Model Law on International Commercial Arbitration as amended in 2006*, p. 21).

mandatórias do local da realização da arbitragem.¹⁵⁶ Foi sugerida a inclusão de sujeição às normas mandatórias da Lei Modelo¹⁵⁷ e às provisões da Lei Modelo que as partes não pudessem derogar,¹⁵⁸ sendo que a última prevaleceu. Essa inclusão é coerente com o disposto no artigo 19, pois este também limita a liberdade das partes e dos árbitros ao respeito à Lei Modelo. Deve-se esclarecer que não se sujeita o procedimento arbitral às normas processuais da legislação nacional, mas apenas às de caráter mandatório da própria lei de arbitragem local — em geral, o respeito aos princípios da igualdade entre as partes e do contraditório.

Em relação ao artigo que trata das razões para denegar a homologação, o posicionamento da UNCITRAL, desde o início da redação da Lei Modelo, foi de levar em consideração os dispositivos da Convenção de Nova Iorque.¹⁵⁹ Esse alinhamento com a Convenção de Nova Iorque visava promover a harmonização desta área e ocorreu devido ao sucesso da própria convenção que, à época, já tinha sido incorporada por diversos países.¹⁶⁰

¹⁵⁶ Nesse sentido, ver UNCITRAL, 1983 – *Note by the Secretariat: Model Law on International Commercial Arbitration – Draft articles 37-41 on recognition and enforcement of award and recourse against award (A/CN.9/WG.II/WP.42)*, p. 92 - nota 5.

¹⁵⁷ Nesse sentido, ver redação sugerida: “(d) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties [, unless in conflict with any mandatory provision of this Law,] or, failing such agreement, was not in accordance with the provisions of this Law [‘whether mandatory or not’]; or [...]”. (UNCITRAL. *Model law on international commercial arbitration: revised draft articles XXV to XXX on recognition and enforcement of arbitral awards and recourse against award: note by the secretariat (A/CN.9/WG.II/WP.46)*, p. 188).

¹⁵⁸ Nesse sentido, ver redação sugerida: “(iv) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, unless such agreement was in conflict with a provision of this law from which the parties cannot derogate, or, failing such agreement, was not in accordance with the provisions of this Law; or [...]” (UNCITRAL, 1984 – *Draft text of the Model law on international commercial arbitration as adopted by the Working Group (A/CN.9/246/Annex)*, p. 217).

¹⁵⁹ Nesse sentido, ver: “It was generally agreed that there was no need to alter or amend, by way of revision or protocol, the 1958 Convention. In support of that view it was noted that the Convention worked well in practice, despite some minor divergences in its application and interpretation [...]”. (UNCITRAL. *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its twentieth session*, p. 20. 18-29, item 77).

¹⁶⁰ Nesse sentido, ver Holzmann e Neuhaus (1989, p. 1055).

II.2.2 A legislação brasileira

O CPC de 1973, ao dispor sobre arbitragem, reconhecia que as partes podiam estabelecer o procedimento arbitral ou autorizar o juízo arbitral que assim o fizesse, mas estabelecia regras subsidiárias a serem observadas, caso o compromisso arbitral (então única forma válida de iniciar arbitragem no Brasil) nada dispusesse a respeito. Nesse sentido era o artigo 1091 do CPC:

Art. 1.091. As partes podem estabelecer o procedimento arbitral, ou autorizar que o juízo o regule. Se o compromisso nada dispuser a respeito, observar-se-ão as seguintes regras:

I - incumbe a cada parte, no prazo comum de vinte (20) dias, assinado pelo juízo, apresentar alegações e documentos;

II - em prazo igual e também comum, pode cada uma das partes dizer sobre as alegações da outra;

III - as alegações e documentos serão acompanhados de cópias, para serem entregues a cada um dos árbitros e a parte adversa, sendo autuados pelo escrivão os originais.¹⁶¹ (BRASIL, *Lei 5.869/1973*).

A Lei de Arbitragem, revogando o disposto no artigo 1091 do CPC, garantia a primazia das partes e, subsidiariamente, dos árbitros para determinação do procedimento arbitral.¹⁶² Esse é o sentido que apresenta o artigo 21 da Lei 9.307/1996:

Art. 21. A arbitragem obedecerá ao *procedimento estabelecido pelas partes* na convenção de arbitragem, que poderá reportar-se às regras de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, facultando-se, ainda, às partes delegar ao próprio árbitro, ou ao tribunal arbitral, regular o procedimento.

§ 1º *Não havendo estipulação acerca do procedimento arbitral, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.* (BRASIL, *Lei 9.307/1996*, destaques acrescentados).

A nova redação afastou qualquer aplicação, ainda que supletiva, do CPC.¹⁶³ Magalhães afirma que a lei preferiu não estabelecer normas supletivas, mas conferir ao árbitro o poder de

¹⁶¹ Esse artigo foi revogado pela Lei de Arbitragem.

¹⁶² Nesse sentido, ver Carmona (2009b, p. 289): “Invertendo a sistemática até então adotada pelo Código de Processo Civil, não quis o legislador traçar um procedimento suplementar para a hipótese de as partes nada terem disciplinado a respeito. De fato os arts. 1.091 a 1.093 do Estatuto de Processo (revogados) procuravam estabelecer disciplina sumaria que seria seguida pelo árbitro na eventualidade de não terem as partes escolhido o procedimento que queriam ver aplicado, tudo com o objetivo de garantir a plena discussão da causa. A Lei modificou substancialmente este estado de coisas e autorizou o árbitro, na hipótese de faltar regra procedimental, a decidir a respeito. Significa isso que o árbitro estará livre para empregar as regras que julgar convenientes à solução da controvérsia, devendo zelar apenas para que não sejam desrespeitadas as garantias do devido processo legal.”

estipular essas normas.¹⁶⁴ Carmona esclarece que a lei brasileira reconhece o poder normativo do árbitro e esse poder será: i) pleno, quando as partes nada dispuserem sobre o procedimento; ou ii) supletivo, quando as partes tiverem escolhido um procedimento ou regulamento que não é completo, cabendo aos árbitros estipular regras complementares.¹⁶⁵

Assim como na Lei Modelo, a Lei de Arbitragem impõe como limite à discricionariedade das partes o respeito aos princípios do devido processo legal.¹⁶⁶ Nesse sentido, o parágrafo segundo do artigo 21 exige que: “[...] serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu livre convencimento.” (BRASIL, *Lei 9.307/1996*).

Com relação à execução de sentenças estrangeiras, uma das diferenças entre o artigo 38 da Lei Brasileira e o artigo V da Convenção de Nova Iorque diz respeito ao procedimento arbitral eleito pelas partes.

O artigo V(I)(d), já analisado nesta tese, é extremamente importante para o desenvolvimento da autonomia das partes em determinar a forma como o procedimento arbitral será conduzido, afastando a aplicação da lei processual do local de realização de arbitragem. A alínea (d) desse artigo possibilita a recusa do reconhecimento e da execução da sentença arbitral estrangeira em duas circunstâncias: i) se a composição do tribunal arbitral não foi de acordo com a vontade das partes e ii) se o procedimento arbitral não se deu em conformidade com a vontade das partes. A aplicação da lei do local de arbitragem é subsidiária, por isso ocorre apenas na ausência de acordo entre as partes. Desse dispositivo decorrem duas constatações: a vontade das partes prevalece sobre o determinado na lei processual do local de realização da arbitragem e

¹⁶³ Nesse sentido, ver Carmona (2009b, p. 292-293): “As eventuais lacunas do procedimento adotado pelas partes não precisarão ser necessariamente preenchidas com a utilização de dispositivos do Código de Processo Civil.”

¹⁶⁴ Nesse sentido, ver Magalhães (2001, p. 163): “A Lei nº. 9.307/66 preferiu não estabelecer normas supletivas para hipótese de as partes nada disporem sobre o procedimento, a exemplo do que dispunham os artigos 1.091 a 1.093 do Código de Processo Civil, revogados. O critério que adotou foi o de conferir aos árbitros o poder de estipular tais normas (§1 do art. 21)[...]”

¹⁶⁵ Nesse sentido, ver Carmona (2009b, p. 292): “Não há como se negar, portanto, a existência de um verdadeiro poder normativo do árbitro: esse poder será pleno quando ficar por conta do julgador o estabelecimento das regras da arbitragem, ou então será supletivo quando as partes tiverem escolhido um regramento pré-existente (mas que nunca será completo e exaustivo). Num caso ou noutro, deverá o árbitro agir com cuidado, de modo a evitar que o procedimento possa ser utilizado por algum dos contendores como forma de procrastinar o feito ou de abrir espaço para eventuais nulidades.”

¹⁶⁶ A Lei de Arbitragem brasileira não segue integralmente a Lei Modelo. No entanto, segundo uma das autoras da lei, esta “tem sua gênese na Lei Modelo” (LEMES, 1997, p. 34).

sobre as regras processuais do local em que se busca a execução, não tendo estas qualquer aplicação, nem mesmo subsidiária.

Ocorre, todavia, que tal dispositivo não encontra equivalente na Lei de Arbitragem brasileira. Embora com a ratificação da Convenção de Nova Iorque pelo Brasil, em 2002, o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras devessem ser regidos pelos dispositivos dessa convenção (em razão do artigo 34 da Lei de Arbitragem), os tribunais pátrios, muitas vezes, ainda julgam com base no rol estabelecido no artigo 38 da lei brasileira. Nesse ponto, questionam-se a razão e as consequências da não inclusão, na lei brasileira, da violação ao procedimento arbitral estabelecido pelas partes como fundamento para não homologação. Alguns doutrinadores internacionais¹⁶⁷ defendem que tal dispositivo não seria necessário, uma vez que violações processuais graves são fundamento para anulação da sentença arbitral e que a existência de tal ação pode obstar o reconhecimento e a execução. Por outro lado, a disposição expressa no sentido de que o reconhecimento e a execução só seriam negados por violação ao procedimento acordado pelas partes ou, na ausência deste, de acordo com a lei do país em que a arbitragem ocorreu, impossibilita a análise do procedimento arbitral com base em outros critérios, impedindo, em especial, a recusa do reconhecimento e da homologação com base na violação à lei processual do país em que se busca a homologação. O que se verifica da análise dos julgados do STF e Superior Tribunal de Justiça (STJ) sobre homologação de sentença arbitral estrangeira¹⁶⁸ é que muitas vezes questões processuais são analisadas dentro do escopo de violação à ordem pública, prevista tanto no artigo V(2)(b) da Convenção de Nova Iorque quanto no artigo 39(II) da Lei de Arbitragem brasileira.

Por outro lado, com relação às razões para anulação de uma sentença arbitral, a Lei de Arbitragem possibilita a anulação quando forem desrespeitados os princípios do parágrafo segundo do artigo 21 da Lei de Arbitragem, o qual exige o respeito aos princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento, mas não do procedimento eleito pelas partes.

Não há menção expressa na Lei de Arbitragem sobre a necessidade de respeitar as normas de caráter mandatório. Contudo, Carmona (2009b, p. 23) defende que, devido a sua natureza, a própria Lei de Arbitragem é uma limitação à vontade das partes. A título ilustrativo, Carmona

¹⁶⁷ Nesse sentido, ver, por exemplo, Gaillard e Savage (1999, p. 639).

¹⁶⁸ Nesse sentido, ver relatório de pesquisa elaborada por parceria entre o CBAr e a FGV (MANGE et al, 2010).

menção que as partes não podem estabelecer que a sentença arbitral tenha forma diversa daquela prevista no artigo 26 ou alterar o prazo para impugnação da sentença arbitral por meio da ação de anulação prevista no artigo 33 (2009b, p. 23-24).

II.2.3. Exemplos de outros sistemas jurídicos

Este subitem traz exemplos de legislações estrangeiras visando demonstrar a semelhança nas normas legais sobre arbitragem quanto à autonomia processual em relação às leis processuais domésticas e quanto ao poder conferido às partes e aos árbitros para estabelecer o procedimento a ser seguido.

a) Suíça

Na Suíça questões processuais são de competência dos cantões e a arbitragem é considerada matéria processual.¹⁶⁹ Em 1969 os cantões unificaram as suas legislações sobre arbitragem com a lei intercantonal sobre o tema, também conhecida como Concordat (SUIÇA, 1969 – *Intercantonal Arbitration Convention*). Embora essa lei reconhecesse o poder das partes e, subsidiariamente, dos árbitros em determinar o procedimento arbitral, havia previsão de aplicação do código federal de processo civil por analogia.¹⁷⁰ Ademais, essa lei continha uma série de normas de caráter mandatório (artigo 1º(3))¹⁷¹ e não era considerada adequada para as necessidades da arbitragem internacional.¹⁷²

Em 1987, a legislação suíça sobre arbitragem foi alterada drasticamente com a publicação da lei de direito internacional privado suíça (SUIÇA, 1987 – *Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)*), que dispõe sobre arbitragem internacional no capítulo 12,

¹⁶⁹ Nesse sentido, ver GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 76.

¹⁷⁰ Nesse sentido, ver: “Chapter V: Arbitral Procedure: Article 24 -DETERMINATION

The arbitral rules of procedure shall be determined by agreement between the parties, or in default of such agreement, by decision of the arbitral tribunal.

If the rules of procedure have not been determined either by agreement between the parties or by a decision of the arbitral tribunal, the Federal Act on Federal Civil Procedure shall be applied by analogy.” (SUIÇA, 1969 – *Intercantonal Arbitration Convention*).

¹⁷¹ “Article 1 – Scope [...] The following provisions of this Convention are mandatory: Article 2(2) and 3. Article 4 to 9, 12, 13, 18 to 21, 22(2), Articles 25, 26 to 29, 31(1), Article 31(1), (a) to (f), (2) and (3), and Articles 36 to 46.” (SUIÇA, 1969 – *Intercantonal Arbitration Convention*).

¹⁷² Nesse sentido, ver GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 76.

de forma mais liberal.¹⁷³ A lei de direito internacional privado suíça permite expressamente que as partes, direta ou indiretamente por referência a um regulamento de arbitragem, determinem as regras processuais para arbitragem (artigo 182(1)).¹⁷⁴ Caso as partes nada disponham sobre o procedimento, o tribunal arbitral o determinará diretamente ou fazendo referência a uma lei ou a um regulamento arbitral (artigo 182(2)).¹⁷⁵ Por fim, a liberdade das partes e dos árbitros é sujeita ao tratamento igual entre as partes e ao direito destas ao contraditório (artigo 183(3)).¹⁷⁶ Os fundamentos que possibilitam a anulação da sentença arbitral são bem restritos, sendo que, em matéria processual, tal anulação ocorrerá apenas com a violação do princípio da igualdade de tratamento entre as partes ou com a violação do direito ao contraditório (artigo 190(2)(d)).¹⁷⁷ Por fim, cabe mencionar que a lei suíça tem poucos dispositivos de caráter mandatório, sendo permitida a renúncia à ação de anulação se as partes não tiverem domicílio na Suíça (artigo 192).¹⁷⁸ O reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras seguem o disposto na Convenção de Nova Iorque (artigo 194).¹⁷⁹

¹⁷³ Nesse sentido, ver GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 77.

¹⁷⁴ “Art. 182(1). Les parties peuvent, directement ou par référence à un règlement d’arbitrage, régler la procédure arbitrale; elles peuvent aussi soumettre celle-ci à la loi de procédure de leur choix.” (SUÍÇA, 1987 – *Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)*).

¹⁷⁵ “Art. 182(2). Si les parties n’ont pas réglé la procédure, celle-ci sera, au besoin, fixée par le tribunal arbitral, soit directement, soit par référence à une loi ou à un règlement d’arbitrage.” (SUÍÇA, 1987 – *Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)*).

¹⁷⁶ “Art. 182(3). Quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral doit garantir l’égalité entre les parties et leur droit d’être entendues en procédure contradictoire” (SUÍÇA, 1987 – *Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)*).

¹⁷⁷ “Art. 190 - IX. Caractère définitif. Recours.

1. La sentence est définitive dès sa communication.

2. Elle ne peut être attaquée que: [...]

d) lorsque l’égalité des parties ou leur droit d’être entendues en procédure contradictoire n’a pas été respecté.” (SUÍÇA, 1987 – *Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)*).

¹⁷⁸ “Art. 192 - X. Renonciation au recours.

Si deux parties n’ont ni domicile, ni résidence habituelle, ni établissement en Suisse, elles peuvent, par une déclaration expresse dans la convention d’arbitrage ou un accord écrit ultérieur, exclure tout recours contre les sentences du tribunal arbitral; elles peuvent aussi n’exclure le recours que pour l’un ou l’autre des motifs énumérés à l’art. 190, al. 2.” (SUÍÇA, 1987 – *Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)*).

¹⁷⁹ “Art. 194 - XII. Sentences arbitrales étrangères.

La reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères sont régies par la convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l’exécution des sentences arbitrales étrangères.” (SUÍÇA, 1987 – *Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)*).

b) Reino Unido

A lei de arbitragem inglesa de 1950 (REINO UNIDO, 1950 – *Arbitration Act 1950*), que possibilitava aos tribunais ingleses intervir na arbitragem e restringia a liberdade das partes, foi revisada duas vezes: em 1979 (REINO UNIDO, 1979 – *Arbitration Act 1979*) e 1996 (REINO UNIDO, 1996 – *Arbitration Act 1996*). Antes da nova legislação, Lord Mustill defendia que os árbitros estavam vinculados às regras processuais aplicáveis aos tribunais ingleses, inclusive às regras de produção de provas que deviam ser seguidas de maneira estrita.¹⁸⁰ No entanto, essa situação foi alterada com a publicação da lei de arbitragem inglesa de 1996.¹⁸¹

A autonomia das partes foi consolidada com a seção 1(b) da lei de arbitragem inglesa de 1996, que dispõe: “[...] as partes podem livremente acordar o modo como as suas disputas serão resolvidas, sujeitas apenas às garantias necessárias ao interesse público.” (REINO UNIDO, 1996 - *Arbitration Act 1996*, tradução livre).¹⁸²

A seção 34(1)¹⁸³ estabelece que o tribunal deve decidir todas as questões procedimentais e a produção de provas, respeitado o direito das partes de acordar entre si tais questões. Ademais, a seção 34(2)¹⁸⁴ traz uma lista das questões consideradas procedimentais para fins da lei inglesa, na

¹⁸⁰ “Arbitrators are bound by the law of England, and the rules regarding admissibility of evidence are part of that. Thus, if an arbitrator admits evidence which is inadmissible, he commits an error of law which may be appealed against. Furthermore, if the arbitrator deliberately accepts evidence which is obviously inadmissible, he commits misconduct and the award will be set aside, at any rate if the evidence is important.” (MUSTILL; BOYD, 1989, p. 352).

¹⁸¹ Nesse sentido, ver Gaillard e Savage (1999, p. 71).

¹⁸² Texto original: “[...] the parties should be free to agree how their disputes are resolved, subject only to such safeguards as necessary in the public interest.”

¹⁸³ “34. PROCEDURAL AND EVIDENTIAL MATTERS - (1) It shall be for the tribunal to decide all procedural and evidential matters, subject to the right of the parties to agree any matter.” (REINO UNIDO, 1996 – *Arbitration Act 1996*).

¹⁸⁴ “(2) Procedural and evidential matters include-

- (a) when and where any part of the proceedings is to be held
- (b) the language or languages to be used in the proceedings and whether translations of any relevant documents are to be supplied
- (c) whether any and if so what form of written statements of claim and defence are to be used, when these should be supplied and the extent to which such statements can be later amended
- (d) whether any and if so which documents or classes of documents should be disclosed between and produced by the parties and at what stage;
- (e) whether any and if so what questions should be put to and answered by the respective parties and when and in what form this should be done;
- (f) whether to apply strict rules of evidence (or any other rules) as to the admissibility, relevance or weight of any material (oral, written or other) sought to be tendered on any matters of fact or opinion, and the time, manner and form in which such material should be exchanged and presented;
- (g) whether and to what extent the tribunal should itself take the initiative in ascertaining the facts and the law;

qual consta, entre outras, a produção de provas esclarecendo que os árbitros podem aplicar as regras locais ou qualquer outra regra.

Assim como outras legislações, a lei inglesa impõe ao tribunal arbitral o dever de atuar com imparcialidade e de conceder às partes uma oportunidade razoável de apresentar seu caso, adotando procedimentos adequados com as circunstâncias particulares do caso e evitando gastos e atrasos desnecessários (seção 33 da lei de arbitragem inglesa).¹⁸⁵

Em relação aos fundamentos para ação de anulação com base em violações processuais, a lei inglesa adota uma postura muito mais permissiva que a lei suíça, listando uma série de violações processuais que podem ensejar a anulação (seção 68(2)).¹⁸⁶ Com relação ao reconhecimento de sentenças estrangeiras, a lei inglesa faz referência à Convenção de Nova Iorque e seus fundamentos.¹⁸⁷

(h) whether and to what extent there should be oral or written evidence or submissions.

(3) The tribunal may fix the time within which any directions given by it are to be complied with, and may if it thinks fit extend the time so fixed (whether or not it has expired).” (REINO UNIDO, 1996 – *Arbitration Act 1996*, destaques acrescentados).

¹⁸⁵ “33. GENERAL DUTY OF THE TRIBUNAL

(1) The tribunal shall: (a) act fairly and impartially as between the parties, giving each party a reasonable opportunity of putting (b) adopt procedures suitable to the circumstances of the particular case, avoiding unnecessary delay or expense, so as to prove a fair means for the resolution of the matters falling to be determined his case and dealing with that of his opponent, and

(2) The tribunal shall comply with that general duty in conducting the arbitral proceedings, in its decisions on matters of procedure and evidence and in the exercise of all other powers conferred on it.” (REINO UNIDO, 1996 – *Arbitration Act 1996*).

¹⁸⁶ “68. CHALLENGING THE AWARD: SERIOUS IRREGULARITY.

(2) Serious irregularity means an irregularity of one or more of the following kinds which the court considers has caused or will cause substantial injustice to the applicant:

(a) *failure by the tribunal to comply with section 33 (general duty of tribunal)*; (b) the tribunal exceeding its powers (otherwise than by exceeding its substantive jurisdiction: see section 67); (c) *failure by the tribunal to conduct the proceedings in accordance with the procedure agreed by the parties*; (d) failure by the tribunal to deal with all the issues that were put to it; (e) *any arbitral or other institution or person vested by the parties with powers in relation to the proceedings or the award exceeding its powers*; (f) uncertainty or ambiguity as to the effect of the award; (g) the award being obtained by fraud or the award or the way in which it was procured being contrary to public policy; (h) failure to comply with the requirements as to the form of the award; or (i) any irregularity in the conduct of the proceedings or in the award which is admitted by the tribunal or by any arbitral or other institution or person vested by the parties with powers in relation to the proceedings or the award.” (REINO UNIDO, 1996 – *Arbitration Act 1996*, destaques acrescentados).

¹⁸⁷ “103 REFUSAL OF RECOGNITION OR ENFORCEMENT.

(2) Recognition or enforcement of the award may be refused if the person against whom it is invoked proves: (a) that a party to the arbitration agreement was (under the law applicable to him) under some incapacity; (b) that the arbitration agreement was not valid under the law to which the parties subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made; (c) that he was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case; (d) that the award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration (but see subsection

c) França

Até 1981 a França não tinha uma legislação específica sobre arbitragem e a matéria era tratada pelo judiciário.¹⁸⁸ Em 1981 a França adotou legislação considerada moderna sobre arbitragem (artigos 1442 a 1491 do código de processo civil) (FRANÇA, 1981 – *Décret n° 81-500 du 12 mai 1981 – Nouveau Code de Procédure Civile – Titre V: L'arbitrage international*), consolidando uma série de entendimentos que já eram seguidos pelos tribunais franceses.¹⁸⁹ As disposições sobre arbitragem da legislação francesa foram alteradas novamente no início de 2011 (FRANÇA, 2011 – *Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage*).

Mesmo antes da legislação de 1981, os tribunais franceses reconheciam a autonomia da arbitragem em relação à legislação processual nacional em aspectos procedimentais.¹⁹⁰ As disposições que tratavam de arbitragem, acrescidas ao código de processo civil em 1981, já permitiam às partes e aos árbitros estabelecer o procedimento arbitral sem estarem vinculados às regras aplicáveis aos tribunais estatais.¹⁹¹ A nova redação mantém a liberdade dos árbitros em determinar as regras para o procedimento arbitral e reafirma que não há obrigação de seguir as regras aplicáveis aos tribunais estatais.¹⁹²

Assim como em outras legislações e na Lei Modelo, a legislação francesa também exige o

(4)); (e) that the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties or, failing such agreement, with the law of the country in which the arbitration took place; (f) that the award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, it was made.” (REINO UNIDO, 1996 – *Arbitration Act 1996*).

¹⁸⁸ Nesse sentido, ver GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 64, nota 1.

¹⁸⁹ Nesse sentido, ver GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 65.

¹⁹⁰ Nesse sentido, ver casos: FRANÇA, *Krebs vs. Milton Stern*, Cass. 1e civ., June 16, 1979, publicado no 104 *Journal du Droit International* 671 (1977), e FRANÇA, *Bruynzeel Deurenfabrik N.V. vs. Ministre d'Etat aux Affaires Etrangères de la République Malgache*, Cass. 1e civ., June 30, 1976, publicado no 104 *Journal du Droit International* 114 (1977).

¹⁹¹ Nesse sentido, ver: “Article 1494: La convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale; elle peut aussi soumettre celle-ci à la loi de procédure qu'elle détermine. Dans le silence de la convention, l'arbitre règle la procédure, autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à une loi ou à un règlement d'arbitrage.” (FRANÇA, 1981 – *Décret n° 81-500 du 12 mai 1981 – Nouveau Code de Procédure Civile – Titre V: L'arbitrage international*).

¹⁹² Nesse sentido, ver: “Art. 1509.- La convention d'arbitrage peut, directement ou par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure, régler la procédure à suivre dans l'instance arbitrale. Dans le silence de la convention d'arbitrage, le tribunal arbitral règle la procédure autant qu'il est besoin, soit directement, soit par référence à un règlement d'arbitrage ou à des règles de procédure.” (FRANÇA, 2011 – *Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage*).

respeito aos princípios fundamentais do direito processual, tais como o contraditório e a igualdade entre as partes.¹⁹³

Com termos semelhantes aos da legislação suíça, a legislação francesa de 2011 limita as possibilidades de anulação de uma sentença arbitral por questões processuais à violação do princípio do contraditório.¹⁹⁴

Importa, ainda, ressaltar o disposto no artigo 1466,¹⁹⁵ que impede que uma parte alegue perante o judiciário conter a sentença violações processuais se não apresentou essas objeções durante o procedimento arbitral. Incorporando, desse modo, um princípio típico de *common law*: *estoppel*.

II.2.4 Síntese e análise comparativa: a consolidação da autonomia da vontade das partes e, subsidiariamente, dos árbitros para estabelecer normas procedimentais nas legislações nacionais

A análise da Lei Modelo, da Lei de Arbitragem brasileira e dos exemplos de outras legislações evidencia a consolidação do entendimento de que as partes e, subsidiariamente, os árbitros detêm liberdade para determinar o procedimento arbitral, sem a necessidade de seguir as regras do processo civil da sede.

As legislações nacionais impõem limites à liberdade das partes e dos árbitros para a condução do procedimento arbitral. Esses limites pressupõem o respeito aos princípios fundamentais do devido processo legal. Exige-se que seja garantida a igualdade das partes e concedida ampla oportunidade ao contraditório. Esses limites são analisados no capítulo IV *infra*.

¹⁹³ Disposições nesse sentido já existiam na redação de 1981 do Código de Processo Civil Francês (ver artigo 1460) e foram mantidas na nova legislação de 2011: “Art. 1510. - Quelle que soit la procédure choisie, le tribunal arbitral garantit l'égalité des parties et respecte le principe de la contradiction.” (FRANÇA, 2011 – *Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage*).

¹⁹⁴ “Art. 1520. - Le recours en annulation n'est ouvert que si: [...] 4° Le principe de la contradiction n'a pas été respecté ou”. (FRANÇA, 2011 – *Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage*).

¹⁹⁵ “Art. 1466. - La partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir.” Esse artigo também se aplica para arbitragens internacionais em razão do disposto no artigo 1506(3): “Art. 1506. - A moins que les parties en soient convenues autrement et sous réserve des dispositions du présent titre, s'appliquent à l'arbitrage international les articles: [...] 3° 1462, 1463 (alinéa 2), 1464 (alinéa 3), 1465 à 1470 et 1472 relatifs à l'instance arbitrale; [...]” (FRANÇA, 2011 – *Décret n° 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage*).

II.3 A lei processual aplicável ao procedimento arbitral nos regulamentos de arbitragem

Em geral a convenção de arbitragem celebrada entre as partes não contém disposições detalhadas quanto ao procedimento arbitral. Na maioria das vezes, as partes se limitam a escolher um regulamento institucional para ser aplicado à arbitragem e é nesse regulamento que se encontram detalhes procedimentais a respeito do modo como a arbitragem será conduzida. Dessa forma, é de vital importância analisar o conteúdo desses regulamentos, em especial quanto às normas aplicáveis ao procedimento arbitral.

Tendo em vista o enorme número de regulamentos existentes, optou-se por analisar neste estudo o regulamento de arbitragem da UNCITRAL (Regulamento UNCITRAL) destinado a arbitragens *ad hoc*, e seis regulamentos institucionais — três internacionais e três nacionais.

Entre as instituições internacionais, o regulamento de maior relevância para este e qualquer estudo sobre o tema é o regulamento da CCI, instituição pioneira na administração de arbitragens internacionais. Seu primeiro regulamento data de 1922 e, desde então, foi revisado diversas vezes pela Comissão da CCI, composta por representantes de diversas nacionalidades. Ainda no âmbito internacional, serão analisados os regulamentos da London Court of International Arbitration (LCIA) e do International Center for Dispute Resolution (ICDR), instituições sediadas em Londres e Nova Iorque, respectivamente, que possuem considerável volume de arbitragens.¹⁹⁶

O primeiro regulamento de arbitragem publicado no Brasil é o da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CCBC), de 1979, que foi revisado após a promulgação da Lei de Arbitragem e, novamente, em 2011. Por ser a primeira instituição arbitral brasileira, a CCBC possui um histórico considerável de casos no âmbito nacional. A Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo (CMA-SP) iniciou suas atividades em 1995, mas teve um crescimento significativo nos últimos anos, praticamente alcançando o volume de casos da CCBC. Considerando que as duas instituições mencionadas estão sediadas na cidade de São Paulo, optou-se por abordar o

¹⁹⁶ Pesquisa realizada pela escola de arbitragem internacional da Universidade Queen Mary em parceria com o escritório White & Case em 2010 aplicou questionário e entrevistou usuários de arbitragem, em especial advogados de grandes corporações, indicando como instituições arbitrais preferidas no âmbito internacional: a CCI (50%), a LCIA (14%) e a ICDR (8%) (QUEEN MARY; WHITE & CASE, 2010 – *International Arbitration Survey: Choices in International Arbitration*, p. 23).

regulamento da Câmara de Conciliação e Arbitragem da FGV (Câmara FGV), com sede no Rio de Janeiro, a terceira a ser analisada no âmbito doméstico.¹⁹⁷

A presente análise será iniciada pelo regulamento da UNCITRAL, por ser este destinado às arbitragens *ad hoc*. Em seguida, serão examinados os regulamentos de instituições internacionais e, por último, de instituições brasileiras.

II.3.1 Regulamento da UNCITRAL

A questão da lei aplicável à condução do procedimento arbitral foi objeto de discussão no âmbito da UNCITRAL por ocasião da elaboração do seu regulamento de arbitragem, publicado, em sua primeira edição, em 1976. Ao contrário do que ocorreu quando da discussão da Convenção de Nova Iorque, não se verificam grandes debates no histórico legislativo do Regulamento de arbitragem da UNCITRAL sobre a lei aplicável ao procedimento arbitral, evidenciando que a autonomia das partes e, supletivamente, dos árbitros em definir o procedimento já estava consagrada.

Por outro lado, verificou-se a preocupação dos delegados de diversos países em impor limites à atuação dos árbitros, de modo que fosse garantida a igualdade das partes e a ampla possibilidade de apresentar seu caso.¹⁹⁸ Dessa forma, foi sugerida a inclusão de redação exigindo que as partes fossem tratadas igualmente e tivessem ampla oportunidade de apresentar seu caso em qualquer oportunidade.¹⁹⁹ A redação final do artigo 15 do regulamento da UNCITRAL, que regula a condução da arbitragem, dispõe:

1. Sujeito a essas regras, o tribunal arbitral pode conduzir a arbitragem do modo que considerar apropriado, desde que as partes sejam tratadas com igualdade e que em qualquer etapa do procedimento seja concedida a cada parte ampla oportunidade de

¹⁹⁷ Não se pode deixar de mencionar a existência de outras entidades arbitrais no Brasil, como o Centro de Arbitragem vinculado à Câmara de Comércio Americana (AMCHAM); a Câmara de Arbitragem Empresarial do Brasil (CAMARB); a Câmara de Mediação e Arbitragem da Associação Comercial do Paraná (ARBITAC); a Câmara de Arbitragem do Mercado vinculada a BM&F, entre outras.

¹⁹⁸ Nesse sentido, veja, por exemplo, comentários dos delegados da Índia, da República Federativa da Alemanha e da Tchecoslováquia (UNCITRAL, 1976 - *Summary Record of the 6th Meeting*, p. 8).

¹⁹⁹ Nesse sentido, ver UNCITRAL, 1976 – *Summary Record of the 6th Meeting*, p. 2-3.

apresentar seu caso.²⁰⁰ (UNCITRAL, 1976 – *UNCITRAL Arbitration Rules*, p. 12-13, tradução livre.).

A primeira parte do artigo 15(1) confere ampla autonomia aos árbitros para conduzir o procedimento arbitral da maneira que eles considerarem apropriado. Não houve a preocupação em estabelecer regras supletivas para a condução do procedimento arbitral, sendo os árbitros detentores de tal poder. Tendo em vista a preocupação dos membros do comitê com os princípios gerais do processo e a necessidade de que fosse respeitada a igualdade entre as partes e concedida ampla oportunidade de apresentar seu caso, foi inserida a segunda parte do artigo 15(1).

Em comentário ao regulamento da UNCITRAL, Sanders esclarece que o princípio consagrado na segunda parte do artigo 15(1) — de garantir a igualdade de tratamento às partes e a ampla oportunidade de apresentar o caso — foi posteriormente repetido no artigo 18 da Lei Modelo da UNCITRAL²⁰¹ e que a sua não observância possibilita a anulação da sentença arbitral.²⁰²

O regulamento da UNCITRAL foi revisado e uma nova versão publicada em 2010 (UNCITRAL, 2010 – *UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010)*). Em documento não oficial preparatório à revisão, Paulsson e Petrochilos (2006) ressaltavam a importância do artigo 15, mas criticavam a sua redação por esta não incluir o dever do árbitro de agir de maneira expedita e sem causar atrasos desnecessários. O artigo supratranscrito passou a ser o artigo 17 na versão do regulamento de 2010, mas não sofreu alterações significativas. A autonomia do tribunal arbitral para conduzir a arbitragem da maneira que considerar adequada foi mantida. A nova redação incluiu apenas uma nova sentença no sentido de que o árbitro, ao exercer a sua discricionariedade em conduzir o procedimento arbitral, deveria evitar atrasos e despesas desnecessárias e conduzir o procedimento de maneira justa e eficiente.²⁰³

²⁰⁰ Texto original: “1. Subject to these Rules, the arbitral tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, provided that the parties are treated with equality and that at any stage of the proceedings each party is given a full opportunity to present his case.”

²⁰¹ Ver capítulo II, subitem II.2.1, *supra*.

²⁰² Nesse sentido, ver SANDERS, 2004, p. 10.

²⁰³ “Art. 17- 1. Subject to these Rules, the arbitral tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, provided that the parties are treated with equality and that at an appropriate stage of the proceedings each party is given a reasonable opportunity of presenting its case. The arbitral tribunal, in exercising its discretion, shall conduct the proceedings so as to avoid unnecessary delay and expense and to prove a fair and efficient process for resolving the parties’ dispute.” (UNCITRAL, 2010 – *UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010)*, destaques acrescentados).

Em outros termos, verifica-se que, em 2010, a preocupação com a garantia de que as partes recebessem um tratamento processual justo passou a ser temperada pela preocupação de que o procedimento arbitral não se tornasse excessivamente longo e custoso como o judicial.

II.3.2 Regulamentos das instituições arbitrais internacionais

a) Regulamentos da CCI

O regulamento de procedimentos da CCI de 1922 (ICC, 1922 – *Règlement / Rules of Procedure (versão bilingüe francês e inglês)*) e o regulamento de conciliação e arbitragem da CCI de 1927 (ICC, 1927 – *Rules of Conciliation and Arbitration*) não continham disposições específicas sobre a lei aplicável ao procedimento arbitral. A versão do regulamento adotada em junho de 1955 (ICC, 1955 – *Rules of Conciliation and Arbitration*), que substituiu o regulamento de 1927, foi a primeira a incluir dispositivo específico sobre a norma procedimental que deveria regular a arbitragem.

Seguindo a posição adotada pela CCI na proposta de convenção sobre reconhecimento e execução de sentenças arbitrais,²⁰⁴ o regulamento de conciliação e arbitragem da CCI de 1955 estabeleceu que o procedimento arbitral deveria seguir o disposto no regulamento e, na ausência de previsão no regulamento, prevaleceria o disposto na lei processual escolhida pelas partes. Apenas na ausência de escolha pelas partes, o referido regulamento previa a aplicação da lei do país em que o árbitro realizasse o procedimento. Nesse sentido é o artigo 16:

Artigo 16 – Regras aplicáveis ao procedimento

As regras pelas quais o procedimento arbitral deve ser regido devem ser as deste Regulamento e, no caso da ausência de disposição neste Regulamento, *aquelas da lei de processo escolhida pelas partes* ou, na ausência de tal escolha, *aquelas da lei do país no qual a arbitragem realiza seus procedimentos*.²⁰⁵ (ICC, 1955 – *Rules of Conciliation and Arbitration*, destaques acrescentados, tradução livre).

²⁰⁴ Nesse sentido, ver capítulo II, subitem II.1.1, *supra*.

²⁰⁵ Texto original: “Article 16 – Rules governing the proceedings

The rules by which the arbitration proceedings shall be governed shall be these Rules and, in the event of no provisions being made in these Rules, those of the law of procedure chosen by the parties or, failing such choice, those of the law of the country in which the arbitrator holds the proceedings.”.

Em junho de 1975, a CCI revisou novamente o texto de seu regulamento, realizando mudança revolucionária no artigo supratranscrito a qual permitiu afastar a arbitragem das regras dos processos locais.²⁰⁶ O regulamento da corte de arbitragem da CCI de 1975 (ICC, 1975 – *Rules for the ICC Court of Arbitration*) excluiu qualquer aplicação, ainda que subsidiária, das regras processuais da sede da arbitragem. O artigo 11 afirma que as partes ou, subsidiariamente, os árbitros podem definir as regras processuais aplicáveis, fazendo ou não referência a uma regra processual municipal:

Artigo 11 – Regras aplicáveis ao procedimento

As regras aplicáveis ao procedimento perante o árbitro devem ser as deste Regulamento e, quando este Regulamento é silente, qualquer regra que as partes (ou, *na ausência delas, os árbitros*) acordem, *fazendo ou não referência à aplicação de uma lei processual municipal para ser aplicável à arbitragem.*²⁰⁷ (ICC, 1975 – *Rules for the ICC Court of Arbitration*, destaques acrescentados, tradução livre).

A redação do artigo 11 do regulamento da CCI de 1975 permitiu que os árbitros decidissem questões processuais, sem fazer qualquer referência a uma lei nacional,²⁰⁸ e permanece até os dias atuais como princípio fundamental do regulamento da CCI. Não houve qualquer alteração na redação do artigo 11 na versão revisada do regulamento de Arbitragem publicada em 1988 (ICC, 1988 – *Rules of Arbitration*).

Na revisão de 1998, o regulamento de arbitragem da CCI (ICC, 1998 – *Regulamento de Arbitragem*) teve alguns acréscimos; o artigo 11 passou a ser o artigo 15 e sofreu uma modificação e uma inclusão. Houve uma pequena alteração na redação do artigo 15(1), em comparação com as versões do regulamento de 1975 e 1988. O termo “lei municipal” foi substituído por “lei nacional”. Essa alteração não teve intenção de propor qualquer modificação

²⁰⁶ Nesse sentido, ver comentário de Derains e Schwartz (2005, p. 222): “In 1975, however, in what has been described as a ‘revolutionary innovation’, the Rules were revised in order to separate the arbitration, to the extent possible, from local procedural law.”

²⁰⁷ Texto original: “Article 11 – Rules governing the arbitral proceedings
The rules governing the proceedings before the arbitrator shall be those resulting from these Rules and, where these Rules are silent, any rules which the parties (or, *failing them, the arbitrators*) may settle, and *whether or not reference is thereby made to a municipal procedural law to be applied to the arbitration.*”

²⁰⁸ Nesse sentido, ver Derans e Schwartz (2005, p. 222): “Thus, under Article 11 of the Rules adopted in that year, the arbitrators were authorized to decide procedural issues, at their discretion, without reference to any national law or comprehensive body of procedural rules.”

significativa — uma vez que a lei municipal era a lei nacional —, mas apenas evitar confusões com leis municipais destinadas a regular cidades.²⁰⁹

Por outro lado, houve a inclusão de um segundo parágrafo estabelecendo que os árbitros devem atuar com equidade e imparcialidade e assegurar que cada parte tenha oportunidade de apresentar seu caso. Nesse sentido, veja a redação do artigo 15(2):

Artigo 15 - Regras aplicáveis ao procedimento

1. O procedimento perante o Tribunal Arbitral será regido pelo presente Regulamento, e, no que este silenciar, pelas regras que as partes – ou, na falta destas, o Tribunal Arbitral – determinarem, *referindo-se ou não a uma lei nacional processual aplicável à arbitragem*.

2. *Em todos os casos, o Tribunal Arbitral deverá atuar com equidade e imparcialidade, devendo sempre assegurar que cada parte tenha tido a oportunidade de apresentar as suas razões.*²¹⁰ (ICC, 1998 – *Regulamento de Arbitragem*, destaques acrescentados, tradução oficial).

Ao comentar o artigo 15 do regulamento da CCI de 1998, Derains e Schwartz afirmam que, ao exercer a discricionariedade para determinar o procedimento arbitral, os árbitros não são obrigados a aplicar a lei processual de algum país e que, normalmente, essas leis não são apropriadas para a arbitragem e para a solução de disputas internacionais.²¹¹ No mesmo sentido, Buhler e Webster esclarecem que, ao escolher a arbitragem, as partes optaram por sair dos tribunais nacionais, escolhendo um outro fórum, com procedimento diferente daquele aplicado pelos tribunais estatais.²¹²

²⁰⁹ Nesse sentido, ver comentário de Craig, Park e Paulsson (1998, p. 107).

²¹⁰ Tendo em vista que os artigos dos regulamentos anteriores não possuem redação oficial em português e foram transcritos em inglês, faz-se necessário transcrever aqui a redação do artigo 15 do regulamento de 1998 em inglês para que se possa comparar a redação atual com as anteriores: “15(1) The proceedings before the Arbitral Tribunal shall be governed by these Rules and, where these Rules are silent, by any rules which the parties or, failing them, the Arbitral Tribunal, may settle on, whether or not reference is thereby made to *the rules of procedure of a national law* to be applied to the arbitration.” (ICC, 1998 – *Arbitration Rules*, destaques acrescentados na alteração mais relevante da nova redação).

²¹¹ “In exercising its discretion in respect of procedural matters, the Arbitral Tribunal, as Article 15(1) makes clear, is not required to apply the procedural rules of any national law, and, indeed, this is not normally appropriate. Not only are such rules often designed for judicial, rather than arbitral, proceedings, but they also may not be suited to the needs of an international dispute, where the parties may have very different conceptions of the appropriate means of pleading and proving their cases.” (DERAINS; SCHWARTZ, 2005. p. 225-226).

²¹² “By choosing arbitration, parties are opting out of national courts in favor of private dispute resolution. The parties therefore are choosing another fórum than courts and another procedure than that applicable in the courts. When choosing ICC arbitration, the parties submit to the ICC Rules as framework for dispute resolution.” (BUHLER; WEBSTER, 2008. p. 220, item 15-1).

O regulamento da CCI foi revisado novamente em 2011, entrando em vigor no dia 1º de janeiro de 2012 o regulamento de Arbitragem e ADR da CCI (ICC, 2012 – *Regulamento de Arbitragem e de ADR da CCI*). O artigo 15, com disposições sobre as regras que regulam o procedimento, passou a ser o artigo 19, mas não teve seu conteúdo alterado. O princípio da autonomia das partes e, subsidiariamente, dos árbitros em definir o procedimento, sem a necessidade de fazer referência a uma lei nacional, foi mantido.

Artigo 19 - Regras aplicáveis ao procedimento

O procedimento perante o tribunal arbitral será regido pelo Regulamento, e, no que for omissivo, pelas regras que as partes – ou, na falta destas, o tribunal arbitral – determinarem, referindo-se ou não a uma lei nacional processual aplicável à arbitragem. (ICC, 2012 – *Regulamento de Arbitragem e de ADR da CCI*).

A segunda parte do antigo artigo 15(2) tornou-se um artigo independente, evidenciando a importância da condução do procedimento arbitral e determinando que o tribunal arbitral deve empregar todos os esforços para conduzir o procedimento de maneira célere e eficiente, podendo adotar os procedimentos necessários para tanto.²¹³

Verifica-se, ainda, a inclusão de novos artigos dispondo sobre questões procedimentais anteriormente não regulamentadas pela CCI. A grande inovação é um artigo sobre a organização do procedimento arbitral (*case management*). Houve, ainda, a incorporação parcial do conteúdo do documento “Técnicas da CCI para controle do tempo e custo em arbitragem”²¹⁴ (ICC, 2007 – *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration*) como “Apêndice IV – Técnicas para a condução do Procedimento.”²¹⁵

²¹³ Nesse sentido é o artigo 22 do regulamento de 2012 da CCI:

“Artigo 22 - Condução da arbitragem

1. O tribunal arbitral e as partes deverão emendar todos os esforços para conduzir a arbitragem de forma expedita e eficiente quanto aos custos, levando em consideração a complexidade do caso e o valor da disputa.

2. A fim de assegurar a condução eficiente do procedimento, o tribunal arbitral, depois de consultar as partes, poderá adotar as medidas procedimentais que considerar apropriadas, desde que não sejam contrárias a qualquer acordo das partes.” (ICC, 2012 – *Regulamento de Arbitragem e de ADR da CCI*).

²¹⁴ Tradução livre. Denominação em inglês: “*Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration*”.

²¹⁵ Ver artigos 22 e 24 do regulamento da CCI de 2012 e apêndice IV. ICC, 2012 – *Regulamento de Arbitragem e de ADR da CCI*. Para uma análise aprofundada, ver Capítulo VIII *infra*.

b) Regulamentos da International Center of Dispute Resolution

O ICDR foi criado em 1996 como uma divisão da American Arbitration Association (AAA) para administrar disputas internacionais, mas a AAA já possuía regras específicas para arbitragens internacionais desde 1951 (AAA, 1951 – *Rules and Standards of the Voluntary International Arbitration Tribunals*). O regulamento para arbitragens internacionais voluntárias de 1951 (Regulamento da AAA de 1951) dispunha que o procedimento arbitral seria realizado de acordo com as regras de procedimento estabelecidas no artigo II do referido regulamento,²¹⁶ sem trazer normas de aplicação subsidiária.

Esse regulamento foi inteiramente revisado em 1991 (AAA, 1991 – *International Arbitration Rules*). A nova versão reconheceu a autonomia dos árbitros em conduzir o procedimento arbitral da maneira que considerassem adequado, desde que as partes fossem tratadas com igualdade e tivessem uma oportunidade justa de apresentar seu caso. Nesse sentido é o artigo 16.1:

Artigo 16 – Condução da arbitragem

1. Respeitando este regulamento, o tribunal pode conduzir a arbitragem de qualquer maneira que considerar apropriado, desde que as partes sejam tratadas com igualdade, que cada parte tenha o direito de ser ouvida e que a cada uma delas seja concedida uma justa oportunidade de apresentar seu caso.²¹⁷ (AAA, 1991 – *International Arbitration Rules*, destaques acrescentados, tradução livre).

As revisões desse regulamento, ocorridas em 1992 e 1993, não alteraram o artigo 16 (AAA, 1992 – *International Arbitration Rules*). A primeira e única alteração nesse artigo ocorreu em 1997, quando da mudança de nome da instituição para ICDR. Nessa ocasião, foram incluídos os artigos 16.2 e 16.3 no regulamento de arbitragem internacional (Regulamento da ICDR de 1997). Essas inclusões tratavam, respectivamente, da necessidade de o tribunal arbitral conduzir o procedimento de forma célere, prevendo inclusive uma conferência preparatória com as partes

²¹⁶ Nesse sentido é o item 10 do artigo I do regulamento de 1951: “10. Rules of Procedure and Standards. The Council adopts the following Rules of Procedure for the conduct of any arbitrations in any and all Voluntary International Arbitration Tribunals.” (AAA, 1951 – *Rules and Standards of the Voluntary International Arbitration Tribunals*).

²¹⁷ Texto original: “Article 16 – Conduct of the Arbitration

1. Subject to these Rules, the tribunal may conduct the arbitration in whatever manner it considers appropriate, provided that the parties are treated with equality and that each party has the right to be heard and is given a fair opportunity to present its case”.

para organizar o procedimento²¹⁸ e afirmando que o tribunal pode, a sua discrição, determinar provas, bifurcar o procedimento ou excluir testemunha ou outros documentos que não considerar relevantes para a solução do caso.²¹⁹

O regulamento da ICDR passou por algumas revisões, mas o artigo 16, que dispõe sobre a condução do procedimento arbitral, não foi alterado.²²⁰

Em comparação com os demais regulamentos internacionais, o da ICDR concede grande autonomia aos árbitros. Ao comentar o regulamento da ICDR, Gusy, Hosking e Schwarz esclareceram que, apesar da discricionariedade concedida aos árbitros, o regulamento da ICDR sempre prioriza o acordo das partes e, apenas em casos excepcionais, os árbitros podem desconsiderar o acordo (GUSY; HOSKING, SCHWARZ, 2011, p. 169). Ademais, as convenções internacionais exigem que os árbitros respeitem o acordo das partes, sob pena de a sentença arbitral não ser executada, e o próprio regulamento da ICDR sujeita os poderes dos árbitros aos dispositivos do regulamento (vide artigo 16(1), “Subject to these Rules”) que foi eleito pelas partes (GUSY; HOSKING, SCHWARZ, 2011, p. 170-171). Da mesma maneira que o regulamento da ICDR concede grande autonomia aos árbitros, também lhes impõe a obrigação de conduzir a arbitragem de maneira célere, prevendo a realização de uma conferência com as partes para organizar o procedimento (artigo 16(2)).

²¹⁸ Nesse sentido é a redação do artigo 16.2: “2. The tribunal, exercising its discretion, shall conduct the proceedings with a view to expediting the resolution of the dispute. It may conduct a preparatory conference with the parties for the purpose of organizing, scheduling and agreeing to procedures to expedite the subsequent proceedings.” (ICDR, 1997 – *International Arbitration Rules*).

²¹⁹ Nesse sentido é a redação do artigo 16.3: “3. The tribunal may in its discretion direct the order of proof, bifurcate proceedings, exclude cumulative or irrelevant testimony or other evidence and direct the parties to focus their presentations on issues the decision of which could dispose of all or part of the case.” (ICDR, 1997 – *International Arbitration Rules*).

²²⁰ A versão vigente data de 1º de junho de 2010 e é disponibilizada em português: “Artigo 16º

1. O tribunal, respeitados os limites deste regulamento, poderá conduzir a arbitragem da maneira que considere apropriada, desde que as partes sejam tratadas com igualdade e a cada uma seja assegurado o direito de ser ouvida e lhe(s) seja(m) dada uma justa oportunidade de apresentar sua causa.

2. O tribunal, no exercício de sua discricionariedade, conduzirá o procedimento arbitral visando a uma solução célere para o conflito. Poderá conduzir uma reunião preparatória com as partes visando a organizar, planejar e definir procedimentos para agilizar os atos subsequentes.

3. O tribunal poderá, a seu exclusivo critério, fixar a ordem das provas, bifurcar o procedimento, indeferir depoimentos ou outras provas que julgue repetitivos ou irrelevantes e determinar que as partes concentrem suas intervenções nos pontos, cuja decisão possa encerrar total ou parcialmente a disputa.

4. As informações ou documentos encaminhados ao tribunal deverão ser simultaneamente encaminhados à(s) outra(s) parte(s).” (ICDR, 2010 – *Regulamento de Arbitragem*).

c) Regulamentos da London Court of International Arbitration

Embora a LCIA tenha suas origens em outras instituições existentes desde o século XIX, a instituição com essa denominação foi criada no início dos anos 1980 e seu primeiro regulamento data de janeiro de 1985 (LCIA, 1985 – *LCIA Rules*).

Ao contrário do regulamento da ICDR, o regulamento da LCIA de 1985 prioriza a vontade das partes. No regulamento da LCIA de 1985, o artigo 5º.1 continha as regras a respeito da condução do procedimento e não apenas afirmava que as partes podem acordar sobre o procedimento arbitral, mas as encorajava que assim o fizessem:

5º.1. As partes podem acordar sobre o procedimento arbitral e são encorajadas a assim proceder.²²¹ (LCIA, 1985 – *LCIA Rules*, destaques acrescentados, tradução livre).

Na ausência de acordo entre as partes, o artigo 5º.2 desse regulamento concedia ampla discricionariedade aos árbitros para conduzir o procedimento arbitral da maneira mais expedita e econômica, dentro dos limites da lei que vier a ser aplicável:

5º.2. Na ausência de regras processuais acordadas entre as partes ou aqui contidas, o Tribunal terá a mais ampla discricionariedade permitida pela lei que for aplicável para assegurar uma resolução da disputa de uma maneira justa, rápida, econômica e final.²²² (LCIA, 1985 – *LCIA Rules*, destaques acrescentados, tradução livre).

Ao comentarem o regulamento da LCIA de 1985, Turner e Mohtashami afirmam que os redatores do regulamento consideravam a autonomia das partes e o poder dos árbitros como os dois princípios que norteavam o procedimento.²²³ Segundo Veeder (1998, p. 366-367), o artigo 5º do regulamento da LCIA de 1985 é considerado a Magna Carta da arbitragem na LCIA. Esses

²²¹ Texto original: “5o.1 The parties may agree on the arbitral procedure, and are encourage to do so.”

²²² Texto original: “5º.2. In the absence of procedural rules agreed by the parties or contained herein, the Tribunal shall have the widest discretion allowed under such law as may be applicable to ensure the just, expeditious, economical, and final determination of the dispute.”. Também nesse sentido é a redação do artigo 13.1: “Art. 13(1) Unless the parties at any time agree otherwise, and subject to any mandatory limitations of any applicable law, the Tribunal shall have the power, on the application of any party or of its own motion, but in either case only after giving the parties a proper opportunity to state their views, to: [...]” (LCIA, 1985 – *LCIA Rules*).

²²³ “The drafters of the 1985 version of the Rules considered that the twin principles of party autonomy, on one hand, and giving the tribunal maximum discretion and powers in the absence of party agreement, on the other hand, represented the two guiding principles underlying the rules.” (TURNER; MOHTASHAMI, 2009, p. 92).

princípios não foram alterados na revisão do regulamento realizada em 1998 e atualmente vigente (LCIA, 1998 - Regulamento da LCIA).

O artigo 14 do regulamento da LCIA de 1998 concede às partes a maior liberdade possível para estruturar o procedimento. Contudo, a redação do artigo 14 é substancialmente mais detalhada que a do artigo 5º do regulamento anterior. O artigo 14.1 exige que sejam respeitadas as obrigações dos árbitros de atuar de maneira justa e imparcial e garantir às partes oportunidade razoável de apresentar seu caso e responder às alegações do oponente, ao mesmo tempo que permite aos árbitros adotar um procedimento adequado às circunstâncias e que não cause atrasos e despesas injustificadas:

Artigo 14 – Realização do procedimento

As partes poderão entrar em acordo – e assim se recomenda – sobre a maneira de se realizar o seu processo arbitral, sempre de acordo com os deveres gerais do Tribunal de Arbitragem:

- (i) de agir com justiça e imparcialidade entre todas as partes, dando a cada uma oportunidade razoável de expor seus argumentos e responder aos do oponente; e
- (ii) de adotar procedimentos adequados às circunstâncias da arbitragem, evitando atrasos ou despesas desnecessárias, a fim de fornecer meios justos e eficientes para a resolução definitiva da contenda entre as partes. Referidos acordos deverão ser feitos pelas partes por escrito ou registrados por escrito pelo Tribunal de Arbitragem a pedido das partes e com a autorização das mesmas.²²⁴ (LCIA, 1998 – Regulamento da LCIA, tradução não oficial.)

Assim como no regulamento da LCIA de 1988, o artigo 14.2 do regulamento da LCIA de 1998 concede, na ausência de acordo entre as partes, ampla discricionariedade aos árbitros para determinar o procedimento e, inclusive, as regras aplicáveis a ele:

14.2. A menos que seja acordado em contrário entre as partes em conformidade com o Artigo 14.1, o *Tribunal de Arbitragem* terá o mais amplo poder de decisão, quanto ao modo de cumprir seus deveres, permitido sob a(s) lei(s) ou normas legais que o *Tribunal de Arbitragem* determine serem aplicáveis; e as partes sempre deverão fazer tudo o que

²²⁴ Texto original: “Article 14 – Conduct of the proceedings

14.1. The parties may agree on the conduct of their arbitral proceedings and they are encouraged to do so, consistent with the Arbitral Tribunal's general duties at all time:

(i) to act fairly and impartially as between all parties, giving each a reasonable opportunity of putting its case and dealing with that of its opponent; and

(ii) to adopt procedures suitable to the circumstances of the arbitration, avoiding unnecessary delay or expense, so as to provide a fair and efficient means for the final resolution of the parties' dispute.

Such agreements shall be made by the parties in writing or recorded in writing by the Arbitral Tribunal at the request of and with the authority of the parties.” (LCIA, 1998 – *LCIA Arbitration Rules*).

for necessário para a realização justa, eficiente e rápida da arbitragem.²²⁵ (LCIA, 1998 – *Regulamento do LCIA*, destaques acrescentados).

Uma diferença entre a versão do regulamento da LCIA de 1988 e a de 1998 é que, no mais atual, cabe ao árbitro determinar as leis ou normas aplicáveis para exercer suas obrigações de conduzir o procedimento, restando claro que essas regras podem ser leis ou outras normas legais, tais como normas não estatais.²²⁶ Turner e Mohtashami afirmam que não se pretende a aplicação das regras de processo civil de um determinado local,²²⁷ mas apenas as normas de caráter mandatório ou de ordem pública internacional da *lex arbitrii*.²²⁸ São apenas esses princípios processuais fundamentais que o tribunal arbitral deve observar.

II.3.3 Regulamentos de instituições brasileiras

Este subitem traz exemplos de regulamentos de três instituições brasileiras. Não se pretende aqui exaurir a análise de todos os regulamentos brasileiros, mas apenas trazer exemplos. Com o crescimento da arbitragem no Brasil, verifica-se também o aumento do número de instituições arbitrais e de regulamentos disponíveis no mercado. Optou-se pela análise dos regulamentos da CCBC, da CMA-SP e da Câmara FGV, por serem estes os mais tradicionais e antigos, além de administrarem um volume considerável de arbitragens. Ademais, alguns desses regulamentos já foram revisados, permitindo a realização de análises comparativas e evolutivas.

²²⁵ Tradução não oficial. Texto original: “14.2. Unless otherwise agreed by the parties under Article 14.1, the Arbitral Tribunal shall have the widest discretion to discharge its duties allowed under such law(s) or rules of law as the Arbitral Tribunal may determine to be applicable; and at all times the parties shall do everything necessary for the fair, efficient and expeditious conduct of the arbitration.” (LCIA, 1998 – *LCIA Arbitration Rules*).

²²⁶ Nesse sentido, ver que na versão de 1985 o artigo 5º.2 fazia referência apenas a “*law applicable*”, ou seja, lei aplicável, e a versão de 1998 faz referência à “*laws or rules of laws*”, ou seja leis ou normas de direito, expandindo o escopo das normas processuais potencialmente aplicáveis pelos árbitros.

²²⁷ “Article 14.2 does not mandate the tribunal to apply the civil procedure rules applicable at the place of arbitration, or the civil procedure rules of any other jurisdiction.” (TURNER; MOHTASHAMI, 2009, p. 100-101). “Neither the parties, nor the tribunal, is bound to apply the national procedural rules and customs prevalent in civil proceedings in the court of the country in which the arbitration is held. This allows the arbitration procedure to be adapted to the requirements of the case at hand, and avoids the formalism of civil procedure rules.” (TURNER; MOHTASHAMI, 2009, p. 93).

²²⁸ “The discretion of the tribunal in conducting the reference is therefore subject to the application of the mandatory rules or international public policy of the law applicable to the arbitration, also known as *lex arbitrii*. [...] Most national arbitration laws comprise fundamental procedural principles governing the conduct of the proceedings, such as the need to treat parties impartially and fairly, rather than detailed rules of procedure. The application of these fundamental procedural principles is mandatory and so they must be respected by the tribunal in its conduct of the arbitration, as affirmed in article 14.3 [2]”. (TURNER; MOHTASHAMI, 2009, p. 100).

a) Regulamentos da CCBC

O primeiro regulamento de arbitragem publicado no Brasil foi o regulamento da comissão de arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, em 1979 (CCBC, 1979 – *Regulamento da Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá*). Embora inexistisse artigo específico sobre as regras processuais aplicáveis ao procedimento arbitral, constatava-se a prevalência das disposições do regulamento e dos árbitros para definir o procedimento e o afastamento das regras processuais brasileiras.

O procedimento arbitral era tratado em detalhes nas seções IV e V (artigos 9º a 20) e no artigo 4.4º, que se referia ao compromisso arbitral, exigindo a inclusão neste da declaração de que “o Juízo arbitral observará os prazos e procedimentos previstos na Seção V deste regulamento” (CCBC, 1979 – *Regulamento da Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá*). O artigo 14 — que tratava das provas — determinava que o juízo arbitral é o juiz da aceitabilidade das provas e, afastando a aplicação das normas do CPC a esse respeito, afirmava que os árbitros não estavam adstritos às normas legais relativas à prova:

14. As partes podem apresentar todas as provas que julgarem úteis à instrução do procedimento e ao esclarecimento dos Árbitros. As partes devem, ainda, apresentar todas as outras provas disponíveis que qualquer membro do Juízo Arbitral julgue necessários para compreensão e solução da controvérsia. *O Juízo Arbitral é o juiz da aceitabilidade das provas apresentadas, não estando, desta maneira, adstrito às normas legais relativas à prova.* (CCBC, 1979 – *Regulamento da Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá*, destaques acrescentados).

O regulamento do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, revisado em 1998 (CCBC, 1998 – *Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá*), tratava da condução do procedimento na seção 9º e não trazia dispositivo específico sobre as regras aplicáveis na ausência de acordo entre as partes ou de disposição nele mesmo. No entanto, algumas disposições do regulamento, inclusive a do artigo 9º.5, que tratava de produção de provas, conferia amplos poderes aos árbitros para determinar o procedimento, sem mencionar qualquer necessidade de seguir regras do processo civil

nacional.²²⁹ O dispositivo final sobre interpretação do regulamento também conferia amplos poderes aos árbitros para interpretá-lo e aplicá-lo.²³⁰

A revisão do regulamento da Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá foi aprovada e publicada em 1º de setembro de 2011 (CCBC, 2012 – *Regulamento da Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá*). A nova versão entrou em vigor em 1º de janeiro de 2012. O artigo 7º, que trata do procedimento arbitral, não contém dispositivo sobre as regras procedimentais aplicáveis à arbitragem. Assim como no regulamento da CCBC de 1998, esse artigo confere poderes aos árbitros para deferir e estabelecer as provas²³¹ e adotar quaisquer medidas necessárias ao desenvolvimento do procedimento,²³² sem fazer qualquer referência às normas estatais de processo civil. A interpretação e a aplicação do regulamento são de competência dos árbitros²³³ e essa interpretação deve ser subsidiada, como fonte secundária, apenas pelo Código de Ética do CAM/CCBC.²³⁴

b) Regulamentos da CMA-SP

O primeiro regulamento de mediação e arbitragem e arbitragem expedita da CMA-SP data de 1995 (CMA-SP, 1995 – *Regulamento de Mediação e Arbitragem e Arbitragem Expedita*). Esse regulamento foi modificado por outro, aprovado em 20 de agosto de 1998, após a

²²⁹ Nesse sentido, ver artigo 9º.5 sobre produção de provas, parte final: “Caberá ao Tribunal Arbitral deferir as provas úteis, necessárias ou pertinentes.”; artigo 9º.17: “O Tribunal Arbitral, se as circunstâncias o justificarem, poderá determinar a suspensão ou adiamento da audiência.”; e, ainda, artigo 9º.18: “O Tribunal Arbitral adotará as medidas necessárias e convenientes para o correto desenvolvimento do procedimento e, quando oportuno, requererá à autoridade judiciária competente a adoção de medidas cautelares e coercitivas.” (CCBC, 1998 – *Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá*).

²³⁰ Nesse sentido, ver artigo 13.1 sobre interpretação: “Os árbitros interpretarão e aplicarão o presente Regulamento em tudo que concerne seus poderes e obrigações.” (CCBC, 1998 – *Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá*).

²³¹ Nesse sentido, ver artigo 7º.4.1 “Caberá ao Tribunal Arbitral deferir e estabelecer as provas que considerar úteis, necessárias e adequadas, segundo a forma e a ordem que entender conveniente.” (CCBC, 2012 – *Regulamento da Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá*).

²³² Nesse sentido, ver artigo 7º.8 “O Tribunal Arbitral adotará as medidas necessárias e convenientes para o correto desenvolvimento do procedimento observados os princípios da ampla defesa, do contraditório e da igualdade de tratamento das partes.” (CCBC, 2012 – *Regulamento da Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá*).

²³³ Nesse sentido, ver artigo 13.1 “Os árbitros interpretarão e aplicarão o presente Regulamento em tudo que concerne seus poderes e obrigações.” (CCBC, 2012 – *Regulamento da Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá*).

²³⁴ Nesse sentido, ver artigo 13.4 “O Código de Ética do CAM/CCBC integra este Regulamento para todos os fins de direito, devendo subsidiar, como fonte secundária, a interpretação dos dispositivos deste Regulamento.” (CCBC, 2012 – *Regulamento da Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá*).

promulgação da Lei de Arbitragem brasileira: regulamento de mediação e arbitragem e arbitragem expedita da CMA-SP data de 1998 (CMA-SP, 1998 – *Regulamento de Mediação e Arbitragem e Arbitragem Expedita*). A versão de 1998 foi complementada por 10 resoluções que, na sua maioria, tratavam de questões relativas às custas. Em 27 de abril de 2010, foi publicada uma versão atualizada do regulamento de mediação e arbitragem e arbitragem expedita da CMA-SP (CMA-SP, 2010 – *Regulamento de Mediação e Arbitragem e Arbitragem Expedita*) incorporando as resoluções já publicadas ao texto do regulamento de 1998.

O artigo 17.2²³⁵ do regulamento da CMA-SP confere aos árbitros poderes para interpretar e aplicar o regulamento aos casos específicos — inclusive suprimindo as lacunas existentes — sem fazer qualquer referência à aplicação das regras do CPC. Ademais, outras disposições do regulamento também conferem explicitamente poderes aos árbitros.²³⁶

c) Regulamentos da Câmara FGV

O regulamento da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem (CÂMARA FGV, 2002 – *Regulamento da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem*) foi adotado em outubro de 2002, por ocasião da criação da Câmara FGV. O procedimento arbitral é tratado na seção III (artigos 43-48), que, assim como nos regulamentos da CCBC e CMA-SP, não contém disposição específica sobre as regras aplicáveis ao procedimento arbitral no caso de lacuna no regulamento. Contudo, ao contrário dos outros dois regulamentos nacionais mencionados, o regulamento da Câmara FGV apresenta em suas normas gerais um artigo sobre a interpretação do regulamento e outro sobre lacuna. O artigo 64 estabelece que cabe ao presidente do tribunal arbitral decidir a respeito das omissões no regulamento, podendo aplicar o CPC de forma subsidiária.

Art. 64 - Caberá ao presidente do tribunal arbitral decidir as questões a respeito das quais seja omissa o presente Regulamento, *podendo valer-se, subsidiariamente das normas do Código de Processo Civil, atendidos os objetivos de celeridade e de informalidade*. (CÂMARA FGV, 2002 – *Regulamento da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem*, destaques acrescentados).

²³⁵ “Artigo 17.2. Caberá aos árbitros interpretar e aplicar o presente Regulamento aos casos específicos, inclusive lacunas existentes, em tudo o que concerne aos seus poderes.” (CMA-SP, 2010 – *Regulamento de Mediação e Arbitragem e Arbitragem Expedita*).

²³⁶ Nesse sentido, ver, por exemplo, artigo 8º.1, possibilitando ao tribunal convocar as partes para uma audiência preliminar, e artigo 8º.5, determinando que caberá aos árbitros deferir as provas úteis. (CMA-SP, 2010 – *Regulamento de Mediação e Arbitragem e Arbitragem Expedita*).

Embora essa redação possa ser criticada por fazer referência ao CPC, a utilização da expressão “podendo valer-se, subsidiariamente” deixa claro que, *a priori*, os árbitros não são obrigados a aplicar o CPC.

II.3.4 Síntese e análise comparativa dos regulamentos: a consolidação da autonomia processual da arbitragem e do poder normativo dos árbitros

Há uma clara diferença entre o tratamento dado às regras para condução do procedimento arbitral nos regulamentos internacionais e nos brasileiros, constatando-se uma maior preocupação com o tema nos internacionais.

Tanto no regulamento da UNCITRAL como naqueles da CCI, da LCIA e do ICDR existe um item específico tratando das regras aplicáveis ao procedimento arbitral. Em síntese, essas disposições permitem que as partes ou, na ausência de disposição pelas partes, o tribunal arbitral estabeleça regras processuais para condução do procedimento.²³⁷ Em um momento inicial, houve a preocupação com o abuso dessa liberdade, gerando a inclusão, nos regulamentos da UNCITRAL,²³⁸ da CCI,²³⁹ do ICDR²⁴⁰ e da LCIA,²⁴¹ de necessidade de respeitar os princípios da igualdade entre as partes e do contraditório. Em um momento mais recente, verifica-se também a preocupação em não tornar o procedimento arbitral deveras complicado, com as mesmas ineficiências do judiciário. Nesse sentido caminharam as últimas revisões do ICDR,²⁴² da LCIA,²⁴³ da UNCITRAL²⁴⁴ e da CCI.²⁴⁵

Os regulamentos brasileiros não contêm dispositivos expressos sobre a condução do procedimento no caso de ausência de disposição pelas partes e/ou de previsão no regulamento arbitral eleito. Apenas o regulamento da FGV possui um último artigo, já nas disposições finais, estabelecendo que cabe aos árbitros decidir questões omissas no regulamento, podendo valer-se,

²³⁷ Essa é posição adotada em diversos outros regulamentos de arbitragem. Nesse sentido, ver tabela comparativa disponível no Kluwer Arbitration (anexo B).

²³⁸ Ver artigo 15.1 (parte final) do regulamento da UNCITRAL de 1975.

²³⁹ Ver artigo 15.2 inserido na revisão do regulamento da CCI de 1998.

²⁴⁰ Ver artigo 16.1 (parte final) do regulamento da ICDR de 1991.

²⁴¹ Ver artigo 14.1 inserido na revisão do regulamento da LCIA de 1998.

²⁴² Ver artigo 16.2, acrescido no regulamento da ICDR de 1997.

²⁴³ Ver artigo 14.1(ii) acrescido no regulamento da LCIA de 1998.

²⁴⁴ Ver artigo 17.1, última parte acrescida no regulamento da UNCITRAL de 2010.

²⁴⁵ Ver artigo 22(1) do regulamento da CCI de 2012.

subsidiariamente, das normas do CPC.²⁴⁶ Os regulamentos da CCBC e da CMA-SP conferem amplos poderes aos árbitros para interpretar e aplicar o regulamento, sem fazer referência, ainda que, subsidiariamente, ao CPC.

Deve-se destacar que o regulamento da CCI²⁴⁷ menciona expressamente que, ao decidir questões procedimentais, os árbitros não são obrigados a observar as normas de processo civil vigentes.

²⁴⁶ Ver artigo 63 do regulamento da Câmara FGV. Ver capítulo II, subitem II.3.3(iii), *supra*.

²⁴⁷ Ver artigo 15(1) do regulamento da CCI de 1998 ou artigo 19 do regulamento da CCI de 2012. Ver capítulo II, subitem II.3.2(i), *supra*.

III O DIREITO TRANSNACIONAL E SUA APLICAÇÃO AO PROCESSO ARBITRAL

O desenvolvimento da sociedade, principalmente após o período feudal e a Paz de Vestefália, foi baseado no conceito de Estados soberanos.²⁴⁸ Contudo, os problemas jurídicos contemporâneos cada vez mais ultrapassam as fronteiras territoriais dos Estados. A intensificação das relações econômicas, sociais e políticas no último século colocaram em questionamento a adequação dos sistemas jurídicos e a capacidade legislativa dos Estados,²⁴⁹ seja no âmbito do direito nacional, seja na participação como sujeito de direito internacional.

O direito internacional público rege as relações entre os Estados,²⁵⁰ entretanto os problemas atuais não estão limitados somente às relações entre eles. Para relações envolvendo questões de direito privado, o direito internacional privado não soluciona a existência de conflitos entre diferentes leis, mas apenas cria, de uma maneira artificial, critérios para estabelecer qual, dentre as possíveis leis nacionais aplicáveis, deve prevalecer.

A fim de solucionar problemas decorrentes de relações que transcendem as fronteiras territoriais e que envolvem atores estatais e privados, surge o conceito de direito transnacional estudado neste capítulo.

A solução de conflitos por meio da arbitragem internacional cresceu vertiginosamente nos últimos 50 anos, por ser um instituto que possibilita um meio adequado para a solução de disputas transfronteiriças. O capítulo anterior demonstrou a inadequação da aplicação de critérios de direito internacional privado, em especial da *lex fori*, para regência dos aspectos processuais da arbitragem. Este capítulo desenvolve a aplicação do conceito de *direito transnacional* no âmbito arbitral, particularmente em relação aos aspectos processuais tratados nesta tese.

Dessa forma, este capítulo desenvolve a evolução do conceito de direito transnacional (item III.1), a sua utilização no âmbito arbitral (item III.2) e a sua adequação para a análise dos aspectos processuais da arbitragem (item III.3).

²⁴⁸ Nesse sentido, ver Soares (2002, p. 30).

²⁴⁹ Nesse sentido, ver Faria (1999, p. 39-51).

²⁵⁰ O termo em inglês proposto por Bentham evidencia melhor a intenção do que a sua tradução para o português. Em inglês, “*international*” seria equivalente a “entre nações”.

III.1 Direito transnacional

O conceito de *direito transnacional* foi proposto por Jessup²⁵¹ em sua obra seminal sobre o tema: *Transnational Law* (JESSUP, 1956). Posteriormente, esse termo ganhou significado próprio, desvirtuando-se do conceito original. O conceito de direito transnacional proposto por Jessup é visto como um conceito mais amplo. Por outro lado, é corriqueira a utilização do termo “transnacional” em sentido estrito. Dessa forma, para evitar ambiguidades, torna-se necessário esclarecer e distinguir a utilização do termo “transnacional”.

Segundo Jessup:

[...] o termo “direito transnacional” inclui todo direito que regula ações e eventos que transcendem as fronteiras nacionais. Tanto o direito internacional público quanto o privado estão incluídos, bem como outras normas que não se enquadram perfeitamente em uma categoria-padrão.²⁵² (JESSUP, 1956, p. 2, tradução livre).

Analisando a evolução do direito internacional e a entrada de novos sujeitos de direito internacional ao lado do Estado, Jessup menciona situações transnacionais contemporâneas que podem envolver indivíduos, corporações, Estados, organizações de Estados e outros grupos (JESSUP, 1956, p. 3). Dessa análise, ele verifica que uma série de leis ou normas de direito podem ser aplicadas a essas situações (JESSUP, 1956, p. 4). Assim, torna-se necessário o recurso às normas de “conflitos de leis”, ou direito internacional privado, que são, em síntese, decorrentes de escolhas ou opções feitas pelos legisladores nacionais e contêm regras sobre qual lei deve ser aplicada pelos tribunais locais para solucionar situações de conflito entre leis.²⁵³

²⁵¹ Anteriormente, McDougal introduziu o termo “transnacional” para descrever grupos ou atividades que transcendem as fronteiras nacionais, mas não atrelou qualquer significado jurídico a esse termo. Há notícia de que outros doutrinadores (em especial Joseph Johnson e Arthur Nussbaum) utilizaram o termo “transnacional” atrelado a conceitos jurídicos (JESSUP, 1956, p. 2). Entretanto, o desenvolvimento da ideia de um direito transnacional é creditado ao internacionalista Phillip C. Jessup, com base na sua aula magna (*stors lecture*) na Universidade Yale, nos Estados Unidos, que deu origem à obra *Transnational Law*, publicada em 1956 (KOH, 1996, p. 186; BROUDER, 2006, p. 7).

²⁵² Texto original: “[...] the term ‘transnational law’ to include all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories.”.

²⁵³ “There are rules, or there is a law, bearing upon each of these situations. There may be a number of applicable legal rules and they may conflict with each other. When this is the case still other rules may determine which law prevails. In certain types of situations we may say this is a question of ‘choice of law’ which is to be determined by the rules of ‘Conflicts of Laws’ or ‘Private International Law.’ The choice usually referred to here is between rules of different national laws; and the choice, we assume, is to be made by a national court.” (JESSUP, 1956, p. 4).

Diante do contexto de problemas transnacionais, Jessup (1956, p. 2) questiona a aplicação das regras de conflito de leis e propõe a aplicação do direito transnacional, que inclui direito internacional público e privado, bem como qualquer outra categoria de normas que não se enquadrem perfeitamente em uma categoria-padrão. Esse ponto da obra de Jessup é visto como uma das suas grandes contribuições. De maneira ousada e com uma visão consciente de futuro, Jessup propõe a necessidade de se refletir além do direito internacional público e privado, desenvolvendo o conceito de *direito transnacional*.²⁵⁴

Para que se possa vislumbrar a aplicação de um direito transnacional, Jessup esclarece que primeiro é necessário parar de pensar apenas com base em uma jurisdição e passar a considerar a possibilidade da existência de um tribunal que não esteja vinculado a um sistema de leis nacionais.²⁵⁵

Jessup propõe a solução dos problemas transnacionais não pela aplicação de uma lei, tampouco pela violação delas, mas por um processo de ajuste de meios extraleais e metajurídicos.²⁵⁶ Jessup (1956, p. 7-11) reconhece a dificuldade de introduzir uma nova solução, especialmente quando os pensamentos já estão condicionados a aplicar uma regra de conflito de leis, mas ressalta que a transnacionalidade dos problemas jurídicos exige considerações em dimensões transnacionais. Ele afirma que o direito transnacional forneceria uma ampla gama de normas a que as partes poderiam fazer referência sem se preocupar se são normas de direito público ou privado.²⁵⁷ Seria possível constatar elementos comuns nas situações nacionais e internacionais, e a solução adotada no âmbito nacional poderia auxiliar na solução no âmbito internacional (JESSUP, 1956, p. 16). Após analisar alguns cenários comparando situações domésticas com situações que envolvem questões transnacionais, Jessup conclui que não há necessidade de escolha de uma única lei com base em critérios artificiais — por exemplo, a territorialidade, a nacionalidade, o domicílio, entre outros. Por outro lado, afirma que não há razões para impedir que os tribunais sejam autorizados a escolher, dentre as normas jurídicas

²⁵⁴ Reconhecendo a importância da obra de Jessup e, principalmente, sua visão inovadora para a época, ver, por exemplo, Calliess e Zumbansen (2010, p. 13) e Tietje e Nowrot (2006, p. 27).

²⁵⁵ “To envisage the applicability of transnational law it is necessary to avoid thinking solely in terms of any particular forum, since it is quite possible, as we shall see, to have a tribunal which does not have as its own law either a body of national law or the corpus of international law.” (JESSUP, 1956, p. 6).

²⁵⁶ “A problem may also be resolved not by the application of law (although equally not in violation of law) but by a process of adjustment – an extralegal or metajuridical means.” (JESSUP, 1956, p. 3).

²⁵⁷ “The use of transnational law would supply a larger storehouse of rules on which to draw, and it would be unnecessary to worry whether public or private law applies in certain cases.” (JESSUP, 1956, p. 15).

existentes, aquela que for mais conveniente para solucionar a questão controversa, defendendo, assim, a aplicação do direito transnacional.²⁵⁸

A obra de Jessup é tida como inovadora ao propor, ainda nos meados da década de 1950, uma ruptura com os conceitos clássicos de conflito de leis e escolha de uma lei de regência, permitindo ao julgador ir além dessas regras rígidas em busca da aplicação das normas mais adequadas ao caso concreto.

O conceito desenvolvido por Jessup foi difundido por Vagts (1986), que caracterizou o direito transnacional com base em três elementos: i) assuntos que transcendem as fronteiras nacionais; ii) assuntos nos quais não há uma distinção clara entre o público e o privado; e iii) assuntos com fontes abertas e flexíveis, além das tradicionais listadas no artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, incluindo, por exemplo, *soft laws*.²⁵⁹ É importante ressaltar que o conceito de *direito transnacional* de Jessup, tal como defendido por Vagts, não se preocupa apenas com as leis e as normas, mas com o comportamento adotado pelos atores que se engajam em práticas transnacionais.²⁶⁰ A obra de Vagts *Transnational Legal Problems*, que teve diversas reedições, as últimas em conjunto com Steiner e Koh (STEINER; VAGTS; KOH, 1994), trata de problemas jurídicos transnacionais e esclarece que seu objetivo é desenvolver um quadro conceitual para a compreensão de problemas envolvendo um ou mais sistema jurídico.²⁶¹

Nesse contexto, Koh (1996) desenvolve a teoria do processo jurídico transnacional (*transnational legal process*).²⁶² Segundo ele, o processo jurídico transnacional descreve não apenas a teoria, mas a prática na qual diversos atores, públicos e privados, interagem em fóruns

²⁵⁸ “There is no inherent reason why a judicial tribunal, whether national or international, should not be authorized to choose from all of these bodies of law the rule considered to be the most in conformity with reason and justice for the solution of a particular controversy. The choice need not to be determined by territoriality, personality, nationality, domicile, jurisdiction, sovereignty or any other rubric save as these labels are reasonable reflections of human experience with the absolute and relative convenience of law and of the forum – *lex conveniens* and *forum conveniens*.” (JESSUP, 1956, p. 106-107).

²⁵⁹ Nesse sentido, ver síntese do pensamento de Vagts apresentado por Steiner em obra em sua homenagem (STEINER, 2010, p. 12-13).

²⁶⁰ Nesse sentido, ver Salacuse (2010, p. 406).

²⁶¹ Nesse sentido, ver Steiner, Vagts e Koh (1994, prefácio).

²⁶² Koh reconhece a influência, na sua teoria, da obra de Jessup sobre direito transnacional, além das obras de Vagts e Steiner sobre problemas jurídicos transnacionais e de Chayes, Ehrlich e Lowenfeld sobre o processo legal internacional (KOH, 1996, p. 186).

nacionais e internacionais criando, interpretando, executando e internalizando o direito transnacional.²⁶³ Esse processo jurídico transnacional seria marcado por quatro características:

- 1) não é tradicional: distancia-se das dicotomias históricas que envolvem o estudo do direito internacional (público/privado e doméstico/internacional);
- 2) não é estatal: os atores envolvidos nesse processo não são apenas, e nem primordialmente, o Estado, incluindo atores não estatais;
- 3) é dinâmico, e não estático: transformando-se do público para o privado, do doméstico para o internacional e vice-versa; por fim,
- 4) é normativo: nesse processo de interação, novas normas emergem, são interpretadas, executadas e internalizadas.²⁶⁴

Koh (1996, p. 184) ressalta que seu conceito não é simplesmente descritivo, mas inclui o processo normativo e guia interações futuras. Embora sem utilizar o termo “metodologia”, essa teoria sobre o processo jurídico transnacional assemelha-se com a visão que é defendida neste estudo e será analisada em detalhe a seguir acerca do direito transnacional como método.

O termo “direito transnacional” também desenvolveu um significado próprio, mais estrito, relacionado à emergência de um direito ou uma ordem jurídica transnacional.²⁶⁵ Sem se negar a coexistência dos diversos significados e a existência de conceitos intermediários, o conceito de *direito transnacional*, no sentido estrito, está relacionado à existência de um direito ou a uma ordem jurídica independente dos Estados e das ordens jurídicas nacionais.

²⁶³ “Transnational legal process describes the theory and practice of how public and private actors – nation-states, international organizations, multinational enterprises, non-governmental organizations, and private individuals – interact in a variety of public and private, domestic and international fora to make, interpret, enforce and ultimately, internalize rules of transnational law.” (KOH, 1996, p. 183-184).

²⁶⁴ “Transnational legal process has four distinctive features. First, it is *nontraditional*: it breaks down two traditional dichotomies that have historically dominated the study of international law: between domestic and international, public and private. Second, it is *nonstatist*: the actors in this process are not just, or even primarily, nation-states, but include nonstate actors as well. Third, transnational legal process is *dynamics*, no static. Transnational law transforms, mutates, and percolates up and down, from public to the private, from domestic to the international level and back down again. Fourth and finally, it is *normative*. From this process of interaction, new rules of law emerge, which interpret, internalize, and enforce, thus beginning the process all over again.” (KOH, 1996, p. 184, destaques acrescentados).

²⁶⁵ Nesse sentido, ver explanação de Cotterrell (2012, p. 2): “The international lawyer Philip Jessup wrote that transnational law includes ‘all law which regulates actions or events that transcend national frontiers’ (Jessup 2006, 45). In his view national and international law would be part of it insofar as they have these effects, and it could address both public (state and governmental) and private (non-governmental, civil society) actors (Tietje and Nowrot 2006). But other writers treat transnational law as conceptually distinct from national and international law because its primary sources and addressees are neither nation state agencies nor international institutions founded on treaties or conventions, but private (individual, corporate or collective) actors involved in transnational relations (for discussion see Zumbansen 2002; Calliess 2007, 476).”

Discorrendo sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional, Teubner (1996)²⁶⁶ defende a existência de ordenamentos jurídicos independentes dos Estados. Segundo Teubner, setores sociais produzem normas com relativa autonomia dos Estados, possibilitando a emergência de ordenamentos jurídicos *sui generis*.²⁶⁷ Para exemplificar os ordenamentos jurídicos transnacionais criados por setores sociais, Teubner cita a *lex mercatoria* como caso mais exitoso²⁶⁸ e, ainda, a *lex sportiva*, proteção de direitos humanos e ambientais. Ele defende a existência de “[...] uma série de formas não mais apenas rudimentares de um ordenamento jurídico mundial, que surge independentemente dos ordenamentos jurídicos nacionais e do clássico direito das gentes.” (TEUBNER, 2003, p. 11).²⁶⁹ Ainda, segundo Teubner, o novo modelo de ordens jurídicas transnacionais não decorre de uma globalização unitária, mas de processos globalizadores fragmentados liderados pela sociedade civil e com relativa independência da política.²⁷⁰

Trazendo uma nova dimensão ao conceito de direito transnacional, Calliess e Zumbansen propõem que o direito transnacional seja compreendido como uma metodologia ao invés de um ramo autônomo.²⁷¹ Esse conceito metodológico de direito transnacional combinaria o pluralismo jurídico com a teoria dos sistemas e com uma variedade de teorias políticas e econômicas.²⁷² Essa

²⁶⁶ Obra traduzida para português em 2003.

²⁶⁷ “Nos dias de hoje estão-se constituindo em ‘autonomia relativa’ diante do Estado-nação, bem como diante da política internacional setores distintos da sociedade mundial que produzem a partir de si mesmos ordenamentos jurídicos globais *sui generis*.” (TEUBNER, 2003, p. 10). Ver também o texto original (TEUBNER, 1996, p. 3).

²⁶⁸ “Historicamente a *lex mercatoria*, ordenamento jurídico transnacional dos mercados mundiais, provou até agora ser o caso mais exitoso de um ‘direito mundial’ além da ordem política internacional.” (TEUBNER, 2003, p. 10). Ver também o texto original (TEUBNER, 1996, p. 3).

²⁶⁹ Ver também o texto original (TEUBNER, 1996, p. 4).

²⁷⁰ “Mas a nova experiência não é uma globalização unitária da sociedade sob a condução da política, e sim processos globalizadores fragmentados da sociedade civil em relativa independência da política.” (TEUBNER, 2002, p. 12). Ver também o texto original (TEUBNER, 1996, p. 6). Um estudo aprofundado sobre a fragmentação do direito global é apresentado por Fischer-Lescano e Teubner (2004).

²⁷¹ “Yet, because we understand transnational law above all to demarcate a methodological position rather than to identify a perfectly map-able doctrinal field, it is important to recognize transnational law is better understood as a continuation, as a further elaboration and innovation of reflexive law than as a distinct legal field like, for example, public international law or conflict of laws.” (CALLIESS; ZUMBANSEN, 2010, p. 6).

²⁷² Nesse sentido, ver Calliess e Zumbansen (2010, p. 10): “It is here where we want to argue in favor of a decidedly methodological concept of transnational law that brings together legal pluralism, systems theory and a combination of political theory and political economy.” No mesmo sentido, Zumbansen (2010, p. 148): “While for Jessup the reference to ‘transnational’ served above all to highlight the inability of the existing disciplines of both public and private international law to capture the various border-crossing regulatory interactions between public and private or between private parties, the *here-proposed concept of transnational legal pluralism is first and foremost a proposal to conceive of transnational law from a methodological perspective*. [...] Instead, the term transnational is meant here to identify a methodological space in which to make sense of the conditions that shape references to law or non-law in functionally highly differentiated contexts. These contexts — [...] — are characterised by a *complex amalgamation of ‘hard’ and ‘soft’, direct and indirect norms that no longer fit under*

metodologia seria adequada para um sistema regulatório contemporâneo, com a oferta de um mecanismo de criação de normas variado e dinâmico, que combina o público e o privado e que supera as barreiras existentes para a normatização das relações transnacionais, sem substituir os modelos normativos estatais ou internacionais, mas complementando-os.²⁷³ Em outros termos, pode-se dizer que esse é um conceito intermediário, que parte de um conceito amplo como o defendido por Jessup, mas reconhece a existência do sentido estrito.

No âmbito brasileiro, o termo “transnacional” é, muitas vezes, utilizado sem um rigor conceitual detalhado ou atrelado a conceitos econômicos. No meio jurídico, o conceito de *transnacional* ganhou força com a crítica à nomenclatura “empresa multinacional” e a sua crescente substituição pelo nome “empresa transnacional”. Nesse contexto, o termo “transnacional” adquire significado mais estrito, no sentido de que se trata de empresas com centros de decisão descentralizados e não sediados em um único Estado (CRETELLA NETO, 2005).

Amaral Júnior (2011, p. 20 e 199) reconhece que o crescente entrelaçamento dos mercados tem modificado a compreensão do direito internacional público e privado e, citando a concepção de direito transnacional desenvolvida por Jessup, afirma existir uma transição do direito internacional para um direito transnacional.

A discussão sobre o direito transnacional foi trazida ao debate por Marcelo Neves (2009), ao discorrer sobre o transconstitucionalismo. Neves também reconhece a ambivalência na expressão “direito transnacional”. Como mencionado, a referência ao termo “transnacional” de maneira abrangente seria semelhante ao conceito desenvolvido por Jessup, que teria como núcleo básico a noção de relações que ultrapassam as fronteiras dos Estados e que incluiriam não apenas ordens, instituições e problemas transnacionais, mas também internacionais e supranacionais (NEVES, 2009, p. 84). Por outro lado, a utilização da expressão no sentido estrito apontaria para a proposta de Teubner da existência de “[...] ordens normativas privadas ou quase públicas que

the semantic umbrella of existing disciplinary fields such as labour law or corporate law.” (destaques acrescentados).

²⁷³ Nesse sentido, ver Calliess e Zumbansen (2010, p. 6): “The concept of ‘Rough Consensus and Running Code’ (RCRC) proposed here responds to the structural elements of the contemporary regulatory landscape by offering a mixed, public-private, dynamic norm-creation process. RCRC overcomes the described obstacles to effective norm-creation for transnational relations by presenting a form of lawmaking, which does not replace but complements existing models of norm-creation, either on the nation-state or international-level.”

surgem e se desenvolvem no plano global independentemente tanto do Estado e de suas fronteiras quanto de ordens constituídas com base no Estado.” (NEVES, 2009, p. 84).

Em sua obra, Neves (2009, p. 84) reconhece a existência de um sentido estrito ao termo “transnacional” e a existência de ordens transnacionais. Sua tese, entretanto, aponta para um sentido intermediário, caracterizando o transconstitucionalismo pelo entrelaçamento de ordens jurídicas diversas, incluindo as ordens estatais e também as transnacionais, internacionais e supranacionais, em torno dos mesmos problemas de natureza constitucional.²⁷⁴ Ao esboçar uma metodologia para o transconstitucionalismo, Neves ressalta que não se pode ter como ponto de partida uma única ordem jurídica, mas a articulação e a coordenação entre as regras e os princípios de diversas ordens em face de um caso concreto.²⁷⁵ Nesse sentido, Neves defende o transconstitucionalismo como um método adequado para um mundo com problemas comuns e com uma pluralidade de ordens jurídicas e como uma alternativa tanto ao modelo hierárquico quanto à fragmentação do direito.²⁷⁶ Conclui que o transconstitucionalismo deve desenvolver-se com a construção de “pontes de transição” que possibilitem um relacionamento entre as ordens jurídicas e a articulação pluridimensional de seus princípios e de suas regras.²⁷⁷

O modelo de direito transnacional aplicado por Neves ao desenvolver a teoria do transconstitucionalismo está baseado em uma concepção metodológica que busca a coordenação — e não a hierarquia — entre ordens jurídicas diversas que se encontram em diferentes planos normativos, incluindo entre elas a ordem jurídica transnacional.

²⁷⁴ “O que se pode observar, quando se leva em conta a Convenção de Nova Iorque, é um entrelaçamento entre ordens jurídicas que não se restringe apenas à bilateralidade (ordem estatal/ordem transnacional da arbitragem comercial), mas inclui, em um sistema jurídico mundial de ‘níveis’ múltiplos, a ordem internacional e a ordem de outros Estados: nesse sentido, ampliam-se as possibilidades de conversação transconstitucional entre ordens jurídicas.” (NEVES, 2009, p. 196).

²⁷⁵ “Portanto, o método do transconstitucionalismo não pode ter como ponto de partida uma determinada ordem jurídica, muito menos as ordens dos mais poderosos, mas sim os problemas constitucionais que se apresentam enredando as diversas ordens. Da desconexão inicial entre as ordens presas em suas respectivas identidades, o transconstitucionalismo viabiliza a articulação recíproca de regras e princípios em face do caso.” (NEVES, 2009, p. 275).

²⁷⁶ “Portanto, com base em uma metodologia do transconstitucionalismo cabe rejeitar tanto um modelo metódico hierárquico quanto a simples constatação da fragmentação do direito, sem horizontes metodológicos.” (NEVES, 2009, p. 276-277).

²⁷⁷ “Em face da fragmentação, o método transconstitucional precisa desenvolver-se na busca de ‘pontes de transição’ que possibilitem um relacionamento mais construtivo (ou menos destrutivo) entre ordens jurídicas, mediante a articulação pluridimensional de seus princípios e regras em face de problemas jurídico-constitucionais comuns, dependentes de soluções suportáveis para todas as ordens envolvidas, sem uma última instância decisória. Antes que autoridade, o transconstitucionalismo precisa de método.” (NEVES, 2009, p. 277).

Em síntese, verifica-se, tanto no âmbito internacional como no âmbito brasileiro, uma tendência à adoção de um conceito intermediário de direito transnacional, que parte do conceito amplo de Jessup, mas reconhece o sentido estrito. Essa tendência propõe que o direito transnacional seja visto como uma metodologia, reconhecendo o entrelaçamento entre as diversas ordens jurídicas, que se encontram em planos normativos diferentes, e admitindo a emergência de ordens jurídicas independentes do Estado.

III.2 O direito transnacional no âmbito arbitral

A utilização do termo “transnacional” também é atrelada a diferentes significados no âmbito arbitral. Consta-se a mesma dicotomia entre o sentido estrito e o sentido amplo encontrada no contexto geral. Ademais, pode ser verificada a propositura de um conceito intermediário de direito transnacional, qual seja, como uma metodologia que parte do conceito amplo — incluindo diversas fontes normativas — e incorpora, entre essas fontes, o conceito estrito, no sentido da existência de normas transnacionais independentes do Estado.

No sentido amplo, o termo “transnacional” está relacionado ao uso da arbitragem para solução de conflitos que transcendem as fronteiras. Nesses casos, em decorrência do contato com mais de um Estado, surge o problema de determinação do estatuto, ou das normas, aplicáveis à arbitragem. Pinheiro faz uma distinção entre o uso do termo “arbitragem transnacional”,²⁷⁸ para se referir ao sentido amplo, e do termo “direito transnacional da arbitragem”,²⁷⁹ para se referir ao sentido estrito, isto é, relacionado às normas aplicadas pelos tribunais arbitrais que se formam independentemente da ação dos Estados.

Assim, à semelhança do conceito de Jessup, a arbitragem seria caracterizada como transnacional por solucionar conflitos que transcendem as fronteiras nacionais aos quais se aplicassem normas de direito internacional público e privado (*i.e.* convenções internacionais sobre arbitragem e regras nacionais sobre lei aplicável) e por ser regida por normas que não se

²⁷⁸ “Entende-se aqui a arbitragem transnacional em sentido amplo, abrangendo, portanto, toda arbitragem voluntária que em virtude de contactos juridicamente relevantes com mais de um Estado coloca um problema de determinação do respectivo estatuto.” (PINHEIRO, 2005, p. 197).

²⁷⁹ “Por *Direito Transnacional da Arbitragem* entendo o conjunto das regras e princípios primariamente aplicáveis pelo tribunal arbitral que se formam independentemente da acção dos órgãos estaduais.” (PINHEIRO, 2005, p. 441, destaques acrescentados).

enquadram perfeitamente em uma categoria jurídica padrão (*i.e.* regulamentos de arbitragem e outras diretrizes de instituições arbitrais ou profissionais).²⁸⁰

Por outro lado, a utilização do termo transnacional em seu sentido estrito é recorrente entre aqueles que defendem a existência de uma ordem jurídica arbitral, com autonomia dos Estados e das ordens jurídicas nacionais.²⁸¹ Os franceses, em especial da escola de Dijon, são os principais defensores dessa ordem arbitral transnacional.²⁸² O debate sobre o tema iniciou-se com o curso de Berthold Goldman em Haia, em 1963 (GOLDMAN, 1963). Nessa ocasião, Goldman defendeu a ideia de que os árbitros não têm fórum e que — exceto quando se aceita um sistema de referência à lei do local da arbitragem, que não tem explicação racional — qualquer investigação que leve em consideração a natureza da arbitragem conduziria, inevitavelmente, a um sistema autônomo, não nacional.²⁸³

Na mesma linha, em 1965, Fouchard defendeu o desenvolvimento de um direito da arbitragem internacional criado pela comunidade internacional dos comerciantes,²⁸⁴ assinalando a existência de um direito transnacional.²⁸⁵ Segundo Fouchard (1965, p. 42 et seq.), as fontes do direito arbitral seriam: cláusulas gerais de arbitragem, usos profissionais codificados,

²⁸⁰ Nesse sentido, ver Berger (1999, p. 2): “There is, however, a strong similarity perspective of comparative law, usages, customs and practice of international commerce and trade leads to the evolution of transnational legal principles, rules and standards which are applied in practice in order to arrive at economically sensible solutions to transnational commerce disputes. The preference for substantive law solutions reflected in this transnational approach serves to avoid the uncertainties and unpredictable effects caused by the application of complicated conflict of laws-doctrines and of domestic substantive law rules, which are frequently inadequate to solve the manifold legal problems of contemporary international commercial law.”

²⁸¹ O conceito de ordem jurídica também é muito debatido. Dessa forma, a caracterização do direito transnacional como uma ordem jurídica depende do conceito de *ordem jurídica* adotado. De um lado, existe a visão de Kelsen, na qual a ordem jurídica depende de uma norma fundamental, e, de outro, uma visão de cunho sociológico, defendida principalmente por Santi Romano, segundo a qual qualquer grupo social é capaz de criar uma ordem jurídica. Nesse sentido, ver Gaillard (2010, p. 58) e Paulsson (2010, p. 19).

²⁸² Há notícias de que Rabel (1936) tenha suscitado que a *lex mercatoria* formasse uma ordem jurídica autônoma. Contudo, no âmbito arbitral essa tese foi impulsionada por Goldman (1963) e Fouchard (1965).

²⁸³ “[...] à moins de s'en tenir à la référence rationnellement injustifiable au système de rattachement du siège arbitral (et sans parler d'autres choix a priori, encore moins justifiables et plus difficilement applicables dans l'arbitrage international, comme le serait, par exemple, celui du système de rattachement du pays dont l'arbitre unique ou le troisième arbitre est le ressortissant), toute recherche d'un système de rattachement correspondant à la nature de l'arbitrage international débouche sur l'inéluctable nécessité d'un système autonome, et non national.” (GOLDMAN, 1963, p. 380).

²⁸⁴ “[...] ont surtout favorisé la naissance et le développement d'un droit des praticiens de l'arbitrage commercial international : soit pour combler cette sorte de vide juridique que laissaient subsister de nombreux droits nationaux, soit pour écarter délibérément leur application, avec l'appui, dans la période récente, des Conventions internationales, donc des Etats eux-mêmes, la ‘communauté internationale des commerçants’ a créé ses propres règles, en fonction de ses propres besoins.” (FOUCHARD, 1965, p. 41).

²⁸⁵ Nesse sentido, ver Pinheiro (2005, p. 441).

regulamentos institucionais de arbitragem e, em certa medida, decisões contenciosas dos árbitros ou das autoridades corporativas.²⁸⁶ O pensamento francês foi difundido e, na década de 1980, Von Mehren,²⁸⁷ Lalive²⁸⁸ e outros também defenderam a existência de um direito arbitral anacional ou autônomo.

Comparando a corrente de pensamento francesa com a exposta no posicionamento de Teubner, seria possível a defesa de uma *lex arbitralis*, independente dos sistemas jurídicos nacionais. Nesse sentido, Mistelis afirma que, com a globalização das relações comerciais internacionais, criou-se um sistema autônomo que opera com base em normas de direito, e não em sistemas jurídicos nacionais, podendo-se falar em uma *lex arbitralis materialis* como normas substantivas transnacionais que compreenderiam os princípios gerais de direito e a prática expressa pelo trabalho das principais instituições de arbitragem e escritórios de advocacia internacional.²⁸⁹

O debate em torno da existência de uma ordem arbitral autônoma, ou ordem arbitral transnacional, voltou à evidência com o curso de Emmanuel Gaillard, em Haia, em 2007, posteriormente publicada com o título “*Aspects philosophiques du droit de l’arbitrage international*” (GAILLARD, 2008; 2010 (trad. ing.)). Nessa obra, Gaillard distingue três representações sobre arbitragem: a primeira, baseada na visão de Mann, relacionando a arbitragem a apenas uma ordem jurídica nacional;²⁹⁰ a segunda relacionando a arbitragem a uma pluralidade de ordens jurídicas;²⁹¹ e a terceira, baseada em uma ordem jurídica arbitral autônoma distinta, uma ordem jurídica transnacional.²⁹² Diversas críticas foram realizadas às três

²⁸⁶ Nesse sentido, ver, ainda, Goldman (1963, p. 380, 1964).

²⁸⁷ Von Mehren (1982, p. 222): “To this extent and on these grounds both the procedural and substantive law of arbitration can be said to have potentially a distinctly anational or autonomous quality.”

²⁸⁸ Lalive (1982, p. 166): “Souhaitons seulement qu’elle évite les écueils dont quelques exemples viennent d’être mentionné et qu’elle construise, ici aussi, un « droit commercial autonome – une nouvelle *lex mercatoria* » qui réponde aux besoins de la Communauté internationale.”

²⁸⁹ “[...] which has it that, in international commercial relations, the incremental organic creation of an autonomous system may be observed which operates on the basis of rules of law rather than legal systems -- is appealing and increasingly well-founded. Effectively, we could speak of a *lex arbitralis materialis* which consists of transnational substantive rules, general principles of law and practice as generally expressed in the work of leading arbitration institutions and international law firms.” (MISTELIS, 2003, p. 630-631).

²⁹⁰ Gaillard (2008, p. 34-46; 2010 (trad. ing.), p. 15-24).

²⁹¹ Gaillard (2008, p. 46-60; 2010 (trad. ing.), p. 24-35).

²⁹² Gaillard (2008, p. 60-100; 2010 (trad. ing.), p. 35-66).

representações, em especial àquela da arbitragem como ordem jurídica transnacional autônoma defendida por Gaillard.²⁹³

Alguns autores reconhecem que a perspectiva da tomada de decisão nas arbitragens internacionais é distinta e não baseada na lei nacional, todavia rejeitam a existência de uma ordem jurídica autônoma ou arbitral independente das ordens nacionais.²⁹⁴

Em 2001, Gaillard questionava se a aplicação de direito transnacional seria um método de tomada de decisão ou uma ordem jurídica autônoma.²⁹⁵ Segundo ele, o debate originário sobre a existência de um direito transnacional ou da *lex mercatoria* diminuiu com a constatação, na prática, da sua existência e de sua aplicação. Assim, o debate alterou-se e passou a abordar as formas possíveis de determinar seu conteúdo.²⁹⁶ Inicialmente, analisando o direito transnacional, Gaillard questiona se este i) é definido pelo seu conteúdo ou pelas suas fontes e ii) se pode ser apresentado como uma lista ou um método. Quanto à primeira indagação, Gaillard conclui que as normas transnacionais derivam de uma variedade de sistemas jurídicos e fontes e, portanto, devem ser caracterizadas pelas suas fontes e não pelo seu conteúdo.²⁹⁷ Quanto ao segundo questionamento, Gaillard ressalta que o direito transnacional não é estático, dificultando um fechamento do seu conteúdo em um código ou uma lista. Dessa forma, deve ser compreendido como um método que não se vale das regras tradicionais de conflito de leis (ou direito internacional privado), mas de uma análise de direito comparado que permite ao árbitro a escolha

²⁹³ Ver, por exemplo, Paulsson (2010).

²⁹⁴ Ver, por exemplo, Renner (2009, p. 537): “The concept of transnational law can therefore be understood as referring to the very peculiar perspective on decision-making that international arbitrators must take. On the one hand, they are not immediately bound by any domestic legal order, on the other hand, they are required to issue an award that is binding and enforceable at law. Transnational law, thus, denotes a body of law that comprises norms from domestic and international law as well as the usages of international commerce and general principles of law as embodied, for example, by the UNIDROIT Principles. It enjoys relative autonomy from domestic law, without, however, forming a legal system of its own.” Ver, ainda, Schultz (2011).

²⁹⁵ Nesse sentido, ver Gaillard (2001), artigo intitulado “Transnational Law: A Legal System or a Method of Decision Making?”.

²⁹⁶ “Initially, the controversy focused on the very existence of rules other than those found in a given legal system. [...] Today, the debate has refocused on issues of sources and methodology. Indeed, transnational rules or *lex mercatoria* in whatever form are now sufficiently established for the heart of the controversy to have shifted, concentrating more recently on the establishment in further detail of the content of those rules or the more systematic assessment of the means to do so.” (GAILLARD, 2001, p. 60).

²⁹⁷ “[...] the specificity of transnational rules lies in the fact that these rules are derived from various legal systems as opposed to a single one, and more generally from various sources, rather than in their allegedly differing content. In other words, their specificity is one of source, not of content.” (GAILLARD, 2001, p. 61).

de normas amplamente aceitas, em vez de uma regra peculiar de um determinado sistema jurídico.²⁹⁸

Sem entrar na discussão sobre a existência de uma ordem jurídica autônoma, Berger defende que o direito transnacional aplicado à arbitragem seria baseado em uma comparação funcional, metodologia que vai além das diferenças dogmáticas dos diversos sistemas jurídicos e busca valores e conceitos comuns.²⁹⁹

Paulsson, um dos principais críticos à teoria da existência de uma ordem jurídica arbitral autônoma, propõe que a arbitragem seja vista de uma maneira tridimensional, reconhecendo a complexidade do instituto e a pluralidade de ordens jurídicas nas quais a arbitragem se insere, incluindo nelas as ordens jurídicas estatais e não estatais e admitindo a sobreposição ou o entrelaçamento dessas ordens.³⁰⁰ Tal visão tridimensional da arbitragem é compatível com um conceito de direito transnacional intermediário. Por outras palavras, um conceito que reconhece o conceito amplo de direito transnacional, admitindo-se uma pluralidade de fontes normativas, mas que também admite o sentido estrito, reconhecendo normas e ordens não estatais.

Para fins deste estudo, defende-se a emergência de um direito transnacional arbitral visto como uma metodologia que considera, com base em um método comparativo, uma pluralidade de fontes normativas, incluindo normas estatais, não estatais e aquelas que emergem da própria prática arbitral e admitindo, ainda, um entrelaçamento entre elas.

²⁹⁸ “This approach consists, in any given case, of deriving the substantive solution to the legal issue at hand not from a particular law selected by a traditional choice-of-law process, but from a comparative law analysis which will enable the arbitrators to apply the rule which is the most widely accepted, as opposed to a rule which may be peculiar to a legal system or less widely recognized. This comparative law analysis is greatly assisted today not only by the extremely comprehensive compilations of principles previously discussed, but also by the existence of a number of treaties which, whether in force or not, reflect a broad consensus, but the increasingly large number of published awards providing as large a number of precedents to international arbitrators and by the availability of extensive comparative law resources such as monographs on a large number of specific issues.” (GAILLARD, 2001, p. 63).

²⁹⁹ Nesse sentido, ver Berger et al. (2005, p. 228): “Transnational law is based on the functional legal comparison, a methodology that tends to look behind the dogmatic differences of domestic legal systems by distilling common legal values and concepts out of seemingly different domestic rules. This methodology provides an excellent means to overcome the barriers imposed by different languages and different legal concepts in contract negotiations and arbitrations.”

³⁰⁰ “Arbitration in modern society is accurately perceived as a complex, three dimension form of pluralism, in which legal orders (i) are not exclusively those of states and (ii) frequently overlap.” (PAULSSON, 2010, p. 2-3).

III.3 O processo arbitral transnacional

Considerando a autonomia concedida às partes para estabelecer regras para condução do procedimento arbitral e, na ausência de escolha pelas partes, a concessão de poderes normativos aos árbitros para definir o procedimento, restando afastada a aplicação das regras processuais domésticas do local da arbitragem, defende-se que o processo arbitral deve ser definido com base no direito transnacional.³⁰¹

Tendo em vista as diferentes conotações que o termo “direito transnacional” pode ter, faz-se necessário esclarecer que é adotado o conceito intermediário, no qual o termo “transnacional” é utilizado para caracterizar a metodologia empregada para decidir questões processuais. Essa metodologia leva em consideração as normas nacionais e internacionais, bem como outras fontes normativas que não se enquadram, tipicamente, em uma categoria tradicional. Parte-se do conceito de direito transnacional no seu sentido amplo (considerando a pluralidade normativa que regula arbitragens que transcendem as fronteiras nacionais, incluindo tanto o direito nacional internacional público e privado quanto outras fontes normativas não tradicionais) e inclui-se nele o conceito estrito (referente àquelas fontes que se formam independentemente do Estado e são denominadas “transnacionais”).

Não se adotará o conceito estrito de direito transnacional atrelado a uma ordem arbitral autônoma. Entretanto, reconhecem-se como fonte normativa as normas processuais transnacionais ou, na linguagem de Teubner, uma *lex processualis arbitralis* que emerge da própria prática arbitral. O surgimento de normas processuais transnacionais é analisado no capítulo VI. Por outro lado, foge ao escopo deste estudo analisar se essas normas se qualificam como uma ordem jurídica autônoma.

Desse modo, tomando emprestado do conceito de Jessup (1956, p. 2), o termo “transnacional” é utilizado para caracterizar um processo arbitral regulamentado por fontes “de

³⁰¹ A existência de um processo arbitral transnacional também é defendida por Mantilla-Serrano (2005, p. 169) — “[...] the first source of the parameters of the arbitral procedure is anything but transnational; it is as particular and private as the parties themselves, for ‘[w]ithout the agreement of the parties to submit to arbitration, there is no arbitral procedure.’” — e Donovan (2011, p. 4-5, destaques acrescentados) — “I want to identify four features of this transnational justice system that have implications for the role of the advocate: [...] *Fourth and finally*, is the use and development of transnational procedure. The civil procedure used in national courts is inapplicable to international arbitration, and provisions of both national law and institutional and *ad hoc* rules that frequently governs the conduct of arbitral proceedings leave a wide degree of discretion for procedural autonomy.”

direito público e privado, bem como qualquer outra categoria de normas que não se enquadrem inteiramente em uma categoria tradicional”. Esse conceito inclui normas nacionais e internacionais, bem como normas produzidas no próprio meio arbitral por meio de comparações funcionais, além de normas não estatais produzidas por entidades privadas que influenciam a prática arbitral e normas específicas produzidas diante de um caso concreto.

Assim como Vagts esclarece no prefácio de seu livro *Transnational Legal Problems* (STEINER; VAGTS; KOH, 1994), o objetivo desta tese é identificar um quadro conceitual para a compreensão de problemas processuais nas disputas arbitrais que transcendem as fronteiras dos territórios e das jurisdições Estatais.

O termo “transnacional” é utilizado para qualificar um processo que apresenta as mesmas características da teoria do processo jurídico transnacional desenvolvida por Koh (1996, p. 184), qual seja: i) não é tradicional (distanciando-se das dicotomias históricas que envolvem o estudo do direito internacional de divisão entre público/privado e doméstico/internacional); ii) não é estatal (também envolve atores não estatais); iii) é dinâmico, e não estático (está em constante transformação); e iv) é normativo (nesse processo de interação, novas normas emergem, são interpretadas, executadas e internalizadas).³⁰²

Para desenvolver esse quadro conceitual, faz-se necessário entender o direito por suas fontes — não pelo seu conteúdo — e pela sua metodologia —, não como uma lista ou um código fechado.³⁰³ Tendo em vista a sua natureza dinâmica, não é possível identificar exhaustivamente o conteúdo do processo arbitral transnacional nem codificá-lo. O processo arbitral se desenvolve conforme as necessidades dos litígios decorrentes das relações internacionais, as quais também estão em constante desenvolvimento e tornam-se cada dia mais complexas. Assim, ainda que se possam identificar tendências processuais e algumas dessas possam ser reduzidas a diretrizes ou guias de conduta, elas têm que ser revisadas, de tempos em tempos, para não se tornarem obsoletas. Mais importante do que saber o conteúdo da norma aplicável em cada caso, é fundamental analisar a metodologia por trás dessas normas e as diversas fontes que podem influenciar a condução de uma arbitragem.

³⁰² Ver capítulo III, item III.1, *supra*.

³⁰³ Nesse sentido, ver Gaillard (2001, p. 61-65).

Nesse sentido, as partes ou os árbitros chamados a decidir questões processuais devem considerar: as fontes dos diversos sistemas de direito nacional envolvidos, por meio de uma comparação funcional; as fontes de direito internacional; bem como aquelas que emergem da prática arbitral, descritas em normas não estatais (*soft laws*) ou decorrentes de usos e costumes.³⁰⁴

Assim como propõe Neves (2009, p. 275), em defesa da sua teoria do transconstitucionalismo, o que se pretende nesta tese é a defesa de um processo arbitral transnacional que decorre do entrelaçamento entre diversas fontes normativas que operem em planos legais e ordens normativas diferentes, em vez da aplicação de um critério artificial encontrado nas normas de direito internacional privado, em especial com remissão às regras de processo civil do local da realização da arbitragem. É importante notar, ainda, que não há a necessidade de escolha e aplicação de uma única fonte normativa, o que possibilita o entrelaçamento entre elas — ou, na linguagem do direito internacional privado, o *depeçage*.

Deve-se esclarecer que o termo “transnacional” é utilizado neste estudo em oposição ao termo “anacional”, não se pretendendo defender a existência de uma ordem arbitral autônoma. As regras processuais adotadas nos procedimentos arbitrais não são criadas à margem dos sistemas nacionais,³⁰⁵ mas surgem da conjunção de elementos dos diversos sistemas nacionais e aceitos em diversas jurisdições.³⁰⁶

Também se deve diferenciar o termo “transnacional” do termo “internacional”. O último — internacional —, em geral, disciplina a relação entre Estados soberanos e é regulamentado por tratados e convenções nos quais os principais atores são os Estados. O primeiro — transnacional — está relacionado a normas que derivam de atores públicos, como Estados, e privados, como instituições arbitrais ou entidades profissionais. Ao utilizar o termo “transnacional”, propõe-se que a metodologia para a tomada de decisões processuais deve analisar fontes diversas, que podem incluir instrumentos nacionais e internacionais, mas não se limitam a estes (GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 816).

³⁰⁴ Nesse sentido, ver artigo 6º da Resolução do Instituto de Direito Internacional adotada na Secção de Santiago de Compostela em 1990 (L’INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL, 1990 – *Annuaire de L’Institut de Droit International, Session de Saint-Jacques-de-Compostelle*, p. 330).

³⁰⁵ Nesse sentido, ver Gaillard e Savage (1999, p. 809) e Renner (2009, p. 534 e 537).

³⁰⁶ Nesse sentido, ver Gaillard (2010, p. 35-52, p. 37) e Lowenfeld (1985, p. 163), entre outros. Ver capítulo VI, *infra*.

O fenômeno do surgimento de normas processuais com aplicação transnacional também é denominado *lex mercatoria* processual.³⁰⁷ No entanto, essa denominação possibilita confusões, pois o conceito de *lex mercatoria* é normalmente relacionado à lei aplicável ao mérito da disputa estatal. No contexto de lei aplicável ao mérito, a evolução da *lex mercatoria* está relacionada à inadequação das soluções disponíveis nas leis nacionais para solucionar disputas envolvendo comércio internacional e à emergência de práticas usuais no comércio internacional (GAILLARD, 2010, p. 46). No contexto processual, a emergência de regras procedimentais uniformes deriva da miscelânea entre regras procedimentais e princípios processuais aceitos em mais de um ordenamento jurídico e tem o objetivo de acomodar as expectativas de partes com formação jurídica diversa e de possibilitar que o resultado desse procedimento seja aceito pelo judiciário dos diversos países nos quais a execução pode ser buscada. As normas processuais transnacionais derivam de um método de tomada de decisão que não apenas considera as normas processuais do local de realização da arbitragem e as tradicionais regras de direito internacional privado para escolha da lei aplicável, mas permite que o árbitro faça uma análise de direito comparado em busca das normas processuais mais adequadas para cada procedimento. Nesse caso, outras jurisdições que tenham contato com o caso — por exemplo, da nacionalidade das partes, do local de execução do contrato e dos locais de possível execução da sentença — serão consideradas em conjunto, em oposição à aplicação de regras peculiares de um determinado sistema jurídico (GAILLARD, 2001, p. 62-63).

Ademais, ao se mencionar *lex mercatoria* processual, estaria implícita uma limitação do presente estudo à harmonização da prática processual arbitral e ao surgimento de usos e costumes que poderiam ser classificados como *lex mercatoria* processual (ou normas procedimentais transnacionais, em sentido estrito). Entretanto, o escopo do presente estudo vai além da análise da harmonização da prática processual, como mencionado no início deste item.

No mesmo sentido, ao tratar da harmonização do procedimento arbitral e da combinação de elementos de mais de um sistema, influenciando a formação de procedimentos e diretrizes amplamente aceitas nas arbitragens internacionais, Baum (2001, p. 21-30), provavelmente sob a influência de Teubner, propõe a adoção da nomenclatura “*procedural lex arbitrationis*”. Tal nomenclatura, entretanto, não é amplamente utilizada.

³⁰⁷ Nesse sentido, ver Kessedjian (1995, p. 405-406), Kaufmann-Kohler (1999, p. 364, 2003, p. 1322) e Nottage (2003).

Para fins deste estudo, o termo “transnacional” qualifica um processo arbitral que: i) regula disputas de problemas que transcendem as fronteiras territoriais e as jurisdições estatais; ii) tem como fonte não apenas normas de um único sistema jurídico em decorrência da aplicação das regras de conflito de lei, mas fontes abertas que incluem normas nacionais (por meio da comparação funcional entre os vários sistemas envolvidos no litígio), internacionais e diversas outras fontes que não se enquadram tipicamente em uma categoria legal tradicional, incluindo aquelas criadas pela própria prática arbitral; e iii) deve ser analisado como base em metodologia que entrelaça essas diversas fontes normativas existentes.

SEGUNDA PARTE

QUADRO REGULATÓRIO DO PROCESSO ARBITRAL

A segunda parte desta tese busca sistematizar o presente estudo. Propõe-se a analisar as diversas fontes normativas que operam em ordens legais e planos normativos diversos e que influenciam a condução do processo arbitral.

O capítulo IV analisa as regulamentações sobre procedimento arbitral existentes nas convenções internacionais e nas leis nacionais. Tanto as convenções internacionais como as leis nacionais consagram a autonomia da vontade das partes para decidir questões procedimentais e, subsidiariamente, concedem aos árbitros poderes para definir a forma de condução do processo arbitral. Essas normas exigem, ainda, a garantia do devido processo legal. Os princípios que informam a arbitragem, como a observância do contraditório, o livre convencimento dos árbitros, a igualdade das partes, estão prescritos nas normas nacionais e supranacionais e devem ser respeitados.

Como decorrência da autonomia concedida às partes para estabelecer regras sobre o procedimento arbitral, o capítulo V analisa os meios disponíveis para elas exprimirem sua vontade. O respeito ao que foi estabelecido pelas partes é crucial em qualquer arbitragem. Para fins deste estudo, essas regras estabelecidas pelas partes são denominadas “normas estipuladas entre as partes”.

Essa capacidade normativa concedida às partes e aos árbitros possibilitou a emergência de uma prática processual arbitral entre os atores ativos na comunidade arbitral a qual, com o tempo, se torna usual e passa a regulamentar a forma de condução dos procedimentos. Essas normas produzidas pela própria comunidade arbitral, decorrentes da autorregulamentação do sistema, podem ser denominadas “normas transnacionais” em sentido estrito e são avaliadas no capítulo VI.

O último capítulo desta parte, o capítulo VII, se dedica ao estudo das normas não estatais. Essas normas são elaboradas por instituições arbitrais ou entidades que estudam o tema da arbitragem e que, mesmo não possuindo caráter vinculante, são amplamente adotadas e aplicadas pela comunidade arbitral.

IV NORMAS NACIONAIS E SUPRANACIONAIS

A evolução legislativa demonstrada no capítulo II evidencia a prevalência da autonomia da vontade das partes para estipular o procedimento a ser utilizado na arbitragem. Na ausência de acordo entre as partes, a tendência moderna é conferir poderes aos árbitros para estabelecer regras procedimentais para condução da arbitragem.³⁰⁸ Ao se conferir poderes normativos às partes e, subsidiariamente, aos árbitros para estipular o procedimento a ser seguido, a lei processual do local de realização da arbitragem perde a importância.

Se, por um lado, se verifica a desvinculação do procedimento arbitral das leis processuais nacionais, por outro lado, as leis de arbitragem nacionais impõem limites à liberdade de atuação das partes e dos árbitros.³⁰⁹ Essas restrições buscam garantir que o processo arbitral seja um processo justo, e não arbitrário.

Em estudo comparado sobre as leis de arbitragem, Kaufmann-Kohler sintetiza a questão do processo arbitral em dois princípios: i) a liberdade ou autonomia das partes — ou dos árbitros — em estabelecer o procedimento; e ii) o limite a essa liberdade, imposto pela necessidade de respeito ao devido processo legal.³¹⁰

Este capítulo analisa os poderes normativos conferidos às partes e aos árbitros para definir questões procedimentais (item IV.1) e os limites impostos a esses poderes (item IV.2).

³⁰⁸ Nesse sentido, ver, por exemplo, Lei Modelo (artigo 19(2)); Lei de Arbitragem brasileira (artigo 21, § 1º); regulamento da UNCITRAL (versão de 2010, artigo 17(1)); e regulamento da CCI (versão de 1998, artigo 15(1)).

³⁰⁹ Nesse sentido, ver Tooze (1990, p. 42): “Acceptance of the principle of delocalised procedure in no way lessen the parties’ responsibility to act in good faith, nor does it prevent the application of inclusive community standards as a final means of control upon arbitrators excess.”

³¹⁰ “[...] a comparative review of the contents of recent arbitration legislations and other relevant materials will reveal the existence of two overriding principles. These principles are, first, the freedom or autonomy of the parties or the arbitrators to shape the proceedings as they see fit and, second, the due process limitations set to this freedom.” (KAUFMANN-KOHLER, 1999, p. 355).

IV.1 Os poderes normativos conferidos às partes e aos árbitros para estipular questões procedimentais

A evolução dos instrumentos normativos consagra a autonomia processual da arbitragem em relação às leis processuais nacionais, permitindo às partes dispor livremente sobre o procedimento a ser seguido na arbitragem (subitem IV.1.1) e concedendo poderes normativos aos árbitros para estipular um procedimento na ausência de escolha pelas partes (subitem IV.1.2).

IV.1.1 As normas nacionais e supranacionais reconhecem a autonomia das partes para determinar o processo arbitral

A autonomia da vontade das partes é um dos pilares da arbitragem.³¹¹

Com relação às questões processuais, inicialmente essa autonomia ficava sujeita às normas processuais das leis nacionais (Convenções de Genebra). Com a Convenção de Nova Iorque, a autonomia da vontade das partes prevaleceu sobre as normas processuais domésticas, aplicáveis apenas de maneira supletiva.³¹²

O posicionamento de Mann, que ressalta a importância da lei da sede da arbitragem para questões processuais,³¹³ atualmente é mitigado. As leis de arbitragem nacionais³¹⁴ contêm disposições expressas permitindo às partes dispor livremente sobre o procedimento arbitral. Na ausência de escolha pelas partes, essas leis concedem poderes aos árbitros para estabelecer a forma adequada para conduzir o procedimento.

³¹¹ Nesse sentido, ver Lemes (1997, p. 32).

³¹² Ver capítulo II, em especial item II.1, *supra*.

³¹³ No artigo seminal, publicado em 1967, “Lex facit arbitrum”, Mann defende a importância da aplicação das leis do local da arbitragem, inclusive da aplicação da lei processual da sede da arbitragem para reger o procedimento arbitral. Ao tratar do procedimento a ser observado pelos árbitros, Mann critica a tendência de conceder às partes e aos árbitros ampla discricionariedade para definir o procedimento arbitral. Mann defende a mesma posição adotada na resolução do Instituto de Direito Internacional na sessão de Amsterdã de 1957, de que o procedimento arbitral é submetido à lei *lex arbitrii*, exceto no quanto esta permite o controle pelas partes ou pelos árbitros — ou as partes e os árbitros possuem liberdade para regular o procedimento arbitral, exceto quanto a *lex arbitrii* intervém (MANN, 1967, p. 164).

³¹⁴ Nesse sentido, ver capítulo II, item II.2, *supra*, em especial artigo X da Lei Modelo (item II.2.1) e artigo 21, § 1º, da Lei de Arbitragem Brasileira (subitem II.2.2).

Como elucidam Redfern e Hunter, a prática arbitral moderna concede um alto grau de autonomia à vontade das partes para determinar a forma como o procedimento arbitral será conduzido, sendo que a lei do local de realização da arbitragem interfere o mínimo possível.³¹⁵

Fouchard, Gaillard e Goldman defendem que nos sistemas arbitrais modernos as partes e os árbitros não estão vinculados a uma lei processual específica.³¹⁶ Não há a necessidade de que a lei processual aplicável à arbitragem seja a lei processual da sede da arbitragem. As partes e os árbitros podem, livremente, definir a melhor forma para condução do procedimento arbitral. A não ser que as partes escolham expressamente aplicar determinada lei processual, os árbitros não são obrigados a escolher no início da arbitragem uma lei processual para reger o seu procedimento (GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 647).³¹⁷

A autonomia concedida às partes para estipular regras próprias para a condução do procedimento arbitral decorre da inadequação das regras de processo civil nacionais para arbitragem internacional.³¹⁸

A doutrina brasileira defende a autonomia da vontade das partes em determinar questões procedimentais em relação à lei processual nacional e a desnecessidade de adoção de lei processual.

Comparando o processo arbitral com o judicial, Magalhães (1999, p. 239) esclarece que os dois são regidos por princípios diversos. O processo judicial disciplina a atuação pública do juiz e é regido pelo CPC, lei de ordem pública, enquanto o processo arbitral é de caráter privado e as partes podem estabelecer o rito a ser seguido ou delegar tal tarefa aos árbitros.³¹⁹ Magalhães

³¹⁵“In modern arbitral practice, the “will of the parties” is recognised by the considerable degree of autonomy which is given to the parties as to the way in which the arbitration is conducted, with the parties being free to adopt almost any procedural rules they wish, subject to each party being given equal treatment. The “law of the country in whose territory the arbitration takes place” – the *lex arbitri* – is increasingly likely to be supportive of the arbitral process and to intervene in that process as little as possible.” (REDFERN; HUNTER, 2004, p. 98).

³¹⁶“It is important, however, to remember that in most modern legal systems the parties and the arbitrators are by no means obliged to have a particular national law govern any procedural issues which may arise in the course of the arbitration.” (GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 633).

³¹⁷No mesmo sentido, ver, entre outros, Lew, Mistelis e Kroll (2003, p. 522), Born (2009, p. 1237) e Pinheiro (2005, p. 233).

³¹⁸Nesse sentido, ver Lew, Mistelis e Krol (2003, p. 523): “Although the arbitration tribunal performs a judicial function, rules of national civil procedure are invariably unsuitable and irrelevant for international arbitration. For these reason most national laws contain provisions for the rules to be applied by national courts. These provisions allow wide freedom to the parties and the arbitration tribunal to determine the procedure to be followed.” Ver, ainda, Poudret e Besson (2007, p. 460).

³¹⁹Ver ainda Magalhães (1999, p. 238): “Essas observações têm a ver com a diversidade de princípios que governam o processo judicial e o arbitral. Se em sistemas judiciais diferentes há incompreensão, o que não se dirá de procedimentos regulamentados pelo mesmo ordenamento jurídico mas submetidos à jurisdições de origem diversas como são a judicial e a arbitral. O primeiro é regido pelo Código de Processo Civil, que disciplina a

(1999, p. 239) enfatiza que, no processo arbitral, não é o Estado que dispõe sobre o procedimento a ser seguido, afirmando que “são as partes que disciplinam elas próprias o processo”.

Na legislação brasileira, a prevalência da vontade das partes na determinação das regras processuais a ser seguidas decorre do artigo 21 da Lei de Arbitragem. Alguns doutrinadores, entretanto, defendem que a liberdade de escolha das regras de direito aplicável à arbitragem — expressa no artigo 2º da Lei de Arbitragem — inclui tanto a lei material quanto a lei processual. Carmona afirma que, ao permitir que as partes escolhessem livremente as regras de direito aplicáveis à arbitragem, a lei se refere às regras de direito material e de direito processual, e, quanto à última, “nada impede que as partes criem normas específicas para solucionar o litígio” (CARMONA, 2009a, p. 15).³²⁰ Basso (2000, p. 313), por outro lado, entende que a autorização contida no artigo 2º da Lei de Arbitragem é apenas para lei material, sendo que a autonomia das partes para estabelecer regras processuais está expressa no artigo 21 do mesmo diploma legal.³²¹

Essa discussão reflete nos limites impostos à liberdade das partes em disciplinar o processo arbitral, uma vez que tais artigos apresentam restrições diversas. O artigo 2º, além de impor o respeito aos bons costumes e à ordem pública, prevê a necessidade de escolha expressa das partes, para que o julgamento possa ser por equidade ou com base em princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras do comércio internacional.³²² O artigo 21 impõe como restrição apenas o respeito aos princípios fundamentais do direito processual que, para fins da Lei de Arbitragem, são os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do livre convencimento deste. Não parece correto que a imposição das restrições contidas no artigo 2º da Lei de Arbitragem também sejam aplicáveis à autonomia das partes em estipular a forma como o procedimento será conduzido. Com relação aos aspectos procedimentais da arbitragem, a autonomia das partes é mais ampla, não havendo a necessidade de escolher uma lei de regência ou de autorizar expressamente o julgamento por equidade, como é necessário para o mérito da controvérsia.

atuação pública do juiz em toda a variada gama de ações que lhe cabe examinar. É a lei de ordem pública, abrigando conceitos rígidos os quais sequer o juiz pode alterar, como é o caso dos prazos e a ordem da produção de provas. O segundo, é de caráter privado e interessa apenas às partes, que têm a liberdade de estabelecer o rito processual que bem entenderem, ou atribuírem aos árbitros essa tarefa, ou ainda, aderirem ao regulamento de alguma instituição de arbitragem.”

³²⁰ No mesmo sentido, ver, entre outros, Martins (2008a, p. 46) e Montoro (2010, p. 80).

³²¹ No mesmo sentido, ver Junqueira (2011, p. 36-37).

³²² Uma análise dos limites à flexibilização do procedimento arbitral é realizada por Montoro (2010).

A prevalência da autonomia da vontade das partes também em questões processuais é coerente com a natureza da arbitragem, que tem como um dos seus princípios basilares a autonomia da vontade das partes.³²³

Em geral, as partes usam da sua autonomia para definir o procedimento a ser seguido na convenção de arbitragem. As partes podem estipular regras procedimentais próprias, escolher um regulamento a ser seguido, fazer referência a uma lei processual³²⁴ ou delegar aos árbitros a escolha do procedimento. A opção mais usual é a escolha de um regulamento institucional. Mesmo ao optar por um regulamento institucional, as partes possuem grande flexibilidade em alterá-lo, adequando-o às necessidades específicas da relação jurídica em questão. Contudo, algumas instituições possuem, em seus regulamentos, dispositivos de caráter mandatório e não aceitam administrar arbitragem que exclua determinada regra. O principal exemplo desse tipo de norma de caráter mandatório em regulamentos arbitrais é a exigência de escrutínio da sentença arbitral imposta no regulamento da CCI.³²⁵ Outro exemplo é a exigência de celebração de termo de arbitragem, prevista nos regulamentos de várias instituições.³²⁶

Os regulamentos institucionais não são exaustivos. Contêm as principais normas procedimentais para condução da arbitragem e, em geral, delegam aos árbitros poderes normativos de complementar o regulamento de acordo com as necessidades de cada caso concreto.³²⁷ Surgindo a necessidade de complementar o regulamento ou de estabelecer outras questões procedimentais no curso da arbitragem, questiona-se: até que momento as partes podem manifestar a sua vontade?

Prevalece o entendimento de que o poder das partes de estipular o procedimento é contínuo e pode ser exercido mesmo após a constituição do tribunal arbitral, restando aos árbitros a possibilidade de renunciar caso não concordem com o procedimento estabelecido pelas partes.³²⁸ Essa questão foi discutida durante os trabalhos preparatórios da Lei Modelo. Houve sugestão de que o acordo entre as partes sobre questões procedimentais fosse realizado antes da

³²³ Nesse sentido, ver Carmona (2009a, p. 15).

³²⁴ Essa opção não é recomendada. Nesse sentido, ver Poudret e Besson (2007, p. 460) e Carmona (2009a, p. 291).

³²⁵ Ver, por exemplo, Craig, Park e Paulsson (1998, p. 295).

³²⁶ Nesse sentido, ver Poudret e Besson (2007, p. 70).

³²⁷ Mais informações sobre as questões procedimentais dos regulamentos estão disponíveis no capítulo V, subitem V.2.2, *infra*.

³²⁸ Nesse sentido, ver Poudret e Besson (2007, p. 462). Uma discussão sobre os poderes das partes em alterar o procedimento após o início da arbitragem é apresentada por Pryles (2007, p. 330-336).

indicação do primeiro árbitro ou do árbitro único. Tal proposta foi rejeitada, prevalecendo o posicionamento de que o poder das partes em acordar sobre questões procedimentais deveria ser contínuo.³²⁹

Essa questão é tratada de maneira diferente em algumas legislações. Distanciando-se da regra da Lei Modelo, a lei italiana de arbitragem limita ao período anterior ao início da arbitragem a autonomia das partes para acordar o procedimento a ser seguido (artigo 816 bis(1)).³³⁰ A lei sueca possibilita, expressamente, que os árbitros desconsiderem um acordo entre as partes se este constituir um obstáculo ao bom andamento da arbitragem (artigo 21).³³¹ A lei brasileira é silente a esse respeito. Na prática, é recomendável que os árbitros consultem as partes antes de tomar as principais decisões procedimentais, aumentando a legitimidade do procedimento e evitando futuros questionamentos.

IV.1.2 As normas nacionais e supranacionais conferem, subsidiariamente, poderes normativos aos árbitros para estipular o procedimento arbitral

Após a consagração da prevalência da vontade das partes para estipular o procedimento arbitral, a discussão voltou-se para as regras supletivas a ser aplicadas nos casos em que as partes permanecerem silentes ou em que existirem lacunas na expressão de vontade das partes.

Embora a Convenção de Nova Iorque determine a aplicação subsidiária da lei do local de realização da arbitragem,³³² a evolução legislativa dos tratados internacionais evidencia que a tendência é a concessão de poderes supletivos aos árbitros para determinar o procedimento arbitral, sem a necessidade de referência a uma lei processual nacional — em especial, à lei processual da sede da arbitragem.³³³

³²⁹ Nesse sentido, ver comentários de Holzmann e Neuhaus (1989, p. 556-567).

³³⁰ “Article 816° bis – Course of the Proceedings: The parties may establish in the arbitration agreement or in a separate document, *prior in any case to the commencement of the arbitral proceedings*, the rules that the arbitrators must apply in the proceedings and the language of the arbitration. In the absence of such rules, the arbitrators are free to regulate the course of the proceedings and to determine the language of the arbitration in the manner they deem most convenient. [...] All issues arising in the course of the proceedings shall be decided by the arbitrators with an order which is not subject to deposit and may be revoked, unless they elect to decide by an interim award.” (ITÁLIA, 2006 – *Code of Civil Procedure, Book Four, Title VIII, Arbitration*).

³³¹ “The arbitrators shall handle the dispute in an impartial, practical, and speedy manner. They shall thereupon act in accordance with the decisions of the parties insofar as there is no impediment to so doing.” (SUÉCIA, 1999 – *The Arbitration Act of 1999*).

³³² Nesse sentido, ver artigo V(1)(d) (BRASIL, *Decreto 4.311/2002*).

³³³ O capítulo II, item II.1, *supra*, apresenta uma análise da evolução histórica dos instrumentos internacionais.

Ainda que não seja a posição da Convenção de Nova Iorque, a maioria das leis nacionais reconhece os poderes subsidiários dos árbitros para estipular a forma como a arbitragem deve ser conduzida na ausência de manifestação das partes.³³⁴ Nesse sentido são as disposições da Lei Modelo³³⁵ e da Lei de Arbitragem brasileira³³⁶ sobre a condução do procedimento. Ademais, a maioria dos regulamentos arbitrais também confere poderes subsidiários aos árbitros para estabelecer o procedimento a ser seguido.³³⁷ Dessa forma, a aplicação subsidiária da lei processual do local de realização da arbitragem prevista na Convenção de Nova Iorque é cada vez mais remota.³³⁸

Pode-se afirmar que as normas nacionais e supranacionais, incluindo as leis e os tratados internacionais ratificados pelos Estados, conferem aos árbitros poderes subsidiários para estabelecer normas procedimentais, ante a ausência de acordo entre as partes, e poderes complementares, ante a necessidade de preencher lacunas existentes no procedimento eleito.³³⁹

A concessão de poderes normativos para os árbitros definirem questões procedimentais, ainda que de maneira supletiva às partes, foi fundamental para a autonomia processual da arbitragem. Desse modo, tão importante quanto a autonomia concedida às partes para estipular a forma como o procedimento arbitral deve ser conduzido, é o poder normativo conferido aos

³³⁴ O capítulo II, item II.2, *supra*, apresenta uma análise da evolução histórica das legislações nacionais.

³³⁵ “Article 19(2) Failing such agreement, the arbitral tribunal may, subject to the provisions of this Law, conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate. The power conferred upon the arbitral tribunal includes the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence.” (UNCITRAL, 2006 – *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration with amendments as adopted in 2006*).

³³⁶ Artigo 21, § 1º: “Não havendo estipulação acerca do procedimento arbitral, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.” (BRASIL, *Lei 9.307/1996*).

³³⁷ O capítulo II, item II.3, *supra*, apresenta uma análise da evolução histórica dos regulamentos de arbitragem.

³³⁸ Nesse sentido, ver, por exemplo, decisão no caso ICC n.º. 7.626, no qual o tribunal arbitral afirmou não estar vinculado às leis processuais inglesas ou indianas sobre produção de provas, tendo poderes para determinar quais provas devam ser admitidas: “This is an international arbitration procedure. The strict rules of evidence, as they apply in England where the Tribunal is sitting, or in India, do not apply. In accordance with the power given to the arbitrators in the Terms of Reference, and under the ICC Rules, the Tribunal has the right to determine whether and what evidence shall be admissible. The Tribunal considers that the diary notes of Dr. Y and Dr. V are admissible.” (ICC, 1997 – *Case n.º. 7.626, Final Award, publicado no XXII Yearbook of Commercial Arbitration*, p. 132).

³³⁹ Nesse sentido, ver Poudret e Besson (2007, p. 463): “In the absence of an agreement between the parties, it is for the arbitrators to determine the arbitral proceedings. The former doctrine pursuant to which the law of civil procedure (and not just the law governing the arbitration) in force at the place of the seat of the arbitration was binding on the arbitrators in the absence of procedural agreement of the parties is no longer followed in the countries considered here.” No mesmo sentido, ver Herrman (1996, p. 42).

árbitros.³⁴⁰ Fortier considera a existência, a natureza e o escopo do poder dos árbitros um dos traços marcantes da arbitragem internacional.³⁴¹

O comentário analítico do texto da Lei Modelo evidencia que, ao conceder poderes normativos ao tribunal arbitral para decidir questões procedimentais, a UNCITRAL visava justamente promover um quadro regulatório mais liberal e capaz de atender as necessidades de cada caso.³⁴²

Herrman (1996, p. 43) entende que os poderes conferidos aos árbitros têm duplo propósito: garantir a informalidade e a flexibilidade necessárias ao procedimento arbitral e internacionalizar o procedimento arbitral, afastando completamente a aplicação das leis processuais domésticas.

Discute-se sobre o momento em que os árbitros devem tomar decisões procedimentais. Evidenciando a controvérsia, Fouchard, Gaillard e Goldman esclarecem que alguns árbitros preferem estabelecer regras processuais no início do caso, antes que surjam questões controvertidas entre as partes, enquanto outros defendem que não se deve tomar decisões sobre questões procedimentais até que se saiba exatamente o que é controverso, mesmo porque não estão obrigados a decidir questões procedimentais com base nas mesmas regras (GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 647).

Assim como as partes, os árbitros não precisam adotar, expressamente, uma lei processual para reger as questões procedimentais na arbitragem, podendo mesclar elementos de mais de um sistema jurídico (*depeçage*) e criar regras próprias. Por outro lado, permanece a discussão sobre a necessidade e a conveniência da estipulação de normas procedimentais no início da arbitragem.³⁴³ Soma-se a essa discussão o fato de o poder dos árbitros em estipular normas procedimentais estar submetido à obrigação, imposta por diversas leis nacionais³⁴⁴ e regulamentos institucionais,³⁴⁵ de organizar a arbitragem de uma maneira eficiente e adequada para a solução da disputa.

³⁴⁰ Sobre os poderes dos árbitros, ver Clay (2001).

³⁴¹ “The existence, nature and scope of the arbitrator’s discretionary powers constitute the hallmarks of arbitration, particularly in the international context.” (FORTIER, 1999, p. 396).

³⁴² Nesse sentido, ver: “5. Except where the parties have laid down detailed and stringent rules of procedure, including evidence, the discretionary powers of the arbitral tribunal are considerable in view of the fact that the model law, with its few provisions limiting the procedural discretion, provides a liberal framework. This enables the arbitral tribunal to meet the needs of the particular case and to select the most suitable procedure when organizing the arbitration, conducting individual hearings or other meetings and determining the important specifics of taking and evaluating evidence.” (UNCITRAL, 1985 – *Analytical Commentary on the Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration*).

³⁴³ Nesse sentido, ver capítulo VIII, *infra*.

³⁴⁴ Ver, por exemplo, artigo 33(1) da lei de arbitragem inglesa, no capítulo II, subitem II.2.3, b), *supra*.

Por fim, cabe uma distinção quanto aos poderes dos árbitros em termos de escolha de lei substancial e de normas processuais. Para questões substanciais (de mérito), os árbitros só podem julgar por equidade quando permitido expressamente pelas partes. Para questões processuais, não há a necessidade de permissão expressa para que os árbitros possam afastar-se das regras processuais nacionais. Isso porque as leis de arbitragem e os regulamentos conferem amplos poderes aos árbitros para que eles estipulem o procedimento adequado para solucionar a disputa, sem impor a necessidade de referência a uma lei processual nacional.

Verifica-se, portanto, que as normas nacionais e supranacionais concedem ampla autonomia para as partes e para os árbitros disciplinarem o processo arbitral, sem a necessidade de aplicação das regras nacionais de processo civil. Entretanto, essa autonomia está sujeita a limites, para garantir que a arbitragem não se torne um processo abusivo e discricionário.³⁴⁶

IV.2 As normas nacionais e supranacionais impõem limites aos poderes normativos das partes e dos árbitros

Tanto as convenções internacionais quanto as leis nacionais impõem limites à autonomia concedida às partes e aos árbitros para estabelecer o procedimento a ser seguido na arbitragem.

Esses limites podem ser resumidos na exigência do respeito ao princípio do devido processo legal (ou *natural justice*)³⁴⁷ e às normas de caráter mandatório da lei de arbitragem³⁴⁸ ou do regulamento institucional eleito.³⁴⁹ Em que pese à exigência de respeito ao devido processo legal poder ser incluída entre as normas de caráter mandatório, analisar-se-á primeiro a necessidade de respeito ao devido processo legal, em razão do seu destaque especial no âmbito arbitral e do grau de harmonização entre os diversos instrumentos internacionais e as diversas leis de arbitragem (subitem IV.2.1) para, em seguida, discutir sobre normas de caráter mandatório (subitem IV.2.1).

³⁴⁵ Ver, por exemplo, regulamento da LCIA de 1998, artigo 14.1(ii), no capítulo II, subitem II.3.2, c), *supra*.

³⁴⁶ Nesse sentido, ver Pryles (2007, p. 330): “Apart from mandatory provisions of the law governing the arbitration agreement and the *lex arbitri*, and subject to ‘unacceptable’ amendments to institutional rules, the parties enjoy very broad freedom in selecting the arbitration regime they desire and in prescribing the procedure to be followed.”

³⁴⁷ Nesse sentido, ver análise das legislações nacionais no capítulo II, item II.2, *supra*.

³⁴⁸ Nesse sentido, ver análise da Lei Modelo no capítulo II, subitem II.2.1, *supra*.

³⁴⁹ Nesse sentido, ver análise dos regulamentos arbitrais no capítulo II, item II.3, *supra*.

IV.2.1 Respeito ao devido processo legal

A Lei Modelo exige que as partes sejam tratadas com igualdade e que seja dada a cada uma delas ampla oportunidade de apresentar seu caso.³⁵⁰ A Lei de Arbitragem brasileira exige, além da igualdade das partes e do respeito ao contraditório, a imparcialidade do árbitro o livre convencimento deste.³⁵¹ No mesmo sentido, as leis suíça e francesa exigem a igualdade e o respeito ao contraditório e a lei inglesa, a imparcialidade dos árbitros e a oportunidade razoável de as partes apresentarem o seu caso.³⁵²

A redação existente nas legislações nacionais varia muito pouco. Por exemplo, algumas legislações exigem o respeito ao princípio do contraditório; outras, que às partes seja concedida ampla oportunidade de apresentar o caso. Ademais, algumas exigem que as partes sejam tratadas de maneira igual e que os árbitros sejam imparciais; outras, apenas um ou outro desses requisitos. Kaufmann-Kohler (1999, p. 362) afirma que o requerimento de respeito ao devido processo legal é um consenso entre as leis de arbitragem nacionais. Assim, deve ser considerado como parte da ordem pública transnacional, em oposição à ordem pública de um devido país. Por outro lado, ela ressalta que o exato conteúdo do devido processo legal pode variar de um país para outro.

Foge ao escopo deste estudo uma análise aprofundada sobre cada um desses limites. O que importa é a verificação de redução do devido processo legal ao mínimo necessário e a análise deste à luz da ordem pública transnacional, e não à luz da ordem pública nacional.³⁵³ Nesse sentido, o que se busca é o respeito aos princípios fundamentais do direito processual,³⁵⁴ havendo um devido processo legal mínimo.³⁵⁵

A verificação do atendimento aos limites processuais impostos aos árbitros ocorre apenas na fase de anulação³⁵⁶ ou de execução³⁵⁷ de sentença arbitral, sendo certo que o poder judiciário

³⁵⁰ Ver artigo 18 da Lei Modelo, capítulo II, subitem II.2.1, *supra*.

³⁵¹ Ver artigo 21, § 2º da Lei de Arbitragem brasileira, capítulo II, subitem II.2.2, *supra*.

³⁵² Ver capítulo II, subitem II.2.3, *supra*.

³⁵³ Estudos aprofundados sobre o respeito ao devido processo legal em arbitragens foram realizados por Kurkela (2010) e, no âmbito brasileiro, por Montoro (2010) e Aprigliano (2011).

³⁵⁴ Nesse sentido, vide Fortier (1999, p. 398): “What is appropriate is to require that arbitrations be conducted in accordance with certain fundamental values.”

³⁵⁵ Nesse sentido, ver Carmona (2009a, p. 296): “[...] alguns sistemas estrangeiros preocupam-se – como fez o legislador brasileiro – em identificar uma redução mínima da garantia do devido processo legal, sendo certo, porém, que nem todos elegeram os mesmos princípios.” No mesmo sentido, ver Alves (2006).

³⁵⁶ Um estudo aprofundado sobre ação de anulação foi realizado por Braghetta (2010).

³⁵⁷ Um estudo aprofundado sobre homologação de sentença estrangeira foi realizado por Abbud (2008).

não deve interferir na condução do procedimento arbitral.³⁵⁸ Park (2006a, p. 9) classifica esse tipo de revisão do judiciário como “*laissez-faire judicial review*”. Segundo ele, o escrutínio pelos tribunais estatais visa promover a integridade do procedimento arbitral, assegurando que os árbitros sigam um procedimento justo e permaneçam nos limites da sua missão, mas tolerando eventuais imperfeições. Esse sistema de revisão *laissez-faire* estaria de acordo com as expectativas daqueles envolvidos no comércio internacional e representaria a tendência atual, incorporada pela Lei Modelo (PARK, 2006a, p. 9-10).

Importante ressaltar que, embora a Convenção de Nova Iorque possibilite que o reconhecimento da sentença arbitral estrangeira seja denegado caso esta não esteja de acordo com a vontade das partes ou com a lei do país em que a arbitragem ocorreu (artigo V(1)(d)), a convenção não impede que os Estados façam uma revisão menos estrita da sentença estrangeira na fase de homologação.³⁵⁹

IV.2.2 Observância de normas de caráter mandatório

A Lei Modelo e as leis de arbitragem que a seguiram exigem a observância das normas de caráter mandatório contidas na lei de arbitragem. Dessa forma, independentemente das regras procedimentais adotadas, as normas mandatórias da lei de arbitragem devem ser respeitadas (GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 644). Deve-se distinguir entre as normas de caráter mandatório de determinado ordenamento jurídico e as normas de caráter mandatório da própria lei de arbitragem.³⁶⁰ As que interessam ao presente estudo são as últimas.

³⁵⁸ Nesse sentido, ver, por exemplo: “Article 5 – Extent of Court Intervention. In matters governed by this Law, no court shall intervene except where so provided in this Law.” No mesmo sentido: “[...] in fact, legislation in most countries tends to enshrine the principle of respect for the arbitrator and the parties’ decision to submit their dispute to him.” (UNCITRAL, 2006 – *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration with amendments as adopted in 2006*).

³⁵⁹ Nesse sentido, ver MAYER (1996, p. 37): “It is indeed true that it might be expected that the judge would carry out any necessary review in accordance with the rules of the foreign country in which the arbitration took place. The 1958 New York Convention provides as much: under Art. V(1)(d), enforcement may be refused if ‘the arbitral procedure was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place’. However, the fact that a State is a party to the New York Convention does not preclude it from carrying out a review less exhaustive than that provided under the Convention: it may require only that the *audi alteram partem* principle and the principle of equal treatment of the parties have been respected.”

³⁶⁰ Quanto às normas de caráter mandatório da legislação aplicável, há quem entenda que os árbitros podem aplicá-las corretamente. Nesse sentido, ver decisões dos casos ESTADOS UNIDOS, *Mitsubishi vs. Soler Chrysler-Plymouth*, publicado no 473 U.S. 614 (1985) e UNIÃO EUROPÉIA, *Eco Swiss China Time Ltd vs. Benetton International NV*, Case C-126/97, publicado no *European Court Reports*, 1999, p. I-03055. Para uma análise desse tema, ver Mendes (2010).

Nesse sentido, a suprema corte canadense manifestou-se sobre o escopo da autonomia processual concedida às partes e aos árbitros, afirmando que, exceto quanto às leis mandatórias, as partes são livres para escolher qualquer local, forma e procedimento que considerarem apropriados.³⁶¹

Essas normas de caráter mandatório — que não podem ser derogadas pelas partes — são, em primeiro lugar, as que visam garantir a legitimidade do processo arbitral, exigindo-se o respeito ao devido processo legal mínimo.³⁶² Nesse sentido, as partes não podem derogar os dispositivos que estabelecem o dever de respeito ao princípio do contraditório nem estabelecer regras que sejam excessivamente vantajosas para umas das partes e desrespeitem o princípio da igualdade. Por outro lado, os demais dispositivos considerados mandatórios variam em cada legislação.

As primeiras redações da Lei Modelo indicavam os artigos considerados mandatórios. A redação final, entretanto, optou por deixar esse conceito aberto à interpretação.³⁶³ Algumas leis de arbitragem nacionais mencionam, expressamente, os dispositivos que são mandatórios,³⁶⁴ outras adotam a postura da Lei Modelo. A Lei de Arbitragem brasileira optou por não especificar os dispositivos de caráter mandatório. Carmona (2009a, p. 23-24 e 399) esclarece que, pela própria natureza e finalidade da lei, as partes não podem acordar que a sentença arbitral terá forma diversa daquela prescrita em lei ou alterar o prazo ou as razões para impugnação por meio de ação de anulação. A título ilustrativo, nota-se que tanto a lei suíça como a lei francesa não consideram a ação de anulação uma norma de caráter mandatório, possibilitando a exclusão do direto a essa ação.³⁶⁵

³⁶¹ “[...] the parties to an arbitration agreement are free, subject to any mandatory provision by which they are bound, to chose any place, form and procedures they consider appropriate. They can choose cyberspace and establish their own rules [...]” (CANADÁ, *Dell Computer Corp. vs. Union des consommateurs*, disponível online, referência 2007 SCC 34, ¶ 52 (Canadian Supreme Court)). No mesmo sentido, ver ITÁLIA, *Rederi Aktiebolaget Sally vs. S.r.L. Termarea* – Corte di appello of Florence – April 13, 1977, publicado no IV *Yearbook of Commercial Arbitration* (Italy no. 32), 1978.

³⁶² Nesse sentido, ver Holtzmann e Neuhaus (1989, p. 583): “[t]he freedom of the parties [under the Model Law] is subject only to the provisions of the Model law, that is, to its mandatory provisions. The most fundamental of such provisions, from which the parties may not derogate, is the one contained in paragraph 3 [art. 18 in the final text].”

³⁶³ Nesse sentido, ver análise do histórico legislativo da Lei Modelo no capítulo II, subitem II.2.1, *supra*.

³⁶⁴ Nesse sentido, ver, por exemplo, artigo 4 e, em especial, schedule 1 da lei de arbitragem inglesa (REINO UNIDO, 1996 – *Arbitration Act 1996*).

³⁶⁵ Nesse sentido, ver artigo 192(2)(d) da lei suíça ((SUÍÇA, 1987 – *Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)*). Ver capítulo II, item 2.3(i), *supra*.

IV.3 As normas nacionais e supranacionais exigem o respeito ao que foi acordado pelas partes

Além de conceder poderes às partes para estipular o procedimento, as convenções internacionais e as leis nacionais exigem que o tribunal arbitral respeite o que foi acordado pelas partes. O desrespeito à vontade das partes pode ensejar a não homologação ou a anulação da sentença arbitral.

Segundo o artigo V(I)(d) da Convenção de Nova Iorque, a homologação de sentença arbitral estrangeira pode ser denegada se “o procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes” (BRASIL, *Decreto 4.311/2002*).

No mesmo sentido, na Lei Modelo é motivo tanto para a anulação da sentença arbitral³⁶⁶ quanto para denegação da homologação³⁶⁷ o desrespeito ao acordo das partes sobre a condução do procedimento arbitral.

A Lei de Arbitragem brasileira, entretanto, não contém disposição semelhante. O desrespeito ao procedimento acordado não consta entre os fundamentos para não homologação listados no artigo 38.³⁶⁸ Exige-se, apenas, que o procedimento de arbitragem não viole o princípio do contraditório, que se possibilite a ampla defesa e que a instituição da arbitragem — não o procedimento — esteja de acordo com o estipulado no compromisso ou na cláusula compromissória. No mesmo sentido, o artigo 32 — que dispõe sobre anulação da sentença — não faz menção expressa ao respeito do que foi acordado pelas partes sobre o procedimento

³⁶⁶ Nesse sentido, ver artigo 34(2)(a)(iv) da Lei Modelo: “[...] the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, unless such agreement was in conflict with a provision of this Law from which the parties cannot derogate, or, failing such agreement, was not in accordance with this Law; or [...]” (UNCITRAL, 2006 - 1985 – *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, with amendments as adopted in 2006*).

³⁶⁷ Nesse sentido, ver artigo 36(1)(a)(iv) da Lei Modelo: “[...] the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with this Law; or [...]” (UNCITRAL, 2006 - 1985 – *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, with amendments as adopted in 2006*).

³⁶⁸ “Art. 38. Somente poderá ser negada a homologação para o reconhecimento ou execução de sentença arbitral estrangeira, quando o réu demonstrar que: I - as partes na convenção de arbitragem eram incapazes; II - a convenção de arbitragem não era válida segundo a lei à qual as partes a submeteram, ou, na falta de indicação, em virtude da lei do país onde a sentença arbitral foi proferida; III - não foi notificado da designação do árbitro ou do procedimento de arbitragem, ou tenha sido violado o princípio do contraditório, impossibilitando a ampla defesa; IV - a sentença arbitral foi proferida fora dos limites da convenção de arbitragem, e não foi possível separar a parte excedente daquela submetida à arbitragem; V - a instituição da arbitragem não está de acordo com o compromisso arbitral ou cláusula compromissória; VI - a sentença arbitral não se tenha, ainda, tornado obrigatória para as partes, tenha sido anulada, ou, ainda, tenha sido suspensa por órgão judicial do país onde a sentença arbitral for prolatada.” (BRASIL. *Lei 9.307/1996*).

arbitral.³⁶⁹ Ainda que esse artigo faça referência ao artigo 21, que concede às partes autonomia para estabelecer o procedimento arbitral, essa menção é específica ao parágrafo segundo, que dispõe sobre os deveres de respeito ao contraditório, à igualdade entre as partes, à imparcialidade do árbitro e ao seu livre convencimento.

No entanto, ainda que a Lei de Arbitragem brasileira não seja expressa nesse sentido, deve-se respeitar o que foi acordado pelas partes, especialmente porque a lei reconhece, no artigo 21, *caput*, a autonomia das partes para estipular o procedimento a ser seguido.

IV.4 Síntese: as normas nacionais e supranacionais contêm uma regulamentação processual mínima

As normas nacionais e supranacionais reconhecem a autonomia das partes e dos árbitros para estabelecer o procedimento arbitral. Entretanto, estas buscam assegurar a legitimidade do procedimento arbitral, garantindo que este não seja arbitrário. Assim, constata-se a imposição de limites à liberdade das partes e dos árbitros para estipular o procedimento arbitral. Essas limitações restringem-se ao respeito ao devido processo legal e às normas de caráter mandatório da lei de arbitragem local. Dessa forma, conclui-se que a regulamentação formal da arbitragem é mínima, possuindo as partes e os árbitros liberdade para regulamentar o procedimento arbitral.

³⁶⁹ “Art. 32. É nula a sentença arbitral se: I - for nulo o compromisso; II - emanou de quem não podia ser árbitro; III - não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV - for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V - não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; VI - comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII - proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII - forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.” (BRASIL. *Lei 9.307/1996*).

V NORMAS ESTIPULADAS PELAS PARTES

A autonomia da vontade das partes prevalece na estipulação de regras processuais. Nesse sentido, é necessário analisar como elas exercem essa autonomia. A convenção de arbitragem pode conter normas processuais, entretanto as partes não costumam — nem é recomendado — estipular um procedimento detalhado na convenção (item V.1). Isso não quer dizer que as partes não façam opção processual. Em geral, elas incorporam na convenção de arbitragem algum regulamento, que contém normas de cunho processual. Assim, torna-se importante analisar de maneira evolutiva e comparativa os principais regulamentos de arbitragem institucionais, já que neles estão contidas as opções das partes (item V.2). Por fim, já no curso do procedimento, as partes têm a oportunidade de se manifestar sobre questões processuais no ato da celebração da ata de missão ou do termo de arbitragem e no curso do procedimento (item V.3).

V.1 A convenção de arbitragem

A convenção de arbitragem, nela abrangidos tanto a cláusula compromissória como o compromisso arbitral, é o meio pelo qual as partes optam por submeter seus litígios ao juízo arbitral (BRASIL, *Lei 9.307/1996*, artigo 2º). A cláusula compromissória é o “[...] pacto por meio do qual os contratantes avençam, por escrito, submeter à arbitragem a solução de eventual litígio.” (CARMONA, 2009a, p. 16.).³⁷⁰ O compromisso arbitral é um contrato por meio do qual as partes submetem um litígio já existente à arbitragem.³⁷¹ Em síntese, a cláusula compromissória estipula a solução arbitral para eventuais litígios que possam existir entre as partes no futuro, enquanto o compromisso dispõe sobre a solução de um litígio já existente entre as partes. Sendo esse o principal momento em que as partes fazem as suas escolhas pela forma de solução do litígio, cabe analisar as opções usuais realizadas pelas partes e seus impactos na condução do procedimento arbitral.

O compromisso arbitral é ato formal e, para fins da Lei de Arbitragem brasileira, deve conter, obrigatoriamente, a identificação das partes, dos árbitros ou da entidade à qual as partes

³⁷⁰ No mesmo sentido, Brasil (*Lei 9.307/1996*, artigo 4º).

³⁷¹ Nesse sentido, ver Carmona (2009a, p. 183-184) e Brasil (*Lei 9.307/1996*, artigo 9º).

delegaram a sua indicação; a matéria objeto da arbitragem; e o lugar em que será proferida a sentença (BRASIL, *Lei 9.307/1996*, artigo 10). Além dos elementos obrigatórios, a Lei de Arbitragem brasileira lista outros que podem estar presentes, entre eles: o local de realização da arbitragem, a autorização para julgar por equidade, o prazo para apresentação da sentença, a indicação de lei nacional ou de regra corporativa aplicável à arbitragem e a responsabilidade e fixação de honorários dos árbitros (BRASIL, *Lei 9.307/1996*, artigo 11). Por outro lado, para que não sejam consideradas cláusulas vazias, as cláusulas compromissórias devem conter apenas referência à solução via arbitral e à forma de constituição do tribunal arbitral, permitindo a instituição do procedimento. Sendo possível constituir o tribunal arbitral, os árbitros terão competência para definir as demais questões sobre a condução do procedimento (BRASIL, *Lei 9.307/1996*, artigo 7º).

A única questão processual que deve estar presente, tanto na cláusula compromissória quanto no compromisso, é a forma de constituição do tribunal arbitral, seja pela indicação direta dos árbitros pelas partes, seja pela menção a uma entidade que os nomeará.³⁷² Não há obrigatoriedade sequer no compromisso, muito menos na cláusula compromissória, de que as partes estipulem, em detalhes, regras processuais ou escolham uma lei processual aplicável. É usual questionar se outras escolhas das partes nesses instrumentos podem ser entendidas ou influenciar questões procedimentais, quais sejam:

- 1) A escolha do local da arbitragem não poderia ser, indiretamente, compreendida como a escolha das normas processuais daquela localidade para reger o procedimento arbitral?
- 2) A escolha de lei aplicável ao mérito da disputa não poderia ser compreendida como opção daquela lei também para reger aspectos processuais?

Atualmente, prevalece o entendimento de que essas escolhas não devem prevalecer como opção de lei processual aplicável, cabendo aos árbitros estabelecer o procedimento naquilo que não foi disposto pelas partes.³⁷³

A escolha do local da arbitragem impacta apenas na opção da *lex arbitrii* que, como mencionado, não deve ser confundida com a lei processual aplicável.³⁷⁴ Ainda que a *lex arbitrii*

³⁷² Exceto nos casos em que o compromisso arbitral contenha o nome do(s) árbitro(s) que solucionará(ão) o litígio.

³⁷³ Nesse sentido, ver Born (2009, p. 1239).

³⁷⁴ Ver introdução, prolegômenos, b), *supra*.

contenha algumas disposições sobre a garantia do devido processo legal mínimo, os árbitros não têm de respeitar todas as peculiaridades da lei processual do local de realização da arbitragem, nem mesmo para preencher lacunas.³⁷⁵

Também não prevaleceu o entendimento de que a escolha da lei aplicável ao mérito da disputa, ou lei de regência do contrato, deve incluir a lei processual daquele Estado como lei aplicável à arbitragem. Para que a lei processual nacional seja aplicada ao procedimento arbitral é necessário que as partes façam menção expressa à lei processual, não sendo suficiente a opção de lei para regência do contrato.³⁷⁶

Embora a forma de constituição do tribunal arbitral seja elemento essencial da cláusula compromissória, em vez de dispor sobre isso, as partes, muitas vezes, optam por indicar um regulamento de uma instituição arbitral, ou o regulamento de arbitragem da UNCITRAL, caso a opção seja pela realização de uma arbitragem *ad hoc*. Esses regulamentos contêm regras sobre o procedimento de nomeação de árbitros. A vantagem da referência a um regulamento arbitral existente é que as regras sobre a indicação de árbitros são detalhadas, especificando: i) mecanismo supletivo no caso da ausência de indicação por uma das partes; ii) normas sobre deveres de imparcialidade e independência dos árbitros; e iii) procedimentos detalhados para impugnação e substituição de árbitro. Se as partes optam por estabelecer suas próprias regras procedimentais, sem seguir qualquer regulamento arbitral existente, elas precisam no mínimo estabelecer um mecanismo de indicação de árbitros e regras supletivas caso uma das partes deixe de nomeá-lo. Caso esse mecanismo não seja claro, pode haver a necessidade de recurso ao judiciário para constituição do tribunal arbitral, o que deve ser evitado. Assim, tornou-se praxe a indicação pelo menos de um regulamento arbitral, ainda que a arbitragem seja *ad hoc*.

Além da forma de indicação de árbitros, os regulamentos de arbitragem contêm outras regras de cunho processual — como a forma de início da arbitragem (requisitos do requerimento e prazo para resposta), a necessidade de elaboração de termo de arbitragem (ou ata de missão, nos termos da CCI), os poderes dos árbitros para concessão de medidas de urgência, além de outras

³⁷⁵ Ver evolução histórica sobre essa questão no capítulo II, *supra*. No mesmo sentido, ver, por exemplo, decisão afirmando que a escolha do local de realização da arbitragem não é suficiente para demonstrar a intenção das partes em escolher a lei daquele local (ESTADOS UNIDOS, *Certain Underwriters at Lloyd's London vs. Argonaut Ins. Co.*, publicado no 264 F.Supp.2d 926, 933 (N.D.Cal. 2003)).

³⁷⁶ Nesse sentido, ver, por exemplo, decisão americana afirmando que a escolha da lei aplicável, ainda que ambígua, apenas indica a lei aplicável ao mérito, e não ao procedimento arbitral. (ESTADOS UNIDOS, *Mastrobuono vs. Shearson Lehman Hutton, Inc.*, publicado 514 U.S. 52, 62 (1995)).

questões sobre a realização de audiência, a produção de provas, o prazo e os requisitos da sentença arbitral.³⁷⁷ Os regulamentos de arbitragem estabelecem, ainda, regras supletivas para questões não previstas no regulamento, em geral delegando aos árbitros poderes normativos.³⁷⁸

Mesmo sendo permitido que as partes estabeleçam questões procedimentais, a opção mais usual é a adoção de um regulamento de arbitragem de uma instituição, o qual contém regras já testadas sobre a condução da arbitragem.³⁷⁹ A escolha de um regulamento de arbitragem traz mais segurança às partes do que a criação, *ad hoc*, de regras para condução do procedimento arbitral, no ato da celebração de um contrato. Usualmente, os contratos são negociados por empresários auxiliados por advogados com experiência em negociar e redigir contratos e sem conhecimento da prática processual contenciosa ou arbitral.

As instituições arbitrais fornecem cláusulas-modelo que, em geral, são simples e curtas.³⁸⁰ Optando pela utilização de um regulamento arbitral, as escolhas das partes nas cláusulas compromissórias são relacionadas ao local da arbitragem, ao idioma e ao número de árbitros.

Uma boa redação da cláusula compromissória é essencial para evitar discussões, possíveis impugnações e a necessidade de recurso ao judiciário no ato do início do procedimento arbitral. No curso da negociação de transações complexas, entretanto, a cláusula compromissória é acordada no final das negociações e não recebe muita atenção (é conhecida como *midnight clause*).

³⁷⁷ Nesse sentido, ver capítulo V, item V.2, *infra*.

³⁷⁸ Nesse sentido, ver capítulo II, item II.3, *supra*.

³⁷⁹ Nesse sentido, ver Carmona (2009b, p. 12).

³⁸⁰ Nesse sentido, ver, por exemplo, as cláusulas-modelo da UNCITRAL, da CCI e da CCBC:

“Any dispute, controversy or claim arising out of or relating to this contract, or the breach, termination or invalidity thereof, shall be settled by arbitration in accordance with the UNCITRAL Arbitration Rules.

Note. Parties should consider adding:

(a) The appointing authority shall be ... [name of institution or person];

(b) The number of arbitrators shall be ... [one or three];

(c) The place of arbitration shall be ... [town and country];

(d) The language to be used in the arbitral proceedings shall be [...] .” (UNCITRAL, 2010 – *Arbitration Rules*)

“Todos os litígios emergentes do presente contrato ou com ele relacionados serão definitivamente resolvidos de acordo com o regulamento de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional, por um ou mais árbitros nomeados nos termos desse regulamento.” (CCI, 2012 – *Regulamento de Arbitragem e ADR*, p. 78).

“Qualquer litígio originário do presente contrato, inclusive quanto à sua interpretação ou execução, será definitivamente resolvido por arbitragem, de acordo com o Regulamento do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá, por três árbitros, indicados de acordo com o citado Regulamento.” (CCBC, 2012 – *Regulamento de Arbitragem*).

A preocupação com a redação de cláusulas arbitrais tornou-se cada vez maior. Por um lado, ao surgir um conflito, a parte recalcitrante ou que não pretende solucioná-lo por via arbitral busca impugnar a validade da cláusula ou a eleição ali contida, gerando um contencioso pré-arbitral que poderia ser evitado com uma redação clara e objetiva da convenção de arbitragem. Por outro lado, a complexidade das relações internacionais coloca em questionamento a visão tradicional de que a arbitragem envolve apenas duas partes e um contrato, sendo cada vez mais usuais os litígios envolvendo múltiplas partes e a existência de mais de um contrato para reger o mesmo negócio jurídico.

Em decorrência dos fatos, verificam-se: i) a proliferação de guias sobre a redação de cláusulas compromissórias, incentivando as partes a dispor, por exemplo, sobre medidas de urgência e arbitragem com múltiplos contratos e partes;³⁸¹ ii) a inclusão de disposições específicas sobre esses assuntos nas próprias cláusulas, atendendo à nova realidade; e iii) a revisão periódica dos regulamentos de arbitragem, com a inclusão de dispositivos sobre essas questões nos próprios regulamentos de arbitragem institucionais.

É importante notar a influência recíproca entre as disposições das partes nas cláusulas compromissórias e as disposições dos regulamentos. Por um lado, as partes deixam de estipular normas processuais já estabelecidas no regulamento eleito. Por outro, são as partes que passam a disciplinar em suas cláusulas questões decorrentes das novas realidades das transações — por exemplo, existência de múltiplas partes e contratos relacionados. Com o tempo e a revisão periódica dos regulamentos de arbitragem, estes incorporaram as opções realizadas pelas partes, tornando-se desnecessário que estas disciplinem tais questões individualmente na convenção de arbitragem. Caso as partes disciplinem de maneira diversa da prevista no regulamento eleito alguma questão processual (*e.g.* forma de indicação de árbitros em arbitragens com múltiplas partes), prevalecerá a vontade das partes na convenção. Dessa forma, o cuidado na redação de cláusulas compromissórias deve ser redobrado, evitando dispor em contrário aquilo que, eventualmente, já esteja disciplinado no regulamento eleito.

³⁸¹ Nesse sentido, ver, por exemplo, IBA, 2010 – *Guidelines for Drafting International Arbitration Clauses*. Algumas instituições arbitrais também disponibilizam guias de redação de cláusula compromissória — por exemplo, o da ICDR, s/d – *Guide to the drafting of international dispute resolution clauses*.

V.2 Os regulamentos institucionais

Constatado que as partes fazem a opção sobre questões procedimentais por meio da escolha de um regulamento de arbitragem, estes se tornam uma fonte importante na regulamentação do procedimento arbitral.

Este item apresenta uma breve introdução sobre os regulamentos de arbitragem como fonte normativa por meio da escolha das partes (subitem V.2.1.) e, em seguida, faz uma análise sobre o conteúdo dos principais regulamentos (subitem V.2.2.). Essa última análise será realizada com base na evolução histórica dos regulamentos — em especial do da CCI, com diversas versões desde 1922 — e de maneira comparativa entre eles.³⁸²

V.2.1 Natureza dos regulamentos de arbitragem

No exercício de sua autonomia, as partes podem escolher um regulamento de arbitragem disponível no mercado ou estipular as regras que pretendem adotar. Diversos são os regulamentos de arbitragem disponíveis. Tais regulamentos, em especial os da CCI, são constantemente utilizados como fontes de inspiração para solução de questões não resolvidas em outros regulamentos, bem como servem de exemplo para a redação de novos regulamentos.³⁸³ A princípio, esses regulamentos têm caráter de norma não estatal, tendo sido elaborados por entidades privadas e servindo como diretriz ou guia em procedimentos arbitrais.³⁸⁴ Porém, no momento em que são eleitos pelas partes, têm de ser aplicados pelos árbitros, tornando-se normas vinculantes (na terminologia em inglês *hard law*, em oposição à *soft law*).³⁸⁵

Embora a escolha do regulamento de arbitragem de determinada instituição não implique, necessariamente, a escolha da mesma instituição para administrar o procedimento, é usual que a

³⁸² Seguindo os mesmos critérios adotados no capítulo II, optou-se por analisar: i) o regulamento da UNCITRAL, nas suas versões de 1976 e 2010, como exemplo de regulamento *ad hoc*; ii) os regulamentos da CCI, da LCIA e do ICDR, no âmbito internacional; e iii) os regulamentos da CCBC, da CMA e da FGV, no âmbito brasileiro.

³⁸³ Nesse sentido, ver Craig (1985, p. 60): “There is a substantial evidence, moreover, that ICC arbitration practice are also normative character in that they both create and respond to the expectation of the international community.”

³⁸⁴ Nesse sentido, ver Kaufmann-Kohler (2010, p. 11): “Irrespective of the parties’ agreement on the application of the Rules, the later may be pertinent for our purposes as they convey the views and choices of the arbitral institution in matters of arbitral procedure. As such, they could conceivably be a soft code of arbitral procedure.”

³⁸⁵ Nesse sentido, ver Kaufmann-Kohler (2010, p. 11): “Being part of a contract, the [arbitration] Rules become hard law and are thus outside the scope of the present inquiry.”

referência ao regulamento seja compreendida não apenas como adoção do regulamento, mas também como a escolha daquela instituição para administrar o procedimento. É possível adotar um regulamento e eleger outra instituição para administrar o procedimento. Contudo, devido às particularidades de alguns regulamentos, esse caminho não é o mais recomendado e algumas dificuldades podem surgir com essa opção.³⁸⁶ Por exemplo, apenas a CCI possui uma corte de arbitragem com poderes para revisar aspectos formais da sentença arbitral (escrutínio). Por outro lado, o regulamento da UNCITRAL, destinado para arbitragens *ad hoc*, pode facilmente ser utilizado em arbitragens administradas por outras instituições, desde que essas instituições aceitem conduzir procedimentos com regras que não as de seus regulamentos.

Mesmo que as partes adotem algum dos regulamentos de arbitragem existentes no mercado, elas ainda têm bastante flexibilidade para alterar as regras estabelecidas nesses regulamentos, em especial no tocante a prazos para apresentação de alegações e para produção de prova. Algumas disposições dos regulamentos de arbitragem, entretanto, não podem ser derogadas pelas partes. Assim como nas legislações nacionais, as disposições dos regulamentos de arbitragem que tratam sobre o respeito ao devido processo legal e à igualdade entre as partes também não podem ser derogadas.

V.2.2 Normas sobre questões processuais nos regulamentos de arbitragem: análise evolutiva e comparativa

Os regulamentos de arbitragem contêm regras sobre organização do procedimento arbitral. Além das regras sobre a lei processual aplicável — analisadas no capítulo II —, os regulamentos trazem disposições sobre o início da arbitragem (forma da constituição do tribunal arbitral, forma e conteúdo do requerimento de arbitragem e resposta) e regras sobre a condução do procedimento (produção de provas e realização de audiência), além dos requisitos da sentença arbitral. Com a evolução dos regulamentos, novos dispositivos foram surgindo — por exemplo, os poderes dos árbitros para conceder medidas urgentes, os deveres de imparcialidade e independência dos árbitros, o tratamento dado às múltiplas partes e a possibilidade de consolidação de procedimentos. Assim, este item faz uma análise evolutiva das questões procedimentais dos regulamentos institucionais.

³⁸⁶ Nesse sentido, ver Carmona (2009a, p. 290-291).

O regulamento da CCI merece destaque neste estudo por alguns motivos. Um deles é a existência de diversas versões, desde o primeiro regulamento de arbitragem da CCI, de 1922 (ICC, 1922 – *Règlement / Rules of Procedure*), até o que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2012 (ICC, 2012 – *Regulamento de Arbitragem e de ADR*). Ademais, em decorrência do renome da instituição, do grande volume de casos e da diversidade regional das partes representadas, pode-se dizer que o regulamento da CCI é o mais influente, sendo sua redação constantemente utilizada como base para elaboração ou revisão de regulamentos de outras instituições.³⁸⁷

Além do da CCI, são analisados outros dois regulamentos internacionais, o da LCIA e da ICDR. Estes trazem uma perspectiva diversa do da CCI, influenciados pelo local da sede das instituições. A LCIA, sediada na Inglaterra, teve o desenvolvimento da arbitragem comercial internacional postergado em decorrência da legislação inglesa, que, até 1996, permitia uma revisão da sentença por meio do *case state procedure*.³⁸⁸ Por outro lado, a ICDR, com sede em Nova Iorque, precisou se distanciar do modelo contencioso americano para ser mais atrativa internacionalmente e competir com as demais instituições. Ainda no âmbito internacional, é analisado o regulamento da UNCITRAL, nas suas versões de 1975 e de 2010, como exemplo de regulamento formulado no âmbito de uma organização internacional, com a participação dos Estados, para ser utilizado em arbitragens *ad hoc*. No âmbito brasileiro, são analisados os regulamentos da CCBC, da CMA e da FGV. Antes da última revisão do regulamento da CCBC, era possível verificar uma semelhança das disposições sobre a condução do procedimento nesses regulamentos, possibilitando certa coerência na prática arbitral brasileira. A CCBC atualizou seu regulamento, em 2012, e o da CMA-SP está em processo de revisão.

O regulamento da CCI é analisado primeiro e em separado dos demais devido a seu destaque. Em seguida, são examinados e comparados os regulamentos da LCIA e da ICDR, as duas versões do regulamento da UNCITRAL e, por fim, os regulamentos brasileiros.

³⁸⁷ Nesse sentido, por exemplo, a revisão ocorrida em 2011 no regulamento de arbitragem do mercado, instituição vinculada à BM&F, foi inspirada no regulamento de 1998 da CCI.

³⁸⁸ Nesse sentido, ver REINO UNIDO, 1950 – *Arbitration Act*, section 21. Ver, ainda, Landau (2000, p. 450).

a) Regulamento de Arbitragem da CCI

A ideia da criação de uma corte de arbitragem para solucionar disputas entre comerciantes de diferentes países surgiu logo após a criação da CCI, em outubro de 1920. Criou-se um comitê internacional sobre arbitragem que se reuniu diversas vezes em 1921, sob a presidência do francês Lyon-Caen e com a participação de representantes de países como Estados Unidos, Grã-Bretanha, Holanda e Itália. Uma minuta preliminar de regulamento foi apresentada na conferência da CCI em Londres, em junho de 1921. Em 1º de julho do mesmo ano, foi aprovada no congresso da CCI uma resolução contendo os princípios expressos na minuta, e o comitê ficou responsável pela redação de uma versão final do regulamento. A versão final do regulamento de 1922 foi o resultado de esforços do comitê para conciliar os pontos de vista das diversas nacionalidades e foi aprovada pelo conselho da CCI em julho de 1922.³⁸⁹

O primeiro regulamento de arbitragem da CCI tratava da conciliação e da arbitragem, contendo disposições diferenciadas para arbitragem nos países que reconhecem a eficácia e a execução da sentença arbitral e para os que não as reconhecem. Os principais dispositivos desse regulamento tratam da:

- jurisdição da Corte de Arbitragem da CCI (artigos XXV-XXVIII);
- sede da arbitragem, que era determinada pela Corte de Arbitragem (artigo XXIX);
- forma e conteúdo do requerimento de arbitragem, estabelecendo que o requerimento deve ser apresentado ao Comitê Nacional, contendo o nome e endereço das partes, cópia do contrato e breve descrição do caso (artigo XXX);
- análise, pela Corte de Arbitragem, da possibilidade de a questão ser arbitrada e notificação da outra parte (artigo XXXI);
- nomeação de árbitros (competência para a Corte de Arbitragem nomear e, exceto se as partes tivessem acordado em contrário, a regra geral era a nomeação de um único árbitro) (artigo XXXII);

³⁸⁹ Histórico disponível na introdução ao regulamento de 1922 (em especial, p. 13 e 15, na versão em inglês, e 12 e 14, na versão em francês), particularmente quanto à necessidade de acomodar diversas culturas: “The members of the Committee were obliged to make strenuous efforts in order to conciliate as far as possible the various national points of view.” (ICC, 1922 – *Règlement / Rules of Procedure*, p. 15).

- elaboração de termo de submissão³⁹⁰ (estabelecendo que a elaboração e a indicação do conteúdo necessário cabem ao secretariado da Corte de Arbitragem) (artigo XXXIV);
- orientação sobre a tomada de decisão caso haja mais de um árbitro (artigo XXXV);
- estipulação de prazo para decisão pelos árbitros (artigo XXXVI);
- disposição, sujeita à permissão legal, sobre a produção de provas em outros países e declaração sobre documentos sob a custódia das partes (artigos XXXVII e XXXVIII);
- possibilidade de decisão provisória pelos árbitros (artigo XXXIX);
- alocação de custas da arbitragem (artigo XL); e
- vinculação das partes à sentença arbitral, com a possibilidade da divulgação, em publicações oficiais da CCI e dos Comitês Nacionais, dos nomes das partes que não cumprissem com a decisão (artigo XLI).³⁹¹

As questões procedimentais tratadas no regulamento da CCI de 1922 eram aquelas peculiares à solução por via arbitral, em especial referentes ao início da arbitragem e à tomada de decisões pelos árbitros, restando as demais sujeitas à legislação processual local. Nesse sentido, as disposições sobre produção de provas em outros países e declaração de documentos sob a custódia das partes eram sujeitas à permissão legal.³⁹²

O regulamento de 1922 concede amplos poderes para a Corte de Arbitragem da CCI e para seus comitês nacionais. Por exemplo, era responsabilidade primordial da Corte de Arbitragem: definir a sede da arbitragem (artigo XXIX); analisar se a matéria era arbitrável (artigo XXXI); indicar o árbitro (artigo XXXII); elaborar o formulário de submissão (artigo XXXIV); e determinar o prazo para prolação da sentença (artigo XXXVI). Os comitês nacionais exerciam um papel importante na intermediação de documentos entre as partes e a CCI, sendo responsáveis por: recebimento do requerimento (artigo XXX); notificação da parte contrária

³⁹⁰ O termo de submissão, documento elaborado pelo Secretariado da Corte contendo os nomes das partes e dos árbitros, o objeto da disputa, a sede da arbitragem, as alegações das partes e outras particularidades requeridas por lei, era enviado para as partes e para os árbitros para assinatura. Posteriormente, esse termo perdeu importância, sendo a transmissão do caso aos árbitros feita sem formalidades adicionais e cabendo aos árbitros, em conjunto com as partes, elaborar a ata de missão (ou termo de arbitragem) (ICC, 1922 – *Règlement / Rules of Procedure*, p. 15).

³⁹¹ Ver artigos XXV a XLV do regulamento de arbitragem vinculante. (ICC, 1922 – *Règlement / Rules of Procedure*, p. 15).

³⁹² Ver artigo XVI e XVII do regulamento de arbitragem vinculante: “Article XVI – The arbitrators shall have the right, where the law permits, to take evidence in countries other than in which the arbitration takes place. [...]. Article XVII – The arbitrators shall have the right, where the law permits, to require each party to make a sworn declaration of all documents relating to the case in his custody or control.” (ICC, 1922 – *Règlement / Rules of Procedure*, p. 35).

(artigo XXXI); nomeação de árbitros (artigo XXXII); em conjunto com os árbitros, determinação e regulação do procedimento, garantindo a exequibilidade da sentença (artigo XXXIII);³⁹³ e transmissão e obtenção de assinaturas no termo de submissão (artigo XXXIV) (ICC, 1922 – *Règlement / Rules of Procedure*).

O trabalho dos árbitros não era remunerado (artigo XL, e). No caso da formação de tribunal arbitral com múltiplos árbitros, era permitida tanto a indicação de dois árbitros pelas partes e de um terceiro neutro desempatador como a nomeação de três árbitros. No primeiro caso, os árbitros indicados pelas partes não seriam neutros (artigo XXXII).³⁹⁴

A revisão do regulamento de 1922 foi iniciada em outubro de 1925 e discutida em diversas reuniões da comissão de arbitragem da CCI, com participação de representantes de uma gama mais ampla de nacionalidades (Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos, França, Grã-Bretanha, Grécia, Holanda, Hungria, Indochina, Itália, Luxemburgo, Noruega, Suécia, Suíça e Tchecoslováquia.). O novo regulamento foi concluído no quarto congresso da CCI, realizado em Estocolmo entre 27 de junho e 2 de julho de 1927 (ICC, 1927 – *Rules of Conciliation and Arbitration*).

Comparado ao regulamento de 1922, o regulamento de 1927 foi simplificado, acabando com a diferenciação entre o procedimento para países que reconhecem a arbitragem como vinculante e um procedimento distinto para aqueles que não reconhecem a arbitragem. A principal inovação do regulamento de 1927 é o reconhecimento da autonomia da vontade das partes, ficando a atuação da Corte de Arbitragem subsidiária à escolha pelas partes no que diz respeito às questões da sede da arbitragem e à nomeação de árbitros (artigos 11 e 12). Foi mantida, entretanto, a competência da Corte de Arbitragem para decidir se a matéria pode ser solucionada por arbitragem (artigo 7). Outras inovações do regulamento de 1927 (ICC, 1927 – *Rules of Conciliation and Arbitration*) foram:

³⁹³ Nesse sentido, ver artigo XXXIII, segunda parte: “[...] Thereafter the National Committee or the Organization Member, in consultation with the arbitrators shall arrange the time, and (subject to the provisions of article XXIX above), the place of hearings, if such be necessary, and, in general, shall determine and regulate the procedure in order that the award when rendered may be entitled to legal recognition.” (ICC, 1922 – *Règlement / Rules of Procedure*, p. 32-33).

³⁹⁴ Nesse sentido, ver relatório do secretário-geral comparando a versão antiga com a nova e descrevendo as principais alterações. (ICC, 1922 – *Règlement / Rules of Procedure*, p. 4).

- determinação de que o requerimento de arbitragem, bem como a resposta a este, fosse acompanhado de todos os documentos e todas as informações em que as partes se fundamentam (artigos 6º e 7º);
- concessão, ao árbitro, de poderes para tomar as medidas necessárias para determinar a verdade dos fatos, ouvir testemunhas e indicar peritos técnicos e jurídicos (artigo 16);
- limitação do número de manifestações escritas a ser apresentada pelas partes e determinação de que o requerimento e a resposta ao requerimento fossem considerados como as primeiras alegações (artigo 18);
- exigência de exame prévio (escrutínio), pela Corte de Arbitragem, das sentenças arbitrais antes da assinatura destas e comunicação às partes, sendo esclarecido que essa revisão se restringiria à forma e não interferiria no conteúdo da decisão do mérito do caso pelos árbitros (artigo 21); e
- fim da gratuidade da atuação dos árbitros, possibilitando que os honorários destes fossem incluídos como custas das arbitragens e alocados entre as partes (artigo 22).³⁹⁵

O regulamento de 1927 permaneceu em vigor por quase 30 anos, com alguns aditamentos em 1931, 1933, 1939 e 1947. Foi apenas no início da década de 1950 que houve um crescimento no volume de arbitragens e a necessidade de uma revisão mais substancial do regulamento.³⁹⁶ A versão do regulamento de 1955 (ICC, 1955 – *Rules of Conciliation and Arbitration*), bem mais detalhada que as dos regulamentos de 1927 e 1922 e mais próxima da versão atualmente em vigor, buscou incorporar soluções aos problemas encontrados com a utilização do regulamento de 1927.

De vital importância para este estudo é a inclusão, no regulamento de 1955, do artigo 16, que dispõe sobre as regras aplicáveis ao procedimento arbitral. Esse artigo determina que o procedimento arbitral deve ser governado pelas regras do regulamento e, na ausência de disposição no regulamento, pela lei processual eleita pelas partes ou, na ausência de eleição pelas partes, pela lei processual do local onde o procedimento for realizado.³⁹⁷

³⁹⁵ Nesse sentido, ver artigos 6 a 22 do regulamento da CCI de 1927 (ICC, 1927 – *Rules of Conciliation and Arbitration*).

³⁹⁶ Só 33 arbitragens foram instauradas na CCI até a década de 1950 (DERAINS; SCHWARTZ, 2005, p. 3).

³⁹⁷ O capítulo II, subitem II.3.2, *supra*, apresenta uma análise desse artigo.

Ademais, o regulamento de 1955 reafirmou a autonomia das partes, concedeu mais poderes aos árbitros e aboliu a intermediação dos comitês nacionais nas comunicações entre as partes.³⁹⁸ Outras alterações importantes efetuadas no regulamento de 1955 (ICC, 1955 – *Rules of Conciliation and Arbitration*) foram:

- indicação dos árbitros pelas partes, no requerimento de arbitragem ou na resposta ao requerimento (artigo 7º(2));
- inclusão de disposições detalhadas para os casos de não indicação de árbitro ou de ausência de acordo com relação ao árbitro único e para indicação do presidente (artigo 7º(5));
- criação de procedimento para impugnação e substituição de árbitros (artigo 7º(4));
- eliminação da limitação ao número de manifestações de cada parte (artigo 11);
- determinação dos efeitos da convenção de arbitragem e estipulação de que cabe à Corte de Arbitragem proferir uma decisão *prima facie* sobre a existência da convenção de arbitragem, sem prejuízo a posterior decisão sobre a questão pelo tribunal arbitral, se uma das partes questionar a validade dessa convenção (artigo 13);
- possibilidade, em casos de urgência, da requisição de medidas provisórias ou interinas para a autoridade judiciária competente, sem violação à convenção de arbitragem (artigo 13(5));
- substituição do termo de submissão, elaborado pela Secretaria da Corte de Arbitragem, pela ata de missão, elaborada pelos árbitros em conjunto com as partes, e estabelecimento do conteúdo da ata de missão, exigindo a qualificação das partes e dos árbitros, o resumo das alegações das partes, o objeto do litígio, as questões a serem solucionadas e demais requisitos para que a sentença seja executável (artigo 19); e
- permissão de reconvenção e de inclusão de novos pedidos até a assinatura da ata de missão, limitando a inclusão de novos pedidos após essa assinatura aos casos em que o novo pedido estivesse dentro do seu escopo da ata de missão ou em que houvesse a concordância da contraparte (artigo 21(6)).³⁹⁹

³⁹⁸ Nesse sentido, ver, por exemplo, artigos 8º e 9º, sobre envio do requerimento de arbitragem e resposta, e artigo 15, sobre notificações (ICC, 1955 – *Rules of Conciliation and Arbitration*).

³⁹⁹ Nesse sentido, ver artigos 7 a 21 do regulamento da CCI de 1955 (ICC, 1955 – *Rules of Conciliation and Arbitration*).

Permaneceram semelhantes às do regulamento de 1927 as disposições sobre condução do procedimento e poder dos árbitros para tomar as medidas necessárias a fim de estabelecer a verdade dos fatos, podendo eles ouvir testemunhas e indicar *expert* técnico (artigos 20 e 21). Detalhes sobre as consequências do não comparecimento de uma parte à audiência foram incluídos no regulamento (artigo 21(3)).⁴⁰⁰

Em 1975, foi publicada nova versão do regulamento da CCI (ICC, 1975 – *Rules for the ICC Court of Arbitration*), atendendo as necessidades resultantes do crescimento da demanda de arbitragens e a evolução do comércio internacional. Foi essa versão que estabeleceu a regra, afastando qualquer aplicação, ainda que subsidiária, da lei processual do local da realização da arbitragem e conferindo aos árbitros poderes supletivos para disciplinar questões procedimentais sem a necessidade de referência à legislação nacional. Essa é a regra que permanece em vigor até os dias atuais e foi adotada, com redação semelhante, por outras instituições. Nesse sentido, o artigo 11 do regulamento de 1975 determina que o procedimento arbitral deverá ser regido pelo regulamento e, no silêncio deste, as partes ou os árbitros devem decidir as questões processuais, fazendo ou não referência a uma lei processual a ser aplicada na arbitragem.⁴⁰¹

Além de garantir ampla autonomia processual às partes e aos árbitros, afastando qualquer aplicação, ainda que subsidiária, da lei processual da sede da arbitragem, as novidades do regulamento de 1975 (ICC, 1975 – *Rules for the ICC Court of Arbitration*) foram:

- necessidade de inclusão, na ata de missão, de quaisquer particularidades sobre questões processuais (artigo 13(1), g);⁴⁰²
- concessão de poderes aos árbitros para estabelecer o idioma do procedimento (artigo 15(3)); e
- aumento do prazo para prolação da sentença arbitral, que antes era de 60 dias, para 6 meses (artigo 18).⁴⁰³

As demais disposições continuaram semelhantes às do regulamento de 1955, podendo-se afirmar que o de 1955 foi o que sofreu reformas mais substanciais.

⁴⁰⁰ Nesse sentido, ver ICC, 1955 – *Rules of Conciliation and Arbitration*.

⁴⁰¹ O capítulo II, subitem II.3.2, *supra*, apresenta uma análise desse artigo.

⁴⁰² “Article 13 [...] g) particulars of the applicable procedural rules and, if such is the case, reference to the power conferred upon the arbitrator to act as amiable compositeur.” (ICC, 1975 – *Rules for the ICC Court of Arbitration*).

⁴⁰³ Nesse sentido ver artigos 13 a 18 do regulamento de 1975 da CCI (ICC, 1975 – *Rules for the ICC Court of Arbitration*).

A revisão seguinte do regulamento da CCI ocorreu em 1988 (ICC, 1988 – *Rules of Arbitration*). Da análise das alterações, depreende-se que a preocupação da CCI nessa revisão era com a independência dos árbitros. Diversas disposições foram inseridas no artigo 2º, que trata do tribunal arbitral, devendo ser destacada a obrigação dos árbitros de ser e de permanecer independentes e de revelarem ao Secretariado da Corte de Arbitragem da CCI qualquer circunstância que, pela sua natureza, possa colocar em questionamento a sua independência (artigo 2º(7)). Houve também um detalhamento no procedimento das impugnações aos árbitros (artigo 2º(8) a artigo 2º(13)). Além das questões sobre independência e imparcialidade dos árbitros, houve a inclusão de dispositivo esclarecendo o cálculo dos prazos (artigo 6º(4)) e a permissão de inserção de novos pedidos por meio de um aditamento à ata de missão ou de documento apartado assinado pelas partes (artigo 16).

O regulamento de 1998 (ICC, 1998 – *Regulamento de Arbitragem*) apresentou diversas alterações refletindo a complexidade das relações internacionais e, conseqüentemente, as novas demandas na solução dos litígios internacionais. Em especial quanto ao artigo que dispõe sobre as regras aplicáveis ao procedimento, manteve-se a redação anterior, conforme a qual a arbitragem deve ser regida pelo regulamento e, no que este for silente, pelas regras que as partes escolheram ou na falta dessas regras, o que o tribunal arbitral determinar (artigo 15).⁴⁰⁴ Entretanto, foi inserida a obrigação de o tribunal atuar “[...] com equidade e imparcialidade, devendo sempre assegurar que cada parte tenha tido a oportunidade de apresentar as suas razões.” (ICC, 1998 – *Regulamento de Arbitragem*, p. 31). Essa alteração evidencia que, ao mesmo tempo em que prevalece a autonomia das partes e, subsidiariamente, a dos árbitros para estipular regras procedimentais, há preocupação com o modo como esse procedimento será conduzido e com a necessidade de se garantir um devido processo legal mínimo.

As inclusões no regulamento de 1998 refletem, na sua grande maioria, os problemas constatados nas arbitragens administradas pela instituição devido ao desenvolvimento das relações comerciais no âmbito internacional. Devem ser destacadas:

- previsões mais detalhadas sobre o início da arbitragem, possibilitando a consolidação de procedimentos (artigo 4º(6));

⁴⁰⁴ O capítulo II, subitem II.3.2, *supra*, apresenta uma análise desse artigo.

- possibilidade de realização de audiências e deliberações no local em que o tribunal arbitral entender adequado (artigo 14);
- previsões mais detalhadas sobre impugnações e confirmações de árbitros pela Corte de Arbitragem (artigos 7º-9º e 11-12);
- previsão de arbitragem com múltiplas partes e forma de indicação de árbitros nesses casos (artigo 10);
- disposição sobre a lei aplicável, possibilitando que, na ausência de eleição pelas partes, o tribunal arbitral aplique as “normas de direito”⁴⁰⁵ que considere apropriadas, devendo valer-se dos dispositivos do contrato e dos usos e costumes da prática relevante. A atuação dos árbitros como *amiable compositeur* ou a decisão *ex aequo et bono*, entretanto, é restrita ao casos em que as partes concederem expressamente esses poderes aos árbitros (artigo 17);
- necessidade de o tribunal arbitral, após consultar as partes, estabelecer o cronograma provisório a ser seguido na arbitragem, o qual deve ser submetido à aprovação da Corte de Arbitragem (artigo 18 (4));
- necessidade de autorização do tribunal arbitral para a apresentação de novos pedidos após a assinatura da ata de missão (artigo 19);
- determinação de que o tribunal arbitral encerre o procedimento ao concluir que as partes tiveram ampla oportunidade de apresentar seu caso (artigo 22);
- conferência de poder ao tribunal arbitral para conceder medidas cautelares e provisórias (artigo 23);
- determinação de que a sentença seja fundamentada (artigo 25(2)); e
- possibilidade de requerimento de correção ou interpretação da sentença arbitral no prazo de 30 dias do seu recebimento (artigo 29).⁴⁰⁶

Em outubro de 2008, a CCI criou uma força tarefa com a participação de mais de 175 profissionais que atuam com arbitragem em mais de 40 países para realizar uma ampla revisão do regulamento de arbitragem de 1998.⁴⁰⁷ Redigido por especialistas de diferentes tradições

⁴⁰⁵ É importante ressaltar que o regulamento fala em *rules of law*, e não *law*, evidenciando a possibilidade de recurso a normas além daquelas estritamente previstas em leis nacionais.

⁴⁰⁶ Nesse sentido ver regulamento da CCI de 1998 (ICC, 1998 – *Regulamento de Arbitragem*).

⁴⁰⁷ Mais informações sobre a força-tarefa (*task force*) organizada pela CCI estão disponíveis no site: <<http://iccwbo.org/policy/arbitration/index.html?id=28796>>. Acesso em: 12 nov. 2011.

jurídicas, culturas e profissões, a revisão visava ao uso mundial do regulamento, em arbitragens realizadas em qualquer país, em qualquer idioma, e submetidas a quaisquer leis (ICC, 2012 – *Regulamento de Arbitragem e de ADR*, p. 2).

Segundo a CCI, o regulamento de 2012 mantém-se fiel às características essenciais do procedimento arbitral da CCI (ICC, 2012 – *Regulamento de Arbitragem e de ADR*, p. 2). Acrescenta, porém, novas disposições para tratar de temas atuais — tais como a pluralidade de contratos —, atualizar o procedimento de condução dos casos, instituir o árbitro de emergência para concessão de medidas urgentes e facilitar a administração em litígios decorrentes de tratados de investimento envolvendo Estados como parte. As alterações realizadas visam assegurar transparência do procedimento, garantir eficiência e justiça ao processo de resolução de conflitos e permitir que as partes escolham diversos aspectos do procedimento.

De fundamental importância para o presente estudo foram as alterações com relação à condução do procedimento. Conforme se verificou na análise das versões anteriores do regulamento da CCI, a maioria dos artigos disciplina o início do procedimento até a constituição do tribunal arbitral e os requisitos para sentença, havendo poucas disposições sobre a forma de condução do procedimento entre a assinatura da ata de missão e a prolação da sentença.

A preocupação com a condução do procedimento é expressa nos seguintes artigos incluídos por ocasião da revisão do regulamento de 2012 (ICC, 2012 – *Regulamento de Arbitragem e de ADR*):

- Artigo 22 – Condução da arbitragem: estabelece a obrigação do tribunal arbitral e das partes de emendar todos os esforços para conduzir a arbitragem de forma expedita e eficiente quanto aos custos, levando em consideração a complexidade do caso e o valor da disputa; enfatiza os poderes dos árbitros de adotar as medidas apropriadas para assegurar a condução eficiente do procedimento; e possibilita que o árbitro determine a confidencialidade do procedimento ou assunto relacionado;
- Artigo 24 – Conferência sobre a condução do procedimento e cronograma do procedimento: estipula a necessidade de o tribunal arbitral convocar uma conferência sobre a condução do procedimento para consultar as partes sobre medidas procedimentais que poderão incluir as técnicas previstas no apêndice IV; e

- Apêndice IV – Técnicas para condução do procedimento: esse apêndice traz exemplos extraídos do documento elaborado em 2007 denominado “Técnicas para controle do tempo e custo na arbitragem.” (ICC, 2007 – *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration*). Entre os exemplos estão: i) possibilidade de bifurcar o procedimento; ii) identificação de pontos que podem ser resolvidos por acordo entre as partes e seus peritos; iii) identificação de pontos que possam ser resolvidos apenas por documentos; iv) questões relacionadas à produção de provas e à organização da audiência.

Além das questões relacionadas à condução do procedimento em si, foram realizadas outras alterações visando atender às necessidades das relações internacionais, cada vez mais complexas, proporcionar mais celeridade ao procedimento (em especial diminuir o tempo dispendido na fase de constituição do tribunal arbitral)⁴⁰⁸ e promover a participação de Estados como parte em arbitragens administradas pela CCI.

O regulamento de 2012 não apenas incorporou normas sobre situações que já ocorriam na prática e que a Corte de Arbitragem era convocada a decidir (*e.g.* arbitragens envolvendo múltiplos contratos ou o Estados como parte), mas evidenciou a preocupação da CCI com a forma como são conduzidas as arbitragens. Uma das razões dessa preocupação é o aumento significativo não só no volume de arbitragens administradas pela instituição, mas, principalmente, na diversidade de nacionalidades de partes e árbitros.⁴⁰⁹ Constatase, cada vez mais, que a arbitragem não é mais um meio de solução de controvérsia de um círculo fechado de atores, conduzida apenas por renomados professores europeus – os “*grand old men*”, na linguagem de Dezalay e Garth (1996).

A evolução do regulamento da CCI foi estudada, uma vez que influenciou os demais regulamentos de arbitragem. Ainda que algumas características sejam peculiares da CCI, em especial em razão da existência da Corte de Arbitragem, as etapas de evolução do regulamento da CCI podem ser observadas em outras instituições.

⁴⁰⁸ Nesse sentido, por exemplo, as objeções sobre a existência, a validade ou o escopo da convenção de arbitragem deverão ser solucionadas diretamente pelos árbitros (e não mais por decisão *prima facie* da Corte de Arbitragem como disposto no Artigo 6(2) do regulamento de 1998), a menos que o secretário-geral submeta tal questão à apreciação da Corte de Arbitragem. (ICC, 2012 – *Regulamento de Arbitragem e ADR*, p. 14)

⁴⁰⁹ Por exemplo, no ano de 2010, a CCI recebeu 793 novas arbitragens envolvendo partes de 140 países, árbitros de 73 nacionalidades e realizadas em 98 cidades em 53 países (ICC, 2010 – *Statistics*, p. 5-15).

Os ciclos evolutivos do regulamento da CCI evidenciam que as preocupações foram, em ordem cronológica: i) questões procedimentais para garantir o início da arbitragem; ii) respeito à autonomia da vontade das partes em questões procedimentais; iii) concessão de poderes subsidiários aos árbitros para decidir questões procedimentais, na ausência de disposição no regulamento ou de eleição pelas partes; iv) preocupações com a imparcialidade e a independência dos árbitros e com procedimentos de impugnação; v) limitação dos poderes dos árbitros, pela necessidade de respeito ao devido processo legal; vi) adequação da arbitragem às novas transações internacionais, que, corriqueiramente, envolvem múltiplas partes e múltiplos contratos, possibilitando a consolidação de procedimentos; e vii) preocupação com a condução do procedimento de uma maneira transparente e eficiente. Essas mesmas preocupações podem ser constatadas, ainda que em diferentes graus, em outros regulamentos institucionais.

b) Demais regulamentos internacionais

Em que pese à existência de certa semelhança entre os regulamentos disponíveis, é possível identificar particularidades no regulamento de cada instituição. Nesse sentido, a análise do regulamento da LCIA, desde o do ano de 1985, evidencia uma maior preocupação dessa entidade com a condução do procedimento e a inclusão de disposições detalhadas sobre questões procedimentais.

Na ausência de acordo entre as partes ou de disposição no regulamento, a LCIA também concede ampla discricão aos árbitros para conduzir o procedimento da maneira que considerar adequado,⁴¹⁰ desde que respeitados os princípios da igualdade e da imparcialidade e que o procedimento seja conduzido de maneira eficiente.⁴¹¹

Mesmo concedendo autonomia às partes e aos árbitros, o regulamento da LCIA dispõe, de maneira mais detalhada, sobre diversas questões procedimentais, tanto em sua versão de 1985 (LCIA, 1985 – *LCIA Rules*) como na de 1998 (LCIA, 1998 – *LCIA Arbitration Rules*). Por exemplo, o regulamento da LCIA:

⁴¹⁰ Nesse sentido, ver capítulo II, subitem II.3.2, *supra*.

⁴¹¹ Nesse sentido, ver o artigo 5º do regulamento da LCIA de 1985 (LCIA, 1985 – *LCIA Rules*) e o artigo 14 do de 1998 (LCIA, 1998 – *LCIA Arbitration Rules*).

- estabelece prazos e número máximo de submissões escritas, concedendo ao requerente a última palavra, exceto nos casos em que for apresentada reconvenção, nos quais o requerido terá a oportunidade de se manifestar apenas sobre a resposta à reconvenção (artigo 6º no regulamento de 1985 e artigo 15 no regulamento de 1998);
- fixa regras detalhadas sobre testemunhas: i) impondo a necessidade de informação prévia da identidade da testemunha, do objeto e da relevância do depoimento; ii) concedendo amplos poderes para o tribunal arbitral permitir, rejeitar ou limitar a presença de testemunhas; iii) possibilitando a apresentação de depoimentos por declarações escritas e concedendo ao tribunal arbitral poderes para determinar a maneira de realizar o intercâmbio dessas declarações entre as partes; iv) estabelecendo a possibilidade de interrogação das testemunhas pelas partes, sujeita ao controle do tribunal arbitral, e pelo tribunal arbitral; e v) esclarecendo ser permitida a entrevista de testemunhas pelos representantes legais das partes antes da audiência (artigo 11 do regulamento de 1985 e artigo 18 do regulamento de 1998);
- possibilita a indicação de peritos técnicos, determinando, com detalhes, regras sobre a forma de indicação pelo tribunal arbitral, a obrigatoriedade das partes de fornecer acesso às informações, a possibilidade de interrogação do perito em audiência e as custas (artigo 12 do regulamento de 1985 e 21 do regulamento de 1998); e
- concede poderes adicionais ao tribunal arbitral para: i) permitir aditamentos aos pedidos; ii) modificar os prazos estabelecidos no regulamento; iii) conduzir as investigações necessárias para identificar os pontos controvertidos e as leis aplicáveis; iv) ordenar inspeção de qualquer propriedade ou local; v) ordenar a produção de documentos em poder das partes; vi) decidir sobre a aplicação ou não de regras domésticas ou qualquer outras regras sobre admissibilidade de provas, relevância e peso das provas, além de determinar como essas provas deverão ser trocadas entre as partes e apresentadas ao tribunal; e vii) permitir que terceiros sejam incluídos na arbitragem (artigo 13 do regulamento de 1985 e 22 do regulamento de 1998).

A comparação entre as versões de 1985 e de 1998 demonstra que as principais alterações trazidas com a revisão de 1998 são semelhantes àquelas constatadas na evolução do regulamento da CCI e em decorrência da nova realidade das relações internacionais. Foram incorporados ao regulamento da LCIA de 1998 (LCIA, 1998 – *LCIA Arbitration Rules*):

- esclarecimentos sobre as funções do secretariado (“registrar”) da LCIA (artigo 3º);
- forma para notificações e prazos (artigo 4º);
- regras mais detalhadas sobre a formação do tribunal arbitral (artigo 5º);
- regras sobre a nacionalidade dos árbitros (artigo 6º);
- regras para nomeação de árbitros pelas partes e regras especiais para casos em que haja três ou mais partes (artigos 7º e 8º);
- possibilidade de requisição da formação expedita do tribunal arbitral (artigo 9º);
- procedimentos para nomeação, revogação e substituição de árbitros (artigo 10 e 11);
- poderes para a maioria dos árbitros dar continuidade ao procedimento, na ausência ou na persistente falta de colaboração de um dos árbitros (artigo 12);
- aplicação da lei de arbitragem (*lex arbitrii*) da sede, quando necessário, exceto se as partes convencionarem expressamente submeter a arbitragem à aplicação de outra lei de arbitragem (artigo 16);
- estabelecimento de que todos os depoentes sejam tratados como testemunhas, independentemente de serem parte na arbitragem ou representantes, empregados ou acionistas de uma das partes (artigo 20.7); e
- concessão de medidas de urgência e de caráter conservatório (artigo 25).

O regulamento da ICDR também tem algumas particularidades e sofreu revisões. A primeira versão, datada de 1951, não apenas contém regras detalhadas sobre a condução do procedimento (artigo 2º), mas também contém um guia de conduta para arbitragem como anexo.⁴¹² Essa versão do regulamento dispõe que a arbitragem será conduzida de acordo com as regras do regulamento, sem prever regras supletivas ou subsidiárias. O artigo 2º dispõe sobre as regras de procedimento em 23 subitens a respeito dos diversos aspectos do procedimento. Destes vale ressaltar que, tal como nos primeiros regulamentos da CCI, o “comitê administrativo” detém poderes para, por exemplo, determinar o local da arbitragem e definir o número de árbitros (subitens 2 e 5). Além das regras sobre constituição do tribunal arbitral, sobre deveres e poderes dos árbitros, há, ainda, a necessidade de que os árbitros façam uma declaração, sob juramento, de que desempenharão suas funções de acordo com a convenção de arbitragem e obter conclusões

⁴¹² “Standards for International Arbitration – These Standards have been adopted by the Council as a guide to the conduct of any arbitration held in any Voluntary International Arbitration Tribunal. They are obligatory upon all members of the International Panel.” (ICDR, 1951 – *Rules and Standards of the Voluntary International Arbitration Tribunals*, p. 8-14).

de acordo com o seu melhor julgamento (subitem 10). Em particular com relação à condução da arbitragem, o regulamento proíbe, expressamente, os árbitros de realizar investigações independentes, inspeções ou outras enquetes sem o consentimento das partes (subitem 10). Por outro lado, o regulamento confere aos árbitros autoridade para ordenar a produção de documentos em poder das partes e determinar a apresentação de declarações escritas das testemunhas (subitem 10). O regulamento estabelece, em detalhes, a ordem das apresentações na audiência, iniciando com a apresentação oral do requerente, de suas testemunhas e de suas provas, seguida pela apresentação do requerido, de suas testemunhas e de suas provas (subitem 13) (ICDR, 1951 – *Rules and Standards of the Voluntary International Arbitration Tribunals*).

Ademais, o guia de conduta anexo ao regulamento contém mais algumas disposições sobre a condução do procedimento, seja na prescrição de condutas para os árbitros, seja para as partes. São exemplos, entre outros, de disposições sobre a condução da arbitragem: i) o dever dos árbitros de controlar o reexame de testemunhas (*cross-examination*) de maneira justa e não intimidadora, de modo que se possa esclarecer os fatos, identificar erros e corrigir declarações equivocadas a fim de elucidar todas as informações;⁴¹³ e ii) a obrigação das partes de apresentar todos os documentos para facilitar a produção de provas e a decisão do caso.⁴¹⁴

A principal alteração no regulamento da ICDR ocorreu em 1991 (ICDR, 1991 – *International Arbitration Rules*) e é a base da versão atualmente vigente. O regulamento de 1991 foi completamente reestruturado, mas manteve algumas características já identificadas na versão de 1951, evidenciando a influência do processo americano nesse regulamento. Nessa versão foi inserida uma norma reconhecendo a autonomia dos árbitros para conduzir o procedimento arbitral da maneira que considerassem adequada, sujeita às disposições do regulamento (artigo 16).⁴¹⁵ Ainda que menos detalhada do que a do regulamento de 1951, a nova versão contém algumas disposições sobre a condução do procedimento, estabelecendo: o poder dos árbitros em ordenar a produção de documentos (artigo 20); a possibilidade de apresentação de declarações

⁴¹³ “20. *Cross-examination*. As the purpose of cross-examination is to clarify the facts, detect mistakes, correct misstatements and elicit full information, it is the duty of the arbitrator to see that such cross-examination is fair and that witnesses are not intimidated, but receive courtesy, respect and encouragement in presenting their testimony.” (ICDR, 1951 – *Rules and Standards of the Voluntary International Arbitration Tribunals*, p. 10).

⁴¹⁴ “40. *Voluntary submission of evidence*. It is the obligation of parties voluntarily to present full and true evidence to the arbitrator in order that he may arrive at a just decision; and to facilitate his decision by coming into a hearing with proofs and supporting documents assembled and witnesses present.” (ICDR, 1951 – *Rules and Standards of the Voluntary International Arbitration Tribunals*, p. 13).

⁴¹⁵ Nesse sentido, ver capítulo II, subitem II.2.3, *supra*.

escritas das testemunhas (artigo 20); e o poder dos árbitros para determinar a relevância, a materialidade e o peso das provas (artigo 21) — todos eles elementos típicos do processo americano. Por outro lado, em uma tentativa de atrair arbitragens internacionais e eliminar resquícios de americanismo do procedimento arbitral, o regulamento da ICDR impõe a necessidade de os árbitros serem independentes (artigo 7º) e de as sentenças arbitrais serem fundamentadas (artigo 28).

As revisões seguintes do regulamento da ICDR não foram significativas. As mudanças mais expressivas foram inseridas na revisão de 1997 (ICDR, 1997 – *International Arbitration Rules*). Nessa revisão houve mais preocupação com a condução do procedimento e com a imparcialidade dos árbitros. Nesse sentido, foram inseridas: regra proibindo qualquer tipo de comunicação *ex parte* com os árbitros (artigo 7º(2)); obrigação dos árbitros de consultarem as partes ao estabelecerem regras sobre a condução do procedimento, inclusive com a convocação de conferência preparatória e com lista de assuntos que devem ser tratados nessa conferência (artigo 16(2) e (3));⁴¹⁶ e a obrigação dos árbitros de respeitarem os princípios do privilégio de informação, como a confidencialidade das comunicações entre advogado e cliente (artigo 20(6)).

Comparado com o regulamento da CCI, tanto o regulamento da LCIA quanto o da ICDR contêm normas mais detalhadas sobre a condução do procedimento, incorporando certas práticas do procedimento local. Nesse ponto, pode-se afirmar que o regulamento da CCI pretendeu ser menos detalhado para alcançar uma aplicação global, permitindo às partes, caso queiram, criar regras procedimentais mais específicas — por exemplo, autorizando que os árbitros tenham poder para ordenar a produção de documentos. Por outro lado, percebe-se visivelmente que os regulamentos evoluíram no mesmo sentido, visando: inicialmente, garantir uma autonomia das partes e dos árbitros em dispor sobre questões processuais; posteriormente, garantir a imparcialidade dos árbitros e a concessão de uma ampla oportunidade de apresentação do caso às partes, com o respeito ao devido processo legal; e, por fim, atentar para uma preocupação com a

⁴¹⁶ “16.2. The tribunal, exercising its discretion, shall conduct the proceedings with a view to expediting the resolution of the dispute. It may conduct a preparatory conference with the parties for the purpose of organizing, scheduling and agreeing to procedures to expedite the subsequent proceedings.

16.3. The tribunal may in its discretion direct the order of proof, bifurcate proceedings, exclude cumulative or irrelevant testimony or other evidence and direct the parties to focus their presentations on issues the decision of which could dispose of all or part of the case.” (ICDR, 1997 – *International Arbitration Rules*, p. 12).

condução do procedimento e a participação ativa das partes no estabelecimento das regras procedimentais.⁴¹⁷

c) Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL de 1975 e de 2010

A UNCITRAL elaborou, em 1976, um regulamento de arbitragem de que as partes poderiam se apropriar na condução de arbitragens *ad hoc*. Esse regulamento foi amplamente discutido e debatido entre os Estados-membros nas Nações Unidas e resultou em um regulamento detalhado, considerando, em especial, a sua utilização sem o suporte de uma instituição que administrasse o procedimento.

O regulamento de 1976 foi revisado apenas uma vez, em 2010, após um processo de discussão que contou com a participação de representantes de inúmeros Estados e durou mais de quatro anos. As alterações do regulamento de arbitragem da UNCITRAL visavam adequar o regulamento antigo às novas realidades, em especial à multiplicidade de partes e ao uso de novas tecnologias. Além disso, a revisão possibilitou uma maior participação das partes na condução do procedimento e garantiu a equidade processual entre elas.

O regulamento da UNCITRAL concede poder ao tribunal arbitral, sujeito às disposições do próprio regulamento, para conduzir o procedimento da maneira que entender adequado, desde que as partes sejam tratadas com igualdade e que a cada uma delas seja concedida ampla oportunidade de apresentar seu caso.⁴¹⁸ Posteriormente, na revisão de 2010, foi inserido texto no sentido de que o tribunal, ao exercer seu poder discricionário de conduzir o procedimento, deve evitar atrasos e despesas desnecessárias.⁴¹⁹

Em particular quanto à condução do procedimento, o regulamento de arbitragem da UNCITRAL se encontra em uma posição intermediária entre o da CCI, o da LCIA e o do ICDR, contendo previsões mais específicas do que o da primeira e menos detalhadas do que os das duas

⁴¹⁷ Nesse sentido, o artigo 24 do regulamento de 2012 da CCI estipula a obrigatoriedade da realização de uma conferência preparatória sobre a condução do procedimento. O artigo 14(1) do regulamento da LCIA de 1998 determina que as partes podem acordar sobre a forma de condução do procedimento e as encoraja a assim proceder, além de estipular que o tribunal arbitral tem poderes para tomar algumas decisões processuais apenas após conceder às partes oportunidade de se manifestar, conforme artigo 22(1). O artigo 16(2) do regulamento da ICDR determina a realização de uma conferência preparatória.

⁴¹⁸ Nesse sentido, ver Capítulo II.3.1 *supra*.

⁴¹⁹ Artigo 15 do regulamento de 1976 e Artigo 17 do regulamento de 2010. Nesse sentido, ver capítulo II.3.1, *supra*.

últimas. Tais aspectos decorrem da natureza do regulamento da UNCITRAL. Por um lado, esse regulamento foi elaborado no âmbito de uma organização internacional com representantes das mais diversas tradições jurídicas, evidenciando a sua vocação para uma aplicação global e, portanto, sem se arraigar a detalhes processuais particulares de nenhuma jurisdição. Por outro lado, por ser um regulamento destinado à arbitragem *ad hoc*, em que não há uma entidade administrando o procedimento, foi necessário detalhar mais o procedimento.

As disposições sobre a condução do procedimento no regulamento de 1976 (UNCITRAL, 1976 – *Arbitration Rules*) versavam sobre: i) provisões gerais (artigo 15); ii) local da arbitragem (artigo 16); iii) idioma (artigo 17); iv) requisitos das alegações iniciais e resposta a estas (artigos 18 e 19); v) aditamento às alegações iniciais e resposta a estas (artigo 20); vi) jurisdição do tribunal arbitral (artigo 21); vii) outras alegações escritas (artigo 22); viii) prazos (artigo 23); ix) produção de provas e audiência (artigos 24 e 25); x) medidas de urgência (artigo 26); xi) peritos técnicos (artigo 27); xii) revelia (artigo 28); xiii) encerramento do procedimento (artigo 29); e xiv) renúncia às regras do regulamento (artigo 30). Com relação às provas e à audiência, o regulamento de 1976 possibilitava que os árbitros requeressem a produção de documentos em poder das partes (artigo 24.3) e que um testemunho fosse realizado por escrito (artigo 25.5). Além disso, estipulava que a audiência seria confidencial (artigo 25.4). Por outro lado, o regulamento concedia ampla liberdade ao tribunal arbitral para determinar a maneira como as testemunhas seriam examinadas e a admissibilidade, a relevância e o peso das provas apresentadas (artigos 25.4 e 25.6).

A revisão de 2010 (UNCITRAL, 2010 – *UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010)*) não apresentou alterações significativas na estrutura da condução do procedimento. Algumas inclusões, entretanto, demonstram a preocupação da UNCITRAL com a participação das partes na condução da arbitragem, a garantia da celeridade e da eficiência do procedimento e a necessidade de adequação do antigo regulamento às novas tecnologias. Considerando esses aspectos, devem-se ressaltar as seguintes alterações:

- dever do tribunal arbitral de disciplinar o procedimento de maneira a evitar atrasos e despesas desnecessárias (artigo 17.1);
- obrigatoriedade do tribunal arbitral de estabelecer um cronograma provisório após convidar as partes para se manifestarem (artigo 17.2);

- possibilidade de o tribunal arbitral autorizar a inclusão de terceiros na arbitragem (artigo 17.5);
- obrigatoriedade das partes de apresentarem todos os documentos e todas as provas que fundamentam seu caso junto com as alegações iniciais e resposta (artigos 20.4 e 21.2);
- disposições detalhadas sobre a concessão de medidas urgentes, alinhando as disposições do regulamento com as da Lei Modelo (artigo 26);
- estabelecimento de que serão consideradas testemunhas todos os depoentes apresentados, independentemente de serem partes ou estarem relacionadas com uma parte (artigo 27.2);
- imposição da necessidade do tribunal arbitral de consultar as partes antes de indicar um perito ou *expert* técnico (artigo 29.1); e
- imposição de deveres de independência e imparcialidade também aos peritos (artigo 29.2).

Por fim, outra alteração importante, ainda que não diretamente relacionada à condução do procedimento, é a possibilidade de que os árbitros decidam o mérito da disputa com base em normas de direito, em vez de apenas com base em leis (UNCITRAL, 2010 – *UNCITRAL Arbitration Rules (as revised in 2010)*, artigo 35).

Em linha com a evolução constatada no regulamento da CCI e das demais instituições internacionais analisadas, verificou-se que a evolução do regulamento da UNCITRAL privilegiou o papel de atuação das partes e a necessidade de esclarecimento de normas sobre a condução do procedimento.

d) Os regulamentos nacionais

A arbitragem é um instituto novo no Brasil e, por consequência, as instituições arbitrais são mais recentes que as internacionais e não existem tantas versões dos regulamentos arbitrais atualmente vigentes.

A CCBC, instituição mais antiga do país, possui três versões de seu regulamento. A primeira data da sua criação, em 1979, a segunda de 1998 e a última entrou em vigor em 2012. A CMA-SP também teve três versões de seu regulamento, em 1995, 1998 e 2010, embora com

poucas alterações substanciais entre as duas últimas. Há notícias de revisão em curso que promoverá diversas alterações no regulamento da CMA-SP. Na Câmara FGV, a versão original continua em vigor. Exceto pela última versão do regulamento da CCBC, as versões dos regulamentos brasileiros eram dirigidas ao mercado interno, sem grandes preocupações a respeito de conflitos de leis e de partes com visões procedimentais influenciadas por culturas diversas. Não existem, nos regulamentos nacionais, disposições específicas sobre as regras processuais aplicáveis ao procedimento.⁴²⁰

O primeiro regulamento de arbitragem existente no país, o regulamento da CCBC de 1979 (CCBC, 1979 – *Regulamento da Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá*), foi anterior à Lei de Arbitragem e continha duas seções que tratavam sobre o procedimento arbitral, contendo, respectivamente, normas gerais e normas especiais. Estas disciplinavam em detalhe diversos aspectos do procedimento arbitral, como se pode observar:

Seção IV – Do Procedimento – normas gerais:

- início do procedimento com a lavratura do “termo de início” e com a designação de um secretário do tribunal para exercer as funções de escrivão (artigo 9º);
- possibilidade de se requerer cópias estenográficas ao escrivão dos depoimentos (artigo 10);
- publicidade da audiência (artigo 11);
- possibilidade da suspensão da audiência (artigo 12);
- consequências e forma de prosseguimento no caso de revelia (artigo 13);
- apresentação de provas, ressaltando que o juízo arbitral é o juiz de admissibilidade das provas, não estando adstrito às normas legais (artigo 14);
- possibilidade de diligências fora da sede da arbitragem (artigo 15); e
- possibilidade da concessão de medidas acautelatórias (artigo 16).

Seção V – Do Procedimento – normas especiais:

- disciplina a ordem do procedimento, estabelecendo prazos para apresentação das alegações pelas partes, conteúdo e prosseguimento do feito (artigo 17);

⁴²⁰ Ver capítulo II, subitem II.3.3, *supra*.

- disciplina a audiência, determinando a ordem na qual as provas serão produzidas, sendo primeiro colhidos os esclarecimentos dos peritos, depois o depoimento pessoal do demandante e do demandado e, por fim, a inquirição das testemunhas arroladas pelo demandante e pelo demandado (artigo 18); e
- dispõe sobre o laudo arbitral e sobre o cumprimento deste (artigos 19 e 20).

É importante ressaltar que esse regulamento foi elaborado antes da Lei de Arbitragem, o que justifica uma maior preocupação em detalhar a forma como o procedimento deveria ser seguido. Ademais, constata-se a incorporação de algumas regras rígidas típicas do processo judicial.

Ainda antes da promulgação da Lei de Arbitragem, foi criada a Câmara de Mediação e Arbitragem de São Paulo (CMA-SP), que publicou, em 1995, a primeira versão de seu regulamento (CMA-SP, 1995 – *Regulamento de Mediação e Arbitragem e Arbitragem Expedita*). Em decorrência do não reconhecimento da cláusula compromissória pelo direito brasileiro, esse regulamento, assim como o de 1979 da CCBC, prevê a celebração de um compromisso arbitral (artigo 5º). Em particular com relação à condução do procedimento, havia a necessidade de assinatura de um “termo de início” do procedimento, semelhante ao que, atualmente, denominamos “termo de arbitragem” ou “ata de missão” (artigo 9º). Esse regulamento estipulava prazo simultâneo para apresentação de alegações escritas pelas partes, contendo rol de provas que pretendiam produzir e o prazo para apresentação de alegações complementares (artigo 9º.2. e 9º.3). Após a troca de alegações, cabia ao presidente do tribunal arbitral avaliar o estado do processo e, se fosse o caso, determinar perícia e audiência (artigo 9º.4). O artigo 10 dispunha sobre as provas, estabelecendo que as partes deveriam apresentar todas aquelas que julgassem úteis à solução do litígio e que o tribunal daria ciência à outra parte por ocasião das alegações complementares. Ao tratar da audiência, o regulamento estipula regras sobre a ordem de condução desta, devendo ser ouvido primeiro o demandante e, em seguida, o demandado, iniciando-se com os esclarecimentos dos peritos, seguidos de depoimentos pessoais das partes e, por fim, inquirindo-se as testemunhas (artigo 11).

O regulamento da CCBC de 1979 e o da CMA-SP de 1995 foram reformulados após a promulgação da Lei de Arbitragem em 1996. As novas versões foram publicadas em 1998 (CCBC, 1998 – *Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio*

Brasil-Canadá; CMA-SP, 1998 – *Regulamento de Mediação e Arbitragem e Arbitragem Expedita*) e têm disposições praticamente idênticas sobre a condução do procedimento.⁴²¹

Esse procedimento é bem detalhado, estabelecendo, no regulamento, uma série de prazos não usuais nos regulamentos internacionais e que caíram em desuso com a prática. Por exemplo, os prazos para troca de alegações e a simultaneidade delas, estabelecidos nos artigos 9º.2 e 9º.3 do regulamento da CCBC e 8º.2 e 8º.3 do regulamento da CMA-SP, são, muitas vezes, alterados pelas partes no ato de assinatura do termo e estipulação de um cronograma provisório. No mesmo sentido, o artigo 9º.4 do regulamento da CCBC e o 8º.4 do regulamento da CMA-SP estipulam um prazo de cinco dias, após o recebimento das alegações, para o tribunal arbitral avaliar o estado do processo e determinar, se for o caso, prova pericial, o que não era seguido nas arbitragens administradas por ambas as instituições. Tornou-se usual a inversão da ordem das provas com a realização da audiência primeiro com a oitiva das testemunhas e posteriormente, apenas se necessário e com relação aos pontos ainda não esclarecidos, a realização da perícia, sendo que o regulamento determina a realização da audiência após a perícia.⁴²² Por mais que a arbitragem preze pela celeridade, prazos de dez e cinco dias para apresentação de alegações na maioria das vezes não são razoáveis. Os prazos devem ser acordados entre as partes e os árbitros, considerando a complexidade do caso concreto. Nesse sentido, ambos os regulamentos possibilitavam a realização de conferência preliminar. O escopo dessa conferência, entretanto, era limitado à nomeação de secretário e ao “esclarecimento das partes a respeito do procedimento” (artigo 9º.1 do regulamento da CCBC e 8º.1 do regulamento da CMA-SP). Essa conferência difere das existentes nos regulamentos internacionais, nas quais as partes são convidadas e encorajadas a discutir e disciplinar o procedimento em conjunto com os árbitros no momento inicial do procedimento.

A redação do regulamento da Câmara FGV, criado em 2002 (CÂMARA FGV, 2002 – *Regulamento da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem*), se distancia da dos regulamentos da CCBC e da CMA-SP, contendo disposições mais amplas e sucintas sobre a condução do procedimento. Alguns pontos que merecem destaque nesse regulamento dizem respeito à previsão:

⁴²¹Nesse sentido, ver comparação entre as disposições dos regulamentos brasileiros no Apêndice II.

⁴²²Nesse sentido, ver Nunes Pinto (2010, p. 12-13).

- da forma de indicação de árbitros na hipótese de pluralidade de partes requerentes ou requeridas (artigo 30, parágrafo 2º);
- das partes de incluir no termo de arbitragem eventuais modificações no procedimento acordadas entre elas (artigo 41, j); e
- da possibilidade de a requerida apresentar reconvenção junto com a resposta (artigo 42, parágrafo 2º).

O regulamento de 1998 da CMA-SP foi complementado por algumas resoluções proferidas pela câmara que versam, na sua maioria, sobre custas e questões administrativas e foram incorporadas à versão do regulamento publicada em 2010 (CMA-SP, 2010 – *Regulamento de Mediação e Arbitragem e Arbitragem Expedita*). Tal versão mantém-se praticamente idêntica à versão de 1998, não contendo qualquer alteração que impacte na condução do procedimento. Por outro lado, a revisão ora em curso deve trazer alterações mais significativas, adequando o regulamento à prática na comunidade arbitral brasileira — por exemplo, excluindo os prazos do regulamento.

Diferenciam-se dos regulamentos internacionais pela participação da instituição arbitral na redação do termo de arbitragem (sendo usual a existência de “modelo de termo” fornecido pelas instituições nacionais)⁴²³, no envio de manifestações às partes via secretaria da instituição arbitral⁴²⁴ e no detalhamento das circunstâncias que impedem a atuação como árbitro.⁴²⁵ No que concerne ao último item, enquanto nos regulamentos internacionais há apenas uma previsão geral do dever de imparcialidade e independência, nos regulamentos nacionais há uma listagem de circunstâncias semelhantes àquelas que tornariam o juiz suspeito.

A principal alteração, com impacto na forma de conduzir o procedimento, ocorreu com a revisão do regulamento da CCBC em 2012 (CCBC, 2012 – *Regulamento da Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá*). Essa revisão decorreu de propostas apresentadas pelo corpo de árbitros e pelo comitê de jovens arbitralistas da CCBC. Houve a

⁴²³ Nesse sentido, note que o regulamento da CCBC de 1998 dispunha: “5º.8. Escolhidos os árbitros, o Centro elaborará Termo de Arbitragem [...]” (CCBC, 1998 – *Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá*, artigo 5º.8).

⁴²⁴ Nesse sentido, ver CCBC, 1998 - *Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá*, artigo 9º.3 e CMA-SP, 1998 - *Regulamento de Mediação e Arbitragem e Arbitragem Expedita*, artigo 8º.3.

⁴²⁵ Nesse sentido, ver CCBC, 1998 - *Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá*, artigo 6º.2 e CMA-SP, 1998 - *Regulamento de Mediação e Arbitragem e Arbitragem Expedita*, artigo 5º.2.

necessidade de atualizar o disposto no regulamento à prática arbitral, considerando o crescimento do volume de arbitragens administradas pela CCBC e buscando a internacionalização desta.⁴²⁶ As principais alterações do Regulamento da CCBC de 2012 são:

- a possibilidade de haver árbitros de nacionalidades diversas se uma das partes residir no exterior (artigo 4º, item 15);
- o procedimento para indicação de árbitros na existência de múltiplas partes (artigo 4º, item 16);
- a possibilidade de reunião de procedimentos (artigo 4º, item 20);
- o dever de observância ao código de ética da CCBC e o impedimento da atuação como árbitro para aqueles que tenham interesse econômico relacionado com qualquer das partes ou com seus advogados (artigo 5º);
- a necessidade de elaboração do termo de arbitragem pelos árbitros em conjunto com as partes (artigo 7º, item 1);
- o detalhamento do procedimento de medidas de urgência (artigo 8º); e
- a possibilidade de comunicar o descumprimento da sentença arbitral a outras entidades arbitrais e a câmaras de comércio (artigo 11).⁴²⁷

Em especial quanto à condução do procedimento, diversos dispositivos do antigo regulamento foram excluídos ou reformulados, a fim de aumentar a flexibilidade das partes e dos árbitros. A possibilidade de audiência preliminar existente no artigo 9º, item 1 do regulamento de 1998 foi substituída pela assinatura do termo de arbitragem que poderá fixar o “calendário inicial do procedimento” (CCBC, 2012 – *Regulamento da Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá*, artigo 7, item 1.1). Não há, como nas alterações recentes dos regulamentos internacionais, um incentivo à discussão e ao acordo sobre outras questões procedimentais nesse momento inicial. O Regulamento da CCBC de 2012 aboliu os prazos predeterminados e a simultaneidade para apresentação de alegações. Essas duas questões devem ser definidas pelas partes em conjunto com o tribunal arbitral. Foi estipulado apenas que, no silêncio, as alegações seriam concomitantes e teriam o prazo máximo de 30 dias (artigo 7º, item 2). Possibilitou-se, ainda, a apresentação de réplica e tréplica (artigo 7º, item 3). Foram excluídas

⁴²⁶ Informações obtidas em palestra realizada pelo presidente da CCBC, Sr. Frederico Straube, em 14 de dezembro de 2011, em São Paulo, SP, por ocasião do lançamento do novo regulamento da CCBC.

⁴²⁷ Ver CCBC, 2012 – *Regulamento da Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá*.

disposições sobre provas, audiência, estenografia, lavratura de termo de diligência e outros detalhes que não eram aplicados na prática. Esse regulamento entrou em vigor recentemente e apenas a prática dirá como ele será aceito e como será interpretado.

Verifica-se que ainda há certa distância entre os regulamentos internacionais e os brasileiros, em especial quanto à internacionalização destes e à estipulação de normas sobre a condução do procedimento. Enquanto nos regulamentos internacionais há uma tendência ao incentivo da participação das partes no desenho do procedimento e na elaboração de regras *in concreto* para cada caso, nos regulamentos brasileiros as regras processuais são mais rígidas e ainda não há incentivo à participação das partes. Tal fato decorre da herança cultural do litígio estatal, no qual o juiz exerce poder praticamente absoluto, não restando espaço para participação dos advogados.

V.3 Manifestação das partes sobre questões procedimentais no curso da arbitragem

A convenção de arbitragem é o principal momento para as partes fazerem suas opções procedimentais. Quando as partes ainda não estão em litígio, a negociação sobre questões procedimentais é mais fácil de ser realizada. No entanto, o poder de disciplinar o procedimento, em relação àquilo que não foi estipulado previamente, seja pela convenção, seja pelo regulamento arbitral eleito, é primordialmente das partes.

Nesse sentido, verificou-se, na análise da evolução histórica dos regulamentos arbitrais de diversas instituições, uma preocupação cada vez maior com a participação das partes — ou, ao menos, a consulta a estas — em questões procedimentais.⁴²⁸ Assim, cientes da complexidade e das necessidades do litígio em questão, os árbitros, em conjunto com as partes, devem estabelecer regras específicas para o caso em tela. Uma análise dessas opções será realizada no capítulo VIII. Contudo, cabe pontuar os momentos nos quais as partes, em geral, são (ou podem ser) consultadas e convidadas a explicar suas opiniões sobre a forma de condução do procedimento.

Seguindo o modelo do regulamento da CCI, muitos regulamentos de arbitragem determinam a necessidade de elaborar um termo de arbitragem, ou ata de missão, no início da

⁴²⁸ Nesse sentido, ver, por exemplo, inclusão da necessidade de conferência preparatória com as partes nas últimas revisões dos regulamentos da CCI (artigo 24 do Regulamento da CCI de 2012) e da UNCITRAL (artigo 17.2 do Regulamento de 2010 da UNCITRAL) e da necessidade de o tribunal arbitral conceder uma oportunidade às partes (artigo 22(1) do regulamento de 1998 da LCIA).

arbitragem.⁴²⁹ Segundo Lemes (2006, p. 1), o termo de arbitragem tem a finalidade de organizar o procedimento e delimitar o escopo da controvérsia e deve ser elaborado e assinado em conjunto pelos árbitros e pelas partes. Grande parte dos regulamentos determina requisitos obrigatórios do termo de arbitragem. Os mais comuns são: i) nome completo e qualificação dos árbitros, das partes e de seus representantes; ii) endereços para as notificações; iii) resumo das posições e dos pedidos das partes e, dentro do possível, quantificação de seus pleitos; iv) lista de pontos controvertidos; v) sede da arbitragem; vi) pormenores das regras processuais aplicáveis; e vii) lei aplicável e, se for o caso, a possibilidade de o tribunal atuar como *amiable compositeur* ou decidir *ex aequo et bono*.

O termo de arbitragem (ou ata de missão) é documento formal, devendo conter a assinatura de todas as partes e dos árbitros. No caso de arbitragens administradas pela CCI, exige-se ainda a aprovação da ata de missão pela Corte da CCI. Em decorrência dessas formalidades, quaisquer alterações no termo de arbitragem necessitam obedecer às mesmas formalidades — quais sejam, a assinatura de todas as partes e dos árbitros e, no caso de arbitragens da CCI, a aprovação pela Corte. Dessa forma, embora esteja previsto em diversos regulamentos que o termo de arbitragem deve conter normas sobre as regras processuais, o usual é que no termo constem apenas as regras macro, sem detalhes pormenorizados das questões processuais. Por exemplo, a eleição das Regras da IBA sobre produção de provas em arbitragem internacional⁴³⁰ é, em geral, feita no termo de arbitragem, mas detalhes sobre forma e prazos para apresentação de alegações e documentos não constam do termo de arbitragem. A opção mais usual é a elaboração, simultaneamente com a assinatura do termo de arbitragem, de ordem processual n° 1 contendo regras processuais e de cronograma provisório do procedimento.

A não inclusão de regras específicas sobre a forma de condução do procedimento nem de datas no termo de arbitragem visa garantir a flexibilidade do procedimento e permitir aos árbitros alterar uma data ou o modo de condução do caso de acordo com as necessidades de cada

⁴²⁹ Inicialmente a elaboração da ata de missão (à época, “termo de submissão”) pela CCI era de competência do secretariado (ICC, 1922 – *Arbitration Rules*, artigo XXXIV e ICC, 1927 – *Rules*, artigo 14). Desde o regulamento de 1955, tal ato passou a ser função do tribunal arbitral, em conjunto com as partes (ICC, 1955 – *Arbitration Rules*, artigo 19). No Brasil ainda é usual a elaboração de minutas de termo de arbitragem (ou ao menos o envio de um modelo de termo de arbitragem) pelo secretariado das instituições arbitrais. Nesse sentido, ver regulamento de 1998 da CCBC, artigo 5.8: “[...], o Centro elaborará Termo de Arbitragem com assistência das partes, contendo [...]” (CCBC, 1998); ver, ainda, regulamento CMA-SP: “3.1. As partes e árbitros elaborarão Termo de Arbitragem podendo contar com a assistência da Câmara. [...]” (CMA, 1998).

⁴³⁰ Tradução livre. Denominação em inglês: *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (IBA, 2010 – *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*).

arbitragem. Ainda que as partes devam ser consultadas, cabe aos árbitros, caso não haja acordo entre elas, decidir e determinar questões processuais. Se estas estivessem estipuladas no termo de arbitragem, o árbitro só poderia alterá-las com a anuência de todas as partes por meio da assinatura de novo termo ou do aditamento do antigo.

O cronograma provisório contém os prazos acordados para apresentação de alegações e provas. É possível, entretanto, a alteração desses prazos no decorrer do procedimento em razão da necessidade de obter mais provas ou perícia. Essa alteração do cronograma pode ocorrer por acordo entre as partes ou ser deferida pelo tribunal a pedido de uma parte.

Tendo em vista a complexidade das audiências e suas diferentes formas de condução em diversos sistemas jurídicos, torna-se cada vez mais usual a realização de conferência preparatória à audiência, em que se discutem, por exemplo, a ordem de provas e a forma de oitiva de testemunhas.

Mesmo quando é realizada conferência preparatória e as partes e os árbitros acordam sobre a condução do procedimento é possível que surja controvérsia sobre questão procedimental não tratada pelas partes, seja na convenção de arbitragem, seja no regulamento eleito, ou pelo tribunal arbitral, seja na conferência preparatória, seja na ordem processual nº 1. Alguns exemplos dessas situações são: no ato da audiência, discussão sobre a possibilidade de uma parte depor como testemunha ou, no curso do procedimento, divergência sobre a natureza confidencial de determinado documento e sobre a definição das regras aplicáveis para decidir a questão. Nesses casos, discute-se se as partes devem ser consultadas ou se os árbitros podem decidir diretamente, sem ouvir a opinião delas. Se existe controvérsia sobre determinada questão processual é porque as partes não concordam quanto à forma de proceder. Alguns entendem que os árbitros têm poderes para decidir diretamente, não havendo a necessidade de consultar as partes. Por outro lado, há quem defenda que seria recomendável conceder oportunidade às partes para se manifestarem sobre determinada questão para, posteriormente, decidi-la.

V.4 Síntese: supremacia da vontade das partes

A autonomia da vontade das partes é um dos princípios fundamentais da arbitragem e é essencial para as questões procedimentais. A liberdade para desenhar um procedimento flexível, de acordo com as necessidades do caso concreto, é concedida às partes. Apenas nas questões

procedimentais que as partes não expressem suas escolhas, seja diretamente na convenção, seja indiretamente por meio da escolha de um regulamento arbitral, é que os árbitros poderão, em caráter subsidiário, complementar ou estipular.

Apesar de as convenções de arbitragem serem curtas e não conterem regras detalhadas sobre a condução do procedimento arbitral, é usual que as partes façam referência a ao menos um regulamento arbitral existente que contenha algumas regras procedimentais. A análise da evolução desses regulamentos nos últimos anos demonstra o aumento da preocupação com a condução das arbitragens. Isso é evidenciado por um maior detalhamento das regras procedimentais a cada revisão dos regulamentos e pela inclusão da necessidade de o tribunal e as partes discutirem questões procedimentais no início da arbitragem.

Ao contrário das normas nacionais e supranacionais — tratadas no capítulo anterior —, que têm importância reduzida na condução das arbitragens, as normas acordadas pelas partes — tratadas neste capítulo — são extremamente relevantes. Ainda que indiretamente, ao eleger um determinado regulamento arbitral, diversas questões procedimentais são regulamentadas pelas partes. Esses regulamentos, entretanto, não trazem regras processuais exaustivas, restando ainda espaço para incertezas quanto ao procedimento.

VI NORMAS TRANSNACIONAIS

A convivência de diferentes culturas jurídicas no procedimento arbitral, no qual há pouca regulamentação formal e prevalece a autonomia da vontade das partes, criou um ambiente propício para análises de direito comparado em matéria processual, possibilitando a adoção de práticas processuais híbridas. Com o tempo, esse comportamento gerou uma prática processual própria da arbitragem. Buscando saber qual o nível de harmonização dessa autorregulamentação do sistema arbitral, este capítulo analisa o modo como a autonomia concedida às partes possibilitou essa prática processual.

Para verificar esse fato, são analisadas e comparadas algumas características do sistema de *civil law* e de *common law*, em especial as que influenciam a condução do procedimento arbitral, e o resultado da mescla do direito processual desses sistemas com a adoção de práticas híbridas na arbitragem (item VI.1). Após, discorre-se sobre a emergência de uma prática processual própria, diversa das práticas processuais domésticas (item VI.2). Constata-se, por um lado, a harmonização dos aspectos gerais do procedimento arbitral, diferenciando-o da prática processual judicial, e, por outro lado, a persistência de divergências culturais devido à constante evolução das necessidades do comércio internacional e à entrada de novos atores que não estão habituados à prática arbitral, estabelecendo-se um paradoxo (item VI.3).

VI.1 A convivência de diferentes culturas jurídicas no processo arbitral

Optou-se por analisar de uma maneira comparativa as principais características da família romano-germânica (também conhecida como direito continental ou *civil law*) e da família de *common law*.⁴³¹ Embora em geral a família romano-germânica adote um sistema inquisitorial e a família de *common law* um sistema adversarial, as características desses sistemas serão analisadas em separado, tendo em vista a importância da diferença entre eles na condução da arbitragem e as

⁴³¹ Optou-se por analisar apenas as famílias romano-germânica e de *common law*, em razão de sua importância para a arbitragem. Não são objeto deste estudo nem a família de direito socialista, nem os regimes mulçumanos e orientais (DAVID, 1982, p. 161-305).

críticas existentes na tradicional categorização de *civil law* como inquisitorial e *common law* como adversarial.⁴³²

Qualquer tentativa de agrupamento de famílias ou sistemas jurídicos é sujeita a críticas. Neste estudo, porém, faz-se necessário ressaltar algumas diferenças entre as principais culturas jurídicas que convivem na arbitragem, ainda que recorrendo a estereótipos que não são sempre verdadeiros ou aplicáveis a todos os países que seguem um determinado sistema jurídico. É oportuno mencionar que a concepção que cada indivíduo tem sobre a arbitragem influencia a forma como ela é conduzida.⁴³³ No entanto, o modelo do litígio judicial no qual os atores envolvidos foram educados sempre será, consciente ou inconscientemente, um ponto de partida a ser considerado para analogias e estudos de direito comparado.⁴³⁴

Mais importante, para a presente tese, que a distinção entre as tradições jurídicas é o impacto dessas diferentes visões no exercício da autonomia para desenhar o procedimento arbitral. Dessa forma, os dois próximos itens apenas tratam de aspectos gerais das famílias de *civil law* e *common law* e das diferenças entre o sistema inquisitorial e o adversarial. O terceiro item aprofunda essa análise por meio de exemplos.

VI.1.1 As famílias de *common law* e *civil law*

A principal distinção entre as famílias de *civil law* — adotada, por exemplo, pelo Brasil, pela França e pela Alemanha — e de *common law* — exemplificada pelos Estados Unidos e pela Inglaterra — é a forma como o direito é concebido.

Na família de *civil law*, o direito é concebido na forma de leis e códigos, que são construções racionais derivadas de processos legislativos que tiveram sua origem nas compilações e codificações do direito romano.⁴³⁵ Por outro lado, na família do *common law*, o direito é compreendido como um conjunto de normas criadas de maneira pragmática para solução de casos concretos. Deve-se destacar que na família de *common law* as decisões criam regras jurídicas definidas pelo judiciário (*stare decisions*) as quais devem, necessariamente, ser

⁴³² Nesse sentido, ver Reymond (1989) e Staughton (1989).

⁴³³ Para uma análise aprofundada sobre as principais teorias sobre arbitragem ver Gaillard (2010).

⁴³⁴ Nesse sentido, ver Lowenfeld (1985, p. 165).

⁴³⁵ Nesse sentido, ver Soares (1999, p. 26-27).

aplicadas em futuros julgamentos.⁴³⁶ Essa é uma diferença fundamental entre as duas famílias. Enquanto na família de *civil law* a jurisprudência é vista como o resultado da aplicação geral contida em lei, servindo apenas como fonte de interpretação, no sistema de *common law* o precedente é igualmente uma norma jurídica.

Constata-se, portanto, que na família de *civil law* há uma separação rígida entre os poderes legislativo e judiciário, enquanto no sistema de *common law* não há essa diferença nítida entre o criador e o aplicador da norma.

Para o presente estudo, é importante refletir sobre a estrutura normativa em cada um desses sistemas. Enquanto o sistema romano-germânico é piramidal, influenciado pela estrutura kelsiana com a *Grundnorm* no topo, o sistema de *common law* é horizontal.⁴³⁷

Outra distinção importante e que impacta a condução do procedimento é a opção histórica do julgamento por júri na família de *common law*. Deve-se levar em consideração que as regras processuais desses países, especialmente as da Inglaterra e dos Estados Unidos, são de certa forma orientadas para um julgamento por júri.⁴³⁸ Esse tipo de julgamento influencia a forma como o procedimento é conduzido. Em geral, a sua utilização contribui para a adoção de um sistema adversarial e oral, enquanto nos sistemas nos quais o juiz é o julgador final prevalece a adoção do sistema inquisitorial e a prova documental.

VI.1.2 Caracterização dos sistemas adversarial e inquisitorial

A distinção entre o sistema adversarial e o inquisitorial deve ser realizada em decorrência do impacto desses sistemas na condução do procedimento arbitral. Tradicionalmente, o sistema adversarial é utilizado nos países de *common law* e o inquisitorial, nos países que seguiram a escola romano-germânica.⁴³⁹ Contudo, nem todos os aspectos de um ou outro sistema podem ser sempre caracterizados por inquisitorial ou adversarial. Há, mesmo entre as famílias de *common law* e *civil law*, uma mescla entre um e outro sistema.

⁴³⁶ Nesse sentido, ver Soares (1999, p. 34-35).

⁴³⁷ Nesse sentido, ver Soares (1999, p. 29).

⁴³⁸ Nesse sentido, ver Borris (1999, p. 5-6).

⁴³⁹ Nesse sentido, ver Redfern e Hunter (2004, p. 320).

O sistema inquisitorial é caracterizado pelo controle do procedimento pelo juiz, e não pelas partes. Em oposição, o adversarial é caracterizado pelo controle do procedimento pelas partes, devidamente representadas pelos seus advogados.⁴⁴⁰ Enquanto no sistema inquisitorial o magistrado detém grande controle do procedimento, no sistema adversarial são as partes que controlam o procedimento, decidindo as questões a ser apresentadas e as provas a ser produzidas.⁴⁴¹ Essas diferenças decorrem dos valores prezados por cada sistema. A apatia do julgador no sistema adversarial é vista como uma forma de garantir a sua imparcialidade; entretanto, esse sistema desconsidera eventual desequilíbrio de forças existentes entre as partes litigantes. O sistema inquisitorial preza pela prevalência da verdade dos fatos, devendo o julgador atuar ativamente para buscar essa verdade.⁴⁴²

VI.1.3 Impacto das diferentes culturas jurídicas na formação de um processo arbitral

As diferenças abordadas no item anterior, de maneira genérica, impactam diversas etapas do procedimento arbitral. Este item traz exemplos⁴⁴³ de como a formação jurídica dos atores envolvidos na arbitragem pode gerar diferentes expectativas sobre a forma adequada de conduzir o procedimento e das soluções encontradas na prática arbitral.

a) O papel do árbitro

A influência da cultura jurídica dos árbitros, principal condutor do procedimento arbitral, deve ser cuidadosamente ponderada. Novamente é necessário ressaltar que este item traz estereótipos que não são necessariamente verdadeiros, mas que refletem, de maneira relativamente generalizada, a postura dos árbitros de um determinado sistema. Quanto mais

⁴⁴⁰ Nesse sentido, ver Hazard e Taruffo (1993, p. 19): “A basic feature of modern American procedure is the adversary system, in which initiative and responsibility for presentation of the case rests primarily with advocates on behalf of the parties.”

⁴⁴¹ Nesse sentido, ver Mentschikoff (1961, p. 847-848) e Staughton (1989, p. 351).

⁴⁴² Nesse sentido, ver Staughton (1989, p. 352).

⁴⁴³ Em razão da confidencialidade dos procedimentos arbitrais, há uma dificuldade de se obter informações sobre a forma de condução deles. Os exemplos aqui trazidos são extraídos de comentários em artigos publicados por árbitros ou outros autores que relatam experiências em procedimentos arbitrais. Embora se trate de referência de experiência, é possível verificar relatos semelhantes e extrair padrões de conduta. Os principais autores que tratam do tema são Lowenfeld (1985), Hermann (1988), Smit (1991), Borris (1999), Baum (2001), Soares (2002), Elsing e Townsend (2002) e Park (2006b).

experiente for o árbitro, maior a probabilidade de ele se distanciar do estereótipo presente em seu país e aderir à prática arbitral.

A postura dos juízes diverge substancialmente entre as famílias de *civil law* e *common law*, com a adoção dos sistemas inquisitorial e adversarial, respectivamente. Nesse sentido, é esperado que um árbitro com formação de *common law* tenha uma postura mais passiva, sem obrigação de descobrir por ele mesmo o que ocorreu entre as partes, questionar testemunhas em audiência, procurar prova e pesquisar o conteúdo do direito aplicável.⁴⁴⁴ Por outro lado, um árbitro com uma formação continental intervirá mais na condução do procedimento, pois fará perguntas na audiência e, muitas vezes, apresentará a sua própria análise do direito, indo além do alegado pelas partes. Essa diferença de postura influencia diversos aspectos do procedimento arbitral.⁴⁴⁵

O papel do árbitro distancia-se daquele dos juízes locais. A prática arbitral tem evidenciado que o árbitro deve adotar uma postura híbrida. O árbitro deve exercer um papel ativo, especialmente na condução da audiência; entretanto, deve conceder oportunidade às partes de participar do procedimento e cooperar com este.

b) O papel do advogado

A postura típica dos juízes com formação em *common law* e *civil law* interfere, conseqüentemente, na atitude dos advogados treinados nesses sistemas. Tendo em vista a postura passiva dos juízes no *common law*, os advogados habituados a litigar perante os tribunais desse sistema tendem a ser mais ativos, tomando a liderança na coordenação do procedimento e na audiência. Por outro lado, os advogados de *civil law* tendem a aguardar a decisão do juiz, adotando postura mais passiva e conservadora também na arbitragem.

⁴⁴⁴ Nesse sentido, ver Lowenfeld (1985, p. 166).

⁴⁴⁵ Nesse sentido, ver Carmona: “É preciso reconhecer que os diferentes sistemas processuais – de *Civil Law* e de *Common Law* – evocam diferentes comportamentos dos árbitros. Aqueles provenientes de ambientes anglo-saxões estão acostumados ao ‘adversarial system’, de modo que esperam que as partes se esforcem para produzir as provas do que alegaram, controlando a batalha entre os advogados dos contendentes, mas sem participarem diretamente do confronto. Já os árbitros ligados aos sistemas de *Civil Law* estão afeiçoados à idéia de que precisam participar mais intensamente da experiência probatória (‘inquisitorial system’), o que possivelmente os tornará mais flexíveis na produção e na avaliação das provas. Tudo isso é mera possibilidade, calcada nas grandes linhas dos ordenamentos jurídicos.” (CARMONA, s/d – *Em torno do árbitro*).

Outra diferença é a formação dos advogados de *common law* para atuação em um procedimento oral, tendo em vista a importância do júri nesse sistema. A formação jurídica nos países de *civil law*, em geral, não é voltada para a atuação oral.

Na arbitragem nenhum desses extremos é conveniente. A postura extremamente ativa e, às vezes, invasiva dos advogados americanos é criticada. Por outro lado, a autonomia processual na arbitragem é concedida, preliminarmente, às partes, que, por meio dos seus advogados, devem participar na definição do procedimento.

A prática usual na arbitragem busca um denominador comum. O árbitro tem um papel ativo, mas incentiva a cooperação dos representantes das partes.

c) Importância das peças escritas e dos documentos *versus* importância da fase oral

A importância dada às peças escritas e aos argumentos orais é diferente em cada cultura jurídica. O procedimento continental europeu, seguido pela maioria dos países de *civil law*, concede grande importância às peças escritas e à prova documental, com a apresentação de longas manifestações e de extensos documentos. Por outro lado, a família do *common law* concede grande importância à oralidade do procedimento.⁴⁴⁶ Em geral, nos procedimentos americanos, as alegações escritas são esqueléticas, com poucos argumentos e uma apresentação sucinta dos fatos, e a audiência é o ápice do caso. É na audiência que são discutidos os principais argumentos, e a prova testemunhal tem grande relevância.

A arbitragem, nesse caso, incorporou a importância da fase escrita e documental do direito continental e a oralidade do *common law*. A fase de alegações e produção de prova documental tende a seguir o modelo continental, com peças escritas cada vez mais extensas e volumosa produção de documentos. Ao mesmo tempo, a fase oral se aproxima cada vez mais do sistema americano, com realização de audiências longas. Tornou-se usual a abertura da audiência com a apresentação dos argumentos pelas partes e a realização da arguição das testemunhas pelos advogados, sem a intervenção do árbitro. É permitida a inquirição pelo advogado da parte oposta àquela que convocou a testemunha, buscando tirar a credibilidade de seu depoimento (*cross-*

⁴⁴⁶ Nesse sentido, ver Martins (2008b, p. 11): “Por exemplo, sabe-se que os civilistas dão maior importância às provas escritas, enquanto os anglo-saxões valorizam, sobremaneira, os depoimentos das testemunhas e dos *experts*.”

examination), entretanto essa etapa é conduzida de uma maneira menos agressiva do que o usual no judiciário americano.⁴⁴⁷

Há quem critique esse ponto, sob o argumento de que a arbitragem incorporou o pior dos dois sistemas: uma fase extensa de troca de alegações, seguida de uma fase longa de produção de prova oral, estendendo-se a audiência por vários dias.⁴⁴⁸

d) Produção de documentos

Uma diferença que impacta na forma de condução do procedimento arbitral é a importância dada à busca da verdade pelos diferentes sistemas.

No sistema de *civil law*, o que se busca é a verdade formal, evidenciada pelos documentos que as partes foram capazes de trazer ao procedimento para comprovar a sua versão da história. Por outro lado, no sistema de *common law* busca-se a verdade real, gerando um dever de apresentação mais abrangente de documentos.⁴⁴⁹

Essa visão diferente dos objetivos do procedimento impacta na forma como as alegações são apresentadas, bem como na produção de documentos. No sistema continental europeu, primeiro se busca a verdade dos fatos e os documentos comprobatórios para, a seguir, instaurar o caso. Por outro lado, no sistema americano, o caso é iniciado com poucas (ou nenhuma) provas, utilizando-se do litígio para obter informações e documentos que comprovarão os fatos, inclusive pelo procedimento de *discovery*, no qual uma parte pode ter acesso às informações e aos documentos em poder da outra parte.

Outra diferença é o dever de produzir documentos que são contrários ou prejudiciais a seu interesse no litígio. Nos países de *common law*, os advogados são obrigados, por dever ético, a apresentar todos os documentos, inclusive aqueles que são prejudiciais ao caso, em benefício da verdade real. Em contrapartida, nos países de *civil law* não há tal dever.

⁴⁴⁷ Nesse sentido, ver Craig (1985, p. 64).

⁴⁴⁸ Nesse sentido, ver Derains (2007, p. 133).

⁴⁴⁹ Nesse sentido, ver Park (2011, p. 23): “Lawyers trained in some Continental traditions sometimes suggest that their litigation tradition does not concern itself with seeking truth. What seems to be meant, however, is that Germano or Swiss procedure lays stress on what has sometimes been called the ‘formal truth’ rather than absolute truth: what the documents demonstrate, rather than what may be in the eyes of an all-knowing Deity, thus permitting a more efficient administration of justice.”

Por fim, a possibilidade de requerer documentos em poder da outra parte e de explorá-los em procedimentos de *discovery* típicos do processo de *common law* é uma diferença entre os dois sistemas. Ainda que alguns ordenamentos jurídicos baseados em *civil law* possuam normas que possibilitem algum tipo de requisição de produção de documentos, essas normas são bem mais restritas que as disponíveis nos sistemas de *common law*.

Em arbitragens, a produção de documentos que comprovem a verdade dos fatos alegados é obrigação das partes. Ainda que, no momento da instauração do processo arbitral, não seja essencial que a requerente apresente todos os documentos, esses devem ser trazidos ao procedimento, após a constituição do tribunal arbitral, no ato da apresentação das alegações iniciais e das respostas.

Em que pese à obrigação das partes de produzir os documentos que fundamentem seu caso, algum tipo de requisição de produção de documentos em poder da outra parte é aceitável na arbitragem. Nesse sentido, tornou-se usual a adoção do *Redfern Schedule* para a requisição de documentos. O *Redfern Schedule* é uma tabela, criada por Alan Redfern, que possibilita que as partes preencham as solicitações e as impugnações, ficando a cargo do tribunal a decisão. Em síntese, quem requisita o documento deve inserir, na primeira coluna da tabela, um detalhamento especificando o documento requisitado e, na segunda coluna, a justificativa da requisição. A parte contra quem o documento foi requisitado preenche a terceira coluna, informando qual documento está preparada para apresentar ou fazendo objeção à requisição. Por fim, o tribunal arbitral decide na última coluna (REDFERN; HUNTER, 2009, p. 396).⁴⁵⁰ Existem algumas variações e complementações dessa tabela.

Tendo em vista a ausência de poderes coercitivos dos árbitros, qualquer necessidade de execução forçada de uma ordem de produção de documentos necessitará da intervenção do judiciário. Por outro lado, é permitido aos árbitros aduzir inferência negativa, caso uma das partes se recuse, injustificadamente, a apresentar o documento determinado pelo tribunal arbitral.

⁴⁵⁰ Ver modelo de *Redfern Schedule* no capítulo VIII, *infra*.

e) A importância da audiência e as testemunhas

Identificando-se com juízes de seus sistemas, é comum que os árbitros de *civil law* façam perguntas às testemunhas durante a audiência e que os árbitros de *common law* permaneçam mais quietos por considerarem que a inquirição da testemunha cabe aos advogados. Os árbitros de *common law* entendem que não devem interferir nesse procedimento, sob risco de beneficiar uma ou outra parte ou de prejudicar o caso. Essa forma de conduzir a interrogação da testemunha impacta na ordem e no conteúdo da arguição. No sistema de *civil law*, o juiz faz a maioria das perguntas, cabendo aos representantes das partes, se entenderem necessário, fazer inquirição adicional ao final. No sistema de *common law* a arguição direta pelo advogado que convocou a testemunha é seguida pela inquirição da testemunha pelo advogado da parte contrária (*cross-examination*). A função do *cross-examination* é tirar a credibilidade do depoimento prestado, sendo realizada uma arguição minuciosa e, algumas vezes, até agressiva da testemunha.

Atualmente, ainda que essa diferença na postura dos dois sistemas possa ser notada em alguns árbitros, tornou-se cada vez mais usual a posição híbrida, permitindo que os representantes das partes indaguem as testemunhas diretamente, mas que o tribunal arbitral interfira e faça perguntas. Os árbitros assumem uma posição mais ativa na audiência, com a elaboração de perguntas. Nesse sentido, é interessante o relato do árbitro americano Lowenfeld (1985, p. 167) ao comentar a necessidade de se preparar melhor para uma audiência de arbitragem com europeus, em decorrência da possibilidade de questionar testemunhas. Ele conclui que aproveita mais a realização da audiência nesses casos.

Outra diferença com relação às testemunhas, que envolve questões éticas disciplinadas de maneira diferente, é a possibilidade de entrar em contato com testemunhas antes da audiência. Nos Estados Unidos e em outros países, em decorrência da importância da audiência e da fase oral do processo, é usual e esperado que o advogado converse com a testemunha antes do depoimento, para saber as informações que ela poderá prestar. Essa etapa é, muitas vezes, denominada de “preparação de testemunha”. Esse nome, entretanto, não é o mais adequado. Não se trata de preparar o conteúdo do depoimento da testemunha, muito menos de incentivá-la a mentir, mas de saber quais informações ela tem e quais são as perguntas que devem ser realizadas. Contudo, em alguns países, como a Alemanha e a Suíça, qualquer contato com

testemunhas antes da audiência é considerado uma violação aos preceitos da ética, e os advogados admitidos nesses países devem abster-se de tais práticas.⁴⁵¹

Tensões éticas nas quais os participantes do procedimento arbitral estão sujeitos a regulamentações diferentes são de difícil solução. Uma forma encontrada e utilizada por alguns árbitros é permitir, expressamente, na ordem processual que os advogados contatem as testemunhas antes da audiência.

Os depoimentos escritos das testemunhas (*witness statements*), tipicamente adotados nos países de *common law*, fizeram o seu caminho para a arbitragem e, atualmente, são largamente utilizados. Ainda existem dúvidas quanto ao momento de produção dos depoimentos, aos efeitos destes e à posterior inquirição da testemunha. Em determinadas circunstâncias esse tipo de depoimento é apresentado, como documento, junto com as alegações escritas; em outras, é apresentado em momento anterior à audiência, a ser indicado pelo tribunal arbitral. Independentemente da ocasião de sua apresentação, duas questões costumam ser controvertidas: i) esse documento será equivalente ao depoimento direto da testemunha em audiência e, em consequência, a parte contrária iniciará a arguição com a *cross-examination* ou a parte que indicou a testemunha poderá interrogá-la na audiência? ii) o depoimento da testemunha será limitado ao escopo do depoimento escrito ou haverá possibilidade de a testemunha ser interrogada sobre qualquer fato? Tais questões ainda dependem de harmonização e necessitam ser estabelecidas caso a caso.

Outra diferença é a forma de transcrição da audiência. Enquanto no sistema de *common law*, especialmente o americano, é usual a transcrição integral, palavra por palavra, da audiência, no sistema de *civil law* essa transcrição não é reproduzida palavra por palavra, mas por meio de um relato — realizado pelo juiz, com as suas próprias palavras — do depoimento.⁴⁵² O volume e o custo de cada uma dessas formas de manter o registro do ocorrido na audiência são significativamente diferentes. Constata-se nas arbitragens internacionais a prevalência de transcrições integrais, palavra por palavra, de cada depoimento tomado em audiência, seguindo o sistema de *common law*.

⁴⁵¹ Nesse sentido, ver Blackbay (2010, p. 123).

⁴⁵² Nesse sentido, ver Lowenfeld (1985, p. 167-169).

f) A sentença

Não se pode deixar de mencionar a diferença entre os dois sistemas com relação à necessidade de fundamentação da sentença arbitral. Inicialmente, nos sistemas inglês e americano, não havia necessidade de fundamentação, essencial em grande parte dos países de *civil law*. Essa diferença foi objeto de discórdia entre ingleses e europeus na primeira revisão do regulamento de arbitragem da CCI, em 1927. Devido à divergência, o comitê buscou uma posição conciliadora e deixou a critério da Corte de Arbitragem, no ato do escrutínio, a decisão sobre a necessidade de fundamentação.⁴⁵³

Apesar de não haver exigência alguma de fundamentação da sentença arbitral na Convenção de Nova Iorque, atualmente há uma preferência pela sentença fundamentada. Embora em arbitragens domésticas realizadas nos Estados Unidos se possa prescindir da exigência de fundamentação, as regras do ICDR destinadas à arbitragem internacional exigem, de acordo com a cultura de *civil law*, que a sentença seja fundamentada, exceto se as partes acordarem de maneira diversa.⁴⁵⁴

Esses são alguns dos vários exemplos de situações em que a formação jurídica e a experiência pretérita influenciam o comportamento dos participantes na arbitragem, possibilitando, por um lado, choques entre atores de culturas diferentes e, por outro, o surgimento de uma prática processual híbrida.

VI.2 A autonomia promoveu o surgimento de uma prática processual arbitral

A arbitragem não segue o direito da família de *civil law* ou de *common law* e também dificilmente pode ser caracterizada como um sistema unicamente adversarial ou inquisitorial. No entanto, as particularidades desses sistemas influenciaram o desenvolvimento da arbitragem; esta,

⁴⁵³ Nesse sentido, ver ICC, 1927 – *Brochure n. 50, Revision of the Rules of Conciliation and Arbitration*, item V: Should the grounds for the award be given?, p. 4 e 5.

⁴⁵⁴ Nesse sentido ver artigo 27.2 do Regulamento de arbitragem do ICDR: “2. O tribunal deverá motivar a sentença arbitral, salvo se as partes acordarem que tal motivação é desnecessária.” (ICDR, 2010 – *Regulamento de Arbitragem*).

em geral, adota um sistema híbrido, incorporando práticas de *civil law* e de *common law*, bem como adversariais e inquisitorias.⁴⁵⁵

Foi nesse contexto que a Lei Modelo concedeu autonomia processual aos árbitros, possibilitando que usassem um procedimento híbrido — em vez daquele do local de realização da arbitragem — que fosse aceito e respeitado por partes provenientes de diversas culturas jurídicas.⁴⁵⁶

No mesmo sentido, Rubino-Samarino propõe que seja aplicável à prática processual arbitral o conceito de *tronc commun*, que busca identificar pontos comuns dos sistemas jurídicos de cada uma das partes envolvidas no litígio.⁴⁵⁷

Mayer esclarece que a tensão existente devido às diferentes expectativas quanto ao procedimento encorajou as partes e os árbitros a introduzir um procedimento híbrido, que toma emprestados aspectos de cada sistema combinando-os de uma maneira harmônica.⁴⁵⁸

Com o tempo, essa divisão entre práticas de *common law* e de *civil law* diminuiu, surgindo entre os atores no meio arbitral padrões para uma prática processual arbitral. Segundo Lazareff, essa prática processual demonstrou-se favorável para a arbitragem, uma vez que combina os melhores elementos de cada sistema jurídico.⁴⁵⁹

⁴⁵⁵ Nesse sentido, ver Lew, Mistelis e Kroll (2003, p. 533): “Often a blend of inquisitorial and adversarial is the best solution.”

⁴⁵⁶ “6. In practical terms, the arbitrator would be able to adopt the procedural features familiar, or at least acceptable, to the parties (and to them). For example, where both parties are from a common law system, the arbitral tribunal may rely on affidavits and order pre-hearing discovery to a greater extent than in a case with parties of civil law tradition, where, to mention another example, the mode of proceedings could be more inquisitorial than adversary. Above all, where the parties are from different legal systems, the arbitral tribunal may use a liberal ‘mixed’ procedure, adopting suitable features from different legal systems and relying on techniques proven in international practice, and, for instance, let parties present their cases as they themselves judge best.” (UNCITRAL, 1985 – *Analytical Commentary on the Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration*).

⁴⁵⁷ “It should be pointed out that the *tronc commun* doctrine can be applied also to procedural law.” (RUBINO-SAMMARTANO, 1989, p. 294).

⁴⁵⁸ “International arbitration is particularly demanding as regards the unrestricted freedom of the arbitrator to determine procedure: if the arbitrator is to win acceptance from parties coming from countries with different legal system, he must be able to distance himself from specificities of the procedure of each of the various national systems. In addition, the confrontation in the international area of varying procedure has encouraged the introduction of hybrid procedures, which borrow from the best aspects of each system and combine them, often quite harmoniously.” (MAYER, 1996, p. 34).

⁴⁵⁹ “Indeed, the practitioner of international arbitration no longer accepts the basic distinction which prevailed only a few years ago: common law proceedings on the one hand, civil law proceedings on the other hand. Whatever the forces responsible for blurring the dividing line between these traditional choices, we can only note amongst arbitrators and practitioners alike the increasing awareness of an emerging ‘harmonized procedural pattern’ in

Lowenfeld defende que, em uma arbitragem tipicamente internacional, a definição do procedimento a ser seguido é, por um lado, um exercício de direito comparado sobre questões processuais e, de outro, a evidência de uma nova fonte de direito internacional que pode ser diferente das normas processuais de qualquer Estado — embora similar a elas.⁴⁶⁰

Kaufmann-Kohler desenvolve a teoria da padronização do procedimento arbitral com o surgimento de uma cultura arbitral global.⁴⁶¹ Essa autora defende que a autonomia concedida aos árbitros permitiu o surgimento progressivo de um conjunto de regras consideradas *standards* que, segundo ela, têm o mérito de conciliar interesses de diferentes culturas.⁴⁶²

Da mesma forma, outros autores defendem que a comparação entre os diversos regulamentos de arbitragem possibilita a emergência de um núcleo de regras processuais internacionais⁴⁶³ ou que a internacionalização e a harmonização da arbitragem possibilitaram o surgimento de regras internacionais para regular o procedimento arbitral.⁴⁶⁴

Hanotiau defende que a interação entre partes habituadas às práticas processuais diversas permite a evolução de um quadro regulatório novo, original, que faz inferências aos sistemas de *civil law* e de *common law*.⁴⁶⁵ Ressalta, entretanto, que ainda existem diferentes abordagens entre

international arbitration. This common procedural approach has already been presented favorably as one which has the good sense to combine the best elements of both legal systems while avoiding their pitfalls.” (LAZAREFF, 1999, p. 31).

⁴⁶⁰ “I see international arbitration – especially the typical arbitration with two party-appointed arbitrators from different states and a chairman from a third state – on the one hand as an exercise in comparative procedure, and on the other hand as a source and evidence of a norm of international conduct which may be different from (thought similar to) the law of any given national-state.” (LOWENFELD, 1985, p. 163).

⁴⁶¹ “That reason is the emergence of a worldwide arbitration culture, which runs parallel to the normalization of arbitral proceedings and – if this writer can be forgiven the term – the ‘standardization’ of the international arbitrator.” (KAUFMANN-KOHLER, 1999, p. 364).

⁴⁶² “The freedom thus granted has allowed arbitration practice to develop a set of rules which progressively rise to the level of standard arbitration procedure. Such standard procedure has the invaluable merit of merging different procedural cultures. This comes as no surprise. International arbitration is a place where lawyers, counsel and arbitrators, trained in different legal systems, meet and work together. They have no choice but to find some common ground.” (KAUFMANN-KOHLER, 2003, p. 1322-1323).

⁴⁶³ Nesse sentido, ver Redfern e Hunter (2004, p. 97-98): “Thus, having stated (correctly, it may be thought) that by comparing various institutional rules such as those of UNCITRAL, the LCIA and the ICC, a core of ‘international’ procedural rules may emerge.”

⁴⁶⁴ Nesse sentido, ver Lew, Mistelis e Kroll (2003, p. 522): “Furthermore, the internalization and harmonization of international arbitration has resulted in the formulation of international rules for the regulation of arbitration procedure.”

⁴⁶⁵ “The procedure which is selected will naturally be influenced by the nationality and legal culture of the parties, the lawyers, as well as the arbitrators. Indeed lawyers are influenced by the domestic rules with which they are familiar, but in mixed cases they are quite willing to accept variations and amendments. By proceeding in this fashion, they have evolved a new, original, procedural scheme which draws upon both civil law and common law systems.” (HANOTIAU, 2005, p. 87-88).

os sistemas de *civil law* e de *common law* quanto às questões procedimentais na arbitragem. A prática desenvolveu um modelo relativamente habitual, que toma emprestadas as melhores características de cada sistema, mas ainda há necessidade de progresso em inúmeras áreas.⁴⁶⁶

Indo além, Smit defende que as regras processuais aplicadas nos tribunais arbitrais internacionais não seguem nenhuma lei nacional e desenvolvem um sistema processual próprio.⁴⁶⁷

Embora diferenças culturais sejam inevitáveis, é possível concluir que existe uma autorregulação do sistema processual arbitral — por meio da produção de normas para condução do procedimento arbitral —, promovida pela troca de experiências entre os atores do meio arbitral e com pouca intervenção estatal. Na linguagem da sociologia jurídica, esse sistema de produção de normas pela própria comunidade arbitral pode ser denominado de “sistema autopoietico”.⁴⁶⁸ Nesse sentido, essas normas produzidas pela própria comunidade arbitral, sem a interferência do Estado, também podem ser denominadas “normas transnacionais”, utilizando o sentido estrito do termo.⁴⁶⁹

VI.3 Caracterização da prática processual arbitral

Constatada a existência de uma prática processual arbitral que emerge da própria comunidade arbitral e pode ser caracterizada como transnacional, no sentido estrito do termo, questiona-se: quais são as características dessa prática? Nesse sentido, essa prática possui as mesmas características da teoria do processo jurídico transnacional, desenvolvida por Koh (1996,

⁴⁶⁶ “If many differences remain between civil law and common law procedural approaches in international arbitration, the practice of arbitration has developed a relatively common model of arbitral procedure, borrowing from both civil and common law their best features and traditions. However, progresses still remain to be achieved to limit to reasonable standards and to what is absolutely necessary, the production of documents and the hearing of witnesses in order for the arbitral process to remain what has justified its success: a quick, efficient and cost-effective method of dispute settlement.” (HANOTIAU, 2005, p. 98).

⁴⁶⁷ “However, as might be expected in light of the composition of international arbitral tribunals and the bar practicing before them, the rules of procedure applied in international tribunals frequently do not follow the pattern of any national law system. Instead, international arbitrators are developing a procedural system of their own.” (SMIT, 1991, p. 1311).

⁴⁶⁸ Nesse sentido, ver Teubner (1993). O termo “autopoietico” tem origem grega (*auto* significa próprio e *poiesis*, criação ou produção) e era inicialmente utilizado na biologia por Humberto Maturana e Francisco Varela para designar a capacidade dos seres vivos de se reproduzirem, sendo caracterizado por designar um sistema fechado. No âmbito jurídico, o conceito de *sistema autopoietico* foi introduzido por Niklas Luhmann, que desenvolveu a teoria dos sistemas.

⁴⁶⁹ Para uma discussão sobre o termo, ver capítulo III, *supra*.

p. 184), ou seja, não é tradicional nem estatal e é dinâmica e normativa.⁴⁷⁰ Para fins deste estudo, importa ressaltar que essa prática processual é diversa daquela dos sistemas processuais nacionais (subitem VI.3.1) e que o seu conteúdo não é exaustivo, pois está em constante evolução, dificultando a sua determinação e o acesso a ele para aqueles que não atuam no meio arbitral (subitem VI.3.2).

VI.3.1 A prática processual é diversa daquela dos sistemas nacionais

Ante a autonomia concedida às partes e aos árbitros para disciplinar questões procedimentais, é natural que atores não familiarizados com a prática arbitral procurem no sistema jurídico processual formas para regular o procedimento. Ainda que a arbitragem seja sempre lembrada pelas vantagens que pode proporcionar com a celeridade e a flexibilidade do procedimento, não é incomum que as partes a visualizem com a expectativa de obter um procedimento semelhante àquele que existe no judiciário, buscando a observância, em detalhes, das formalidades processuais.⁴⁷¹

No entanto, os parâmetros do procedimento arbitral diferem daqueles que orientam o processo judicial, gerando divergências, mesmo entre partes com a mesma formação jurídica, sobre a forma como o procedimento arbitral deve ser conduzido. Ainda que os princípios traçados pelo processo civil nacional possam influenciar a condução do procedimento arbitral, não é adequada a incorporação de regras como as do CPC ao procedimento arbitral, pois isso o tornaria tão formal quanto o judicial.

As diferenças entre o procedimento judicial e o arbitral evidenciam a inadequação da aplicação das regras processuais estatais para os procedimentos arbitrais. Para salientar essas diferenças, Magalhães ressaltava que o processo judicial é regulado pelo Estado e é aplicado em

⁴⁷⁰ Ver capítulo III, item III.1, *supra*.

⁴⁷¹ Nesse sentido, ver Basso (2007, p. 2): “Mesmo conhecidos os princípios e fundamentos do instituto, ainda encontramos na prática inúmeros problemas relacionados ao procedimento arbitral, tanto no que diz respeito ao comportamento das partes e dos árbitros, quanto aos desvios processuais que afetam a arbitragem comprometendo seus principais atributos. Esses problemas resultam, a nosso ver, das dificuldades de conciliação entre os atributos da arbitragem (celeridade e desformalização) e a crença arraigada nas petições e pedidos repetidos, provas desnecessárias e recursos descabidos.”

uma multiplicidade de casos, enquanto o processo arbitral é disciplinado pelas partes, ou seja, por entes privados, e é aplicado apenas em um caso.⁴⁷²

Também olhando para o papel do Estado na solução das disputas entre particulares, Martins esclarece que o modelo estatal adotado pelo Brasil é demasiadamente paternalista, colocando o Estado como ator principal do sistema de solução de litígio e concedendo pouco espaço para a autodeterminação das partes.⁴⁷³ A arbitragem, por outro lado, preza o princípio oposto, qual seja, a autonomia das partes.

Desse modo, é necessário que as partes e os árbitros se utilizem da autonomia que lhes foi concedida para disciplinar o procedimento arbitral. Os princípios de respeito ao devido processo legal e de igualdade entre as partes devem balizar a atuação das partes e dos árbitros, porém não se deve buscar a aplicação de maneira indistinta de todas as regras dos códigos de processo civil ou outras regras processuais domésticas. Nesse sentido, recorrendo ao direito transnacional, as partes e os árbitros podem utilizar outras normas que não as tradicionais nacionais, tais como a prática arbitral supramencionada e as normas não estatais que serão estudadas no próximo capítulo.

Para evitar uma processualização excessiva da arbitragem no Brasil, Nunes Pinto (2003) propõe que seja realizada a *arbitralização* da arbitragem. Segundo ele,

[...] o que se busca, nada mais é do que incentivar o exercício de cada um deles [processo judicial e processo arbitral] levando em conta as suas características próprias, evitando-se a transposição de conceitos e atitudes, como se estes fossem intercambiáveis numa e noutra.” (NUNES PINTO, 2003, s/p).

⁴⁷² “A começar pelo fato de que não é governado por lei de ordem pública, salvo a que impõe o respeito aos princípios do contraditório e da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento, que a lei brasileira dispôs como baliza que não pode ser ultrapassada. Depois, porque são as partes que disciplinam elas próprias o processo, seja, ainda, adotando as normas de uma instituição de arbitragem, como esclarece o artigo 22 da lei 9.307/96, acolhendo um dos princípios fundamentais do processo arbitral. Não é o Estado que o faz, mas as partes que, para isso, desde que respeitados os princípios já referidos, têm ampla liberdade para escolher qual o procedimento deve presidir a composição da controvérsia.” (MAGALHÃES, 2009, p. 57).

⁴⁷³ “A estatização processou-se de tal forma no Brasil que o Estado avançou na jurisdição privada, tão forte e marcante, que as funções se diluíram no espaço, sucumbindo o particular a uma evidente e absoluta intervenção estatal. O indivíduo perde sua essência, capitula frente ao Estado, pai-de-todos. Não há que se falar em autonomia da vontade, porque o intervencionismo se faz em prol do social.” (MARTINS, 1999, p. 45).

Em outros termos, faz-se necessário que as partes utilizem a liberdade que lhes foi concedida, despendo-se da formação contenciosa extremamente arraigada às regras do CPC.⁴⁷⁴

Dessa forma, como apresentado por Koh (1996, p. 184) na teoria do processo jurídico transnacional, o processo arbitral pode se caracterizar por não ser estatal nem tradicional.⁴⁷⁵

Tendo em vista as diferenças entre as diversas culturas e formações jurídicas presentes em uma arbitragem internacional, algumas das tarefas mais árduas — mas também mais interessantes — para os atores envolvidos no procedimento arbitral são o distanciamento das especificidades e da influência do sistema jurídico com o qual se está familiarizado e a busca de novas soluções aceitáveis para todas as partes envolvidas.

VI.3.2 Características da prática processual arbitral: não exaustiva e dinâmica

A harmonização da prática processual arbitral possibilitou a emergência de alguns padrões sobre aspectos gerais da condução do procedimento. Essas práticas harmônicas, entretanto, não visam engessar o procedimento, mas apenas fornecer um quadro geral. Portanto, ainda há um enorme espaço para a flexibilidade do procedimento e para o exercício da autonomia das partes.

A constante evolução do comércio internacional, a complexidade das relações contratuais dele decorrentes e a crescente entrada de novos atores nesse cenário promovem o contínuo desenvolvimento da prática processual arbitral, contudo dificultam a identificação de seu conteúdo.

A circulação da prática processual ocorre, principalmente, pela troca de experiências entre os atores do meio que atuam tanto na função de árbitros como na de advogados. A comunidade arbitral internacional possibilita inúmeras oportunidades de troca de experiência, seja em conferências especializadas, seja com a publicação de artigos específicos em revistas dedicadas ao estudo da arbitragem.⁴⁷⁶ Verifica-se uma participação crescente de arbitralistas brasileiros nas

⁴⁷⁴ Também nesse sentido, ver Basso (2007, p. 6): “Não obstante o amplo conhecimento que se tem hoje sobre os atributos da arbitragem, ainda se vê, durante o procedimento arbitral, a postura ‘contenciosa’ das partes.”

⁴⁷⁵ Ver *supra* capítulo III, item III.1.

⁴⁷⁶ Uma análise da comunidade arbitral pode ser encontrada em Lynch (2003) e Dezaley e Garth (1996).

discussões internacionais.⁴⁷⁷ A circulação da prática arbitral também é facilitada pela interação da comunidade arbitral internacional organizada em associações destinadas ao estudo da arbitragem presentes em conferências sobre o tema. Essas associações têm papel na harmonização das normas processuais aplicáveis à arbitragem. Isso ocorre principalmente por meio de grupo de estudos que discutem o tema e elaboram diretrizes, como será demonstrado no próximo capítulo. Ocorre, contudo, que a difusão dessa prática é basicamente oral e ainda restrita aos membros da comunidade arbitral.

Os precedentes de sentenças e ordens processuais também promovem a divulgação da prática arbitral; entretanto, a busca por precedentes em questões processuais em arbitragem é dificultada por dois fatores: i) a confidencialidade inerente aos procedimentos arbitrais e ii) a tomada de decisões processuais por ordens processuais que raramente são publicadas. Ainda que o percentual de decisões processuais disponíveis não seja grande, existem algumas decisões para as quais há publicidade. Os precedentes em questões processuais que se tornam públicos podem estar incorporados às sentenças arbitrais publicadas em coletâneas e nas revistas especializadas ou, ainda, quando se tornam públicos por questionamento no judiciário, por meio de ação de anulação ou homologação. A fim justamente de possibilitar o acesso às decisões processuais que não são incorporadas nas sentenças arbitrais, a CCI, por mais de uma vez, disponibilizou coletâneas específicas sobre ordens processuais.⁴⁷⁸

Alguns autores utilizam a metáfora da fertilização (ou polinização) cruzada para ilustrar o fenômeno da convivência de diversas culturas, possibilitando a criação e a consolidação de uma prática híbrida.⁴⁷⁹ Essa metáfora reflete a ideia de que, de um lado, o procedimento arbitral é criado por uma multiplicidade de atores por meio da troca de experiências e da conjunção de elementos dos diversos sistemas e, de outro lado, esses atores contribuem para espalhar a prática adotada. Outra metáfora que reflete o sistema é colocada por Lowenfeld (1985, p. 163). Segundo

⁴⁷⁷ Nesse sentido, ver Franco (2007, p. 113): “A crescente participação do Brasil no comércio internacional; o intercâmbio cultural em nível mundial, incentivado e possibilitado nos congressos e seminários internacionais sobre arbitragem; as publicações de artigos estrangeiros nas revistas especializadas; o estabelecimento, nas capitais, das mais renomadas instituições internacionais de arbitragem vão introduzindo, entre nós, a nova cultura com outro enfoque do conflito e outras formas de solucioná-lo, além da arbitragem (que com ela convivem ou se mesclam), as quais constituem a mais significativa expressão dessa nova cultura.”

⁴⁷⁸ Nesse sentido, ver Hascher (1998) e ICC (2010 – *Decision on ICC Arbitration Procedure – A selection of Procedural Orders issued by the Arbitral Tribunals acting under the ICC Rules of Arbitration (2003-2004)*). O *Journal du Droit International* (Clunet) também publica, periodicamente, decisões processuais em arbitragens.

⁴⁷⁹ O termo “*cross-pollination*” é utilizado por Lowenfeld (2005, p. 59) e o termo “*cross-fertilization*”, por Park (2006, p. 8).

esse autor, o procedimento arbitral pode ser visto como um espelho de duas faces: de um lado, os atores olham para o espelho em busca de soluções de como proceder, copiando ou imitando a prática adotada, mas, do outro lado do espelho, estão sendo observados e copiados. Essas metáforas evidenciam o dinamismo e o caráter normativo da prática arbitral.

VI.4 Síntese: há uma crescente harmonização da prática processual arbitral

A análise conduzida nos itens anteriores permite concluir que, em maior ou menor grau, há uma regulamentação do modo como o procedimento arbitral deve ser conduzido, que é produzida pelo próprio sistema (*autopoiese*). Essa autorregulamentação é verificada pelo compartilhamento de experiências anteriores entre árbitros e advogados (que atuam nesses dois papéis de modo intercambiante), bem como pela publicação de ordens processuais e decisões procedimentais adotadas em arbitragens. A informação sobre a prática arbitral também é promovida por meio de conferências e revistas especializadas na área, cada vez mais acessíveis.

Ainda que se constate uma progressiva harmonização da prática processual arbitral com a autorregulamentação do sistema, esta não é exaustiva, é difícil de ser constatada e está em constante evolução.

As tentativas de regulamentar a prática processual arbitral por meio de diretrizes, regulamentos, regras de conduta, *guidelines* e outros instrumentos publicados por instituições arbitrais, entidades de classe e associações dedicadas ao estudo da arbitragem são estudadas no próximo capítulo.

VII NORMAS NÃO ESTATAIS

O capítulo anterior evidenciou a emergência de uma prática processual arbitral. Este capítulo busca responder à pergunta “como identificar o conteúdo dessa prática?” abordando as tentativas de codificar a prática processual arbitral por meio de normas não estatais, entre elas regulamentos arbitrais, diretrizes, regras, notas e outros documentos que, adotados por organizações internacionais, instituições arbitrais ou entidades profissionais, se tornaram referência para a condução do processo arbitral. Desse modo, o primeiro item (VII.1) trata da emergência das normas não estatais, abordando a legitimidade dos órgãos que as elaboram e as vantagens e as desvantagens da existência delas. O item seguinte (VII.2) traz alguns exemplos (não exaustivos) de normas não estatais que dispõem sobre a condução do procedimento.

VII.1 Emergência de normas não estatais

A autonomia processual existente na arbitragem possibilita que os próprios indivíduos destinatários das normas participem do processo de decisão e construção do direito, diminuindo o papel do Estado que, em outros âmbitos, tem o monopólio do direito. Magalhães defende que há uma mundialização do direito refletindo o pluralismo na produção das normas em oposição ao monopólio do Estado, com a atuação de outros atores em diferentes níveis.⁴⁸⁰ É nesse contexto que surgem regulamentações não estatais, promovidas por organizações internacionais, instituições arbitrais, entidades de classe e organizações destinadas ao estudo da arbitragem que buscam harmonizar as questões processuais.

Primeiro, faz-se necessário discutir sobre a denominação dessas normas. Essas “normas não estatais” são regulamentações promovidas por entes privados as quais, embora não tenham caráter vinculante, influenciam a condução do procedimento arbitral. Portanto, são igualmente denominadas “normas privadas”. Embora os dois termos sejam possíveis, optou-se por não

⁴⁸⁰ “Os indivíduos também participam do processo de decisão, que deverá redundar na construção do direito, pois são eles os destinatários das normas. O comércio internacional, o turismo, o intercâmbio cultural, a miscigenação, a tecnologia da informação utilizada pelos meios de comunicação são fatores que colaboram para a uniformidade de comportamentos e de apreciação de fatos e fenômenos ocorridos nos diversos rincões do planeta. Disso tudo resulta, como efeito, a mundialização do Direito, a refletir, de um lado, o pluralismo na produção das normas, que deixou de ser monopólio do Estado, passando a contar com outros atores ativos que atuam em níveis diferentes, às vezes em paralelo; de outro, a necessidade de uniformização de procedimentos como condição de facilitar e até mesmo viabilizar as comunicações e negócios transnacionais.” (MAGALHÃES; VALLE, 2007, p. 258).

utilizar “normas privadas”. Como será demonstrado a seguir, ainda que tais normas sejam elaboradas por entidades não estatais, a comunidade arbitral, com representantes de diversos países, participa do processo de discussão e elaboração dessas normas, evidenciando a presença da coletividade na sua construção.

Na literatura estrangeira, tornou-se usual a adoção do termo “*soft laws*”. Não há consenso sobre o significado da expressão *soft law*,⁴⁸¹ tampouco uma tradução adequada. Tendo em vista a dificuldade em definir *soft law*, a utilização do conceito residual e multifacetado é frequente. Caracteriza-se como *soft law* aquilo que não é *hard law*, entendendo as últimas como normas jurídicas vinculantes emanadas por um determinado ordenamento.⁴⁸² Ademais, não há tradução ideal para o termo na língua portuguesa; o termo “*law*” é traduzido ora como lei, ora como direito, sendo o último mais adequado do ponto de vista desta tese, na qual não se reduz o direito à lei. O termo “*soft*” pode adquirir vários significados, entre eles flexível, mole, macio, suave e, dentro do sentido da expressão, verde, não maduro.⁴⁸³ Em razão da dificuldade de encontrar uma tradução ideal e da influência da doutrina estrangeira, torna-se usual a manutenção da expressão “*soft law*” na língua inglesa. Em decorrência das dificuldades na definição e na tradução, optou-se por utilizar nesta tese o termo “normas não estatais”, em vez de *soft laws*.⁴⁸⁴

Em síntese, normas não estatais devem ser compreendidas como normas emanadas por entes não estatais e que não são consideradas vinculantes. Para fins do estudo sobre o processo arbitral, são normas não estatais os instrumentos elaborados por organizações internacionais, instituições arbitrais e entidades destinadas ao estudo e ao desenvolvimento da arbitragem. Podem ter a forma de leis-modelo, diretrizes, regulamentos, resoluções, regras, *checklists*, notas, códigos de conduta, entre outros, com a finalidade de organizar o procedimento arbitral, ou certos aspectos desse procedimento, e não possuem caráter mandatório ou vinculante. São alguns exemplos de instrumentos geralmente categorizados como normas não estatais analisados neste estudo: a Lei Modelo, os regulamentos de arbitragem institucionais, as Regras da IBA sobre

⁴⁸¹ Nasser, por exemplo, desdobra o conceito de *soft law* em várias categorias e afirma que “[...] não há, portanto, um conceito único de *soft law*, mas sim um conceito multifacetado, plural. Percebe-se, desde logo, uma relação com o direito internacional e com a regulação normativa do cenário internacional. Existindo no próprio nome a referência ao direito, fica evidenciada a participação do conceito na ordem normativa ou na noção mais genérica de ordem nas relações internacionais.” (NASSER, 2006, p. 26).

⁴⁸² Nesse sentido, ver Park (2006b, p. 141, 2007, p. 360-366).

⁴⁸³ Nesse sentido, ver Nasser (2006, p. 23-25).

⁴⁸⁴ É necessário notar, contudo, que o termo “*soft law*” é utilizado pela doutrina e poderá ser encontrado em transcrições no decorrer da tese.

produção de provas,⁴⁸⁵ as Notas da UNCITRAL sobre a organização do procedimento arbitral⁴⁸⁶ e as Técnicas da CCI para controle de tempo e de custas.⁴⁸⁷

Verifica-se a multiplicação de normas de caráter não estatal disciplinando certos aspectos do procedimento arbitral, gerando concorrência e, eventualmente, divergência entre as normas disponíveis. Assim sendo, é essencial, neste item, analisar a legitimidade não somente quanto aos autores que as produzem, mas também quanto ao conteúdo nelas estipulado (subitem VII.1.1). Em seguida, são analisadas as vantagens e desvantagens da existência e utilização destas normas (subitem VII.1.2).

VII.1.1 Legitimidade das normas não estatais

Duas são as preocupações quando se discute a legitimidade das regulamentações não estatais que proliferaram no meio arbitral. A primeira é relacionada à representatividade dos diversos atores na criação dessas diretrizes e a segunda, ao conteúdo dessas normas.

a) Atuação conjunta da comunidade arbitral na criação de normas não estatais

Com a globalização, a comunidade arbitral é comumente caracterizada como uma comunidade epistêmica, definida pelos cientistas sociais como um grupo de indivíduos que compartilham os mesmos interesses e as mesmas *expertises* e que exercem um alto poder de influência no desenvolvimento das áreas de interesse comum.⁴⁸⁸ Esses indivíduos organizam-se em associações e participam ativamente das instituições da área. Os principais atores na publicação de normas não estatais são a UNCITRAL, a IBA e a CCI.

A UNCITRAL é a instituição mais democrática entre as mencionadas, possivelmente com representantes de todos os Estados-membros da ONU. Alguns países são mais ativos que outros, e as instituições arbitrais — por exemplo, a CCI — também exercem alguma influência, ainda

⁴⁸⁵ Tradução livre. Denominação em inglês: 2010 – *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration* (IBA, 2010 – *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*).

⁴⁸⁶ Tradução livre. Denominação em inglês: *UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings* (UNCITRAL, 1996 – *UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings*).

⁴⁸⁷ Tradução livre. Denominação em inglês: *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration* (ICC, 2007 – *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration*).

⁴⁸⁸ Nesse sentido, ver Lynch (2003, p. 95) e Kaufman-Kohler (2010, p. 12).

que como observadoras.⁴⁸⁹ Por outro lado, o processo interno para elaboração de qualquer documento da UNCITRAL é mais lento e, muitas vezes, pouco inovador, pois precisa acomodar interesses de diversos Estados para obter aprovação da maioria. Deve-se ressaltar, ainda, que nem todos os Estados enviam representantes com conhecimento sobre a prática arbitral. Muitas vezes, os Estados são representados por diplomatas sem conhecimento específico sobre arbitragem.

A CCI possui em sua Corte de Arbitragem representantes dos mais diversos países, inclusive do Brasil.⁴⁹⁰ A representatividade na CCI não está atrelada ao Estado, mas a indivíduos indicados pelo seu renome na área e pelo notório saber sobre a prática arbitral. Os documentos elaborados por essa instituição, inclusive as revisões do regulamento de arbitragem, são geralmente discutidos em grupos de trabalhos com representantes de formações jurídicas e regiões geográficas diversas. Embora ainda prevaleçam participantes europeus e norte-americanos, há uma preocupação constante da CCI em levar em consideração outras regiões e formações jurídicas. Por exemplo, a força-tarefa constituída para a última revisão do regulamento da CCI, que entrou em vigor em janeiro de 2012, contou com a participação de mais de 175 profissionais, representando mais de 40 países, incluindo brasileiros.⁴⁹¹ No mesmo sentido, a força-tarefa que desenvolveu o documento denominado *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration* (ICC, 2007), recentemente incorporado como um anexo ao regulamento, contou com representantes de mais de 30 países, incluindo representantes de países asiáticos, do Oriente Médio, do Leste Europeu e da América do Sul — entre eles, seis brasileiros.⁴⁹²

A IBA, por ser uma associação de profissionais, tem uma representatividade menos abrangente; entretanto, também vem crescendo. Uma comparação entre o grupo de trabalho que elaborou a revisão das regras da IBA sobre produção de provas em 1999 e o que elaborou a revisão em 2010 demonstra o aumento da representatividade. O grupo de trabalho de 1999 era composto por apenas 16 membros, na sua grande maioria europeus e americanos, com exceção

⁴⁸⁹ Nesse sentido, ver influência da CCI na redação da Convenção de Nova Iorque, analisada no capítulo II, item II.1.1, *supra*.

⁴⁹⁰ Em março de 2012, a Corte de Arbitragem da CCI contava com representantes de aproximadamente 90 países, sendo os membros brasileiros da Corte Arnoldo Wald e Selma Maria Ferreira Lemes (informação disponível em: <<http://iccwbo.org/court/arbitration/id4086/index.html>>. Acesso em: 13 mar. 2012). Ademais, o brasileiro José Emilio Nunes Pinto foi convidado a integrar o quadro dos vice-presidentes da Corte da CCI.

⁴⁹¹ Para obter mais informações sobre a força-tarefa (*task force*) organizada pela CCI, ver informações no *site* da instituição. Disponível em: <<http://iccwbo.org/policy/arbitration/index.html?id=28796>>. Acesso em: 12 nov. 2011.

⁴⁹² Nesse sentido, ver reconhecimento aos participantes da força-tarefa (ICC, 2007 - *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration*, p. 21-22).

de um membro de Hong Kong (IBA, 2010 – *Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the taking of Evidence in International Arbitration*). O grupo de trabalho criado em 2008 para a segunda revisão, que foi concluída em 2010, era composto por 22 membros, entre eles representantes da Argentina, da China, da Colômbia, da Coreia do Sul, dos Emirados Árabes, do Japão e da Nova Zelândia, entretanto sem a participação de representante brasileiro.⁴⁹³

Quanto maior a representatividade da comunidade arbitral, maior a legitimidade das normas emanadas por entes privados. A noção de democracia gera a expectativa de que os destinatários da norma terão a oportunidade de participar da sua criação. Nesse sentido, são recorrentes as críticas realizadas: Carmona, por exemplo, critica as Diretrizes da IBA relativas a conflito de interesses, afirmando que “[...] o tema precisa ser mais discutido, sem imaginar que as normas da IBA tenham resolvido o tema. Os brasileiros não participaram da elaboração dessas regras e nossos costumes sociais parecem repudiar algumas delas.” (CARMONA, s/d – *Em torno do árbitro*).

Para que representem verdadeiramente o interesse da comunidade arbitral e não sejam consideradas como imposição da cultura ou da vontade de determinados países ou grupos, é necessária a participação cada vez mais ampla e representativa de diversas jurisdições na elaboração dessas normas. Por outro lado, quanto mais democrático e representativo for o grupo de trabalho designado para elaborar uma determinada norma, mais difícil será atingir o consenso em detalhes e mais amplas serão tais normas.

b) Conteúdo: codificação das melhores práticas ou estabelecimento de uma prática?

Questiona-se se o papel das regulamentações não estatais deve ser codificar a praxe arbitral ou promover uma nova prática e o desenvolvimento desta.

A princípio, a emergência de normas não estatais, ou *soft laws*, serviria apenas para regulamentar aquela prática adotada no meio arbitral, possibilitando que a prática arbitral fosse mais divulgada e se tornasse mais conhecida. Com o tempo, entretanto, algumas normas não

⁴⁹³ Nesse sentido, ver IBA (2010 – *Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the taking of Evidence in International Commercial Arbitration*).

estatais foram além da simples regulamentação da prática e passaram a estabelecer conteúdos inovadores, de acordo com o que os atores que as elaboraram entendiam como adequados.⁴⁹⁴

Assim, nos casos em que a comunidade arbitral não esteja devidamente representada e não concorde com o conteúdo das normas criadas, sua legitimidade poderá ser ainda mais questionada.

VII.1.2 Vantagens e desvantagens da existência de normas não estatais

Com a multiplicação de normas não estatais que visam regulamentar o procedimento arbitral, surgem correntes favoráveis e correntes contrárias à existência dessas regulamentações. Nesse sentido, Landau (2000) defende uma análise criteriosa da multiplicação das normas não estatais que buscam harmonizar a prática arbitral, tanto substanciais quanto processuais.⁴⁹⁵ Dessa forma, antes de adentrar a análise das principais regulamentações existentes, faz-se necessário discorrer sobre as suas vantagens e desvantagens.

a) Vantagens da utilização de normas não estatais

As normas não estatais têm o papel de normatizar e divulgar a prática arbitral mencionada no capítulo anterior. Se, com o tempo, a convivência entre diversas culturas possibilitou a emergência de uma prática processual híbrida, surgindo certo consenso sobre a forma adequada ou a melhor forma (*best practice*) para conduzir o procedimento arbitral, questiona-se: por que não reduzir tal prática em normas claras para guiar a conduta no procedimento arbitral?⁴⁹⁶

⁴⁹⁴ Nesse sentido, ver Kaufman-Kohler (2010, p. 12-13), em especial o item “A Mix of Compilation and Innovation”.

⁴⁹⁵ Após fazer um breve levantamento das principais codificações que visam à harmonização da prática arbitral, Landau (2000, p. 441) afirma: “[...] it is clear that the move towards harmonization and regularization has taken root and undoubtedly succeeded in a very wide range of matters, in both substance and procedure. The field of international commercial arbitration has been a focus in this overall trend. The results and consequences in this area, however, warrant closer scrutiny.”

⁴⁹⁶ Nesse sentido, ver Park (2003, p. 293): “In any event, if lore and literature indeed led to the emergence of common norms (for example, a presumption against oral depositions), it is hard to see what would be so wrong with reducing procedural strife by setting forth the consensus in a clear rule, subject always to the parties’ right to opt out jointly. Either the norms are in fact widely accepted, and worthy of inclusion in a set of institutional provisions, or they are not commonly followed, and litigant had an understandable concern about arbitrator’s ad hoc invention.”

As normas não estatais, em matéria processual arbitral, visam, ainda, complementar a lacuna decorrente da regulamentação formal mínima sobre a condução do procedimento arbitral. As legislações nacionais pouco dispõem sobre o procedimento, concedendo amplos poderes para as partes e para os árbitros. As partes, em geral, limitam-se a escolher regulamentos arbitrais. Estes, por sua vez, contêm normas amplas, e não detalhadas. Assim, diante da dificuldade de identificar qual o conteúdo da prática regular e da divergência entre as partes sobre qual seria essa prática, a existência de normas não estatais é vista como benéfica.

Nesse sentido, a principal vantagem das normas não estatais é disponibilizar regras supletivas (*default rules*) a que as partes possam recorrer na ausência de regulamentação formal. A existência dessas normas visa promover mais segurança jurídica, possibilitando às partes envolvidas na arbitragem o conhecimento do modo como o procedimento arbitral será conduzido.⁴⁹⁷

A existência de normas não estatais evidencia às partes que elas estão sendo tratadas da maneira usual. Em geral, há uma expectativa das partes de que casos semelhantes sejam tratados de maneira semelhante. A criação de normas processuais no decorrer do caso pode gerar o sentimento de que os árbitros estão tomando decisões com base em outros critérios.⁴⁹⁸

Park (2006b, p. 144) defende que a utilização de normas não estatais possibilita um equilíbrio entre a necessidade de justiça e a de eficiência. Por um lado, há uma necessidade de que as partes sejam tratadas de maneira justa; por outro, a arbitragem tem como principal vantagem a de ser um procedimento menos complexo e mais eficiente que o judicial. Um processo justo não é, necessariamente, aquele que segue regras nacionais detalhadas do processo civil, mas aquele em que as partes acreditem terem sido tratadas de maneira justa. A eficiência é avançada com a existência de normas não estatais uma vez que estas desenvolvem regras que

⁴⁹⁷ Nesse sentido, ver comentário de Silberman (2002, p. 13) sobre a expectativa das partes e dos advogados: “But for lawyers who want to know whether they will have access to document disclosure or other discovery, or want to know what kind of evidence will be permitted in the arbitration, or whether experts will be permitted to testify, they are only told that it is ‘up to the arbitrators.’ I am not advocating for federal rules of civil procedure be adopted for proceedings in arbitration – but I do think a formal system of procedure designated specifically for arbitration would be a good idea.”

⁴⁹⁸ Nesse sentido, ver Park (2006b, p. 146): “It is here that procedural soft law presents its potential to foster a sense of equal treatment, by promoting the perception that procedure is ‘regular’ and according to a ‘rule of law’ principle. Indeed, one of the essential elements of law as it has been known in Western world is that similar cases should be treated in a similar fashion. By contrast, when arbitrators invent procedural norms as case unfold, choosing their procedural standards after knowing who will receive the rough end of a rule, one side may perceive application of different set of weights and measures.”

reduzem as diferenças entre partes de diversas tradições jurídicas e, por estar expressas, evitam que se discuta qual seria a melhor prática. O procedimento arbitral é flexível; entretanto, não pode, por causa dessa flexibilidade, surpreender as partes com práticas desconhecidas ou não usuais.⁴⁹⁹

Uma análise econômica também traz argumentos favoráveis à emergência de normas não estatais em matéria processual. Com o aumento do volume de arbitragens, é economicamente mais eficiente a utilização de um conjunto de regras testadas e com vasta aceitação do que a formulação de regras específicas, *tailor made*, para cada caso.

b) Desvantagens da utilização de normas não estatais

A multiplicação de normas não estatais também é criticada. A principal crítica é a eliminação da flexibilidade do procedimento arbitral, promovendo uma judicialização da arbitragem, ou seja, tornando-a cada vez mais complexa e semelhante ao processo judicial estatal. Esses críticos alegam que a arbitragem, que deveria ser um mecanismo simples de solução de controvérsia, está se transformando em um mecanismo extremamente complexo e técnico e que isso contribui para o aumento dos custos e para a dependência em relação a advogados especializados na área.⁵⁰⁰ Vendo por esse aspecto, a arbitragem perderia suas vantagens iniciais e não serviria a seus propósitos.⁵⁰¹

⁴⁹⁹ Nesse sentido, é válido o alerta de Carmona (2009a, p. 21) em ensaio sobre a flexibilização do procedimento: “Resta apenas um alerta para findar este breve ensaio: a liberdade que os árbitros têm para flexibilizar o procedimento gera, em contrapartida, o dever dos julgadores de evitar surpresas às partes. Isto significa que a liberdade procedimental, cuja moldura apenas alinharei, requer constante informação aos litigantes, para que possam sempre participar de modo proativo em todas as fases do processo.”

⁵⁰⁰ Nesse sentido, ver Landau (2000, p. 457-458): “[...] the growth in new legislation has had unwelcome side-effects. Whereas arbitration started as a simple commercial mechanism created and used by commercial entities, it has now become a highly complex and technical area of law. The growth of regulatory instruments and the amount of jurisprudence world-wide are now such that the practice of international arbitration had become infused with, and hijacked by, specialized lawyers. It is no longer the case that the costs and complexities of international litigation can necessarily be avoided by arbitration. It is no longer the case that commercial entities are willing to turn to arbitration in an international setting without legal assistance. Indeed, the area have become so specialized that it is increasingly the sole preserve of a relatively small number of lawyers who have a particular experience in the field.” Ver ainda: Lalive (1994) e Fouchard (1994).

⁵⁰¹ Nesse sentido, ver Landau (2000, p. 459): “If the needs of modern commerce are to continue to be served, care must be taken not to harmonize and regularize every commercial technique for dispute resolution to such an extent that it no longer serves its original purpose.”

Como já mencionado, a legitimidade dessas normas é criticada, seja porque os atores que participaram de seu processo de criação não representam toda a comunidade arbitral, seja pela imposição de conteúdos inovadores ou não aceitos pela maioria.⁵⁰²

Outras questões, usualmente levantadas, dizem respeito à natureza vinculativa das normas não estatais e às consequências do descumprimento destas. Considerando a flexibilidade e a diversidade da prática processual arbitral, essas normas são meras diretrizes não vinculantes. Entretanto, também passam a ser utilizadas como ferramentas para questionar o procedimento adotado, em especial após o término da arbitragem, por meio da ação de anulação ou objeção à execução.⁵⁰³ Em outros termos, embora sejam meras diretrizes não vinculantes, podem ter sua natureza de norma não vinculante progressivamente alterada⁵⁰⁴ e devem, portanto, ser consideradas pelos árbitros para evitar eventuais questionamentos futuros. Um exemplo de diretriz que é constantemente citada, inclusive pelos judiciários nacionais ao analisarem a questão, são as Diretrizes da IBA relativas a conflitos de interesse.⁵⁰⁵

Também há crítica no sentido de que essas normas expressam valores dos sistemas jurídicos americanos ou europeus e impõem essas práticas aos demais países, desenvolvendo conceitos de centro-periferia, obviamente também sujeitos a críticas.⁵⁰⁶

⁵⁰² Nesse sentido, ver Kaufman-Kohler (2010, p. 16): “The loss of flexibility due to the creation of soft law leads to a second criticism. Soft law is often criticized of its lack of democratic legitimacy, or in the terminology of legal theorist, for reasons of social reflexivity.”

⁵⁰³ Nesse sentido, ver Lalive (1993, p. 216): “La manie réglementaire qui sévit tout particulièrement dans certains pays ou certaines organisations, comme on l’a vu à propos des ‘code of ethics’ ou de déontologie, peut être la source – l’observation es banale – d’une ‘processualisation’ ou ‘judiciatisation’ fâcheuses, et fournir le prétexte à de nouveaux incidents et objections de procédure. L’accumulation de règlements, directives ou guides inutiles sert peut-être les intérêts de leurs auteurs ou de certains cabinets de ‘litigators’. Il est douteux qu’elle serve vraiment ceux des utilisateurs de l’arbitrage.”

⁵⁰⁴ Nesse sentido, ver Fouchard (1994, p. 380): “Pour peu que certains poussent à leur application systématique, ce *soft law* pourrait progressivement changer de nature. [...] Malgré leur caractère facultatif, ces deux instruments sont constamment cités, dans la doctrine et dans la pratique, comme exprimant une tendance significative du droit international de l’arbitrage.”

⁵⁰⁵ Nesse sentido, ver IBA (2010 – *The IBA Guidelines on the Conflict of Interest in International Commercial Arbitration – The first five years 2004-2009*) e Greenberg e Feris (2009).

⁵⁰⁶ Nesse sentido, ver Mistelis (2003, p. 631): “In addition, such an emerging autonomous system is compatible with the Rules of many of the major international arbitration institutions. Such a system can only work if it is predictable enough and if it is an accurate reflection of accepted practice(s). As a rule, it will operate owing to party autonomy, and once widely acceptable, it will have a significant role to play in facilitating trade. A possible disadvantage of such a system may be that it is culturally neutral or, where it does express a legal culture, this may not be universally acceptable. However, it may be argued that, to the extent that lawyers and law firms are the ultimate users of this autonomous system, those who participate in major business dispute resolution share the same culture, irrespective of their place of work.”

Ainda que as críticas mencionadas sejam devidamente fundamentadas e razoáveis, tendo a concordar com Park: na falta de opção melhor, as normas não estatais sobre a condução do procedimento são benéficas, especialmente dentro de um contexto de expansão da arbitragem e de entrada de novos atores não acostumados à prática arbitral. Como será analisado no capítulo final, nada melhor que a cooperação entre as partes e os árbitros para a estipulação de regras claras em cada caso. Mas, na ausência dessas, ou mesmo para facilitar o diálogo entre partes opostas e entre partes e árbitros e agilizar esse procedimento, a adoção de normas não estatais é uma solução saudável.

VII.2 Análise exemplificativa das normas não estatais

Com o incremento das relações internacionais e o crescimento do volume de arbitragens, constatou-se, nos últimos 50 anos, uma multiplicação das normas não estatais relacionadas à arbitragem. Buscando harmonizar e regulamentar a matéria, um número substancial de convenções, leis modelo, regulamentos, guias e diretrizes surgiram, principalmente na segunda metade do século XX.

Em especial com relação à condução do procedimento, verificou-se, com o crescimento das instituições arbitrais, o surgimento de novos regulamentos de arbitragem e a revisão periódica dos regulamentos existentes, além de uma série de diretrizes, guias e códigos de conduta. Este item exemplificará algumas dessas normas não estatais. Nesse ponto, é necessário apresentar duas ressalvas. A primeira diz respeito aos regulamentos arbitrais. Embora os regulamentos de arbitragem sejam considerados normas não estatais, tornam-se normas vinculantes ao serem eleitos pelas partes. Por essa razão, os regulamentos foram analisados anteriormente no capítulo V e não serão examinados neste capítulo. Esses regulamentos, entretanto, têm um papel importantíssimo no desenvolvimento da prática arbitral; é usual a referência a outros regulamentos, em especial ao da CCI e ao da UNCITRAL, para suprir eventual lacuna existente no regulamento eleito pelas partes.⁵⁰⁷ A segunda ressalva está relacionada às Notas da UNCITRAL e às Técnicas da CCI, dois documentos que, apesar de também serem considerados normas não estatais, serão analisados no próximo capítulo por causa de suas particularidades. Essa análise inicia-se pelas normas não estatais disponíveis no âmbito internacional (subitem

⁵⁰⁷ Nesse sentido, ver capítulo V, subitem V.2.1, *supra*.

VII.2.1) e, em seguida, discorre sobre a existência dessas normas no âmbito brasileiro (subitem VII.2.2).

VII.2.1 Normas não estatais disponíveis no âmbito internacional

Não se pretende fazer uma análise exaustiva de todas as normas sobre arbitragem não estatais disponíveis no mercado. Pretende-se, por meio de exemplos, demonstrar sua existência, bem como sua crescente utilização. Confirmando a influência dessas normas na condução das arbitragens internacionais, esta análise corrobora com a tese defendida de que a metodologia para decisões processuais na arbitragem deve considerar uma pluralidade de fontes normativas, incluindo aquelas que não se enquadram em uma categoria normativa tradicional. Em outras palavras, admite-se a confluência de fontes, mesmo entre normas que operam em ordens legais e planos normativos diferentes.

As tentativas de harmonizar e regulamentar a arbitragem não são recentes. Em 1932, René David propôs a unificação das leis de arbitragem (UNIDROIT, 1932 – *Rapport sur l'arbitrage conventionnel en droit privé*). Esse trabalho foi concluído em 1985 pela UNCITRAL. Com relação à condução do procedimento, em 1949, a Comissão de Direito Internacional decidiu analisar as codificações em matéria arbitral e Georges Scelle foi eleito como *rapporteur* especial, apresentando relatório à comissão em 1950 (INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 1950 – *Arbitral Procedure*). O item VI desse relatório é destinado, especificamente, ao processo arbitral, tratando sobre as fontes de suas normas, as alegações escritas, a prova oral em audiência e a obtenção de informações adicionais. Chegou-se a discutir sobre a elaboração de um código de processo arbitral. Concluiu-se, entretanto, que dificilmente esse código teria uma aceitação satisfatória e poderia ser aplicado em qualquer tipo de arbitragem.⁵⁰⁸ As mesmas dificuldades procedimentais encontradas nas arbitragens comerciais entre partes de formações jurídicas diversas também podem ser verificadas nas arbitragens entre Estados perante tribunais

⁵⁰⁸ Nesse sentido, ver: “78. Writers seem doubtful whether (7) a code of arbitral procedure could be made which would be satisfactorily applicable to all kind of arbitration. It would, in first place, probably fail to achieve acceptance by all states on certain controversial points.” (INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 1950 – *Arbitral Procedure*, p. 172).

internacionais,⁵⁰⁹ de forma que soluções ali adotadas podem ser transpostas para arbitragens comerciais internacionais.

Uma outra tentativa de codificar normas processuais foi realizada em conjunto pela American Law Institute (ALI) e pelo International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT). Essa iniciativa foi dividida em duas partes: a primeira contém apenas princípios e a segunda, assemelhando-se a um código, apresenta regras a serem aplicadas em disputas decorrentes de relações comerciais transnacionais (ALI/UNIDROIT, 2004 – *Principles of Transnational Civil Procedure*). Embora esse documento seja dirigido aos litígios judiciais e à promoção da harmonização de práticas processuais, foi aventada a hipótese de ser utilizado em arbitragens internacionais, seja pela adoção expressa pelas partes, seja como influência aos árbitros.⁵¹⁰ Excetuando-se normas específicas dirigidas aos órgãos do judiciário, tais princípios e regras contêm normas sobre diversos aspectos da condução do procedimento que podem ser utilizadas, como referência, em arbitragens. Essas regras contêm requisitos das alegações iniciais, da resposta, da reconvenção e do aditamento aos pedidos, das medidas de urgência, da produção e do intercâmbio de provas, da oitiva de testemunhas e das declarações escritas, da prova técnica, das normas sobre admissibilidade e relevância das provas, da audiência, da confidencialidade e do privilégio, entre outros.⁵¹¹ Não se verifica, contudo, a utilização dessas normas nas arbitragens internacionais. Tal fato decorre, provavelmente, da existência de regras mais específicas para arbitragem em outros instrumentos disponíveis, elaborados por entidades com mais prestígio no meio arbitral com o auxílio e a participação da comunidade arbitral internacional.

Tendo em vista a multiplicidade de normas não estatais existentes, optou-se por analisá-las em dois grandes grupos que se destacam por sua importância. Primeiro, as normas sobre produção de provas, incluindo as mais específicas sobre produção de documentos. Segundo, as normas sobre ética, incluindo as que tratam do conflito de interesses dos árbitros.

⁵⁰⁹ Por exemplo, Scelles menciona a diferença entre a forma e conteúdo das alegações. Nesse sentido, ver: “The differences between civil law and Anglo-American (or other) law procedure further difficulties, such as whether the memorial should contain merely facts without argumentation, or as to the effect upon the tribunal of first presentation.” (INTERNATIONAL LAW COMMISSION, 1950 – *Arbitral Procedure*, p. 173).

⁵¹⁰ Nesse sentido, ver Hazard e Taruffo (1997, p. 494): “Moreover, the draft Rules could be useful in arbitration, where the parties are generally free to choose the procedural rules to govern the hearing and fact finding process (failing the parties’ agreement, the arbitrators generally have that freedom).”

⁵¹¹ Nesse sentido, ver regras 7-29 (ALI/UNIDROIT, 2004 – *Principles of Transnational Civil Procedure*).

a) Normas sobre provas e documentos

A questão da prova em sentido amplo é uma das mais polêmicas na prática arbitral,⁵¹² sendo, por um lado, essencial a qualquer procedimento e, por outro, realizada de maneira diversa em cada sistema jurídico.⁵¹³ Conforme analisado anteriormente, a maioria dos regulamentos de arbitragem contém regras vagas sobre a forma como a prova deve ser apresentada, de modo a garantir a flexibilidade do procedimento⁵¹⁴ e a delegar às partes e, principalmente, aos árbitros a determinação do modo como as provas devem ser apresentadas.⁵¹⁵ Essa flexibilidade, entretanto, pode gerar problemas e discussões sobre a forma da produção de provas, especialmente entre partes com formações jurídicas diversas ou com pouca experiência em arbitragem.⁵¹⁶ Por isso, essa é uma área na qual o surgimento de normas não estatais, buscando regulamentar ou harmonizar a prática arbitral, é recorrente.⁵¹⁷

A produção de provas pode ser tratada de maneira ampla, incluindo toda e qualquer prova a ser produzida na arbitragem, desde a apresentação de documentos (com eventuais normas sobre a requisição de documentos em poder de terceiros) até as provas orais e as provas técnicas. Por outro lado, considerando as particularidades da apresentação de documentos, algumas normas não estatais tratam apenas do aspecto da condução das provas.⁵¹⁸ O tratamento diferenciado da

⁵¹² Nesse sentido, ver Nunes Pinto (2010, p. 7).

⁵¹³ Nesse sentido, ver Deluiggi (2010, p. 140).

⁵¹⁴ Nesse sentido, ver Carmona (2009b, p. 14) e Deluiggi (2010, p. 142).

⁵¹⁵ Nesse sentido, ver IBA (2010 – *Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, p. 1): “The principal institution and ad hoc rules provide a framework for the arbitration and add detailed provisions concerning matters such as initial statements of the case, appointment of arbitrators and challenges, and the nature of the award and costs – but they are purposely silent about how evidence should be gathered and presented in any arbitration pursuant to those rules.”

⁵¹⁶ Nesse sentido, ver IBA (2010 – *Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, p. 1): “However, in many cases this international gap in the rules can cause problems if the parties have conflicting views as to how the case should proceed. This is particularly so when parties come from different legal backgrounds and cultures. Problems can also occur when one or both of the parties are inexperienced in international arbitration.”

⁵¹⁷ Nesse sentido: “The IBA Rules of Evidence reflect procedures in use in many different legal systems, and they may be particularly useful when the parties come from different legal system.” (IBA, 2010 – *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, foreword, p. 2) e “These IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration are intended to provide an efficient, economical and fair process for the taking of evidence in international arbitrations, particularly those between Parties from different legal traditions. They are designed to supplement the legal provisions and the institutional, ad hoc or other rules that apply to the conduct of the arbitration.” (IBA, 2010 – *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, preâmbulo, p. 4).

⁵¹⁸ Nesse sentido, ver, por exemplo, ICDR, s/d – *ICDR Guidelines for Arbitrators concerning the Exchange of Information* e CPR, 2009 – *CPR Protocolo on Disclosure of Documents and Presentation of Witnesses in Commercial Arbitration*.

produção de documentos decorre da prática dos países de *common law*, nos quais a produção de provas documentais é vista de maneira mais ampla que nos países que seguem o sistema continental europeu, permitindo-se a requisição de documentos em poder da outra parte ou até mesmo alguma forma de *discovery*.⁵¹⁹

A norma não estatal sobre provas em arbitragem mais relevante é a das Regras da IBA sobre produção de provas (IBA, 2010 – *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*). A primeira versão dessas regras foi publicada em 1983 (IBA, 1983 – *IBA Supplementary Rules Governing the Presentation and Reception of Evidence in International Commercial Arbitration*) e revisada em 1999 (IBA, 1999 – *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*) pelo comitê de arbitragem. Em 2008, formou-se uma força-tarefa para revisar as regras de 1999, a qual ficou sob a coordenação de Richard Kreindler e contou com a participação de mais de 20 membros, incluindo representantes da América Latina (Guido Tawil, da Argentina, e Nicolas Gamboa, da Colômbia), da Ásia e do Oriente Médio (IBA, 2010 – *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*). Em comparação com a versão de 1999,⁵²⁰ essa última força-tarefa contou com uma participação mais intensa da comunidade arbitral e estiveram representadas mais jurisdições e regiões, ainda com a prevalência de europeus e americanos e sem a participação de qualquer brasileiro. A versão atualmente em vigor das Regras da IBA sobre produção de provas (IBA, 1983 – *IBA Supplementary Rules Governing the Presentation and Reception of Evidence in International Commercial Arbitration*) foi aprovada em 2010 e entrou em vigor no mesmo ano.

As Regras da IBA sobre produção de provas podem ser adotadas expressamente pelas partes na convenção de arbitragem⁵²¹ ou no início do procedimento ou, ainda, ser utilizadas como diretrizes no desenvolver do procedimento, sem caráter mandatório.⁵²² Assim como ocorre com

⁵¹⁹ A *discovery* é uma fase pré-audiência típica do processo americano na qual as partes são autorizadas a solicitar documentos em poder da outra parte. Discussões sobre *Discovery* são apresentadas por Cound et al. (2001, p. 791).

⁵²⁰ A revisão que culminou com a versão de 1999 foi coordenada por Giovanni Ughi, da Itália, e teve a participação de mais 16 membros — 14 europeus, 1 norte-americano e 1 de Hong Kong (IBA, 2010 – *Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*).

⁵²¹ Nesse sentido, ver redação modelo recomendada pela IBA: “[In addition to the institutional, ad hoc or other rules chosen by the parties], [t]he parties agree that the arbitration shall be conducted according to the IBA Rules of Evidence as current on the date of [this agreement/the commencement of the arbitration].” (IBA, 2010 – *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, p. 3).

⁵²² Nesse sentido, ver: “In addition, parties and Arbitral Tribunals may adopt the IBA Rules of Evidence, in whole or in part, at the commencement of the arbitration, or at any time thereafter. They may also vary them or use them as

os regulamentos de arbitragem, essas regras, apesar de terem um caráter de norma não vinculante, podem se tornar vinculantes com a inclusão na convenção de arbitragem ou no termo de arbitragem. Mesmo não sendo eleitas pelas partes e/ou pelos árbitros para reger o procedimento, podem servir como diretrizes no estabelecimento de regras procedimentais.

Essas regras contêm uma mistura de normas dos sistemas de *civil law* e de *common law*, bem como outras que surgiram da própria prática processual arbitral,⁵²³ buscando uma aplicação global em arbitragens com partes e árbitros de diversas formações jurídicas. A revisão de 2010 exclui a qualificação “comercial” do termo “arbitragem internacional”, evidenciando que pode ser utilizada em arbitragens de investimento, envolvendo Estados.

Os dois primeiros artigos das Regras da IBA sobre produção de provas tratam do escopo de aplicação e da necessidade de consulta às partes. O último, incluído na revisão realizada em 2010, segue a tendência, já evidenciada em outros regulamentos, de incentivar a participação das partes e de incluir informações sobre a condução do procedimento.⁵²⁴

Os demais artigos buscam compatibilizar as culturas sobre prova de *common law* e *civil law*. O artigo 3º trata, especificamente, de documentos. As alterações realizadas em 2010 nesse artigo visaram ajustar as regras de 1999 às novas tecnologias — em especial, à documentação eletrônica — e à necessidade de aumentar a agilidade do procedimento (com eliminação de uma série de prazos pré-estipulados) e criaram regras mais claras e objetivas para os casos de requisição de produção de documento. A questão da requisição de produção de documentos é uma das mais polêmicas, com grandes diferenças entre as tradições de *common law* e *civil law*, e é objeto constante de inúmeras críticas na versão antiga. Com o objetivo de restringir a prática adotada nos países de *common law*, o artigo 3º, item 3, da nova versão (IBA, 2010 – *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*) impôs mais obrigações à parte que requer a produção de documentos. Nesses casos, ela deverá: i) descrevê-los de maneira suficiente para possibilitar sua identificação ou a identificação de uma categoria específica (no caso de

guidelines in developing their own procedure.” (IBA, 2010 – *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, p. 3).

⁵²³ Nesse sentido, ver capítulo VI, *supra*. No mesmo sentido, ver IBA, 2010 – *Commentary on the revised text of the 2010 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, p. 3: “The IBA Rules of Evidence contain procedures initially developed in civil law systems, in common law systems and even in international arbitration processes themselves.”

⁵²⁴ Uma análise sobre a atuação conjunta das partes e dos árbitros diante do caso concreto é feita no capítulo VIII, *infra*.

documentos eletrônicos, deverão ser especificados os arquivos a ser procurados e os termos de busca); ii) esclarecer a relevância dos documentos e sua importância para a conclusão do caso; e iii) declarar que não está em posse dos documentos ou que seria extremamente custoso para ela produzi-los e informar as razões pelas quais assume que o documento está em poder da outra parte (art. 3, itens 1 a 3). Essas regras visam impedir a realização de buscas amplas — *fishing expedition* —, tão criticadas no processo norte-americano. O artigo 3º contém, ainda, regras sobre: a realização de objeções à produção dos documentos requeridos e os critérios para o tribunal arbitral decidir tais objeções (art. 3, itens 3 a 8); a requisição de documentos em poder de pessoas ou organizações que não são partes na arbitragem (art. 3, item 9); e sobre a forma de apresentação dos documentos (art. 3, item 12).

A produção de prova testemunhal, embora seja questão menos controvertida, também é realizada de diversas maneiras, dependendo da tradição jurídica tanto das partes quanto dos árbitros. O artigo 4º trata dessa questão estabelecendo: a obrigatoriedade de as partes identificarem as testemunhas com a antecedência determinada pelo tribunal arbitral; a possibilidade de qualquer pessoa testemunhar, inclusive as próprias partes ou seus representantes; a legalidade da entrevista de possíveis testemunhas pelos advogados das partes; a possibilidade de as testemunhas submeterem declarações escritas de seus depoimentos (com descrição do que estes devem conter); o poder do tribunal arbitral de determinar a ordem na qual as testemunhas testemunharão; além de outras disposições sobre testemunhas recalcitrantes ou que não estão em poder das partes e sobre a condução da audiência (IBA, 2010 – *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, art. 4).

O artigo 5º trata apenas sobre a prova técnica — ou perícia, na linguagem brasileira — produzida pelas partes. Nesse tipo de prova técnica, usual no sistema de *common law*, cada parte apresenta o resultado da sua prova técnica e o tribunal arbitral avalia e considera cada um dos relatórios, podendo convocar os peritos técnicos para depor e confrontá-los. O artigo 6º trata da prova técnica, ou perícia, determinada pelo tribunal arbitral. Nesse caso, as Regras da IBA seguem o exemplo usual dos judiciários de *civil law*, cabendo ao tribunal indicar um perito e, às partes, os assistentes destes. Caso o técnico seja indicado pelo tribunal, as partes podem apresentar objeções à indicação e o tribunal deve estabelecer um termo de perícia, delimitando os pontos a serem analisados (IBA, 2010 – *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, art. 5).

Verifica-se que a IBA preferiu manter as duas opções, para o tribunal arbitral, em conjunto com as partes, decidir como proceder com a perícia diante de cada caso.⁵²⁵ Ainda com relação à prova técnica, o artigo 7º das Regras da IBA (IBA, 2010 – *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*) prevê, expressamente, a possibilidade de ser realizada inspeção no local, na propriedade, na maquinaria ou em qualquer objeto, amostra, sistema ou processo necessário para a solução do litígio.

A audiência é tratada no artigo 8º e sofreu inúmeras revisões com as Regras da IBA de 2010. Devem-se destacar as seguintes disposições: i) as partes devem indicar quais testemunhas pretendem ouvir; ii) as testemunhas indicadas devem-se apresentar pessoalmente, a não ser que o tribunal autorize a oitiva por videoconferência; e iii) é estabelecida uma ordem para inquirição das testemunhas (primeiro as do autor, depois as do réu), garantindo a oportunidade de a parte que requereu a presença da testemunha inquiri-la (*direct-examination*) e de a parte contrária fazer perguntas à testemunha (*cross-examination*), concedendo à parte que a convocou a última palavra (*re-examine*) (IBA, 2010 – *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, art. 8). No caso de apresentação das declarações escritas, as partes podem acordar que as declarações serão correspondentes à inquirição direta pela parte que a convocou (*direct-examination*), iniciando-se a inquirição em audiência diretamente com as perguntas da parte contrária (*cross-examination*) (IBA, 2010 – *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, art. 8.4).

Por fim, o artigo 9º trata da admissibilidade e do peso das provas. Essa questão é de suma importância no procedimento norte-americano, que contém regras detalhadas sobre admissibilidade de provas e possíveis impugnações e objeções à sua apresentação e à sua manutenção no procedimento (IBA, 2010 – *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, art. 9).

Mesmo que sujeita a críticas, as Regras sobre produção de provas da IBA constituem a norma não estatal sobre provas mais reconhecida pela comunidade arbitral. Contudo, além delas, existem algumas outras, em geral com escopo mais limitado, mas que também devem ser mencionadas neste estudo.

⁵²⁵ Nesse sentido, ver art. 6 das Regras da IBA (IBA, 2010 – *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, art. 6).

Entre as entidades que promovem o desenvolvimento da arbitragem mas não administram procedimentos, deve ser destacado o trabalho do International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR). Essa entidade congrega advogados internos de empresas e de escritórios de advocacia e estuda a arbitragem sob a perspectiva de seus principais usuários: as corporações. A entidade produziu protocolos e diretrizes,⁵²⁶ destacando-se o Protocolo do CPR sobre revelação de documentos e apresentação de testemunhas em arbitragens comerciais.⁵²⁷

A ampla produção de provas é característica do processo norte-americano. O ICDR publicou uma diretriz a esse respeito: a Diretriz do ICDR para os árbitros sobre a troca de informações.⁵²⁸ Essas diretrizes visam atrair arbitragens estrangeiras e afastar o receio de que, ao escolher uma instituição com sede nos Estados Unidos, as partes estariam sujeitando-se às práticas processuais daquele país.⁵²⁹ Essa diretriz trata sobre a produção de documentos em poder da parte contrária e sobre documentos eletrônicos. Embora esclareça que os árbitros também têm poder de determinar a produção de documentos, os pedidos realizados devem ser específicos e determinados com o intuito de manter o custo baixo da produção dessas provas, em especial no caso de documentos eletrônicos. Essa diretriz estipula, ainda, que o árbitro poderá encontrar soluções mais criativas para ter acesso à informação necessária e evitar gastos desnecessários. Ademais, o item 6.b deixa claro que práticas desenvolvidas no processo judicial americano, como oitiva prévia das testemunhas entre os advogados (*depositions*), elaboração de questionários para

⁵²⁶ Outros protocolos e diretrizes produzidas pelo CPR tratam de julgamento antecipado de pontos (*CPR Guidelines on Early Disposition of Issues in Arbitration*) e quantificação dos danos (*CPR Protocol on Determination of Damages*), além de protocolo para redação de cláusulas compromissórias e regras para arbitragens *ad hoc*.

⁵²⁷ Tradução livre. Denominação original: *CPR Protocol on Disclosure of Documents and Presentation of Witnesses in Commercial Arbitration* (CPR, 2009 – *Protocol on Disclosure of Documents and Presentation of Witnesses in Commercial Arbitration*).

⁵²⁸ Tradução livre. Denominação original: *ICDR Guidelines for Arbitrators Concerning Exchange of Information* (ICDR, 2008 – *ICDR Guidelines for Arbitrators Concerning Exchange of Information*).

⁵²⁹ Nesse sentido: “While arbitration must be a fair process, care must also be taken to prevent the importation of procedural measures and devices from different court systems, which may be considered conducive to fairness within those systems, but which are not appropriate to the conduct of arbitrations in an international context and which are inconsistent with an alternative form of dispute resolution that is simpler, less expensive and more expeditious. One of the factors contributing to complexity, expense and delay in recent years has been the migration from court systems into arbitration of procedural devices that allow one party to a court proceeding access to information in the possession of the other, without full consideration of the differences between arbitration and litigation.” (ICDR, 2008 – *ICDR Guidelines for Arbitrators Concerning Exchange of Information*).

ser respondidos pela parte contrária (*interrogatories*) e pedidos de admissão (*request to admit*), não são apropriadas na arbitragem.⁵³⁰

A comparação do conteúdo sobre produção de provas existente nos regulamentos arbitrais e nas normas não estatais específicas sobre produção de provas evidencia um maior detalhamento nas normas. Ainda que as partes escolham um regulamento arbitral, restam lacunas que podem gerar conflitos durante a arbitragem. Esses conflitos podem ser solucionados ou mitigados com a referência, ainda que de maneira não vinculativa, a alguma norma não estatal existente sobre produção de provas.

b) Normas sobre ética e conflito de interesses

As questões éticas na arbitragem tornam-se cada vez mais importantes, em relação não apenas à conduta dos árbitros, mas também à dos advogados e à das partes.

A preocupação com a independência e a imparcialidade dos árbitros é mais antiga. Constata-se, desde a década de 1980, uma preocupação com a conduta ética dos árbitros.⁵³¹ Dessa maneira, verifica-se: i) a inclusão, nos regulamentos de arbitragem de diversas instituições, de disposições sobre a necessidade de o tribunal arbitral agir com equidade e imparcialidade, garantindo às partes ampla oportunidade de apresentar seu caso; ii) a imposição, aos árbitros, do dever de revelar fatos que possam questionar sua independência; e iii) o desenvolvimento de mecanismos de impugnação dos árbitros.

Acompanhando o desenvolvimento histórico, este item analisa, primeiro, as questões éticas relacionadas aos árbitros, em especial as Diretrizes da IBA relativas a conflitos de interesses. Em seguida, são analisadas as questões éticas relacionadas aos advogados, questionando-se a necessidade e a conveniência do surgimento de algum tipo de regulamentação — por exemplo, a proposta de Bishop de um Código de ética internacional para advogados atuantes perante tribunais arbitrais internacionais (BISHOP, 2010, p. 408-420).

⁵³⁰ Nesse sentido, ver: “Article 6. Other procedures a. [...] b. Depositions, interrogatories, and requests to admit, as developed in American court procedures, are generally not appropriate procedures for obtaining information in international arbitration. (ICDR, 2008 – *ICDR Guidelines for Arbitrators Concerning Exchange of Information*).

⁵³¹ Nesse sentido, ver capítulo II, *supra*.

A primeira iniciativa da IBA relacionada aos árbitros foi publicada em 1987 com o título *Regras éticas para árbitros internacionais*.⁵³² Esse código com nove artigos traz disposições sobre: a aceitação da nomeação e o dever de revelação; os deveres de diligência e independência; a comunicação com as partes; os honorários; o envolvimento com propostas de acordo; e a confidencialidade das deliberações. O artigo 4º, item 3, que trata sobre o dever de revelação por parte do árbitro, enumera algumas circunstâncias que devem ser reveladas, entre elas: as relações comerciais ou profissionais passadas ou presentes, diretas ou indiretas; a natureza e a duração de qualquer relacionamento social substancial com qualquer parte ou potencial testemunha; a natureza dos relacionamentos prévios com os demais árbitros; a extensão de qualquer conhecimento prévio sobre a disputa; e a extensão de qualquer compromisso que possa afetar a disponibilidade para desenvolver suas funções. Assim como as demais normas não estatais, esse código não vincula os árbitros, exceto se as partes assim determinarem.

Posteriormente, considerando a incerteza sobre os fatos que deviam ser revelados pelos árbitros e os diferentes critérios adotados individualmente por eles em relação às matérias que deveriam ser reveladas,⁵³³ a IBA elaborou uma minuta de diretriz contendo regras mais específicas e exemplos de situações práticas. Essa minuta foi elaborada por um comitê composto de 19 membros, na sua grande maioria europeus e norte-americanos, devendo ser destacada a presença de um representante da África do Sul, outro de Cingapura e um do México. Ainda que tenha prevalecido a presença de europeus e norte-americanos, a minuta foi amplamente discutida nas reuniões anuais da IBA de 2002 e 2003. A versão final foi aprovada na reunião anual de 2004, e as Diretrizes da IBA relativas a conflitos de interesse⁵³⁴ foram publicadas em maio do mesmo ano. Mesmo com a publicação das Diretrizes da IBA, o código de ética continua em vigor, naquilo que não é contrário à diretriz.⁵³⁵

⁵³² Tradução livre. Denominação original: *IBA Rules of Ethics for International Arbitrators* (IBA, 1987 – *IBA Rules of Ethics for International Arbitrators*).

⁵³³ Nesse sentido: “Arbitrators are often unsure about what facts need to be disclosed, and they may make different choices about disclosures than other arbitrators in the same situation. The growth of international business and the manner in which it is conducted, including interlocking corporate relationships and larger international law firms, have caused more disclosures and have created more difficult conflict of interest issues to determine.” (IBA, 2004 – *IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitrators*).

⁵³⁴ Tradução oficial. (IBA, 2004 – *Diretrizes da IBA relativas a Conflitos de Interesse em Arbitragem Internacional*).

⁵³⁵ Nesse sentido: “In 1987, the IBA published Rules of Ethics for International Arbitrators. Those Rules cover more topics than these Guidelines, and they remain in effect as to subjects that are not discussed in the Guidelines. The Guidelines supersede the Rules of Ethics as to the matters treated here.” (IBA, 2004 – *IBA Guidelines on Conflict*

A Diretriz da IBA relativa a conflitos de interesse contém uma parte inicial com dispositivos gerais sobre deveres éticos dos árbitros, assemelhando-se aos códigos de ética, mas traz, na sua segunda parte, exemplos de situações bem específicas, classificando-os em três listas: vermelha, laranja e verde.

A lista vermelha, dividida entre renunciáveis e não renunciáveis pelas partes (*waivable red list* e *non-waivable red list*), contém situações nas quais há uma dúvida justificada sobre a independência e a imparcialidade dos árbitros. Dessa forma, os árbitros têm o dever de revelar a situação e renunciar ao caso. Algumas dessas questões podem ser renunciadas pelas partes, outras não. Por exemplo, as partes não podem concordar com a indicação de árbitro que é parte ou representante legal de uma parte (*non-waivable red list*, item 1). Por outro lado, algumas questões envolvendo a relação dos árbitros com as partes podem ser renunciadas, após a devida informação — por exemplo, relacionamento comercial entre o escritório do árbitro e uma das partes ou suas afiliadas. Esse tipo de situação é cada vez mais comum, em razão da existência de escritórios globais e grandes grupos econômicos que, direta ou indiretamente, controlam diversas empresas.

A lista laranja (*orange list*), por outro lado, apresenta situações em que poderia surgir uma dúvida justificável aos olhos das partes sobre a independência ou a imparcialidade dos árbitros. Nesses casos, os árbitros devem revelar tais circunstâncias, porém não precisam renunciar ao caso. Caberia às partes apresentar objeções às revelações realizadas pelos árbitros no momento apropriado. Uma vez cientes da circunstância, se deixarem de apresentar objeções, conclui-se que concordam com a indicação do árbitro e, com base nas circunstâncias apresentadas na declaração de independência, não cabe mais questionamento.

Por fim, as situações relacionadas como verde (*green list*) são circunstâncias em que não se verificam conflitos de interesses e em que não haveria necessidade de revelação pelos árbitros, muito menos de renúncia.

As Diretrizes da IBA apresentam situações detalhadas sobre o relacionamento dos árbitros, ou mesmo do escritório a que estes pertencem, com as partes e outros grupos a elas relacionados — advogados, representantes e, inclusive, controladores e subsidiárias. Contudo, mesmo prescrevendo situações detalhadas, ainda há margem para dúvida e interpretação.

Inicialmente, houve uma grande resistência às Diretrizes da IBA, mas com o tempo e com a familiarização da comunidade arbitral com o documento (e na falta de outro melhor), as diretrizes passaram a ser cada vez mais utilizadas.

Em pesquisa realizada pela IBA, foram analisados os casos que adotaram ou mencionaram as Diretrizes da IBA nos primeiros 5 anos de sua existência. Constatou-se um aumento crescente na sua utilização, não apenas pelos árbitros, mas também por instituições arbitrais e pelo judiciário, ao decidir questões relacionadas à independência e à imparcialidade dos árbitros. Os advogados também recorrem às Diretrizes da IBA ao analisar a viabilidade de uma objeção quanto à independência e à imparcialidade de um árbitro.⁵³⁶

Também existem na arbitragem diversas questões sobre a conduta dos advogados e representantes das partes. Como bem ressalta Bishop, inicialmente, enquanto a arbitragem internacional era restrita a um “clube fechado” de membros, as normas de conduta eram facilmente identificadas entre eles.⁵³⁷ Entretanto, com o crescimento dessa prática e a entrada de novos atores provenientes de tradições jurídicas diferentes, surgem inúmeras tensões e questionamentos. Os principais exemplos de questões éticas controvertidas envolvendo advogados na arbitragem dizem respeito a:

- entrevista de potenciais árbitros: pode? Não pode? Existem limites aos assuntos que podem ser abordados?
- privilégios e confidencialidade de documentos decorrentes da relação advogado-cliente: quais documentos são considerados privilegiados e protegidos pela confidencialidade advogado-cliente? É possível solicitar a apresentação de tais documentos na arbitragem? Quais regras se aplicam para estabelecer se um determinado documento é considerado confidencial? É possível aplicar critérios diferentes para cada parte da arbitragem com

⁵³⁶ “Five years after the dissemination of the Guidelines, most international arbitrators consult the Guidelines whenever they must exercise their judgment on whether to disclose circumstances that might be viewed as conflicts. Counsel also use the Guidelines as a tool in examining the potential merits of the challenge. Moreover, courts called on to decide on challenges to arbitrators are increasingly referring to the IBA Guidelines, as is illustrated by the cases reported bellow.” (IBA, 2009 – *The IBA Guidelines on Conflict of Interest in International Arbitration – the first five years 2004-2009*).

⁵³⁷ “Case loads are increasing, as are the value and significance of the awards. Arbitration is no longer the closed club of a limited number of international jurists, if it ever was. New faces are emerging with different country backgrounds, perspectives on issues in dispute and legal tradition. While there might in the past have been a ‘club’ consensus on matters like conflict of interest, ex parte communications, the sharing of information or the treatment of witnesses, these are areas now open to the interpretation of different organizations, institutions or tribunals.” (BISHOP, 2010, p. 394).

base nas definições de confidencialidade expressas nas legislações a que essas partes estão sujeitas?

- reunião e preparação da testemunha antes da audiência: é permitido? Não é permitido? Como proceder quando as regras deontológicas locais (*e.g.* Alemanha) proibem tal contado entre advogado e testemunha? Na mesma arbitragem, um advogado pode adotar conduta diversa da do outro em uma situação comum a ambos? Essa diferença impactaria a igualdade entre as partes?
- quem pode testemunhar: parte pode? Representante da parte pode? Funcionário? Deve-se fazer distinção entre o depoimento de uma testemunha desinteressada e o de uma testemunha relacionada com a parte (*e.g.* ser apenas ouvinte)? O compromisso de dizer a verdade é o mesmo, tanto para uma testemunha desinteressada quanto para uma parte ou testemunha relacionada?
- possibilidade de comunicação *ex parte* com os julgadores: os advogados podem comunicar-se com os árbitros sem a presença dos representantes da outra parte?⁵³⁸

Diante desses possíveis questionamentos sobre a conduta, questiona-se a necessidade de elaboração de um Código de ética para a arbitragem internacional.⁵³⁹ Atualmente, os advogados oriundos de países diferentes e admitidos para a prática da advocacia em jurisdições diversas, ainda que atuando em uma arbitragem internacional, estão sujeitos às regras deontológicas da sua própria jurisdição. Não existe, no âmbito internacional, nenhuma norma não estatal, ou *soft law*, ditando diretrizes sobre a questão para advogados. Há um Código de ética internacional da IBA (IBA, 1956 – *International Code of Ethics*),⁵⁴⁰ contudo este não é direcionado para a arbitragem, sua abrangência é bem mais ampla. Mesmo os Princípios da IBA para condução da profissão jurídica, publicados recentemente em 2011, não são específicos para arbitragens internacionais (IBA, 2011 – *Principles on Conduct for the Legal Profession*).⁵⁴¹ Diante dessa preocupação, Bishop apresentou no congresso do International Council of Commercial Arbitration (ICCA), realizado em 2010 no Rio de Janeiro, uma minuta de Código de ética internacional para

⁵³⁸ Uma listagem completa e uma discussão sobre esses exemplos são encontradas em Bishop (2010, p. 395-396).

⁵³⁹ Nesse sentido é a proposta de Bishop (2010). Há também, no âmbito da IBA, uma força-tarefa instituída em 2008 que está realizando pesquisa em diversas jurisdições sobre as questões éticas envolvendo a arbitragem com o intuito de elaborar alguma diretriz ou regra sobre a questão. Mais informações em *IBA Task Force on Counsel Ethics in International Arbitration Survey*.

⁵⁴⁰ Tradução livre. Denominação original: *IBA Code of Ethics*.

⁵⁴¹ Tradução livre. Denominação original: *IBA Principles on Conduct for the Legal Profession*.

advogados atuantes perante tribunais arbitrais internacionais (BISHOP, 2010, p. 408-420),⁵⁴² composta de 28 regras que devem ser discutidas na comunidade arbitral e transformadas em uma diretriz ou um guia, por meio de alguma entidade arbitral, possivelmente a IBA. Essa minuta trata de questões polêmicas como: o conflito entre o Código de ética internacional e as regras éticas nacionais das jurisdições nas quais os advogados são admitidos; a independência; a integridade; a confidencialidade; a relação advogado-cliente; o conflito de interesses do advogado; os honorários; a relação com o tribunal arbitral; a arguição do caso e a apresentação de provas; e a relação entre advogados.

Esses são apenas alguns exemplos de normas não estatais que influenciam a condução da arbitragem e a tentativa de regulamentar a arbitragem por meio da criação de normas desse tipo. Não se pretendeu aqui trazer uma lista exaustiva, mas apenas exemplificar o papel das normas não estatais na condução das arbitragens internacionais.

VII.2.2 Normas não estatais disponíveis no âmbito brasileiro

Embora se verifique uma multiplicação das normas não estatais sobre arbitragem, em especial versando sobre a condução do procedimento arbitral no âmbito internacional, não se verifica o mesmo no âmbito brasileiro.

Em especial sobre a produção de provas, não se tem notícia da existência de uma norma não estatal produzida pela comunidade arbitral brasileira ou por entidade que administra arbitragens no país. Tampouco existem traduções, para o português, das normas existentes no âmbito internacional.⁵⁴³

Com relação às questões éticas e ao conflito de interesses, verifica-se a existência de algumas normas no âmbito nacional, em especial de Códigos de ética para os árbitros,⁵⁴⁴ e a tradução das Diretrizes da IBA (IBA, 2002 – *Diretriz da IBA relativas a Conflitos de Interesses*

⁵⁴² Tradução livre. Denominação original: *International Code of Ethics for Lawyers Practicing Before International Arbitral Tribunals*.

⁵⁴³ Há notícia de projeto em curso para tradução, para o português, das Regras da IBA sobre produção de provas em arbitragens internacionais. Esse projeto é coordenado por Eduardo Damião Gonçalves, representante brasileiro no Comitê de Arbitragem da IBA.

⁵⁴⁴ Por exemplo, a CCBC possuiu um Código de ética (CCBC, 2008 – *Código de Ética para os Árbitros*). Outras entidades arbitrais brasileiras também possuem Códigos de ética. Nesse sentido, ver ainda ARBITRAC, 2002 – *Código de Ética dos Árbitros*.

em Arbitragem Internacional). As disposições sobre conflito de interesse são normalmente incluídas nos regulamentos de arbitragem nacionais,⁵⁴⁵ ainda que com menos detalhes que o guia da IBA.

Como já mencionado, mesmo nas arbitragens domésticas, não se aplicam as normas do CPC,⁵⁴⁶ de forma que poderia ser proveitosa a existência de diretrizes, regras ou guias sobre a condução do procedimento arbitral no Brasil ou, ao menos, a tradução, para o português, das diretrizes mais utilizadas no âmbito internacional, garantindo a todos o acesso. Aqueles que tiveram acesso a essas normas e conhecem a prática internacional fazem uso dessas quando é estrategicamente interessante para o seu caso. O desconhecimento generalizado sobre essas normas, principalmente entre aqueles que não atuam rotineiramente na prática arbitral, possibilita espaço para discordância entre as partes sobre a forma de condução do procedimento.

Em contrapartida, deve ser ponderada a participação da comunidade arbitral brasileira na produção das normas não estatais existentes no mercado. A legitimidade dessas normas depende da representação dos interesses e das posições brasileiras na sua elaboração ou na sua revisão. Não se verificou a participação de brasileiros nas discussões das principais e mais utilizadas normas não estatais: as Regras da IBA sobre produção de provas e as Diretrizes da IBA relativas a conflito de interesse. Ainda que as diretrizes sobre conflito de interesse estejam disponíveis em português, a não participação da comunidade arbitral brasileira possibilita questionamentos quanto ao grau em que essas normas refletem valores reconhecidos pelos brasileiros e quanto à sua aplicabilidade para a realidade brasileira.⁵⁴⁷ O mesmo ocorre com as Regras da IBA sobre produção de provas.

Deve-se notar uma participação mais ativa de representantes da comunidade arbitral brasileira na CCI. Tanto na elaboração das Técnicas para controle de tempo e de custas como na revisão mais recente do regulamento, que entrou em vigor em 2012, houve a participação de brasileiros na força-tarefa e/ou no comitê responsável por tal redação.

Também se verifica um aumento da participação de brasileiros representando a comunidade arbitral nas mais diversas entidades que buscam o desenvolvimento e a codificação

⁵⁴⁵ Nesse sentido, ver CCBC, 2012 – *Regulamento da Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá*, artigo 5.2; CMA-SP, 2010 – *Regulamento de Arbitragem*, artigo 5.2.

⁵⁴⁶ Nesse sentido, ver capítulo II, subitem II.2.2, *supra*.

⁵⁴⁷ Nesse sentido, ver, por exemplo, Carmona (s/d – *Em torno do árbitro*). Esse assunto é discutido no capítulo VII, subitem VII.1.1, *supra*.

de práticas no âmbito arbitral internacional. Brasileiros passaram a ocupar cargos no corpo diretivo de entidades arbitrais internacionais, possibilitando uma maior participação da comunidade. Em decorrência da parceria do Comitê Brasileiro de Arbitragem com o Ministério da Justiça, representantes da comunidade arbitral já acompanharam membros do corpo diplomático em reuniões da UNCITRAL que discutiam temas relevantes para a arbitragem. Essa participação, entretanto, é esporádica e não organizada.

Ademais, a inexistência de publicação periódica de sentenças arbitrais e, principalmente, de ordens processuais brasileiras também não contribui para o desenvolvimento de um consenso sobre a prática arbitral, dificultando o surgimento de compilações dessas práticas e tornando sua circulação restrita àqueles que atuam no meio.

VII.3 Síntese: normas não estatais promovem o conhecimento da prática arbitral

A análise realizada neste capítulo indica que as normas não estatais são uma fonte de regulamentação do procedimento arbitral. Ainda que não sejam vinculantes (exceto por eleição expressa das partes), elas representam os anseios da comunidade arbitral e influenciam tanto na condução dos procedimentos pelos árbitros como na argumentação e na apresentação do caso pelas partes. Dessa forma, ao se avaliar uma questão processual, as normas não estatais devem ser consideradas.

Embora não estejam imunes a críticas, com a expansão da comunidade arbitral e a entrada de novos atores, considera-se benéfica a existência de normas não estatais. Ainda que possuam um caráter vinculativo limitado, servem como exemplos e contribuem para a difusão da prática arbitral. Verifica-se que aqueles que criticam a emergência das normas não estatais são os que já as conhecem e estão habituados à prática arbitral, servindo tais críticas como um instrumento de reserva de mercado.

TERCEIRA PARTE

NECESSIDADE DE ATUAÇÃO ATIVA NA ARBITRAGEM (*CASE MANAGEMENT* EFETIVO)

A flexibilidade da arbitragem não pode promover um procedimento cheio de surpresas. Por outro lado, a análise realizada nos capítulos anteriores evidencia que não é possível criar regras únicas, aplicáveis para toda e qualquer arbitragem (na arbitragem prevalece a máxima *one size does not fit all*, e não a *one size fits all*).

Tendo em vista a multiplicidade de fontes normativas analisadas na segunda parte, torna-se cada vez mais necessária a atuação ativa das partes e dos árbitros, desde o início do procedimento arbitral (o *case management* efetivo, na terminologia usual da comunidade arbitral). Os árbitros, em conjunto com as partes, devem esclarecer como vão conduzir o procedimento arbitral, apropriando-se das normas disponíveis e estabelecendo como serão utilizadas diante do caso concreto.

Essa preocupação foi evidenciada na análise realizada no capítulo V, o qual abordou a evolução dos regulamentos de arbitragem e destacou as recentes revisões dos regulamentos da UNCITRAL e da CCI, além de outros documentos específicos sobre o tema. Dessa forma, este item analisará as disposições (ou normas) não estatais que incentivam a atuação ativa das partes e dos árbitros, bem como os assuntos que devem ser abordados nessa fase de preparação processual da arbitragem. Trata-se, portanto, das normas *in concreto* elaboradas para cada caso (normas *tailor made*).

Esta última parte pode ser vista como mais um capítulo normativo, semelhante aos que foram estudados na segunda parte, e como uma síntese do método transnacional proposto (por isso a opção por separar este último capítulo em uma parte autônoma). Ao estabelecerem normas processuais *in concreto*, as partes e os árbitros devem considerar a pluralidade de normas existentes em diversos planos normativos, não se atendo às normas nacionais do local da realização da arbitragem.

VIII NORMAS *IN CONCRETO*

Este capítulo visa responder a seguinte pergunta: como as partes envolvidas em procedimentos arbitrais poderão, ante a multiplicidade de normas existentes e operantes em planos normativos diferentes, ter segurança quanto à forma de condução desses procedimentos?

O primeiro item (VIII.1) analisa a necessidade de atuação mais ativa das partes e dos árbitros, utilizando de maneira efetiva a autonomia que lhes foi concedida para estabelecer regras procedimentais para a arbitragem. Com base na análise e na evolução histórica dos regulamentos arbitrais, evidencia-se uma maior preocupação com a condução do procedimento, inclusive com a recomendação — ou a exigência — da realização de conferências preparatórias ou reuniões preliminares com a finalidade de estabelecer as normas processuais. Neste item também são analisadas as posições favoráveis e as contrárias à necessidade de realizar conferência preliminar na qual se definam questões procedimentais.

O segundo item compara as duas principais normas que guiam as partes sobre os assuntos que devem ser discutidos nessas reuniões preliminares: as Notas da UNCITRAL para organização do procedimento arbitral e as Técnicas da CCI para controle de tempo e de custos. Com relação às questões ligadas à produção de provas, serão incorporados nessa análise os assuntos sugeridos no artigo 2º das Regras da IBA sobre produção de provas. Esse item (VIII.2) apresenta uma sugestão de lista de verificação (*checklist*) em português com possíveis questões processuais que poderão ser discutidas e acordadas entre as partes e os árbitros no início do caso.

VIII.1 A necessidade de uma atuação ativa das partes e dos árbitros para estabelecer normas para a condução do procedimento

Em decorrência da pluralidade de fontes normativas, da inexistência de uniformização das regras sobre condução do procedimento arbitral — embora se possam notar tendências harmonizadoras — e da democratização da arbitragem com a entrada de novos atores provenientes das mais diferentes culturas, surgiu uma preocupação maior com a forma como o procedimento arbitral estava sendo conduzido.

A multiplicação de normas não estatais, apresentada no capítulo anterior, é benéfica e dissemina o conhecimento sobre a prática processual arbitral. Entretanto, ainda é necessária uma atuação mais efetiva das partes e, principalmente, dos árbitros. Mesmo em uma arbitragem com partes experientes na prática arbitral é possível constatar divergências sobre a forma de condução do procedimento. Tal fato se agrava quando essas partes — ou ao menos uma delas — não estão acostumadas com a prática arbitral e não sabem o que esperar desse procedimento.

Nesse contexto, verifica-se uma tendência a incentivar os árbitros a apresentar uma postura mais ativa, que envolva, por exemplo, a análise do caso desde as primeiras manifestações e a determinação de normas procedimentais específicas e direcionadas à resolução mais efetiva possível do caso concreto. Tal postura evitaria que surpresas processuais e discussões sobre aspectos práticos surgissem no curso do procedimento, além de estimular uma solução mais eficiente do caso.⁵⁴⁸

VIII.1.1 A preocupação com a condução do procedimento

A necessidade de uma atuação mais ativa dos árbitros e a preocupação com a estipulação de normas claras para conduzir o procedimento foram evidenciadas ao se analisar a evolução dos regulamentos de arbitragem.⁵⁴⁹ Na revisão do regulamento da UNCITRAL realizada em 2010 (UNCITRAL, 2010 – *UNCITRAL Arbitration Rules*, artigos 17.2 e 29.1), a consulta às partes sobre questões procedimentais tornou-se obrigatória. Do mesmo modo, na revisão de 2012 do regulamento da CCI (ICC, 2012 – *Regulamento de Arbitragem e ADR*, artigo 24), a realização de conferência sobre a condução do procedimento passou a ser prevista no regulamento.

Essa preocupação com a transparência na condução do procedimento arbitral e o incentivo à realização de uma conferência no início da arbitragem para estabelecer questões processuais não são recentes. A questão foi tratada pelo ICCA na conferência realizada em 1986.

⁵⁴⁸ Na doutrina, Derains defende: “[...] the core of the two problems which have been identified lays in the absence of an individualized management of each case.” (DERAINS, 2007, p. 134).

⁵⁴⁹ Ver capítulo VI, subitem VI.2.2.1, *supra*.

Nessa ocasião, um dos pontos debatidos em um caso hipotético foi a necessidade de realização de uma conferência preparatória (HOLTZMANN; BERNINI, 1987, p. 63-67).⁵⁵⁰

A primeira iniciativa quanto à exigência de maior clareza sobre as normas processuais adotadas na arbitragem surgiu na UNCITRAL, na sua sessão de julho de 1993 (UNCITRAL, 1993 – *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its twenty-sixth session*), e resultou na aprovação das Notas da UNCITRAL sobre organização do procedimento arbitral, em 1996 (UNCITRAL, 1996 – *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its twenty-nine session*).

Partindo da observação — compartilhada neste trabalho — de que, em algumas circunstâncias, é difícil para o usuário da arbitragem prever como o procedimento será conduzido e se preparar para as várias etapas, foi sugerida a realização de audiência preparatória para planejar o procedimento. Foi proposto, ainda, que a UNCITRAL elaborasse um guia com diretrizes processuais que pudesse ser utilizado como roteiro em audiências preparatórias ou processuais.⁵⁵¹ Nesse contexto, foi apresentada uma primeira minuta das então denominadas “Diretrizes para conferência pré-audiência em procedimentos arbitrais”⁵⁵² (UNCITRAL, 1993 – *Draft Guidelines for the pre-hearing conferences in arbitral proceedings*). Desde a primeira minuta, havia a preocupação em manter a flexibilidade do procedimento arbitral e em não o regular excessivamente. Embora a iniciativa tenha tido suporte da comissão, houve crítica quanto à utilidade de tal diretriz e à possibilidade de esta enrijecer o procedimento arbitral.⁵⁵³

⁵⁵⁰ As perguntas respondidas por diversos especialistas foram: i) “Is it customary to hold a pre-hearing conference in this kind of case? If so, what topics would be discussed?”; ii) “Even if a pre-hearing conference is not customary, would a suggestion to hold one be received favorably?”; e iii) “If a pre-hearing conference is held, would the arbitrators, when giving notice to the parties, also inform them of the topics to be discussed?”.

⁵⁵¹ “291. At the UNCITRAL Congress, as well as at other forums discussing international arbitration, it was observed that the principle of discretion and flexibility in the conduct of arbitral proceedings might in some circumstances make it difficult for participants to predict the manner of proceeding and to prepare for the various stages of arbitral proceedings. In connection with such observations, it was stated that those difficulties could be avoided or reduced by holding at an early stage of arbitral proceedings a ‘pre-hearing conference’ between the arbitrators and the parties in order to discuss and plan the proceedings. Furthermore, it was suggested at the Congress that it would be useful to prepare guidelines for pre-hearing conferences.” (UNCITRAL, 1993 – *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its twenty-nine session*, p. 52).

⁵⁵² Tradução livre. Denominação original: *Guidelines for Pre-Hearing Conferences in Arbitral Proceedings*.

⁵⁵³ “Some reservations were voiced about the usefulness of the suggested work on the ground that pre-hearing conferences could make arbitral proceedings more rigid than desirable, might lead to conflicts, and possibly present an administrative burden.” (UNCITRAL, 1996 – *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its twenty-nine session*, p. 53).

Na sessão seguinte do grupo de trabalho de arbitragem da UNCITRAL, a 27ª sessão, houve discussão ampla sobre a minuta proposta na sessão anterior e a condução do procedimento. Decidiu-se elaborar, além das diretrizes sobre condução do procedimento, uma lista de verificação (*checklist*) de pontos processuais que deveriam ser ponderados (UNCITRAL, 1994 – *Report of the Secretary-General - twenty-nine session*). Alterou-se a denominação para “Lista de verificação anotada de possíveis tópicos para conferência preparatória”⁵⁵⁴ (UNCITRAL, 1994 – *Draft guidelines for preparatory conferences in arbitral proceedings: Addendum*). Na 28ª sessão, as críticas e as reservas ao projeto cresceram. Principalmente os árbitros experientes alegavam que não se precisava de lista de verificação e que a sua utilização apenas tornaria o procedimento arbitral mais longo, custoso e complexo.⁵⁵⁵ Para evitar qualquer entendimento de que o referido documento fosse vinculante, foi inserido um item sobre o escopo da aplicação⁵⁵⁶ e alterada novamente a nomenclatura para “Notas sobre organização do procedimento arbitral”⁵⁵⁷ (UNCITRAL, 1995 – *International commercial arbitration: draft Notes on Organizing Arbitral Proceedings*).

A versão final, aprovada na 29ª sessão,⁵⁵⁸ deixa claro que o propósito das Notas da UNCITRAL é auxiliar os profissionais envolvidos com arbitragem, permitindo a eles fazer referência à listagem e à descrição contidas nas notas para tomar decisões processuais no momento adequado e organizar o procedimento arbitral. O segundo item deixa evidente a natureza não vinculativa das Notas da UNCITRAL, esclarecendo que não são um requerimento legal, não devem ser impostas às partes e podem ser utilizadas conforme conveniência, inclusive apenas parcialmente.⁵⁵⁹

As Notas da UNCITRAL fazem menção expressa à discricionariedade concedida pelas leis nacionais e pelos regulamentos de arbitragem para o tribunal arbitral conduzir o procedimento da maneira que for mais adequada (artigo 15 do Regulamento da UNCITRAL de 1976). Ao mesmo tempo que ressaltam a discricionariedade e a flexibilidade do procedimento arbitral, afirmam que estas não podem frustrar as expectativas das partes, sendo necessário

⁵⁵⁴ Tradução livre. Denominação original: *Annotated Check-List of Possible Topics for Preparatory Conference*.

⁵⁵⁵ Nesse sentido, ver UNCITRAL, 1995 – *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its twenty-eighth session*, em especial, parágrafo 318, p. 67.

⁵⁵⁶ Nesse sentido, ver UNCITRAL, 1995 – *International commercial arbitration: draft Notes on Organizing Arbitral Proceedings*, em especial, parágrafos 320-326 (Introductory Part: Purposes and origin of the Notes), p. 68-69.

⁵⁵⁷ Tradução livre. Denominação original: *Notes on Organizing Arbitral Proceedings*.

⁵⁵⁸ Ver: UNCITRAL, 1996 – *Report of UNCITRAL on the work of its twenty-ninth session*.

⁵⁵⁹ Ver: UNCITRAL, 1996 – *Notes on Organizing Arbitral Proceedings*, introdução, itens 1 e 2.

esclarecer como o procedimento será conduzido. Sem esses esclarecimentos, as partes podem ser surpreendidas por certos aspectos do procedimento arbitral e encontrar dificuldade na sua preparação. Assim, o uso da lista de verificação, proposto nessas Notas da UNCITRAL, aumentaria a segurança das partes sem, contudo, enrijecer o procedimento arbitral.⁵⁶⁰

A CCI, por sua vez, também passou a se preocupar com a forma como as arbitragens por ela administradas eram conduzidas. Preocupação especial era dada às constantes críticas de que o procedimento arbitral da CCI tinha-se tornado cada vez mais longo e mais custoso. Para combater essas críticas, foram elaboradas as Técnicas da CCI para controle de tempo e de custas (ICC, 2007 – *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration*, introdução).

Na introdução das Técnicas da CCI há menção ao artigo 15 do Regulamento da CCI de 1998, então vigente, que determina que o procedimento arbitral deve ser conduzido de acordo com as regras do regulamento e, quando este for silente, com as regras estipuladas pelas partes ou, na ausência destas, com as regras determinadas pelo tribunal arbitral. Essa regra em aberto foi inserida no regulamento da CCI e no de outras instituições arbitrais para atrair arbitragens de diferentes partes do globo, permitindo que tais regulamentos fossem utilizados por partes de diversas tradições processuais.⁵⁶¹ Complementando esse ponto, Peter Wolrich esclarece, no prefácio das Técnicas da CCI, que uma das principais características da arbitragem é que seus regulamentos apresentam um quadro processual mínimo, sem estabelecer os detalhes do procedimento — por exemplo, o número e o prazo das alegações —, permitindo que o procedimento arbitral seja desenhado para cada caso (*tailor made*). Para encorajar os árbitros a exercer um papel mais ativo, a CCI criou essa lista de técnicas que podem ser utilizadas, no início da arbitragem, para a tomada de decisões processuais adequadas a cada caso, evitando-se discussões posteriores.⁵⁶²

Inicialmente, foi constituída uma força-tarefa com representantes de diversas jurisdições, incluindo seis brasileiros, para elaborar um relatório contendo práticas que pudessem contribuir para reduzir os custos na arbitragem. Essa força-tarefa concluiu seus trabalhos e apresentou, em

⁵⁶⁰ Nesse sentido, ver introdução, itens 4 e 5 das notas da UNCITRAL (UNCITRAL, 1996 – *Notes on Organizing Arbitral Proceedings*).

⁵⁶¹ Nesse sentido, ver introdução das Técnicas da CCI (ICC, 2007 – *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration*).

⁵⁶² Nesse sentido, ver prefácio das Técnicas da CCI (ICC, 2007 – *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration*).

2007, um relatório à CCI contendo as principais técnicas que o grupo entendeu ser úteis para o aumento da agilidade e para a redução dos custos no procedimento arbitral.

Assim como nas Notas da UNCITRAL, na introdução das Técnicas da CCI é esclarecido que essas técnicas não são vinculantes, não devem ser consideradas como um código de melhores práticas e não são exaustivas. Devem ser consideradas como ideias em aberto e devem ser revisadas periodicamente.⁵⁶³ As Técnicas da CCI são divididas em dois grupos: i) questões processuais preliminares e ii) procedimento subsequente para arbitragem. Esses dois grupos tratam praticamente dos mesmos itens que as Notas da UNCITRAL e serão analisados a seguir.⁵⁶⁴

Também se nota a preocupação com a condução do procedimento na revisão de 2010 das Regras da IBA sobre produção de provas. Foi incluído um novo artigo — o artigo 2º —,⁵⁶⁵ que trata da necessidade de consultar as partes sobre questões de prova. Além de estabelecer que o tribunal arbitral deve, na primeira oportunidade possível, consultar as partes, com o objetivo de acordar sobre uma forma eficiente, econômica e justa de produção de provas (artigo 2º, item 1), o artigo lista, ainda, as questões que o tribunal deve discutir com as partes nessa oportunidade (artigo 2º, item 2) (IBA, 2010 – *I Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*).

VIII.1.2 Discussão sobre a conveniência de realizar conferências preparatórias e estabelecer normas processuais

Considerando a resistência apresentada pela comunidade arbitral à elaboração das Notas da UNCITRAL, faz-se necessário avaliar as críticas e os benefícios do incentivo à realização de uma conferência preparatória sobre questões processuais e a criação de listas de verificação (com sugestões de matérias que podem ser abordadas pelos árbitros e pelas partes) nessa ocasião.

Dois nomes de peso se opuseram à iniciativa da UNCITRAL de elaborar uma diretriz sobre aspectos processuais da arbitragem: Fouchard⁵⁶⁶ e Lalive.⁵⁶⁷

⁵⁶³ Nesse sentido, ver introdução das Técnicas da CCI (ICC, 2007 – *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration*).

⁵⁶⁴ A tabela comparativa no apêndice C apresenta uma comparação entre os assuntos tratados nos dois documentos.

⁵⁶⁵ “Article 2 - Consultation on Evidentiary Issues” (IBA, 2010 – *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*).

⁵⁶⁶ Nesse sentido ver artigo intitulado “Une initiative contestable de la CNUDCI” (FOUCHARD, 1994). Em

Fouchard afirma, categoricamente, que a realização de uma conferência preparatória é, no melhor dos casos, inútil e, no pior, perigosa.⁵⁶⁸ Segundo ele, são inúteis na maioria dos casos nos quais os litígios são simples ou de baixa complexidade e também naqueles nos quais existe uma boa relação entre as partes, ou seus advogados, e os árbitros. Nessas hipóteses, afirma ser inútil obrigar as partes e os árbitros a realizar uma conferência preparatória. Acrescenta, ainda, que tal conferência apenas retardará o início da arbitragem, tornando-a mais burocrática. Por outro lado, afirma que as conferências preparatórias podem ser perigosas nos litígios complexos e nos casos em que as partes não têm um espírito de cooperação amigável e se aproveitam dessa conferência para utilizar técnicas processuais dilatórias, iniciando embates sobre questões processuais (FOUCHARD, 1994, p. 370-371). Fouchard expõe sua preocupação quanto à obrigatoriedade da realização de tal conferência. Ele questiona a possibilidade de essas sugestões, com o tempo, se tornarem obrigatórias. Ademais, sua não utilização poderia servir de base para questionar a legitimidade do procedimento arbitral (FOUCHARD, 1994, p. 376-380). Conclui sua crítica afirmando a necessidade de manter a flexibilidade que resta na arbitragem.⁵⁶⁹

No mesmo sentido, Lalive expressa sua opinião contrária à normatização da prática arbitral.⁵⁷⁰ Assim como Fouchard, Lalive questiona a utilidade de tais diretrizes, esclarecendo que elas nada agregaram aos profissionais da arbitragem, parecendo mais um manual dirigido aos novatos.⁵⁷¹

Mesmo sob fortes críticas, o trabalho da UNCITRAL foi concluído e, após algumas alterações, as Notas da UNCITRAL sobre organização do procedimento arbitral foram aprovadas. Ceccon (1997, p. 67-68) ressalta a importância do trabalho, em especial para responder ao problema da falta de conhecimento das partes e dos advogados a respeito do modo

especial, item 7: “Cependant, ces observations ne suffisent pas à écarter les graves critiques que suscite un tel projet.” (FOUCHARD, 1994, p. 370).

⁵⁶⁷ Nesse sentido ver artigo intitulado “De la Fureur réglementaire” (LALIVE, 1994).

⁵⁶⁸ “Dès lors, et sur le terrain de l’opportunité, cete conférence préparatoire est, dans le meilleur des cas, inutile; dans le pire, lourde de périls.” (FOUCHARD, 1994, p. 370).

⁵⁶⁹ “[...] si trop d’intérêts ou de préjugés s’opposent à le rendre plus simple, conserver du moins à l’arbitrage international ce qui lui reste de souplesse.” (FOUCHARD, 1994, p. 381).

⁵⁷⁰ “Il est même permis de craindre les conséquences du prurit réglementaire qui paraît démanger aujourd’hui de nombreux milieux: faute d’être assez occupés par la pratique de l’arbitrage, comme conseils ou comme arbitres, certains ‘experts’, délégués ou fonctionnaires d’organisation s’adonnent aux délices abstraits de la création législative” (LALIVE, 1994, p. 213).

⁵⁷¹ “A vrai dire, tout praticien ayant la moindre expérience de l’arbitrage aura l’impression que ces ‘directives’ ne lui sont pas destinées mais s’adressent en réalité aux débutants, comme un ‘pense-bête’ ou un chapitre tiré d’un manuel ‘Teach Yourself Arbitration’.” (LALIVE, 1994, p. 216).

como o procedimento arbitral seria conduzido. Contestando as críticas realizadas, Ceccon afirma que há um aumento contínuo do volume de arbitragens e do número de novos atores que não conhecem a prática e precisam de algum direcionamento. Conclui que a nova postura pode causar distúrbios àqueles que já atuam na área, pertencentes a um círculo fechado, e que pretendem manter a reserva do mercado.⁵⁷²

Publicadas em 1996, as Notas da UNCITRAL não tiveram ampla adesão na prática arbitral, sendo desconhecidas por muitos. Ainda que sejam utilizadas, especialmente em arbitragens *ad hoc*, seguindo o regulamento da própria UNCITRAL, sua importância restou reduzida. Isso porque o trabalho da UNCITRAL é conhecido pelos profissionais que já pertencem ao círculo fechado da comunidade arbitral, aos quais não interessa a utilização e a divulgação das Notas da UNCITRAL.

Mais de dez anos após a publicação das Notas da UNCITRAL, a CCI realizou iniciativa semelhante que teve como foco a redução do tempo e dos custos da arbitragem. As Técnicas da CCI apresentam, à semelhança das Notas da UNCITRAL, uma lista de tópicos sobre questões procedimentais a ser discutida no início do procedimento arbitral. Ressalta-se que o foco do documento da CCI é evitar que atos processuais desnecessários e discussões sobre questões processuais atrasem o procedimento.

As Técnicas da CCI não foram objeto de tantas críticas quanto as Notas da UNCITRAL. Elas ganharam mais relevância com a revisão do regulamento da CCI que entrou em vigor em 2012. Houve a inclusão de artigo determinando a realização de conferência preparatória sobre questões processuais e, ainda, a incorporação das técnicas da CCI como um apêndice ao regulamento.⁵⁷³

Embora os dois documentos analisados (as Notas da UNCITRAL e as Técnicas da CCI) não tenham sido traduzidos para o português,⁵⁷⁴ verificam-se, na doutrina nacional, defensores da realização de uma conferência preparatória e da discussão de questões processuais nessa ocasião. Ao tratar da possibilidade concedida às partes e aos árbitros de adotarem um determinado

⁵⁷² This new approach to international arbitration may well disturb the highly skilled arbitrators who, as is widely known, represent a sort of privileged caste, and who have turned arbitration into a very special oligarchic business.” (CECCON, 1997, p. 68).

⁵⁷³ Nesse sentido, ver artigo 22 e 24 e apêndice IV do regulamento da CCI de 2012 (ICC, 2012 – *Regulamento de Arbitragem e ADR da CCI de 2012*).

⁵⁷⁴ Exceto trechos das técnicas da CCI que foram incorporados a outros documentos, como o *Regulamento de arbitragem e ADR da CCI* (ICC, 2012 – *Regulamento de Arbitragem e ADR da CCI de 2012*, apêndice IV).

procedimento, Basso apresenta o problema da falta de informação sobre a forma como o procedimento arbitral se desenvolverá.⁵⁷⁵ Para solucionar a questão, Carmona esclarece que a primeira reunião e a primeira ordem processual devem ser utilizadas para informar os litigantes sobre a maneira como o processo se desenvolverá.⁵⁷⁶

Verifica-se que a maioria dos regulamentos de arbitragem brasileiros seguem o modelo da CCI, prevendo a assinatura de termo de arbitragem no início do procedimento. Dessa forma, a reunião para sua assinatura também pode ser utilizada para estabelecer questões processuais. No entanto, o que se observa é que as instituições arbitrais apresentam modelos de termo de arbitragem e que as discussões procedimentais se resumem aos prazos para apresentação das manifestações. A elaboração da ordem processual nº 1, com detalhes sobre a condução do procedimento, ainda não é largamente utilizada no país, embora alguns árbitros adotem tal postura.

Com o aumento do volume de arbitragens nos últimos dez anos e do número de novos atores nesse setor, tornou-se essencial que houvesse mais transparência na condução dos procedimentos arbitrais. No mercado da arbitragem, que anteriormente era restrito a um pequeno clube,⁵⁷⁷ atualmente não há como ignorar a participação de novos atores. Ainda que os membros da comunidade arbitral tenham uma *expertise* maior na área, esta não é mais uma seara exclusiva deles. Nesse sentido, é bem-vinda uma lista de verificação ou de questões processuais que possam ser acordadas entre as partes e os árbitros, evitando surpresas ou posteriores questionamentos.

No cenário brasileiro, com o aumento no número de arbitragens, surgiu também um grupo de especialistas que participa das discussões internacionais e adquiriu experiência e prática sobre questões procedimentais. Por outro lado, também se verifica que inúmeros procedimentos, em especial aqueles nas instituições arbitrais nacionais, são conduzidos por advogados que, sem

⁵⁷⁵ “Falhas de informação e inobservância dos princípios que norteiam a cooperação entre as partes podem ser constatadas, possibilitando o distanciamento entre elas e os árbitros. Por essa razão, o debate leal, objetivo e constante entre as partes e a atmosfera de cooperação são fatores imprescindíveis para a formação do convencimento do árbitro ou tribunal arbitral. Sob essa ótica, o foco na troca de informações relevantes é fator vital para o bom resultado da arbitragem.” (BASSO, 2007, p. 5).

⁵⁷⁶ “Nada melhor do que usar da primeira reunião (entre árbitros, partes e advogados) para anunciar quais serão as armas permitidas e em que medida poderão ser usadas pelos contendentes. Para isso serve a ‘primeira ordem processual’, técnica usada com muita frequência para informar os litigantes sobre a forma em que se desenrolará o processo.” (CARMONA, s/d – *Em torno do árbitro*).

⁵⁷⁷ Nesse sentido, ver Basso (2007, p. 13-14). Uma discussão sociológica aprofundada sobre a comunidade arbitral e o comportamento de seus membros é apresentada por Dezalay e Garth (1996).

histórico de atuação em arbitragem, muitas vezes desconhecem as particularidades procedimentais dessa forma de solução de conflitos. Assim, para assegurar que o procedimento arbitral se desenvolva de maneira eficiente e sem causar qualquer surpresa e estranhamento às partes, recomenda-se o esclarecimento de questões procedimentais por meio da conferência preparatória. Ainda que algumas questões possam parecer básicas para aqueles que possuem um conhecimento da prática arbitral (e.g. a possibilidade de os advogados arguirem as partes diretamente ou ainda questões simples, como a numeração contínua de documentos), elas podem não o ser para um advogado que não tem o costume de atuar em arbitragens. Assim, a melhor forma de, ao longo do procedimento, garantir a igualdade das partes e evitar surpresas e discussões sobre questões processuais é estipular, de maneira clara, regras processuais detalhadas na primeira ordem processual.

VIII.2 Análise dos principais pontos a ser discutidos e acordados com as partes na condução do procedimento

Os dois principais documentos que incentivam as partes e os árbitros a discutir e estabelecer a forma como o procedimento será conduzido são as Notas da UNCITRAL para organização do procedimento arbitral (UNCITRAL, 1996 – *Notes on Organizing Arbitral Proceedings*)⁵⁷⁸ e as Técnicas da CCI para controle de tempo e de custas (ICC, 2007 – *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration*).⁵⁷⁹ Em particular, com relação à produção de provas, as Regras da IBA sobre produção de provas (IBA, 2010 – *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*) também incentivam o acordo preliminar entre as partes sobre a forma de sua condução.

A comparação entre as Notas da UNCITRAL e as Técnicas da CCI demonstra uma semelhança entre elas, ao menos quanto aos assuntos tratados por ambas.⁵⁸⁰ Deve-se notar que o documento da UNCITRAL é mais genérico, contendo, de maneira mais abrangente e menos tendenciosa, uma relação de questões processuais a ser discutidas. Por outro lado, o documento da CCI expressa uma preocupação declarada da instituição com a eficiência dos procedimentos e

⁵⁷⁸ A lista proposta pela UNCITRAL é reproduzida no anexo C.

⁵⁷⁹ O índice com o conteúdo dos itens abordados na proposta da CCI é reproduzido no anexo D.

⁵⁸⁰ Um quadro comparativo entre as Notas da UNCITRAL e as Técnicas da CCI elaborado pela autora é reproduzido no apêndice C.

com o controle de custos e tempo. Assim, a redação do documento da CCI favorece a promoção de uma rápida solução do litígio.

Com base na análise comparativa desses documentos, este estudo elaborou uma lista com vinte questões processuais que podem ser discutidas e acordadas entre as partes e os árbitros.⁵⁸¹ Adotando o mesmo modelo das Notas da UNCITRAL, o subitem a seguir apresenta a lista completa de tópicos a ser discutidos na conferência processual preparatória e, em seguida, analisa-os.

VIII.2.1 Proposta de lista de verificação de questões processuais na arbitragem

Antes de apresentar a lista, é necessário fazer uma ressalva: assim como as listagens da UNCITRAL e da CCI, os assuntos a seguir não são exaustivos e não se enquadram em todo e qualquer processo arbitral. Ademais, como as listagens internacionais, essa não pretende enrijecer o procedimento arbitral nem impor a obrigatoriedade de discussão e acordo sobre todos os assuntos listados, mas apenas servir como lembrete de pontos que podem se tornar relevantes em um determinado caso. O acordo sobre a forma de condução da arbitragem evita surpresas ou discussões paralelas sobre questões procedimentais.

O que se pretende apresentando um primeiro esboço dessa listagem é provocar a discussão sobre o tema no Brasil. O ideal seria que essa ideia fosse adotada por uma instituição arbitral ou pelo Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr), que, por meio de um grupo de trabalho com ampla participação da comunidade arbitral, criticasse a lista proposta, complementando-a e melhorando-a de modo a produzir uma versão que pudesse ser utilizada nos procedimentos arbitrais brasileiros.

⁵⁸¹ Também foram utilizados como referência a lista de verificação elaborada por Willian Park e gentilmente cedida pelo autor — *Procedural Checklist for Organization Conference* (PARK, 2011b) — e o modelo de regras processuais elaboradas por Gabrielle Kaufmann-Kohler gentilmente cedido pela autora — *Procedural Rules* (KAUFMANN-KOHLER, 2011).

Lista de verificação de questões processuais⁵⁸²

1. ADOÇÃO DE REGULAMENTO DE ARBITRAGEM E DE OUTRAS NORMAS NÃO ESTATAIS DISPONÍVEIS
 - a. Escolha do regulamento
 - b. Versão do regulamento
 - c. Outras normas não estatais (*e.g.* Regras da IBA sobre produção de provas ou Códigos de ética)
2. LOCAL DA ARBITRAGEM
 - a. Determinação do local da arbitragem
 - b. Realização de atos e audiências fora do local da arbitragem
3. IDIOMA DO PROCEDIMENTO E TRADUÇÕES
 - a. Definição do idioma
 - b. Tradução de documentos
 - c. Intérprete em audiência
 - d. Custos com tradução e intérprete
4. CONFERÊNCIA PROCESSUAL PREPARATÓRIA E TERMO DE ARBITRAGEM
 - a. Conveniência da realização da conferência preparatória sobre a condução do procedimento
 - b. Termo de arbitragem: necessidade, resumo das alegações e pedidos
 - c. Lista de pontos controvertidos
 - d. Definição de questões processuais
5. SECRETARIADO
 - a. Necessidade de indicação de secretário
 - b. Função do secretário
6. CUSTAS
 - a. Definição de custas
 - b. Alocação de custas: forma, momento e critério a ser adotado
 - c. Depósito antecipado de custas e apresentação de garantias

⁵⁸² Lista desenvolvida pela autora. Essa listagem é reproduzida no apêndice D.

- d. Financiamento de terceiros
- 7. CONFIDENCIALIDADE
 - a. Confidencialidade da arbitragem e dos documentos nela apresentados
 - b. Documentos considerados confidenciais
- 8. REGRAS ÉTICAS
 - a. Dos árbitros
 - b. Dos advogados
- 9. QUESTIONAMENTOS SOBRE A JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL
- 10. MEDIDAS DE URGÊNCIA
 - a. Necessidade de confirmar ou alterar medida urgente obtida antes do início do procedimento
 - b. Requisitos para concessão de medidas de urgência
 - c. Custas e garantias das medidas de urgência
- 11. POSSIBILIDADE DE BIFURCAÇÃO DO PROCEDIMENTO
- 12. POSSIBILIDADE DE ACORDO ENTRE AS PARTES
- 13. IDENTIFICAÇÃO DE PONTOS LITIGIOSOS QUE POSSAM SER RESOLVIDOS POR ACORDO ENTRE AS PARTES, PELOS PERITOS DAS PARTES OU COM BASE APENAS EM DOCUMENTOS
- 14. INTERCÂMBIO DE ALEGAÇÕES E DE DOCUMENTOS ENTRE AS PARTES, OS ÁRBITROS E A INSTITUIÇÃO
 - a. Número de vias
 - b. Forma de envio
 - c. Contagem do prazo
- 15. ALEGAÇÕES ESCRITAS
 - a. Elaboração do calendário da arbitragem (cronograma provisório)
 - b. Forma de apresentação das alegações
 - c. Apresentação integral do caso nas primeiras alegações
- 16. PROVA DOCUMENTAL
 - a. Momento da apresentação dos documentos e critérios para aceitação de documentos extemporâneos
 - b. Organização dos documentos
 - c. Tradução e autenticidade

- d. Possibilidade de requisição de documentos em poder da contraparte ou de terceiros
- e. Caso a requisição de produção de documentos seja permitida, definição de: forma para requisição e para objeção e critério a ser adotado pelo tribunal arbitral

17. PROVA TESTEMUNHAL

- a. Uso de depoimentos escritos: momento da sua apresentação, número de rodadas, escopo e finalidade das declarações
- b. Informação antecipada sobre o nome das testemunhas, o conteúdo do depoimento e a limitação ao número de testemunhas
- c. Ordem do depoimento das testemunhas
- d. Admissibilidade de depoimento das partes, de seus representantes jurídicos e de seus funcionários e necessidade de testemunhar sob juramento
- e. Permanência de testemunhas na sala de audiência antes e depois do depoimento
- f. Confrontação de testemunhas
- g. Entrevista de testemunhas antes da audiência e auxílio na preparação de depoimentos escritos

18. TESTEMUNHA TÉCNICA

- a. Ordem da produção da prova técnica
- b. Indicação de peritos
- c. Termo de perícia
- d. Prazo para apresentação de parecer, possibilidade de inquirição e confrontação do perito

19. ANÁLISE DO LOCAL (*ON-SITE INSPECTION*)

- a. Possibilidade de análise do local, forma de inspeção e necessidade de presença das partes

20. AUDIÊNCIA

- a. Necessidade da realização da audiência e fixação da data preliminar
- b. Definição do local da audiência
- c. Limitação do tempo da audiência
- d. Possibilidade da participação por videoconferência
- e. Arguição das testemunhas
- f. Identificação dos documentos essenciais para a audiência

- g. Transcrição
- h. Alegações orais iniciais e finais

VIII.2.2 Análise dos itens da lista de verificação

Esta análise não pretende ser exaustiva. É possível a elaboração de diversos artigos, com base em cada um dos itens da lista exposta no subitem anterior. O que se pretende é, com base no disposto nas Notas da UNCITRAL para organização do procedimento arbitral (UNCITRAL, 1996 – *Notes on Organizing Arbitral Proceedings*) e nas Técnicas da CCI para controle de tempo e de custas (ICC, 2007 – *Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration*), apresentar as diferentes opções processuais que as partes têm para cada um dos itens listados. Não se pretende afirmar que uma ou outra prática processual é melhor, mas apenas chamar a atenção para a possível divergência e para a necessidade de se estipular qual será a prática adotada.

1. ADOÇÃO DE REGULAMENTO DE ARBITRAGEM E OUTRAS NORMAS NÃO ESTATAIS DISPONÍVEIS

As partes, em geral, escolhem um regulamento de arbitragem preestabelecido para conduzir seu procedimento, mas nem sempre essa escolha é realizada. Quando não é feita essa escolha, deve-se ponderar a necessidade de escolher um regulamento (ver subitem *a*). Mesmo havendo indicação na cláusula, podem surgir controvérsias no momento de decidir qual versão do regulamento deverá ser aplicada, em virtude das suas constantes revisões (ver subitem *b*). Por fim, as partes devem considerar se pretendem adotar alguma das outras normas não estatais disponíveis, que podem ser as Regras da IBA sobre produção de provas, um Código de ética ou algum outro documento (ver subitem *c*).

(a) Escolha do regulamento

Caso as partes não tenham elegido um regulamento arbitral, pode-se discutir a conveniência da adoção de um no início do procedimento. Embora os regulamentos institucionais tragam regras preestabelecidas, essa adoção não é obrigatória. Na ausência da eleição de um regulamento, cabe aos árbitros estabelecer todas as regras sobre a condução do procedimento.

(b) Versão do regulamento

Com a constante evolução da arbitragem, tornou-se recorrente a revisão dos regulamentos. Dessa forma, é possível que, entre a assinatura da convenção de arbitragem e o início do procedimento, tenha sido publicado uma nova versão do regulamento de arbitragem eleito. Há discussão sobre a prevalência do regulamento em vigor na data da assinatura do contrato ou na data de início da arbitragem. Nesse sentido, é necessário verificar i) se as partes acordaram em adotar uma versão específica; ii) se há regra sobre conflito nas disposições do regulamento eleito; e iii) se há interesse das partes em aplicar a versão mais atual. Em seguida, recomenda-se definir qual versão será utilizada.

(c) Outras normas não estatais (e.g. Regras da IBA ou Códigos de ética)

Além do regulamento de arbitragem, é possível que as partes acordem em seguir outras normas não estatais disponíveis. Exemplos de normas que as partes podem optar por adotar são as Regras da IBA para produção de provas ou Códigos de ética para regulamentar a conduta dos árbitros e dos advogados.

2. LOCAL DA ARBITRAGEM

Com relação ao local, duas questões podem ser discutidas: determinação do local da arbitragem, se não houve escolha pelas partes ou pela instituição (ver subitem *a*), e possibilidade de realização de atos e audiências fora desse local (ver subitem *b*).

(a) Determinação do local da arbitragem

Em geral, o local é eleito pelas partes na convenção de arbitragem. Contudo, caso ele não tenha sido definido e não haja acordo entre as partes, é necessário verificar, no regulamento eleito, se cabe aos árbitros ou à instituição defini-lo. Se houver necessidade de decidir qual será o local de arbitragem, devem-se considerar os seguintes fatores: i) a lei de arbitragem do local escolhido; ii) a existência de acordos bilaterais ou multilaterais, em especial a adesão à Convenção de Nova Iorque sobre o reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais

estrangeiras; iii) a conveniência do local para as partes, os árbitros e as possíveis testemunhas; iv) a disponibilidade e o custo de instalações e de outros suportes necessários para a realização de audiências.

(b) Realização de atos fora do local da arbitragem

Além de definir o local da arbitragem, é usual discutir a possibilidade da realização de atos processuais, em especial a audiência, fora desse local. Muitos regulamentos de arbitragem incluíram essa permissão em suas regras. Nesses casos, não há a necessidade de regulamentar o que já está previsto, a não ser que as partes acordem no sentido contrário.

3. IDIOMA DO PROCEDIMENTO E TRADUÇÕES

Em arbitragens envolvendo partes de nacionalidades diferentes, diversas questões relacionadas ao idioma do procedimento podem surgir. É preciso decidir sobre: o idioma do procedimento (ver subitem *a*); a necessidade de tradução de documentos (ver subitem *b*); a necessidade de intérprete em audiência (ver subitem *c*); e a alocação dos custos dessas traduções (ver subitem *d*).

(a) Definição do idioma

Caso as partes não tenham indicado o idioma na convenção de arbitragem, faz-se necessário estabelecê-lo. A arbitragem pode ser realizada em uma ou mais línguas. Caso o procedimento seja realizado em mais de um idioma, deve-se atentar a eventuais custos e dificuldades, bem como estabelecer em qual idioma o tribunal vai se manifestar e se há obrigação de tradução. A realização do procedimento em mais de uma língua implicará mais custos e mais lentidão ao procedimento.

(b) Traduções de documentos

É importante definir se documentos em outros idiomas serão aceitos ou se será necessária tradução. Para tanto, devem-se considerar os idiomas com os quais o tribunal arbitral se sente

confortável e a possibilidade de dispensar traduções de documentos nesses idiomas. No Brasil, por exemplo, é usual a dispensa de tradução de documentos em espanhol ou inglês.

Havendo necessidade de tradução, deve-se acordar se esta será simples, elaborada pela própria parte, ou se há necessidade de ser juramentada (a última opção é pouco usual no meio arbitral). Também deve ser discutida a possibilidade de tradução apenas da parte relevante do documento.

(c) Necessidade de intérprete em audiência

Deve-se debater a necessidade de intérprete para a audiência. Caso este seja imprescindível, é preciso estabelecer se a interpretação será simultânea ou consecutiva e quem será responsável por providenciar o intérprete: o tribunal, as partes ou a instituição arbitral.

(d) Custos com tradução e intérprete

Havendo necessidade de tradução e/ou uso de intérpretes, deve-se discutir quem arcará com suas custas. Elas podem ser deduzidas do adiantamento de custas da arbitragem ou arcadas pela parte que requer a prova. É possível estabelecer regras diferentes para os documentos e para os intérpretes.

4. CONFERÊNCIA PROCESSUAL PREPARATÓRIA E TERMO DE ARBITRAGEM

O momento da assinatura do termo de arbitragem pode ser utilizado para a realização de uma conferência preparatória, ou conferência processual, com o objetivo de estabelecer as regras procedimentais específicas para o caso concreto. Mesmo quando se opta por não realizar um termo de arbitragem (se este não for obrigatório no regulamento acordado), deve-se verificar a conveniência e a necessidade da realização de conferência preliminar para acordar regras básicas para condução da arbitragem (ver subitem *a*). Caso o termo de arbitragem seja elaborado, deve-se ponderar a necessidade de resumir as alegações e os pedidos (ver subitem *b*) e elaborar lista de pontos controvertidos (ver subitem *c*). Por fim, as decisões sobre questões processuais acordadas entre as partes e os árbitros devem ser expressas por escrito, seja no termo de arbitragem, seja em ordem processual apartada (ver subitem *d*).

(a) Conveniência da realização da conferência preparatória sobre a condução do procedimento

Convém avaliar a necessidade de realizar conferência preliminar, ou processual, para definir questões processuais e estabelecer o cronograma provisório da arbitragem. A ocasião da assinatura do termo de arbitragem pode servir para esse propósito. Alguns regulamentos de arbitragem tornaram obrigatória a realização dessas conferências.⁵⁸³ Contudo, mesmo quando não houver obrigação de realização de tal conferência, esta deve ser ponderada, considerando a complexidade do caso e a *expertise* dos advogados envolvidos na arbitragem.

Para o melhor proveito dessa conferência, os árbitros devem ter conhecimento do caso e de suas particularidades para poder desenhar um procedimento adequado. Assim, se o requerimento de arbitragem e a resposta não permitem uma visão global do caso, deve-se considerar postergar essa conferência preliminar para um segundo momento.

Tendo em vista que a conferência preliminar é realizada apenas entre os árbitros e as partes ou seus representantes e tem a finalidade de discutir e assinar o termo de arbitragem e de definir questões processuais, deve-se refletir sobre a conveniência e a viabilidade de realizar essa reunião por conferência telefônica ou videoconferência. Tal prática pode ser útil nos casos em que os representantes das partes e os árbitros estão em locais distintos e há dificuldade de compatibilização de agenda para a realização de viagens. Nada impede que ocorra uma reunião presencial e um dos árbitros ou das partes participe por videoconferência.

(b) Termo de arbitragem: necessidade, resumo das alegações e pedidos

A necessidade de elaborar um termo de arbitragem (ou ata de missão) em geral decorre de disposição no regulamento de arbitragem eleito. Caso, como no regulamento da UNCITRAL, não haja a obrigatoriedade de elaboração desse documento, o tribunal, em conjunto com as partes, deve analisar a conveniência e a necessidade de prepará-lo. Essa decisão dependerá da complexidade do caso, das informações já apresentadas no requerimento de arbitragem e na resposta, devendo ser definida caso a caso.

⁵⁸³ Nesse sentido, ver, por exemplo, ICC, 2012 – *Regulamento de Arbitragem e ADR*, artigo 24; UNCITRAL, 2010 – *UNCITRAL Arbitration Rules*, artigo 17.2.

O resumo das alegações e dos pedidos é um dos requisitos do termo de arbitragem. Nesse ponto, o tribunal deverá decidir se é apropriado que o próprio tribunal resuma as alegações das partes ou se pedirá que cada parte apresente um resumo das suas alegações, sendo a última forma a mais usual. As duas opções têm benefícios e prejuízos. Caso a opção seja a redação pelo tribunal, os árbitros, necessariamente, terão de analisar os requerimentos e compreender a situação desde o momento inicial. Isso contribui para que o procedimento seja desenhado de maneira adequada ao caso concreto. Por outro lado, os resumos elaborados pelo tribunal podem indicar alguma tendência dos árbitros sobre o caso em um momento ainda preliminar. Considerando esse último ponto, a redação pelas próprias partes mantém a imparcialidade do julgador, mas propicia a repetição do que já foi dito. Para evitar termos de arbitragem demasiadamente longos, uma técnica seria delimitar o número de páginas para cada parte resumir o seu caso e apresentar seus pedidos.

(c) Lista de pontos controvertidos

Outro requisito do termo de arbitragem, usualmente contido nos regulamentos, é a listagem dos pontos controvertidos. Muitas vezes, entretanto, não é possível a elaboração da referida lista no momento de assinatura do termo de arbitragem, restando consignada uma afirmação genérica de que serão consideradas controvertidas as questões decorrentes das alegações das partes. Nesses casos, deve-se considerar postergar a definição dos pontos controvertidos. Estes podem ser delimitados depois da segunda rodada de troca de alegações, sendo útil para a fase de produção de provas.

(d) Definição de questões processuais

As estipulações sobre questões processuais podem ser inseridas no termo de arbitragem ou, em separado, na ordem processual nº 1.

O termo de arbitragem é documento formal, assinado por todas as partes e, em algumas instituições — como a CCI —, aprovado pela instituição arbitral. Nesse sentido, a inclusão de questões processuais no próprio termo de arbitragem pode enrijecer o procedimento e dificultar uma posterior alteração por parte dos árbitros.

Para possibilitar posteriores alterações, quando necessárias, tornou-se usual a elaboração, simultaneamente ao termo de arbitragem, de uma primeira ordem processual contendo detalhes sobre as questões processuais acordadas entre as partes e o cronograma provisório do caso. Assim, caso seja necessário, por exemplo, prorrogar um prazo para troca de alegações, isso pode ser realizado por meio de outra ordem processual. Nessa ocasião, as partes também podem conceder ao presidente do tribunal arbitral poderes para emitir ordens processuais sozinho, após consultar os outros árbitros. Tal prática traz agilidade ao caso, uma vez que não é necessário colher a assinatura de todos os árbitros (que muitas vezes se encontram em cidades ou países diferentes).

5. SECRETARIADO

Devem ser discutidas tanto a necessidade e a conveniência de indicação de um secretário para assistir o tribunal arbitral (ver subitem *a*) como as funções que ele desempenhará (ver subitem *b*).

(a) Necessidade de indicação de secretário

A necessidade ou não de indicar um secretário administrativo para o tribunal arbitral também deve ser ponderada. Para tanto, devem-se considerar as funções a ser desempenhadas pelo secretário.⁵⁸⁴

Caso a arbitragem não seja administrada por uma instituição, o secretário administrativo pode desempenhar um papel importante na organização da audiência e na circulação de documentos, minimizando o tempo gasto pelos árbitros com essas questões administrativas. Por outro lado, caso a instituição possua secretariado interno e espaço físico para a realização de audiência, pode não ser necessário indicar um secretário do tribunal.

⁵⁸⁴ Nesse sentido, ver ICC, 1995 – *Notes of the Secretariat of the ICC Court of Arbitration on the Appointment of Administrative Secretaries*.

(b) Funções do secretário

Há controvérsias quanto à indicação de um secretário que desempenhará funções jurídicas (*i.e.* pesquisas e relatórios do caso). Caso seja indicado um secretário, é conveniente estabelecer os limites da sua função, evitando que faça as funções do árbitro. Quando desempenhar funções jurídicas, deve-se discutir as obrigações do secretário quanto a imparcialidade e independência.

Por fim, recomenda-se estabelecer a forma de remuneração do secretário. Essa remuneração pode estar contida no valor dos honorários dos árbitros ou do árbitro presidente. O secretário também pode ser remunerado por valor fixo ou com base no número de horas trabalhadas.

6. CUSTAS

A questão de custas é mais sensível em procedimentos não administrados por uma instituição, pois estes não seguem uma tabela e não têm uma instituição para administrar o depósito dos honorários dos árbitros. Entretanto, alguns aspectos relacionados às custas também podem ser relevantes nas arbitragens institucionais. É importante definir, de maneira clara e objetiva, quais os gastos que serão considerados como custas e poderão ser alocados a uma parte no final do procedimento (ver subitem *a*); a forma e o momento de alocação dessas custas (ver subitem *b*); o depósito antecipado das custas ou de parte delas e/ou a apresentação de garantias da totalidade das custas (ver subitem *c*); e a necessidade de revelação de eventual financiamento do litígio por terceiro (ver subitem *d*).

(a) Definição de custas

Primeiro, é necessário deixar claro quais são os gastos incluídos no termo “custas”. Diversas custas incidem sobre o procedimento arbitral. As mais importantes são: custas administrativas da instituição arbitral (se houver); honorários dos árbitros; honorários de advogados; e honorários de peritos técnicos ou jurídicos (tanto dos indicados pelas partes quanto dos indicados pelo tribunal arbitral), além das despesas decorrentes dos gastos de cada um desses profissionais. É importante definir quais dessas custas serão repartidas na arbitragem. Um ponto importante — e tratado de maneira diversa, dependendo da tradição jurídica — é a possibilidade

da condenação de pagamento de honorários de advogados. Embora seja usual no Brasil e em outros países, não é usual em alguns sistemas de *common law*, como nos Estados Unidos.

(b) Alocação de custas: forma, momento e critério a ser adotado

No adiantamento de custas, é usual que as custas administrativas da instituição e os honorários dos árbitros sejam divididos igualmente entre as partes e cada uma arque com os honorários de seu advogado. Regras especiais podem ser estabelecidas, principalmente nos casos em que uma parte se recusa a arcar com a sua parcela de custas. Com relação aos peritos indicados pelo tribunal, usualmente as custas são repartidas entre as partes. Por outro lado, cada parte costuma arcar com as custas dos peritos por ela indicados.

A maioria dos regulamentos concede ampla discricionariedade aos árbitros para alocar as custas ao final do procedimento.⁵⁸⁵ Nesse sentido, deve-se discutir se a alocação de custas ao final englobará honorários advocatícios ou apenas as custas da administração da instituição e os honorários dos árbitros. Especialmente nos casos de arbitragens no exterior, se a parte incorreu em gastos financeiros ou tributações para remeter os valores de adiantamento de custas ao exterior, é importante deixar claro se esses valores poderão ser cobrados.

Os critérios a ser utilizados na alocação de custas também podem ser discutidos. Por exemplo, pode ser adotada a regra da sucumbência; entretanto, outros critérios também podem ser escolhidos. Tornou-se usual, e é recomendado pela CCI, que os árbitros considerem o comportamento das partes no momento de alocar as custas. Nesse sentido, a parte que tiver apresentado mais manifestações e requerimentos desnecessários arcará com maior parcela destes.

Por fim, o tribunal e as partes podem acordar a possibilidade de definir a alocação de custas por fase do procedimento — por exemplo, se haverá alocação de custas proporcionais caso haja uma sentença parcial sobre jurisdição ou medida urgente.

⁵⁸⁵Nesse sentido, ver, por exemplo, ICC, 2010 – *Regulamento de Arbitragem e ADR*, artigo 37; ICDR, 2010 – *International Arbitration Rules*, artigo 31; LCIA, 1998 – *Arbitration Rules*, artigo 28; e CCBC, 2012 – *Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá*, artigo 10.6.

(c) Depósito antecipado de custas e apresentação de garantias

O depósito antecipado de custas, nelas incluídas as da instituição e os honorários dos árbitros, é praxe usual em arbitragens administradas por instituições e torna-se um ponto para discussão em arbitragens *ad hoc*. Nesse último caso, o valor a ser antecipado seria apenas o dos honorários dos árbitros, sendo necessário acordar a forma de pagamento, as garantias prestadas e a eventual complementação das custas.

Questão mais delicada é a possibilidade de se prestar garantias bancárias no valor da disputa ou, ao menos, para cobrir os custos da arbitragem em caso de perda e condenação em custas (*securities on costs*).

(d) Financiamento de terceiros

A questão do financiamento da arbitragem por terceiro também é polêmica. Podem ser discutidas i) a necessidade de se revelar quem é o terceiro e ii) a eventual verificação de conflitos de interesse entre ele e os árbitros.

7. CONFIDENCIALIDADE

Embora a questão da confidencialidade seja considerada uma das vantagens da arbitragem, ela é, muitas vezes, compreendida de maneira diferente em cada legislação. Os regulamentos de arbitragem são amplos, possibilitando desentendimento entre as partes a esse respeito. Assim, torna-se necessário estabelecer critérios sobre a confidencialidade da arbitragem (ver subitem *a*). Ademais, precisam ser acordadas questões envolvendo a produção de documentos protegidos por algum tipo de privilégio decorrente da relação de confidencialidade (ver subitem *b*).

(a) Confidencialidade da arbitragem e dos documentos apresentados

As partes podem decidir qual será a extensão do dever de confidencialidade no caso concreto, em especial o que está sujeito à confidencialidade — i) a existência da arbitragem em si; ii) os documentos nelas produzidos; iii) as alegações; iv) os depoimentos das testemunhas; e v)

os pareceres técnicos — e em quais circunstâncias a confidencialidade poderá ser violada (*e.g.* dever de revelar a existência da arbitragem para acionistas).

(b) Documentos considerados confidenciais

Devem ser definidos quais documentos serão considerados privilegiados, protegidos por deveres de confidencialidade, e não precisarão ser produzidos no âmbito da arbitragem. Essa questão é mais importante quando se admite a requisição de produção de provas.

Exemplos de documentos que podem ser considerados privilegiados decorrem da relação com auditores independentes, advogados e médicos. A discussão da relação advogado-cliente envolve questões éticas aplicáveis aos advogados na arbitragem e será analisada a seguir.

8. REGRAS ÉTICAS

Tornam-se cada vez mais usuais discussões sobre questões éticas na arbitragem, principalmente nas internacionais. Nelas, os profissionais envolvidos são admitidos para a prática do direito em jurisdições diferentes e, portanto, submetidos a regras deontológicas diversas. Tais questões envolvem não apenas a conduta dos árbitros (ver subitem *a*), como também a dos advogados (ver subitem *b*).

(a) Dos árbitros

Algumas instituições disponibilizam código de ética para pautar a conduta dos árbitros, outras não. Assim, tanto nas arbitragens institucionais quanto nas *ad hoc*, é interessante acordar sobre a utilização de alguma diretriz — disponibilizada no âmbito internacional ou nacional — para pautar a conduta dos árbitros. Além dos Códigos de ética disponibilizados pelas próprias instituições, as partes podem optar por seguir o Código de ética dos árbitros da IBA (IBA, 1987 – *IBA Rules of Ethics for Arbitrators*).

(b) Dos advogados

As diferentes regras deontológicas a que os advogados estão sujeitos podem causar sérios impactos na condução do procedimento. São exemplos: a confidencialidade de documentos

intercambiados entre advogado e cliente; o dever de dizer a verdade; o dever de apresentar documentos contraditórios ao interesse de seu cliente; a possibilidade de entrevistar testemunhas antes da audiência; a impossibilidade de comunicação *ex parte* com os árbitros, entre outras.

Nesse sentido, surge a questão: os advogados devem estar sujeitos às regras da jurisdição na qual são admitidos para prática do direito? Por exemplo, é possível que, na mesma arbitragem, um tipo de documento seja protegido pelo dever de confidencialidade para uma parte e não para a outra, dependendo de quem representa a parte e de onde o advogado é admitido? Não haveria um desequilíbrio entre as partes, se tal fato fosse permitido? Uma alternativa seria a elaboração de um código de ética para arbitragem como o proposto por Bishop: Código de ética internacional para advogados atuantes perante tribunais arbitrais internacionais (BISHOP, 2010, p. 408-420). Por enquanto inexistente tal código. Assim, faz-se necessário que se estabeleçam regras claras, ao menos com relação às questões que podem vir a se tornar relevantes para a solução do caso concreto. Por exemplo, a árbitra Kaufmann-Kohler (2011) insere, nas ordens processuais nº 1, previsão no sentido de que a entrevista de testemunhas não viole a ética no procedimento arbitral.

9. QUESTIONAMENTOS SOBRE A JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

No início do procedimento o tribunal arbitral deve certificar-se sobre sua competência e seus eventuais limites. Caso alguma parte tenha apresentado objeção à jurisdição do tribunal arbitral, deve-se ponderar a necessidade de decidir essa questão antes de adentrar no mérito, evitando a permanência de uma parte que não está sujeita à jurisdição do tribunal. É usual estipular calendário paralelo para que se apresentem alegações sobre jurisdição. Por outro lado, caso as partes não tenham apresentado questionamentos à jurisdição do tribunal arbitral, recomenda-se a concessão a elas de oportunidade para tanto nesse momento inicial e, caso não apresentem objeções, o registro, no termo de arbitragem, de que não houve questionamentos à jurisdição do tribunal arbitral.

10. MEDIDAS DE URGÊNCIA

A questão da admissibilidade de medidas de urgência em arbitragens já foi mais controvertida. Hoje praticamente todas as legislações e todos os regulamentos arbitrais possuem previsão nesse sentido. No entanto, deve-se, nesse momento inicial, avaliar: a necessidade de

confirmar ou alterar medida de urgência concedida por tribunal judicial ou por árbitro de emergência, com a finalidade específica de decidir a questão (ver subitem *a*); a requisitos para concessão da tutela de urgência (ver subitem *b*); e, caso tais pedidos sejam concedidos, a necessidade de prestação de garantia e o impacto desses pedidos nas custas do procedimento (ver subitem *c*).

(a) Necessidade de confirmar ou alterar medida urgente obtida antes do início do procedimento

Caso existam medidas de urgência proferidas antes da constituição do tribunal arbitral, seja por uma autoridade judicial, seja por um árbitro de emergência constituído para esse fim, o tribunal arbitral deve avaliar a necessidade de conferir às partes oportunidade para se manifestar sobre a questão e decidir se é necessário confirmar ou alterar a medida concedida anteriormente. Essas medidas, muitas vezes, são válidas somente até a constituição do tribunal arbitral ou até a manifestação deste sobre a medida urgente.

(b) Requisitos para concessão de medidas de urgência

Caso alguma das partes indique a intenção de apresentar pedido de urgência, faz-se necessário não apenas determinar prazos para tanto e conceder oportunidade para resposta, como também esclarecer critérios para concessão do pedido, se estes não estiverem expressos no regulamento eleito. Uma questão que ainda não está solucionada em vários ordenamentos e que pode ser esclarecida no momento inicial diz respeito à atribuição ou não de poder aos árbitros para conceder medidas de urgência *ex parte*.

(c) Custas e garantias das medidas de urgência

Outras questões que podem ser decididas preliminarmente são: a possibilidade de alocação de custas do pedido de urgência, a necessidade de prestação de garantia e as consequências do pedido, caso ele se demonstre injustificado.

11. POSSIBILIDADE DE BIFURCAÇÃO DO PROCEDIMENTO

Uma técnica muito utilizada nas arbitragens e que deve ser considerada no momento inicial é bifurcação do procedimento. Em outras palavras, trata-se da divisão do procedimento por assuntos a ser decididos e do estabelecimento de prazos e alegações separados para cada assunto. Essa bifurcação ocorre em típicas divisões procedimentais na arbitragem entre a fase de jurisdição e a de mérito, entre a fase de medida urgente e a de mérito ou entre a de mérito e a da quantificação do dano. No entanto, outras divisões podem ser acordadas, dependendo da complexidade do caso e dos pontos litigiosos. Convém, ainda, discutir a possibilidade de prolação de sentenças parciais e, dependendo da legislação aplicável, fazer constar autorização expressa para os árbitros proferirem sentenças parciais.

12. POSSIBILIDADE DE ACORDO ENTRE AS PARTES

Considerações sobre um possível acordo entre as partes também devem ser realizadas. Não há unanimidade sobre a existência de um dever dos árbitros de incentivar um acordo nem sobre o consequente envolvimento deles na realização de tais acordos (BUHRING-UHLE, 2005, p. 25-41). De um lado, propõe-se que as partes sejam informadas das alternativas negociadas para a solução da disputa e que seja considerada eventual interrupção do procedimento caso existam tratativas de boa-fé nesse sentido. Por outro lado, a manutenção do cronograma da arbitragem é um incentivo às tratativas das partes e evita que negociações de má-fé aconteçam apenas com a intenção de retardar o procedimento arbitral.

13. IDENTIFICAÇÃO DE PONTOS LITIGIOSOS QUE POSSAM SER RESOLVIDOS POR ACORDO ENTRE AS PARTES, PELOS PERITOS DAS PARTES OU COM BASE APENAS EM DOCUMENTOS

Ainda que não seja possível o acordo entre as partes para solucionar todo o litígio, em certos casos é possível que as partes ou seus peritos técnicos entrem em acordo com relação a certos aspectos controvertidos, sejam fáticos, sejam técnicos ou jurídicos. Uma técnica sugerida pela CCI é a avaliação preliminar do caso com o intuito de identificar tais pontos.

No mesmo sentido, existem questões que independem de provas e podem ser decididas com base nos documentos apresentados. A fim de tornar mais ágil a audiência e evitar a produção

de provas desnecessárias sobre assuntos que podem ser solucionados com base nos documentos apresentados, a CCI sugere que as partes e os árbitros avaliem em conjunto esses pontos.

14. INTERCÂMBIO DE ALEGAÇÕES E DE DOCUMENTOS ENTRE AS PARTES, OS ÁRBITROS E A INSTITUIÇÃO

Questões sobre o intercâmbio das alegações entre as partes e os árbitros também devem ser estabelecidas desde o início do procedimento. É preciso estabelecer o número de vias necessárias (ver subitem *a*), a forma de envio (ver subitem *b*) e o modo de contagem do prazo (ver subitem *c*).

(a) Número de vias

O número de vias de cada alegação e dos documentos a ser circuladas deve ser acordado. É usual computar uma via para cada árbitro, uma para cada parte e uma para a instituição. Quando há um secretário do tribunal, deve-se discutir a necessidade de envio de uma cópia para este — pode não ser necessário enviar uma cópia específica, caso ele atue em conjunto com um dos árbitros (em geral, com o presidente). Na existência de múltiplas partes, deve-se avaliar a necessidade de envio de uma cópia para cada parte, levando-se em consideração a quantidade de advogados que as representam.

(b) Forma de envio

Duas questões devem ser decididas sobre o envio de alegações: serão realizadas diretamente pelas partes ou via instituição ou tribunal arbitral? O envio será físico, eletrônico, ou ambos?

O tribunal e as partes devem avaliar se o envio das alegações e dos documentos poderá ser realizado diretamente de uma parte para a outra e para o tribunal, por correio com aviso de recebimento, ou se a instituição arbitral ou o próprio tribunal ficarão responsáveis pela distribuição das manifestações. O envio direto torna mais ágil o procedimento e evita gastos desnecessários com a duplicidade do envio por correio. Por outro lado, a remessa via instituição

ou tribunal arbitral permite que estes tenham maior controle sobre o procedimento e se certifiquem de que todas as partes e todos os árbitros estão recebendo todas as alegações.

A fim de evitar a multiplicidade de vias, deve-se discutir a utilização de banco eletrônico de dados — por exemplo, o NetCase, disponibilizado pela CCI. Caso a opção seja utilizar um desses bancos, deve-se refletir sobre a necessidade de envio de cópias físicas e, caso essa ação seja considerada necessária, se devem conter apenas as alegações ou a integralidade dos documentos.

(c) Contagem do prazo

As partes e os árbitros podem usar a conferência preparatória para estabelecer o cronograma provisório, ou calendário preliminar, com as datas para as trocas de alegações. O prazo estabelecido para elaboração das alegações deve ser razoável, para que não cause atrasos ao procedimento mas permita que as partes apresentem a íntegra de seu caso.

Na ocasião, deve-se acordar sobre a contagem de prazos. Usualmente, considera-se, para o início da contagem, i) um determinado número de dias (úteis ou não) a partir do envio eletrônico; ou ii) o momento do recebimento das vias físicas das alegações e dos documentos. Na última opção, é preciso se certificar de que as partes podem receber as manifestações em datas diversas, em especial se não residirem na mesma cidade ou no mesmo país.

É conveniente, ainda, estipular regra especial nos casos de prazos simultâneos cumpridos eletronicamente. Nesses casos, é usual permitir às partes o envio apenas para o tribunal arbitral e a instituição, cabendo à instituição, ao tribunal arbitral ou ao secretário do tribunal remeter as vias às demais partes em um prazo a ser combinado.

15. ALEGAÇÕES ESCRITAS

As alegações escritas adquirem na arbitragem diversos nomes e formas. Assim, é importante esclarecer, no início do procedimento, quantas alegações escritas as partes poderão apresentar, qual o conteúdo dessas alegações e se as trocas serão consecutivas ou simultâneas (ver subitem *a*). Para melhor organizar o procedimento, o tribunal poderá, ainda, estabelecer regras sobre a forma de apresentação das alegações (ver subitem *b*) e determinar a necessidade de

apresentação integral do caso nas primeiras alegações, com exibição de todos os documentos, das declarações de testemunhas e dos laudos periciais (ver subitem c).

(a) Elaboração do calendário da arbitragem (cronograma provisório)

Ao elaborar o calendário da arbitragem (ou cronograma provisório), o tribunal arbitral deve considerar se as trocas de alegações serão consecutivas ou simultâneas. Embora em alguns regulamentos, em especial nos brasileiros, exista regra nesse sentido, esta pode ser alterada. Essa definição depende da análise do caso concreto e dos pedidos elaborados pelas partes. Justifica-se a troca de alegações simultâneas nos casos em que todas as partes têm pleitos, devendo apresentar, simultaneamente, os seus pedidos. No entanto, não é recomendada quando apenas uma das partes aduziu pleitos e a outra apenas alegações em defesa.

Outro ponto relevante é: quem terá a última palavra? Em muitos ordenamentos é comum a existência apenas de três manifestações: alegações iniciais, resposta (ou contestação) e réplica; o autor, ou requerente, é quem tem a última palavra. Em outros, além dessas manifestações, é concedida a oportunidade do réu, ou requerido, se manifestar em tréplica, restando este com a última palavra. Na arbitragem tende a prevalecer a igualdade entre as partes e a concessão, a cada parte, de números iguais de oportunidades de se manifestar.

Existindo reconvenção ou pedido contraposto, a questão também deve ser discutida. Assim, é recomendável que seja esclarecido o momento de realização desse pedido e seja concedida oportunidade à outra parte para se manifestar sobre a reconvenção ou o pedido contraposto.

Outra técnica, cada vez mais usual, é a limitação do número de páginas para alegações das partes. Se o tribunal entender ser o caso, é recomendável discutir a questão com as partes.

(b) Forma de apresentação das alegações

Uma série de questões sobre a forma de apresentação das alegações pode ser acordada, trazendo mais harmonia ao procedimento e facilitando a referência, pelos árbitros e pelas partes, às manifestações. Alguns exemplos de questões que podem ser acordadas são: a numeração de parágrafos; as nomenclaturas das manifestações e, eventualmente, a numeração contínua das

alegações (*e.g.* todas as ordens do tribunal serão numeradas como TA-1, TA-2 etc., as do requerente, C-1, C-2 etc., e as do requerido, R-1, R-2 etc.); apresentação de índices e listas de documentos (eventualmente em ordem cronológica); e entrega em arquivo em formato Word ou PDF, entre outras a ser determinadas pelo tribunal.

(c) Apresentação integral do caso nas primeiras alegações

A necessidade de apresentação de todas as alegações e de todos os documentos à disposição das partes na primeira alegação e os critérios para admissibilidade de alegações ou documentos extemporâneos devem ser esclarecidos. Essa prática visa evitar a repetição de documentos e o retardo da arbitragem com a constante concessão de oportunidade para a outra parte se manifestar sobre o documento juntado posteriormente.

16. PROVA DOCUMENTAL

A produção de provas na arbitragem é uma questão das mais complexas e deve ser cuidadosamente analisada. Nesse sentido, além dos pontos mais simples, como o momento da apresentação de documentos (ver subitem *a*), a forma como esses devem ser apresentados (ver subitem *b*) e questões de tradução (ver subitem *c*), também é necessário discutir sobre a admissibilidade de requisições para produção de documentos em poder da outra parte (ver subitem *d*) e sobre critérios para concessão de tais pedidos (ver subitem *e*).

(a) Momento da apresentação dos documentos e critério para aceitação de documentos extemporâneos

É conveniente que o tribunal estabeleça se os documentos em poder das partes devem ser apresentados no momento inicial, com as alegações iniciais e as respostas, ou se posteriormente será concedida oportunidade para as partes produzirem as provas necessárias. Optando-se pela produção de todos os documentos necessários juntamente com as alegações das partes, o tribunal deve estabelecer, ainda, critério para aceitação de documentos extemporâneos.

Com o crescente aumento do volume de documentos apresentados nas arbitragens, normalmente orienta-se as partes a fazer seleção criteriosa dos documentos juntados, apresentando apenas os que sirvam de suporte a alguma alegação.

(b) Organização de documentos

A boa organização dos documentos apresentados ao tribunal arbitral contribui para diminuir custos na arbitragem, pois facilita a análise dos documentos pelos árbitros. Embora algumas práticas tenham se tornado usuais, é recomendável que o tribunal arbitral estabeleça alguns critérios.

Uma opção é utilizar numeração continua dos documentos durante todo o procedimento, com a identificação da parte que o produziu. Por exemplo, documentos produzidos pelo requerente serão designados A-1, A-2, A-3; produzidos pelo requerido, B-1, B-2, B-3. Pode-se optar por adoção das letras ou da abreviação do nome das partes ou outro critério que o tribunal e as partes entendam adequado. Tal precaução evita a duplicidade de documentos com a mesma identificação e facilita a sua referência posterior, uma vez que não há numeração de folhas na arbitragem. As partes devem ser orientadas para evitar a produção em duplicidade de documentos já apresentados no procedimento. Caso existam documentos muito volumosos (*e.g.* uma série de notas fiscais ou de documentos financeiros), deve-se considerar a possibilidade de apresentar tabela ou planilha resumindo o conteúdo desses documentos e de disponibilizá-los em um *dataroom* ou em outro lugar apropriado para consulta pela parte contrária, pelos peritos técnicos e pelo tribunal. Com relação aos documentos, deve-se ainda discutir a necessidade de apresentação de vias físicas e eletrônicas ou de apenas uma ou outra. Tal providência pode evitar a multiplicidade de vias físicas desnecessárias ou duplicar o trabalho de digitalização de documentos pelos diversos atores envolvidos no procedimento.

Dependendo do caso, deve-se considerar a utilização de banco de dados eletrônicos nos quais todas as partes teriam acesso aos documentos disponíveis (*e.g.* o NetCase disponibilizado pela CCI).

(c) Traduções e autenticidade

A questão das traduções foi tratada de maneira genérica no item 3 desta listagem, mas também pode ser abordada no momento de se definir a apresentação de prova documental. É importante determinar quais idiomas devem ser traduzidos, se a tradução pode ser simples ou tem de ser juramentada e se é necessário traduzir os documentos na íntegra.

Deve-se ponderar a necessidade de se estipular que, desde que não sejam questionados pela outra parte, os documentos produzidos pelas partes e as assinaturas destas têm presunção de autenticidade. Tal procedimento é corriqueiro em arbitragens e evita a produção de documentos autenticados ou com firma reconhecida, o que tornaria o processo mais moroso.

(d) Possibilidade de requisição de documentos em poder da contraparte ou de terceiros

A admissibilidade de requisição de documentos em poder da contraparte ou de terceiros é uma questão bastante controvertida em arbitragens internacionais. Evitam-se procedimentos amplos e evasivos como o *discovery* americano; entretanto, é cada vez mais usual permitir alguma forma de requisição de documentos em poder da contraparte.

Primeiro, deve-se avaliar a efetiva necessidade de conceder às partes a possibilidade de requerer documentos em poder da outra parte e, eventualmente, de terceiros, considerando, em especial, os custos envolvidos e as delongas na solução do procedimento.

Caso a opção seja permitir algum tipo de requisição de documentos, o tribunal deve estabelecer procedimento, definindo prazos (para a apresentação de requisições de documentos, para a entrega destes ou para a apresentação de objeções) e critérios para o tribunal decidir objeções.

Sobre a produção de provas, é conveniente discutir com as partes a possibilidade de adoção de alguma norma preestabelecida sobre a questão — por exemplo, as Regras da IBA para produção de provas, ainda que sejam adotadas apenas como diretrizes e não com caráter mandatório.

(e) Caso a requisição de produção de documentos seja permitida, definição de: forma para requisição e para objeção e critério a ser adotado pelo tribunal arbitral

Caso seja possível requisitar a produção de documentos, o tribunal arbitral deve conduzi-la de maneira eficiente, evitando requisições muito amplas. Assim, recomenda-se que o tribunal limite o escopo da requisição de produção de documentos, devendo a parte requerente individualizar o documento ou sua categoria. Especial atenção deve ser dada ao se permitir a

requisição de documentos eletrônicos. Nesses casos, os locais e os critérios de busca devem estar bem delimitados.

O tribunal arbitral pode optar por utilizar o *Redfern Schedule*, tabela criada pelo autor que lhe dá o nome. Esta contém colunas para indicação do documento — ou da categoria de documento — a ser apresentado, a relevância e a importância daquele documento, a apresentação ou a objeção pela outra parte, a resposta à objeção e a decisão do tribunal arbitral. Nesse sentido, um exemplo de *Redfern Schedule* seria:⁵⁸⁶

Parte requerente	Documento (ou categoria de documento) requerido	Relevância e importância do documento de acordo com a requerente		Objeção à requisição (SIM ou NÃO) Em caso negativo, fundamento	Resposta à objeção	Decisão do tribunal arbitral
		Referência a qual alegação	Comentário			

A consequência da não produção de um determinado documento e as possíveis inferências a ser realizadas contra a parte que não o produziu devem ser esclarecidas no momento inicial.

17. PROVA TESTEMUNHAL

A relevância dada à prova oral e à forma de sua realização varia em cada sistema processual. Assim, torna-se necessário estabelecer a forma como essa prova será conduzida na arbitragem, em especial no que diz respeito à utilização de declarações escritas das testemunhas e ao momento da sua apresentação (ver subitem *a*); à necessidade de informar os nomes das testemunhas e o conteúdo dos depoimentos com antecedência, bem como eventual limitação ao número de testemunhas (ver subitem *b*); e uma série de questões relacionadas à forma como essas testemunhas serão ouvidas em audiência (ver subitens *c* a *g*).

⁵⁸⁶ Elaborado com base no modelo utilizado por Gabrielle Kaufmann-Kohler (2011).

- (a) Uso de depoimentos escritos: momento da sua apresentação, número de rodadas de declarações, escopo e finalidade das declarações

Embora não seja usual em muitos sistemas processuais, a apresentação de declarações escritas das testemunhas em arbitragens tornou-se cada vez mais frequente. Por outro lado, o desconhecimento sobre essa prática e a adoção de formas híbridas podem gerar conflitos. Deve-se ponderar sobre a adoção ou não de depoimentos escritos das testemunhas, considerando a complexidade do caso e a familiaridade das partes, bem como de seus representantes, com as declarações escritas. Caso sejam adotadas declarações escritas, deve ser definido o momento de sua apresentação — junto com determinada alegação ou em momento posterior, a ser decidido pelo tribunal arbitral —, bem como a possibilidade de, após serem conhecidas as declarações das outras partes, haver mais de uma rodada de declarações ou aditamento às declarações apresentadas.

Importante definir, ainda, se essas declarações serão correspondentes aos depoimentos diretos das testemunhas em audiência e se o conteúdo do depoimento limita o escopo da interrogação da testemunha em audiência.

- (b) Informação antecipada sobre o nome das testemunhas e o conteúdo do depoimento e limitações ao número de testemunhas

Na arbitragem, a prática de apresentação de rol de testemunha desenvolveu algumas particularidades. Caso se opte pela apresentação de depoimentos escritos, estes, em geral, substituem o rol de testemunha. Entretanto, mesmo nesses casos, pode-se conceder às partes oportunidade de indicar testemunhas que não estão sob seu controle as quais pretendem ouvir em audiência. Por outro lado, caso não se adote a prática de apresentar declarações escritas das testemunhas, é usual que o tribunal arbitral estabeleça um momento para apresentação de rol de testemunhas, com o intuito de evitar surpresas na audiência e permitir que as outras partes se preparem. É importante que as partes e o tribunal arbitral decidam se essa listagem das testemunhas deve acompanhar as alegações escritas ou se o tribunal arbitral, após a troca das alegações, abrirá prazo especificamente para a indicação das provas que se pretende produzir. O

tribunal deve indicar se as partes qualificarão as testemunhas, apresentarão endereços e informarão o conteúdo do depoimento.

O tribunal deve estabelecer se cada parte informará às testemunhas que pretende ouvir a data, a hora e o local da audiência e se responsabilizará pela condução delas ou se será disponibilizado algum mecanismo de notificação, via tribunal arbitral ou instituição de arbitragem. O recurso ao judiciário para condução de testemunhas recalcitrantes é possível, mas deve ser evitado.

(c) Ordem do depoimento das testemunhas

Não há regras sobre a ordem da oitiva de testemunhas nos principais regulamentos de arbitragem, sendo habitual sua realização de maneira mais flexível que a usual no procedimento judicial. Por exemplo, é possível ouvir as testemunhas por assunto, independentemente da parte que as convocou, assim como ouvir as testemunhas fáticas antes das técnicas (de praxe no procedimento judicial). Embora a flexibilidade prevaleça, é conveniente, diante do caso concreto e das testemunhas arroladas, que os árbitros e as partes acordem a melhor ordem para ouvir as testemunhas e que todos sejam informados dessa ordem antes da audiência.

Além da ordem de depoimento das testemunhas, é necessário esclarecer como será a inquirição de cada uma delas. Deve-se indicar se as partes poderão inquirir as testemunhas diretamente — forma mais usual — ou se isso será realizado por meio dos árbitros, como no processo judicial. Caso as partes sejam autorizadas a inquirir a testemunha diretamente, deve-se estabelecer: se haverá inquirição da testemunha primeiro pela parte que a convocou (*direct-examination*) ou se a declaração escrita substituirá essa arguição; se poderá haver perguntas pela contraparte (*cross-examination*); se haverá a possibilidade de serem feitas reperguntas (*re-examine*); e, eventualmente, se será concedida mais uma oportunidade à contraparte (*re-cross*).

(d) Admissibilidade de depoimento das partes, seus representantes jurídicos e funcionários e necessidade de testemunhar sob juramento

Outra questão divergente entre a prática arbitral e a judicial é a exigência de a testemunha depor sob juramento e a permissão do depoimento das partes e das pessoas a elas afiliadas (em geral, representantes legais e funcionários de pessoas jurídicas).

Na prática arbitral, tornou-se habitual a dispensa do depoimento juramentado, mas há advertência à testemunha sobre o dever de dizer a verdade.

Nesse mesmo sentido, na prática inexistente distinção entre testemunhas independentes e testemunhas relacionadas com as partes. Normalmente, na arbitragem não há distinção entre testemunha e informante, e impugnações aos depoimentos deles não são aceitas. Cabe aos árbitros valorar livremente o depoimento de cada testemunha e formar a sua própria convicção.

(e) Permanência das testemunhas na sala de audiência antes e depois do depoimento

Uma questão vista de maneira diversa por advogados e árbitros provenientes de sistemas jurídicos distintos é a possibilidade de as testemunhas permanecerem na sala de audiência antes e depois de seu depoimento. Por um lado, há uma preocupação com a contaminação da verdade dos fatos a serem narrados pelas testemunhas com o que elas ouvem dos demais depoimentos. Por outro, a presença, na sala de audiência, de outras testemunhas envolvidas nos fatos pode inibir uma determinada testemunha de falar com a verdade. Independentemente da postura a ser adotada pelo tribunal, tal questão pode ser objeto de discussão em um momento preparatório da audiência, evitando o surgimento da controvérsia no curso desta.

(f) Confrontação de testemunhas

A prática de confrontar testemunhas é usual para testemunhas técnicas, ou peritos. No entanto, também pode ser utilizada com as testemunhas fáticas. Se o tribunal tem interesse em utilizar tal técnica, é recomendável a discussão com as partes em momento anterior, seja no início do procedimento, seja em uma conferência preparatória da audiência. A mera possibilidade de tal confrontação pode incentivar as testemunhas a dizer a verdade.

(g) Entrevista de testemunhas antes da audiência e auxílio na preparação de depoimentos escritos

Uma questão ética envolvendo os advogados é a possibilidade de estes terem contato com as testemunhas antes da audiência ou de auxiliá-las na redação de declarações. Para evitar que

haja disparidade entre as posturas de cada parte, deve-se ponderar a necessidade de incluir permissão nesse sentido.

18. TESTEMUNHA TÉCNICA

A necessidade e a forma de realização de prova técnica podem gerar controvérsias no curso do procedimento. Para evitar discussões, deve-se acordar sobre: a ordem da produção das provas, ponderando acerca da postergação da perícia técnica; (ver subitem *a*); a forma de indicação dos peritos, caso seja necessária a realização de perícia (ver subitem *b*); a necessidade de elaborar o termo de perícia (ver subitem *c*); e os prazos para a apresentação do laudo pericial e para a manifestação sobre este, esclarecendo a possibilidade e a forma de inquirição dos peritos (ver subitem *d*).

É importante definir, ainda, se o *expert* jurídico será tratado como uma testemunha técnica e estará sujeito a inquirição pela parte contrária.

(a) Ordem da produção da prova técnica

A flexibilidade da arbitragem permite que o julgador postergue a produção das provas técnicas para uma fase posterior à da produção de provas orais. A estruturação das provas deve ser analisada pelas partes e pelos árbitros, especialmente nos casos em que a prova oral pode solucionar o litígio. Essa estratégia pode evitar desgastes com a realização de prova pericial ou, ainda, restringir o escopo da perícia, delimitando-se aos pontos que restaram controvertidos após a prova oral.

(b) Indicação de peritos

O tribunal arbitral e as partes devem discutir sobre a forma de indicação de peritos, a necessidade de apresentação de parecer escrito, a possibilidade de inquirição pela parte contrária em audiência e a confrontação com o outro perito. Pode-se optar tanto pela indicação do perito técnico pelos árbitros como pela indicação, pelas partes, de seus próprios peritos ou, ainda, por outros métodos nos quais há acordo entre partes sobre o nome de perito — por exemplo, por meio de troca de lista com nomes de potenciais peritos.

(c) Termo de perícia

Assim como o termo de arbitragem delimita o escopo do litígio, deve-se considerar a realização de um termo de perícia delimitando o escopo da perícia com a indicação dos quesitos a ser respondidos. Além do escopo, pode-se utilizar essa oportunidade para delimitar os documentos a que o perito deve ter acesso, bem como para estabelecer regras sobre a conduta ética do perito.

(d) Prazos para apresentação de pareceres, possibilidade de inquirição e confrontação entre peritos

Deve ser estabelecido o prazo para apresentação de relatório da perícia e eventuais comentários da outra parte sobre o relatório pericial apresentado. Da mesma maneira, deve-se acordar, desde o início, sobre a possibilidade de inquirição da testemunha técnica em audiência, bem como a confrontação entre os técnicos.

19. ANÁLISE DO LOCAL (*ON-SITE INSPECTION*)

Dependendo do objeto da arbitragem, uma inspeção do local de uma obra, de uma propriedade, de uma máquina ou mesmo de documentos volumosos ou sensíveis pode ser necessária ou facilitar a compreensão sobre o litígio pelo tribunal arbitral. Nesses casos, o tribunal e as partes devem esclarecer a possibilidade de realizar tais inspeções, além da forma como estas serão realizadas, certificando-se de que os representantes de todas as partes estejam presentes — ou de que a eles seja concedida a oportunidade de estar presente — e alocando os custos dessa inspeção.

20. AUDIÊNCIA

Diversas questões processuais podem surgir em relação à audiência. Por essa razão, deve-se analisar a conveniência de definir regras processuais no início do caso. Ainda que a opção seja realizar a conferência para organizar a audiência em um momento posterior, as questões a serem definidas são semelhantes. São elas: a necessidade de realização de audiência e a fixação de data preliminar (ver subitem *a*); a definição do local da audiência (ver subitem *b*); a eventual limitação

do tempo da audiência (ver subitem *c*); a possibilidade de uso de videoconferência (ver subitem *d*); a forma de arguição das testemunhas (ver subitem *e*); a identificação dos documentos essenciais (ver subitem *f*); a transcrição (ver subitem *g*); e as alegações orais iniciais e finais (ver subitem *h*).

(a) Necessidade de realização de audiência e fixação de data preliminar

Tendo em vista os altos custos e a dificuldade de compatibilizar diversas agendas para realização da audiência, deve-se avaliar se esta é realmente necessária. Nesse ponto, é importante notar que algumas legislações e alguns regulamentos arbitrais impõem ao tribunal a obrigatoriedade de realização de audiência sempre que uma das partes assim demandar.

Caso a audiência seja necessária, é conveniente que as partes e o tribunal estabeleçam, no início do procedimento, uma data, ainda que provisória, para a realização da audiência. Dessa forma, todas as partes envolvidas podem reservar as datas, evitando a discussão no meio do procedimento e o atraso deste.

Também é preciso considerar se a audiência será realizada em uma única etapa ou em dois ou mais períodos separados (divisão por ponto controvertido e/ou testemunhas fáticas e técnicas).

(b) Definição do local da audiência

Deve-se refletir de maneira ponderada sobre o local da realização da audiência, considerando-se não apenas o local da arbitragem, mas a possibilidade da realização de audiência em local diverso, onde as testemunhas estiverem e/ou for mais conveniente às partes, a seus representantes e aos árbitros. Ao decidir qual será o local da realização da audiência, deve-se levar em consideração a sua estrutura para receber a audiência, verificando a adequação da infraestrutura física e a existência de recursos que possam ser necessários — como estenotipia e intérpretes.

(c) Limitação do tempo da audiência

As audiências tornaram-se cada vez mais longas. Nesse sentido, deve-se considerar a necessidade e a conveniência de delimitar a sua duração, seja pela alocação de tempo a cada parte (*chess clock*), seja pela limitação do número de testemunhas. A necessidade de apresentações orais, iniciais e finais, que repetem argumentos já apresentados ou que serão apresentados em alegações finais, também deve ser posta em pauta.

(d) Possibilidade da participação por videoconferência

O uso da tecnologia durante a realização da audiência deve ser acordado entre as partes — por exemplo, a possibilidade de realizar a oitiva de testemunha por videoconferência e a forma como essa será realizada, considerando facultar às partes o envio de representante ao local onde a testemunha está fisicamente.

(e) Arguição das testemunhas

Caso a matéria não tenha sido disciplinada no item que trata das testemunhas, é importante esclarecer como estas serão inquiridas, o que inclui definir não apenas a ordem em que as testemunhas serão chamadas a depor, mas também quem fará a sua arguição e se será concedida oportunidade de inquirição pela parte contrária (*cross-examination*).

É recomendável que as partes e o tribunal arbitral elaborem uma agenda para a audiência com a ordem e o dia em que cada testemunha será ouvida e com a previsão de duração de cada depoimento, evitando que as testemunhas se locomovam ao local da realização da audiência desnecessariamente.

(f) Identificação dos documentos essenciais para audiência

Com o objetivo de facilitar os trabalhos em audiência, o tribunal deve solicitar às partes que identifiquem os documentos que utilizarão em audiência. Essas compilações podem ser realizadas de diversos modos: uma por parte, uma compilação conjunta das partes, compilações específicas para cada testemunha etc.

(g) Transcrição

A necessidade e a forma de realizar a transcrição da audiência também devem ser esclarecidas. As opções usuais são a transcrição na íntegra, palavra por palavra, da audiência ou apenas a síntese realizada pelo tribunal arbitral do que foi dito em audiência. Com o avanço da tecnologia, tornou-se possível, ainda, a disponibilização dos áudios da audiência. Além disso, recomenda-se acordar questões como prazo para entrega das transcrições — em especial, se estarão disponíveis, ainda que em versões preliminares, ao final de cada dia da audiência, para que possam servir para preparação da inquirição das demais testemunhas.

(h) Alegações orais iniciais e finais

O tribunal deve esclarecer se concederá às partes oportunidade para a realização de apresentações orais iniciais e finais e, se for o caso, limitar o seu tempo.

VIII.3 Síntese: cresce a importância da regulamentação *in concreto*

Este item demonstrou a crescente importância da participação ativa das partes e dos árbitros na definição de questões procedimentais na arbitragem, ou na “arbitralização da arbitragem”, nas palavras de Nunes Pinto (2003). As opções procedimentais existentes são muitas, e a ausência de definição por meio de normas *in concreto* (ou *tailor made*) para cada caso pode gerar inseguranças e embates processuais no decorrer do procedimento.

É possível que surjam diferenças ao longo do procedimento, especialmente quando envolve partes de culturas jurídicas diversas, mesmo entre aqueles que estão acostumados à prática arbitral e têm maior conhecimento da forma como esse procedimento usualmente se desenvolve. A questão se torna mais urgente com a entrada de novos atores, o que ocorre cada vez mais no Brasil, que não têm conhecimento da prática arbitral e se surpreendem com as diferenças entre o procedimento judicial e o arbitral.

Portanto, constatada a pluralidade de fontes normativas do processo arbitral, é necessário que, diante do caso concreto, sejam realizadas opções claras, de maneira a oferecer mais

segurança jurídica para aqueles envolvidos em arbitragens e, conseqüentemente, mais credibilidade ao instituto. A análise feita com base na lista de verificação proposta corrobora com a necessidade da discussão de várias questões processuais.

CONCLUSÃO

O desafio deste trabalho foi analisar o quadro regulatório das questões processuais da arbitragem no âmbito internacional.

A primeira dificuldade enfrentada dizia respeito à aplicação das normas dos códigos de processo civil ou de outras regras processuais nacionais. Em termos legislativos, essa dificuldade foi superada com o reconhecimento da autonomia das partes e, subsidiariamente, dos árbitros para estabelecer regras processuais pelas convenções internacionais, pela Lei Modelo, pelas legislações nacionais e pelos mais diversos regulamentos de arbitragem. Entretanto, aspectos culturais, assim como a formação jurídico processual dos atores envolvidos na arbitragem, ainda influencia a forma como esta é conduzida.

A segunda dificuldade foi identificar uma metodologia própria para o processo arbitral, afastando a processualização da arbitragem. Para tanto, é necessário se desprender da visão monista do direito, estritamente vinculada à existência de norma legal, e admitir a existência de um pluralismo normativo no âmbito internacional. Adotando-se a metodologia do direito transnacional, que reconhece o entrelaçamento de uma pluralidade de fontes normativas, é possível estabelecer um quadro regulatório próprio do processo arbitral.

A terceira dificuldade foi reconhecer o conteúdo desse quadro regulatório. Constatou-se a harmonização da prática arbitral com a semelhança do procedimento adotado em diversos países. Não há, entretanto, uniformização dessa prática, e seu conteúdo é de difícil identificação. Essa dificuldade não foi superada. Evidências da harmonização da prática arbitral em um determinado momento histórico poderão ser constatadas em estudos futuros sobre aspectos específicos do procedimento arbitral ou por pesquisas empíricas, como a que está sendo conduzida pela Universidade Queen Mary e será divulgada em setembro de 2012.

Após a análise realizada, verificou-se que o paradoxo indicado no início deste estudo persiste. Por mais que haja crescimento da harmonização da prática processual arbitral, com a evolução das transações internacionais e o aumento no número de atores participantes nesse meio, os embates sobre a maneira adequada de conduzir o procedimento arbitral continuam recorrentes. O grande desafio que permanece para a comunidade arbitral é criar normas que, ao mesmo tempo que concedem autonomia às partes e aos árbitros, possam dar segurança a todos os

participantes da arbitragem.

Para enfrentar essas dificuldades, a primeira parte deste trabalho apresentou a contextualização do problema. Primeiro, foram citados como exemplo alguns casos nos quais houve questionamentos sobre aspectos processuais da arbitragem. Em seguida, foi traçada a evolução histórico-legislativa que consagrou a autonomia processual das partes e afastou a aplicação mandatória das leis processuais nacionais. Nesse contexto, foi proposta a análise das normas processuais aplicadas na arbitragem à luz do direito transnacional. O conceito de direito transnacional, concebido por Jessup, mostrou-se apropriado para o desenvolvimento do quadro regulatório das questões processuais da arbitragem, por trazer uma visão pluralista do direito. Esse conceito abrange as normas nacionais e as internacionais, bem como outras fontes normativas que não se enquadram tipicamente em uma categoria tradicional.

Partindo do conceito de direito transnacional, na segunda parte deste trabalho foram analisadas as diversas fontes normativas que compõem o quadro regulatório do processo arbitral. Constatou-se que as legislações nacionais e as convenções internacionais exercem uma regulamentação mínima no processo arbitral, exigindo apenas o respeito ao devido processo legal. Por outro lado, as normas estipuladas pelas partes demonstraram-se extremamente relevantes, sendo que o desrespeito ao que foi por elas acordado em matéria processual possibilita a anulação ou o não reconhecimento da sentença arbitral. Esse contexto permitiu a progressiva harmonização da prática arbitral processual. Verificou-se uma tendência à padronização da forma de condução da arbitragem, independentemente do local de sua realização, possibilitando a autorregulamentação do sistema arbitral. Com o intuito de identificar o conteúdo dessa prática processual arbitral, multiplicaram-se as normas não estatais que visam à regulamentação e à harmonização da arbitragem.

A utilização do método transnacional, que leva em consideração o entrelaçamento entre essas diversas fontes normativas, demonstrou-se adequado como método, mas insuficiente para garantir às partes envolvidas na arbitragem segurança quanto à maneira como esse procedimento será conduzido.

O estudo conclui que há necessidade de atuação mais ativa das partes e dos árbitros no que diz respeito ao esclarecimento, diante do caso concreto, do modo como o procedimento arbitral se desenvolverá. Nesse sentido, a terceira parte desta tese defendeu a necessidade de

maior normativização *in concreto* com a realização de uma conferência processual preparatória para acordar questões processuais e propôs uma lista de verificação com tópicos que podem ser analisados nessa ocasião.

Para que a decisão sobre as questões processuais na arbitragem não seja balizada apenas pelas regras processuais nacionais, é necessário que a prática arbitral, com suas diversas fontes normativas, seja mais divulgada. Dessa forma, apresentam-se algumas sugestões que poderão contribuir para a promoção do conhecimento da prática arbitral e para sua harmonização no Brasil:

- a tradução, para o português, das normas não estatais sobre condução do procedimento arbitral existentes em idioma estrangeiro — por exemplo, as Regras da IBA sobre produção de provas e as Notas da UNCITRAL sobre organização de procedimentos arbitrais;
- a participação organizada e contínua da comunidade arbitral brasileira nos fóruns internacionais nos quais há elaboração de normas não estatais que impactam na condução do procedimento, em especial na UNCITRAL, na CCI e na IBA;
- a criação de um comitê no CBAr responsável pelo acompanhamento da evolução das normas não estatais no âmbito internacional, discutindo internamente os temas em debate no exterior e apresentando comentários sob a perspectiva brasileira;
- a elaboração de normas não estatais sobre a condução do procedimento arbitral as quais correspondam aos anseios da comunidade arbitral brasileira, sob a coordenação de entidades que exerçam papel importante na arbitragem no Brasil, como o CBAr e as principais instituições arbitrais; e
- a publicação de termos de arbitragem, ordens processuais e decisões processuais nas revistas de arbitragem existentes no Brasil, incentivando a circulação e o conhecimento da prática arbitral.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Obras

ABBUD, André. *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*. São Paulo: Atlas, 2008.

ALVES, Rafael. A imparcialidade do árbitro no direito brasileiro: autonomia privada ou devido processo legal? *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, n. 7, p. 109-126, 2006.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. *Curso de Direito Internacional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. *Ordem pública e processo*: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2011.

BASSO, Maristela. As leis envolvidas nas arbitragens comerciais internacionais. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, São Paulo, n. 9, ano 3, p. 307-314, 2000.

_____. Procedimento arbitral atual: necessidade de um diálogo de reforma? In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 1-17.

BAUM, Axel H. Reconciling anglo-saxon and civil law procedure: the path to a procedural lex arbitrationis. In: BRINER, Robert (Coords.). *Law of international business and dispute settlement in the 21st century*: Liber Amicorum Karl-Heinz Bockstiegel. Köln: C. Heymanns, 2001. p. 21-30.

BERGER, Klaus Peter. *The creeping codification of lex mercatoria*. The Hague: Kluwer International, 1999.

BERGER, Klaus Peter et al. The central enquiry on the use of transnational law in international contract law and arbitration: background, procedure and selected results. In: DRAHOZAL, Christopher R.; NAIMARK, Richard W. *Towards a science of international arbitration: collected empirical research*. USA: Kluwer Law International, 2005. p. 207-231.

BISHOP, R. Doak. *A practical guide for drafting international arbitration clauses*. s/d. Disponível em: <www.kslaw.com/library/pdf/bishop9.pdf>. Acesso em: 2 mar. 2011.

_____. International code of ethics for lawyers practicing before international arbitral tribunals. In: [VAN DEN BERG, Jan (Ed.)] *Arbitration in changing times*. The Hague: Kluwer, 2010. (ICCA Congress Series, n. 15).

BISHOP, R. Doak; STEVENS, Margarete. The compelling need for a code of ethics in international arbitration: transparency, integrity and legitimacy. In: [VAN DEN BERG, Jan (Ed.)] *Arbitration in changing times*. The Hague: Kluwer, 2010. (ICCA Congress Series, n. 15).

BLACKBAY, Nigel. Witness preparation: a key to effective advocacy in international arbitration. In: [VAN DEN BERG, Jan (Ed.)] *Arbitration in changing times*. The Hague: Kluwer, 2010. (ICCA Congress Series, n. 15).

BLESSING, Marc. Globalization (and harmonization) of arbitration. *Journal of International Arbitration*, Alphen aan de Rijn, v. 9, p. 79-90, 1992.

BOISSÉSON, Matthieu de. New tensions between arbitrators and parties in the conduct of the arbitral procedure. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, v.16, p. 68-75, out./dez. 2007.

BORN, Gary B. *International commercial arbitration*. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International; Frederick, MD, 2009.

BORRIS, Christian. The reconciliation of conflicts between common law and civil law principles in the arbitration process. In: FROMMEL, Stefan; RIDER, Barry (Eds.). *Conflicting legal cultures in commercial arbitration: old issues and new trends*. London: Kluwer Law International, 1999. p. 1-30.

BRAGHETTA, Adriana. *A importância da sede da arbitragem*. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

BROUDER, Alan. Phillip C. Jessup: the original transnational lawyer. In: TIETJE, Christian *et al.* *Phillip C. Jessup's transnational law revised: on the occasion of the 50th anniversary of its publication*. Halle: Institute for Economic Law; Transnational Economic Law Research Center, 2006. p. 7-17.

BUHLER, Michael W.; WEBSTER, Thomas H. *Handbook of ICC Arbitration*. 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 2008.

BUHRING-UHLE, Christian. A survey on arbitration and settlement in international business disputes: advantages of arbitration. DRAHOZAL, Christopher R.; NAIMARK, Richard W. *Towards a science of international arbitration: collected empirical research*. USA: Kluwer Law International, 2005. p. 25-41.

CALLIESS, Graft-Peter; ZUMBANSEN, Peer. *Rough consensus and running code: a theory of transnational private law*. Oxford: Hart publishing, 2010.

CALLIESS, Graft-Peter; RENNER, Moritz C. From soft law to hard code: the juridification of global governance. *Ratio Juris*, v. 22, 2009 (November 16, 2007). Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1030526>>. Acesso em: 10. fev. 2012.

CARDOZO, Benjamin N. *The nature of the judicial process*, New Haven: Yale University Press, 1921.

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

_____. Flexibilização do procedimento arbitral. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, v. 24, p. 7-21, 2009b.

_____. *Em torno do árbitro*. s/d. Disponível em: <<http://www.josemigueljudice-arbitration.com/en/arbitration-texts/?t=&k=carmona>>. Acesso em: 13 set. 2011.

CECCON, Robert. UNCITRAL notes on organizing arbitral proceedings and the conduct of evidence: a new approach in international arbitration. *Journal of International Arbitration*, Alphen aan de Rijn, v. 14, p. 67-85, 1997.

CLAY, Thomas. *L'arbitre: Prix Jean Robert 2000 décerné par l'Association Française D'Arbitrage*. Paris: Dalloz, 2001. (Nouvelle Bibliothèque de Thèss, v. 2).

COTTERRELL, Roger. What is transnational law? *Law & Social Inquiry*, London, v. 37, n. 2, 2012. Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper n. 103/2012. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2021088#%23>. Acesso em: 3 abr. 2012.

COUND, John et al. *Civil procedure: cases and materials*. 8th ed. St. Paul: West Group, 2001.

CRAIG, W. Laurence. International ambition and national restraints. In: *Arbitration International*, London, v. 1, p. 49-64, 1985.

CRAIG, W. Lawrence; PARK, William W.; PAULSSON, Jan. *Annotated guide to the 1998 ICC Arbitration Rules: with commentary*. New York, US: Oceana, 1998.

_____. *International Chamber of Commerce Arbitration*. 2nd ed. New York, US: Oceana, 1990.

CRETELLA NETO, José. *Empresa transnacional e o direito internacional*. São Paulo: Forense, 2005.

DAVID, René. *Les grands systèmes de droit contemporains*. 8e ed. Paris: Dalloz, 1982.

DELUIGGI, Marco. O conflito de culturas na produção de provas em arbitragens internacionais. In: FINKELSTEIN, Claudio et al. (Coords.). *Arbitragem internacional: UNIDROIT, CISG e direito brasileiro*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 137-150.

DERAINS, Yves. Some remarks on the management of international arbitration proceedings. *Revista de Arbitragem e Mediação*, São Paulo, v. 12, p. 132-135, jan./mar. 2007.

DERAINS, Yves; SCHWARTZ, Eric A. *Guide to the new ICC rules of arbitration*. 2nd ed. The Hague: Kluwer Law International, 2005.

DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant. *Dealing in virtue: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order*. Chicago: University of Chicago Press, 1996.

DOLINGER, Jacob. Da “dignidade da diferença” ao moderno direito internacional privado. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 100, n. 373, p. 113-120, maio/jun. 2004.

DONOVAN, Donald Francis. The transnational advocate. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.). *ICCA Congress Series n. 15: arbitration in changing times*, 2011. p. 3-8.

ELSING, Siegfried H.; TOWNSEND, John M. Bridging the common law-civil law divide in Arbitration. *Arbitration International*, London, v. 18, n. 1, p. 59-65, 2002.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FISCHER-LESCANO, Andreas; TEUBNER, Gunther. Regime-Collisions: the vain search for legal unity in the fragmentation of global law. *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, v. 25, p. 999-1046, 2004.

FORTIER, L. Yves. The minimum requirements of due process in taking measures against dilatory tactics: arbitral discretion in international commercial arbitration – “a few plain rules and a few strong instincts”. In: VAN DEN BERG, Albert Jan (Ed.). *Improving the efficiency of arbitration and awards: 40 years of application of the New York Convention*. Paris: Kluwer Law International, 1999. p. 396-409. (ICCA Congress Series, v. 9).

FOUCHARD, Philippe. *L'arbitrage commercial international*. Paris: Dalloz, 1965.

_____. Une initiative contestable de la CNUDI. *ASA Bulletin*, The Hague, v. 12, n. 3, p. 369-382, 1994.

FRANCO, Mariulza. Nova cultura do litígio: necessária mudança de postura. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). *Arbitragem: estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares*. São Paulo: Atlas, 2007. p. 112-124.

GAILLARD, Emmanuel. Transnational law: a legal system or a method of decision making. *Arbitration International*, London, v. 17, n. 1, p. 59-71, 2001.

_____. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2008.

_____. *Legal theory of international arbitration*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2010.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

GAMA, Lauro; SAUMIER, Geneviève. Non-state law in the (proposed) Hague Principles on choice of law in international contracts. In: ARROYO, Diego P. Fernández; PERALTA, Juan José Obando (Coords.). *El derecho internacional privado en los procesos de integración regional: Jornadas de la ASADIP 2011*, San José, 24-26 de noviembre. San José: Editora Jurídica Continental, 2011. p. 41-65.

GOLDMAN, Berthold. Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International*, The Hague, v. 109, p. 347-485, 1963.

_____. Frontières du droit et "lex mercatoria". *Archives de philosophie du droit*, Paris, v. 9, p. 177-192, 1964.

GREENBERG, Simon; FERIS, José. Reference to the IBA Guidelines on conflicts of interest in international commercial arbitration ("IBA Guideline") when deciding on the arbitrator independence in ICC cases. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Paris, v. 20, n. 2, p. 33-40, 2009.

GREENBERG, Simon; MANGE, Flavia F. Institutional and ad hoc perspectives on the temporal conflict of arbitral rules, *Journal of International Arbitration*, Geneva, v. 27, n. 2, p. 199-213, 2010.

GUSY, Martin F.; HOSKING, James M.; SCHWARZ, Franz T. *A guide to the ICDR international arbitration rule*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2011.

HANOTIAU, Bernard. Civil law and common law procedural traditions in international arbitration: who has crossed the bridge? In: BOND, Stephen (Ed.) et al. *Arbitral procedure at the dawn of the new millennium: reports of the International Colloquium of CEPANI*, October 15, 2004. Brussels: Bruylant, 2005. p. 83-98.

HASCHER, Dominique. *Collection of procedural decisions in ICC arbitration 1993-1996*. 2nd ed. The Hague: Kluwer Law International, 1998.

HAZARD, Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. *American civil procedure: an introduction*. New Haven; London: Yale University Press, 1993.

_____. Transnational rules of civil procedure rules and commentary. *Cornell International Law Journal*, Ithaca, v. 30, p. 493-540, 1997.

HERRMAN, Gerold. Overcoming regional differences: arbitral practice, comparative law and the approximation of laws. In: SANDRES, Pieter (Ed.). *Arbitration in settlement of international disputes involving the far east and arbitration in combined transportation*. The Hague: T.M.C. Asser Institute; Kluwer Law International, 1988. p. 291-299. (ICCA Congress Series, n. 4).

_____. Power of arbitrators to determine procedures under the UNCITRAL Model Law. In: VAN DEN BERG, Albert (Ed.). *Planning efficient arbitration proceedings*. The Hague: T.M.C. Asser Institute; Kluwer Law International, 1996. p. 39-55. (ICCA Congress Series, n. 7).

HOLTZMANN, Howard M.; BERNINI, Giorgio. Hypothetical case for use in a comparative study of arbitration practice in various legal systems. In: Pieter Sanders (Ed.). *Comparative arbitration practice and public policy in arbitration*. 1986. New York: Kluwer Law International, 1987. p. 19-152. (ICCA Congress Series, v. 3).

HOLTZMANN Howard M.; NEUHAUS, Joseph E. *A guide to the UNCITRAL model law on international commercial arbitration: legislative history and commentary*. Deventer; Boston; The Hague: Kluwer Law and Taxation Publishers; T.M.C. Asser Institute, 1989.

JESSUP, Phillip C. *Transnational law*. New Haven: Yale University Press, 1956.

_____. *Direito transnacional*. Tradução de Carlos Ramires Pinheiro da Silva. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1965.

JUNQUEIRA, Gabriel Hescovici. Flexibilidade do procedimento arbitral e poderes instrutórios dos árbitros na arbitragem brasileira: possibilidade de restringir os poderes instrutórios dos

árbitros em nome da autonomia da vontade. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, v. 31, p. 29-58, 2011.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Globalization of arbitral procedure. *Vanderbilt Journal Transnational Law*, Nashville, v. 36, p. 1313-1333, 2003.

_____. Identifying and applying the law governing the arbitration procedure: the role of the law of the place of arbitration. In: VAN DEN BERG, Albert (Ed.). *Improving the efficiency of arbitration and awards: 40 years of application of the New York Convention*, Paris: Kluwer Law International, 1999. p. 336-365. (ICCA Congress Series, v. 9).

_____. *Procedural rules: model*. Enviado por e-mail pela autora em 30 de maio de 2011.

_____. Soft law in international commercial arbitration: codification and normativity. *Journal of International Dispute Settlement*, Oxford, p. 1-17, 2010.

KESSEDJIAN, Catherine. Principe de la contradiction et arbitrage, *Revue de l'Arbitrage*, Paris, v. 1995, n. 3, p. 381-410, 1995.

KOH, Harold Hongju. Transnational legal process. *Nebraska Law Review*, Lincoln, v. 75, p. 181-206, 1996.

KURKELA, Matti S. *Due Process in international commercial arbitration*. Oxford; New York: Oxford University Press, 2010.

LALIVE, Pierre. Codification et arbitrage international. GOLDMAN, Berthold. *Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Goldman*. Paris: Litec, 1982. p. 150-166.

_____. De la fureur réglementaire. *ASA Bulletin*, The Hague, v. 12, n. 2, p. 213-219, 1994.

LANDAU, Toby. The regularization of international commercial arbitration: comparative trends and tensions. In: HAMADA, Koichi; MATSUSHITA, Mitsuo; KOMURA, Chikara (Eds.). *Dreams and dilemmas: Seikei University 50th Anniversary International Conference*. Pasir Panjang: Institute of Southeast Asian Studies, 2000. p. 439-463.

LAZAREFF, Serge. International arbitration: towards a common procedural approach. In: FROMMEL, Stefan & RIDER Barry. *Conflicting legal cultures in commercial arbitration: old issues and new trends*. United Kingdom: Kluwer Law International, 1999. p. 31-38.

LEMES, Selma Maria Ferreira. Princípios e Origens da Lei de Arbitragem. In *Revista do Advogado*, n. 51, p. 32-35, 1997.

_____. *Termo de arbitragem e suas particularidades*. Publicado no Mundo Jurídico em 31 jul. de 2006. Disponível em: <www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/.../29750-29766-1-PB.pdf>. Acesso em: 21 dez. 2010.

LEW, Julian. Achieving the dream: autonomous arbitration. *Arbitration International*, London, v. 22, n. 2, p. 179-203, 2006.

LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KROLL, Stefan. *Comparative commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003.

LOSANO, Mario G. Modelos teóricos, inclusive na prática: da pirâmide à rede – novos paradigmas nas relações entre direitos nacionais e normativas supraestatais. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, ano 8, n. 16, jul./dez. 2005.

LOWENFELD, Andreas F. International arbitration as an omelette: what goes into the mix. In: _____. *Lowenfeld on international arbitration: collected essays over three decades*. Huntington, NY: Juris, 2005. p. 58-71.

_____. The two-way mirror: international arbitration as comparative procedure. *VII Michigan Yearbook of International Legal Studies*, Ann Arbor, n. 187, p. 163-185, 1985.

LYNCH, Katherine. *The forces of economic globalization: challenges to the regime of international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 2003.

MAGALHÃES, José Carlos de. A diversidade dos princípios que governam o procedimento arbitral e o judiciário. In: GABAN, Eduardo; DOMINGUES, Juliana (Coords.). *Estudos de direito econômico e economia da concorrência*. Curitiba: Juruá, 1999. p. 233-240.

_____. Do procedimento arbitral. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.). *Aspectos atuais da arbitragem*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 155-169.

_____. A ordem das provas no processo arbitral. In: BERTASI, Maria Odette Duque; CORREA NETTO, Oscavo Cordeiro (Coords.). *Arbitragem e desenvolvimento*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 51-59.

_____. *O risco da processualização da arbitragem*. Disponível em: <www.jcmadv.com.br/download/artigos/processualizacao_arbitragem.pdf>. Acesso em: 13 set. 2011.

MAGALHÃES, José Carlos; VALLE, Regina Ribeiro. Mundialização do Direito. In: LEMES, Selma Ferreira; CARMONA, Carlos Alberto; MARTINS, Pedro Batista (Coords.). *Arbitragem*:

estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares. São Paulo: Atlas, 2007. p. 254-266.

MANGE, Flavia Foz et al. 2^a fase da pesquisa “Arbitragem e o poder judiciário”: relatório do tema homologação de sentença arbitral estrangeira. 2010. Disponível em: <http://www.cbar.org.br/bib_pesquisa_fgv_cbar.html>. Acesso em: 4 dez. 2011.

MANN, F. A. Lex facit arbitrum. In: SANDERS, Pieter (Ed.). *International arbitration liber amicorum for Martin Domke*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1967. p. 157-183.

MANTILLA-SERRANO, Fernando. Towards a transnational procedural public policy. In: GAILLARD, Emmanuel; PINSOLE, Philippe; SCHLAEPFER, Anne Veronique; DEGOS, Louis (Eds.). *Towards a uniform international arbitration law?* New York: Juris Net, 2005. p. 163-198. (IAI Series on International Arbitration n. 3).

MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitragem através dos tempos: obstáculos e preconceitos à sua implementação no Brasil. In: GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.) *A arbitragem na era da globalização: coletânea de artigos de autores brasileiros e estrangeiros*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 35-52.

_____. Apontamentos sobre a lei de arbitragem. Rio de Janeiro: Forense, 2008a.

_____. Panorama sobre as provas na arbitragem. In: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (Coord.). *Arbitragem Brasil: aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo: Quartier Latin, 2008b. p. 327-358.

MAYER, Pierre. Comparative analysis of power of arbitrators to determine procedural in civil and common law systems. In: VAN DEN BERG, Albert (Ed.). *Planning efficient arbitration proceedings*. The Hague: T.M.C. Asser Institute; Kluwer Law International, 1996. p. 24-38.

MCDUGAL, Myres; LASSWELL, Harold D.; REISMAN, Michel. Theories about international law: prologue to a configurative jurisprudence. *Virginia Journal of International Law*, Charlottesville, v. 8, p. 188-299, 1968.

MENDES, Rodrigo Octávio Broglia. *Arbitragem, lex mercatoria e direito estatal: uma análise dos conflitos ortogonais no direito transnacional*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MENTSCHIKOFF, Soia. Commercial arbitration. *Columbia Law Review*, New York, v. 61, p. 846-869, 1961.

MISTELIS, Loukas. Unidroit principles applied as “Most Appropriate Rules of Law” in a swedish arbitral award. *Uniform Law Review*, Rome, v. 8, p. 631-640, 2003.

MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do processo arbitral*. 2010. 415 f. Tese (Doutorado em Direito)– Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MUSTILL, Michael J., Sir; BOYD, Stewart C. *The law and practice of commercial arbitration in England*. 2nd ed. London: Butterworths, 1989.

NASSER, Salem Hilmat. *Fontes e normas do direito internacional: um estudo sobre a soft law*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NOTTAGE, L. The procedural *lex mercatoria*: the past, present and future of international commercial arbitration. In: CDAMS SYMPOSIUM, 2003, Kobe, Japão. CDAMS Discussion Paper 03/1E, Kobe: 29 set. 2003. Disponível em: <http://www.cdams.kobe-u.ac.jp/archive/dp0306_e.htm>. Acesso em: 19 maio 2011.

NUNES PINTO, José Emilio. A arbitralização da arbitragem. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. 15, 30 nov. 2003. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4035>. Acesso em: 18 maio 2011.

_____. Anotações sobre a produção de prova na arbitragem. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Porto Alegre, v. 25, p. 7-28, jan./mar. 2010.

PARK, William. Arbitration's protean nature: the value of rules and the risks of discretion. *Arbitration International*, London, v. 19, p. 279-301, 2003.

_____. Procedural evolution in business arbitration: three studies in change. In: _____. *Arbitration of international business disputes: studies in law and practice*. Oxford, 2006a. p.1-67.

_____. The procedural soft law of international arbitration: non-governmental instruments. In: MISTELIS, Loukas; LEW, Julian. *Pervasive problems in international arbitration*. The Netherlands: Kluwer Law, 2006b. p. 141-154.

_____. Procedural default rules revised in arbitration insights. In: LEW, Julian; MISTELIS, Loukas (Eds.). *Twenty years of the annual lecture of the School of International Arbitration, sponsored by Freshfields, Bruckhaus Deringer*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2007. p. 360-366.

_____. Arbitration in autumn. *Journal of International Dispute Settlement*, Oxford, v. 2, n. 2, p. 1-29, Sept. 2011a.

_____. *Procedural checklist for organization conference*. Enviada pelo autor por e-mail em 5 de junho de 2011b.

PAULSSON, Jan. *Arbitration in three dimensions. LSE Law, Society and Economy Working Papers* 2/2010. Disponível em: <www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm>. Acesso em: 3 fev. 2011.

PAULSSON, Jan; PETROCHILLOS, George. *Revision of the UNCITRAL Arbitration Rules*. 2006. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules_travaux.html>. Acesso em: 12 dez. 2010.

PINHEIRO, Luís Lima. *Arbitragem transnacional: a determinação do estatuto da arbitragem*. Almedina: Coimbra, 2005. Disponível em: <<http://arbitragem.pt/estudos/index.php>>. Acesso em: 26 fev. 2012.

_____. The confluence of transnational rules and national directives as the legal framework of transnational arbitration. Coimbra, 2006. Disponível em: <<http://arbitragem.pt/estudos/index.php>>. Acesso em: 10 set. 2011.

POUDRET, Jean-François; BESSON, Sébastien. *Comparative law of international arbitration*. Translation by Stephen V. Berti and Annette Ponti. 2nd ed. updated and reviewed. London: Thomson, 2007.

PRYLES, Michael. Limits to party autonomy in arbitral procedure. *Journal of International Arbitration*, New York, v. 24, n. 3, p. 327-339, 2007.

RABEL, Ernst. *Das Recht des Warenkaufs: eine rechtsvergleichung Darstellung*. Berlin e Leipzig: W. de Gruyter, 1936.

REDFERN, Alan; HUNTER, Martin et al. *Law and practice of international commercial arbitration*. 4th ed. London: Sweet & Maxwell, 2004.

_____. *Redfern and Hunter on international commercial arbitration*. 5th ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

RENNER, Moritz. Towards a hierarchy of norms in transnational law? *Journal of International Arbitration*, New York, v. 26, n. 4, p. 534-537, 2009.

REYMOND, Claude. Civil law and common law procedures: which is the more inquisitorial? A civil lawyer's response. *Arbitration International*, London, v. 5, n. 4, p. 357-368, 1989.

RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *International arbitration law*. Deventer; Boston: Kluwer Law and Taxation, 1989.

SANDERS, Pieter (Ed.). *The work of the UNCITRAL Arbitration and Conciliation*. 2nd ed. exp. The Hague: Kluwer Law International, 2004.

SALACUSE, Jeswald W. Making transnational law work through regime-building: the case of international investment law. In: BEKKER, Pieter H. F.; DOLZER, Rudolf; WAIBEL, Michael (Coord). *Making transnational law work in the global economy, essays in honour of Detlev Vagts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 406-430.

SCHULTZ, Thomas. The concept of law in transnational arbitral legal orders and some of its consequences. *Journal of International Dispute Settlement*, Oxford, v. 2, n. 1, p. 59-85, 2011.

SILBERMAN, Linda. International arbitration: comments from a critic. *The American Review of International Arbitration*, New York, v. 13, p. 9-18, 2002.

SMIT, Hans. Substance and procedure in international arbitration: the development of a new legal order. *Tulane Law Review*, New Orleans, n. 65, p. 1309-1322, 1991.

SOARES, Guido Fernandes Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Curso de direito internacional público*. São Paulo: Atlas, 2002. v. 1.

STAUGHTON, Lord. Common law and civil law procedures: which is the more inquisitorial? A common lawyer's response. *Arbitration International*, London, v. 5, n. 4, p. 351-356, 1989.

STEINER, Henry J.; VAGTS, Detlev F.; KOH, Harold Hongju. *Transnational legal problems: materials and text*. 4th ed. New York: The Foundation Press, 1994.

STEINER, Henry J. Constructing and developing transnational law: the contribution of Detlev Vagts. In: BEKKER, Pieter H. F.; DOLZER, Rudolf; WAIBEL, Michael (Coords.). *Making transnational law work in the global economy: essays in honour of Detlev Vagts*. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 10-16.

STRENGER, Irineu. *Direito processual internacional*. São Paulo: LTr, 2003.

TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoietico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1993.

_____. Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationales Rechtspluralismus. *Basler Schriften zur europäischen Integration*, Basel, 1996.

_____. “Globale Bukowina”: legal pluralism in the world society. In: _____. *Global law without a State*. Dartmouth: Aldershot, 1997. p. 3-28.

_____. *A Bukowina Global sobre a emergência de um pluralismo jurídico transnacional*. *Revista Impulso*, Piracicaba, v. 14, n. 33, p. 1-191, jan./abr. 2003.

TIETJE, Christian; NOWROT, Karsten. Laying conceptual ghosts to rest: the rise of Phillip C. Jessup’s “Transnational Law” in regulatory governance of the international economic system. In: TIETJE, Christian *et al.* *Phillip C. Jessup’s transnational law revised: on the occasion of the 50th anniversary of its publication*. Halle: Institute for Economic Law; Transnational Economic Law Research Center, 2006. p. 17-44.

TOOPE, Stephen. J. *Mixed international arbitration: studies in arbitration between States and private persons*. Cambridge: Groutius, 1990.

TURNER, Peter; MOHTASHAMI, Reza. *A guide to the LCIA Arbitration Rules*. Oxford: Oxford Press, 2009.

VAGTS, Detlev F. *Transnational business problems*. New York: The Foundation Press, 1986.

VEEDER, W. London Court of International Arbitration: the new 1985 LCIA Rules. *Yearbook of Commercial Arbitration*, London, v. 23, p. 366-376, 1998.

VAN DEN BERG, Albert Jan. *The New York Arbitration Convention of 1958: towards a uniform judicial interpretation*. Deventer; Boston: Kluwer Law and Taxation, 1981.

VON MEHREN, Arthur Taylor. To what extent is international commercial arbitration autonomous? In: GOLDMAN, Berthold. *Le droit des relations économiques internationales: études offertes à Goldman*. Paris: Litec, 1982. p. 215-227.

ZUMBANSEN, Peer. Transnational legal pluralism. *Transnational Legal Theory*, Oxford/Portland, v. 2, n. 1, p. 141-189, 2010.

2. Documentos e convenções internacionais

AAA. AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Rules and Standards of the Voluntary International Arbitration Tribunals*. 1951. Obtido por e-mail em 17 de maio de 2011 de Christian Alberti, assistant vice president ICDR.

AAA. AMERICAN BAR ASSOCIATION. *International Arbitration Rules*. 1 March 1991. Obtido por e-mail em 17 de maio de 2011 de Christian Alberti, assistant vice president ICDR.

AAA. AMERICAN BAR ASSOCIATION. *International Arbitration Rules*. 1 May 1992. Obtido por e-mail em 17 de maio de 2011 de Christian Alberti, assistant vice president ICDR.

ALI/UNIDROIT. AMERICAN LAW INSTITUTE / INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. *Principles of transnational civil procedure*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

ARBITRAC. CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DA ASSOCIAÇÃO COMERCIAL DO PARANÁ. *Código de ética dos árbitros*. 5 jun. 2002. Disponível em: <http://www.arbitac.com.br/pt/cod_etica.php>. Acesso em: 13 mar. 2012.

CÂMARA FGV. CÂMARA FGV DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM. *Regulamento da Câmara FGV de Conciliação e Arbitragem*. 2002. Disponível em: <<http://www.fgv.br/camara/>>. Acesso em: 25 abr. 2011.

CCBC. CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. *Regulamento da Comissão de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá*. 26 jun. 1979. Obtido por e-mail em 4 de março de 2011 de Antônio Luiz Carvalho, Secretário Geral da CCBC.

CCBC. CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. *Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá*. 15 jul. 1998. Disponível em: <<http://www.ccbc.org.br/arbitragem.asp?subcategoria=regulamento%20portugues>>. Acesso em: 15 maio 2011.

CCBC. CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. *Código de ética para os árbitros do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio Brasil-Canadá*. 16 out. 2008. Disponível em: <<http://www.ccbc.org.br/arbitragem.asp?subcategoria=codigodeetica>>. Acesso em: 13 mar. 2012.

CCBC. CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. *Regulamento da Comissão de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá*. Em vigor desde 1 jan. 2012.

Disponível em: <<http://www.ccbc.org.br/arbitragem.asp?subcategoria=regulamento%202011>>. Acesso em: 8 set. 2011.

CCBC. CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. Dados estatísticos recebidos por e-mail enviado pela Sra. Patrícia Kobayashi, Secretária Geral da CCBC em 7 de março de 2012.

CMA-SP. CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DE SÃO PAULO. *Regulamento de mediação e arbitragem e arbitragem expedita*. 22 mar. 1995. Registrado no 3º Registro Civil das Pessoas Jurídicas. São Paulo. Microfilme n. 248932.

CMA-SP. CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DE SÃO PAULO. *Regulamento de mediação e arbitragem e arbitragem expedita*. 20 ago. 1998. (Regulamento e resoluções obtidos por e-mail em 5 abril 2011 de Wanessa Portugal, Secretária Geral da CMA-SP).

CMA-SP. CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DE SÃO PAULO. *Regulamento de mediação e arbitragem e arbitragem expedita*. 24 abr. 2010. (Regulamento e resoluções obtidos por e-mail em 5 abril 2011 de Wanessa Portugal, Secretária Geral da CMA-SP).

CPR. INTERNATIONAL INSTITUTE FOR CONFLICT PREVENTION & RESOLUTION. *CPR Protocol on disclosure of documents and presentation of witnesses in commercial arbitration*. 2009. Disponível em: <<http://cpradr.org/Resources/ALLCPRArticles/tabid/265/ID/614/CPR-Protocol-on-Disclosure-of-Documents-and-Presentation-of-Witnesses-in-Commercial-Arbitration.aspx>>. Acesso em: 14 mar. 2012.

ECOSOC. ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL. *Resumed nineteenth session: report of the Committee on the Enforcement of International Arbitral Awards*. Document E/2704 - E/AC.42/4/Rev. 1, 28th Mar. 1955. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_travaux.html>. Acesso em: 12 abr. 2011.

ECOSOC. ECONOMIC AND SOCIAL COUNCIL. *Recognition and enforcement of foreign arbitral awards: memorandum by the Secretary General*. Document E/2840, 22 Mar. 1956. Disponível em: <www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/NY-conv/e-/e2840-N5607548.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2011.

EUROPEAN COMMISSION FOR EUROPE. *European Convention on International Commercial Arbitration*. Geneva, 21 Apr. 1961. *United Nations Treaty Series*, v. 484, n. 7041, 1963/1964. Disponível em: <<http://www.jus.uio.no/lm/europe.international.commercial.arbitration.convention.geneva.1961/portrait.pdf>>. Acesso em: 1 jun. 2011.

IBA. INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *IBA international code of ethics*. 1956.

Disponível em: <www.united-adr.com/rules/IBA_supplemental.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2012.

IBA. INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *IBA supplementary rules governing the presentation and reception of evidence in international commercial arbitration*. 28 maio 1983. Disponível em: <www.united-adr.com/rules/IBA_supplemental.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2011.

IBA. INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *IBA rules of ethics of international arbitrators*. 1987. Disponível em: <www.united-adr.com/rules/IBA_supplemental.pdf>. Acesso em: 12 dez. 2011.

IBA. INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *IBA rules on the taking of evidence in international commercial arbitration*. 1 jun. 1999. Disponível em: <http://www.asser.nl/default.aspx?site_id=6&level1=14433&level2=14443&level3=&textid=37353>. Acesso em: 12 dez. 2011.

IBA. INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Diretrizes da IBA relativas a conflitos de interesses em arbitragem internacional*. 22 maio 2004. Disponível em: <http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx>. Acesso em: 15 mar. 2012.

IBA. INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *IBA rules on the taking of evidence in international arbitration*. 29 May 2010. Disponível em: <http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx>. Acesso em: 1 fev. 2012.

IBA. INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Commentary on the revised text of the 2010 IBA rules on the taking of evidence in international commercial arbitration*. 29 May 2010. Disponível em: <http://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Projects.aspx>. Acesso em: 22 out. 2011.

IBA. INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *Guidelines for drafting international arbitration clauses*. 7 Oct. 2010. Disponível em: <http://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Projects.aspx#drafting>. Acesso em: 22 out. 2011.

ICC. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Règlement / Rules of procedure* (versão bilíngue francês e inglês). 24 July 1922. Obtido por e-mail em 24 de fevereiro de 2011 de Natacha Pinon, funcionária do Documentation Research da ICC.

ICC. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Brochure n. 50, Revision of the Rules of Conciliation and Arbitration*, June 27-July 2, 1927. Obtido por e-mail em 24 de fevereiro de 2011 de Natacha Pinon, funcionária do Documentation Research da ICC.

ICC. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Rules of conciliation and arbitration*. 2 July 1927. Obtido por e-mail em 24 de fevereiro de 2011 de Natacha Pinon, funcionária do Documentation Research da ICC.

ICC. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Enforcement of International Arbitral Awards*: report and preliminary draft convention adopted by the Committee on International Commercial Arbitration at its meeting of 13 March 1953. *ICC Publication*, n. 174, 1953. (Republicado no: ICC, *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, v. 9, n. 1, p. 35, May 1998).

ICC. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Rules of conciliation and arbitration*. 1 July 1955. Obtido por e-mail em 24 de fevereiro de 2011 de Natacha Pinon, funcionária do Documentation Research da ICC.

ICC. *Rules for the ICC Court of Arbitration*. Apr. 1975. Obtido por e-mail em 24 de fevereiro de 2011 de Natacha Pinon, funcionária do Documentation Research da ICC.

ICC. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Rules of arbitration*. 1 Jan. 1988. Obtido por e-mail em 24 de fevereiro de 2011 de Natacha Pinon, funcionária do Documentation Research da ICC.

ICC. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. Notes of the Secretariat of the ICC Court of Arbitration on the Appointment of Administrative secretaries. 1995. *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Paris, v. 6, p. 77-79, 1995.

ICC. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Regulamento de arbitragem*. 1 jan. 1998. Disponível em: <http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules_arb_brazilian.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2011.

ICC. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Arbitration rules*. 1 jan. 1998. Disponível em: <<http://iccwbo.org/court/arbitration/id4199/index.html>>. Acesso em: 3 jun. 2011.

ICC. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Techniques for controlling time and costs in arbitration*. 2007. ICC Publication 843. Disponível em: <www.iccwbo.org/uploadedFiles/TimeCost_E.pdf>. Acesso em: 11 jan. 2012.

ICC. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. Decision on ICC arbitration procedure: a selection of procedural orders issued by the arbitral tribunals acting under the ICC rules of arbitration (2003-2004). *ICC International Court of Arbitration Bulletin - 2010 Special Supplement*, 2011.

ICC. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. Statistics. *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Paris, v. 22, n.1, p.5-15, 2011.

ICC. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. *Regulamento de arbitragem e de ADR da CCI*. Publicado em set. 2011, em vigor desde 1 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/ICCDRSRules/>>. Acesso em: 12 set. 2011

ICDR. INTERNATIONAL CENTER FOR DISPUTE RESOLUTION. *International Arbitration Rules*. 1 Apr. 1997. Obtido por e-mail em 17 de maio de 2011 de Christian Alberti, Assistant Vice President ICDR.

ICDR. INTERNATIONAL CENTER FOR DISPUTE RESOLUTION. *Regulamento de arbitragem*. 1 June 2010. Disponível em: <<http://www.adr.org/sp.asp?id=36711>>. Acesso em: 8 ago. 2011.

ICDR. INTERNATIONAL CENTER FOR DISPUTE RESOLUTION. *ICDR guidelines for arbitrators concerning exchange of information*. 2008. Disponível em: <<http://www.adr.org/sp.asp?id=32745>>. Acesso em: 8 ago. 2011.

ICDR. INTERNATIONAL CENTER FOR DISPUTE RESOLUTION. *Guide to the drafting of international dispute resolution clauses*. s/d. Disponível em: <<http://www.adr.org/sp.asp?id=32745>>. Acesso em: 8 ago. 2011.

ICSID. INTERNATIONAL CENTER FOR DISPUTE RESOLUTION. *Convention, regulations and rules*. 2006. Disponível em: <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp>>. Acesso em: 3 jun. 2011.

UNIDROIT. INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW. *Rapport sur l'arbitrage conventionnel en droit privé*. Etudes III, p.145-456, 1932.

ILA. INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION. Resolution on transnational rules adopted at the 65th International Law Association Conference in Cairo, on April 26, 1992. In: GAILLARD, Emmanuel (Ed.). *Transnational rules in international commercial arbitration*. Committee of International Arbitration of the International Law Association, ICC Publication n. 480, p. 247, 1993.

ILA. INTERNATIONAL LAW COMMISSION. Arbitral Procedure. Document A/CN.4/18, rapport par George Scelle, rapporteur spécial. *Yearbook of the International Law Commission*, New York and Geneva, v. 2, p. 114-175 (francês p. 114-156 e inglês p. 157-175), 1950.

L'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. *Annuaire de L'Institut de Droit International*. Session d'Amsterdam, Basileia, v. 47, t. 2, p. 396-397, sept. 1957.

L'INSTITUT DE DROIT INTERNATIONAL. *Annuaire de L'Institut de Droit International*. Session de Saint-Jacques-de-Compostelle, Paris, v. 63, t. 2, p. 124-175 e 325-336, 1990.

LEAGUE OF NATIONS. *Convention on the execution of foreign arbitral awards*. 1927. Disponível em: <http://interarb.com/vl/g_co1927>. Acesso em: 1 jun. 2011.

LCIA. LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION. *LCIA rules*. 1 jan. 1985. Obtido por e-mail em 4 março de 2011 de Gemma Stone, diretora general LCIA.

LCIA. LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION. *LCIA arbitration rules*. 1 jan. 1998. Disponível em: <http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration_Rules.aspx#article14>. Acesso em: 7 set. 2011.

LCIA. LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION. *Regulamento do LCIA*. 1º de janeiro de 1998. Disponível em: <www.cbar.org.br/PDF/portuguese_rules%20-%20LCIA.pdf>. Acesso em: 3 fev. 2012.

OEA. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional*, 1975. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-35.htm>>. Acesso em: 2 jun. 2011.

QUEEN MARY UNIVERSITY/WHITE & CASE. *2010 International arbitration survey: choices in international arbitration*. Disponível em: <<http://www.arbitrationonline.org/research/2010/index.html>>. Acesso em: 2 nov. 2011.

SICE. THE OAS FOREIGN TRADE INFORMATION. *Commercial arbitration and other alternative dispute resolution methods: rules of procedure of the Inter-American Arbitration Commission* (as amended and in effect July 1, 1988). Disponível em: <http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/iacac/rop_e.asp>. Versão em Português disponível em: <http://www.ciac-iacac.org/documentos/2006_5_8_15_7_21_Regulamento%20CIAC.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2011.

UN. UNITED NATIONS. *Convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards: the "New York" Convention*. 10 June 1958. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html>. Acesso em: 2 maio 2011.

UN GENERAL ASSEMBLY. *Report of the Working group on international contract practices on the work of its third session (New York, 16-26 February 1982)*. Document A/CN.9/216. 23

Mar. 1982. Disponível em: <<http://daccess-ods.un.org/TMP/5045788.28811646.html>>. Acesso em: 3 jun. 2011.

UN GENERAL ASSEMBLY. *Analytical commentary on the draft text of the model law on international commercial arbitration*: report of the Secretary General. Document A/CN.9/264, 25 Mar. 1985. Disponível em: <<http://daccess-ods.un.org/TMP/6352582.57389069.html>>. Acesso em: 3 jun. 2011.

UNCITRAL. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Considerations for the Draft Convention Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (Item 4 of the Agenda)*. Japan: Amendments to articles II and IV of the draft Convention. Document E/CONF.26/L.15, 26 May 1958. Disponível em: <www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/NY-conv/e-conf-26-1/15-N5812268.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2011.

UNCITRAL. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Considerations for the Draft Convention Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (Item 4 of the Agenda)*. Netherlands amendments to the convention. Document E/CONF.26/L.17, 26 May 1958. Disponível em: <www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/NY-conv/e-conf-26-1/17-12401.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2011.

UNCITRAL. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Considerations for the Draft Convention Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (Item 4 of the Agenda)*. Federal Republic of Germany – Amendments to article III to V of the Convention. Document E/CONF.26/L.34, 28 May 1958. Disponível em: <www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/NY-conv/e-conf-26-1/34-N5812728.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2011.

UNCITRAL. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Considerations for the Draft Convention Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (Item 4 of the Agenda)*. France: Amendments to article IV of the draft Convention (E/2704 and Corr. 1, as amended by the Netherlands amendments E/CONF.26/L.17). Document E/CONF.26/L.32, 28 May 1958. Disponível em: <www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/NY-conv/e-conf-26-1/32-12691.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2011.

UNCITRAL. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Considerations for the Draft Convention Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (Item 4 of the Agenda)*. Yugoslavia: amendments to the Netherlands amendments to article IV of the draft Convention (E/CONF.26/L.17). Document E/CONF.26/L.39, 29 May 1958. Disponível em: <www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/NY-conv/e-conf-26-1/39-12752.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2011.

UNCITRAL. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Considerations for the Draft Convention Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (Item 4 of the Agenda)*. France, Federal Republic of Germany and the Netherlands: working paper on articles III, IV and V of the draft Convention. Document E/CONF.26/L.40, 2 June 1958. Disponível em: <www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/NY-conv/e-conf-26-1/40-12774.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2011.

UNCITRAL. *Summary record of the 6th Meeting*. Document A/CN.9/9/C.2/SR.6, 19 Apr. 1976. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/1976Arbitration/C2SR6.pdf>>. Acesso em: 3 jun. 2011.

UNCITRAL. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL arbitration rules*. 15 Dec. 1976. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1976Arbitration_rules.html>. Acesso em: 2 jun. 2011.

UNCITRAL. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its twentieth session*. Document A/34/17. 18-29 June 1979. Disponível em: <www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/ml-arb/a-34-17-e.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2011.

UNCITRAL. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Note by the Secretariat: Model law on international commercial arbitration: draft article 1 to 24 on scope of application, arbitration agreement, arbitrators, and arbitral procedure (A/CN.9/WG.II/WP.37)*. Document A/CN.9/WG.II/WP.37. 15 July 1982. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/ml-arb/acn9-wg2-wp37-e.pdf>>. Acesso em: 3 jun. 2011.

UNCITRAL. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Note by the Secretariat: Model law on international commercial arbitration: revised draft article i to xxiv (a/cn.9/wg.ii/wp.40)*. Document A/CN.9/WG.II/WP.40. 15 July 1982. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/ml-arb/acn9-wg2-wp40-e.pdf>>. Acesso em: 3 jun. 2011.

UNCITRAL. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Note by the Secretariat: Model law on international commercial arbitration: draft articles 37-41 on recognition and enforcement of award and recourse again award (a/cn.9/wg.ii/wp.42)*. Document A/CN.9/WG.II/WP.42. 25 Jan. 1983. Disponível em: <www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/ml-arb/acn9-wg2-wp42-e.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2011.

UNCITRAL. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Model law on international commercial arbitration: revised draft articles XXV to XXX on recognition and enforcement of arbitral awards and recourse against award: note by the secretariat (A/CN.9/WG.II/WP.46)*. Document A/CN.9/WG.II/WP.46. 22 Feb./4 Mar. 1983. Disponível em: <www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/ml-arb/acn9-wg2-wp46-e.pdf>. Acesso em: 2 jun. 2011.

UNCITRAL. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Report of the working group on the work of its sixth session (A/CN.9/245)*. Document A/CN.9/245, 22 Sept. 1983. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/ml-arb/acn9-245-e.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2011.

UNCITRAL. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Composite draft text of a model law on international commercial arbitration: note by the secretariat (A/CN.9/WG.II/WP.48)*. Document A/CN.9/WG.II/WP.48, 23 Nov. 1983. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1984-en/vol15-p218-226-e.pdf>>. Acesso em: 4 jun. 2011.

UNCITRAL. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Draft text of the Model law on international commercial arbitration as adopted by the Working Group (A/CN.9/246/Annex)*. Document A/CN.9/246/Annex. 6-17 Feb. 1984. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1984-en/vol15-p212-218-e.pdf>>. Acesso em: 4 jun. 2011.

UNCITRAL. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Draft text of the Model law on international commercial arbitration as adopted by the working group (A/CN.9/246- Annex)*. Document A/CN.9/246/Annex, 6 Mar. 1984. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1984-en/vol15-p212-218-e.pdf>>. Acesso em: 4 jun. 2011.

UNCITRAL. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Analytical commentary on the draft text of a model law on international commercial arbitration*. Document A/CN.9/265, 25 Mar. 1985. Disponível em: <<http://daccess-ods.un.org/TMP/8575026.98898315.html>>. Acesso em: 7 jun. 2011.

UNCITRAL. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL model law on international commercial arbitration*. Document A/40/17/Annex I, 21 June 1985. Disponível em: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2011.

UNCITRAL. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its eighteenth session (Vienna, 3-21 June 1984) (A/40/17)*. Document A/40/17, 21 Aug. 1985.

Disponível em: <<http://www.uncitral.org/pdf/english/yearbooks/yb-1985-e/vol16-p3-46-e.pdf>>. Acesso em: 3 jun. 2011.

UNCITRAL. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its twenty-sixth session*. Documento A/48/17, 1993. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/sessions/26th.html>>. Acesso em: 12 jan. 2012.

UNCITRAL. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Draft guidelines for the pre-hearing conferences in arbitral proceedings*. Document A/CN.9/378/Add.2, 1993. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/sessions/26th.html>>. Acesso em: 12 jan. 2012.

UNCITRAL. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Report of the Secretary-General (twenty-seventh session)*. Document A/CN.9/396. 25 Mar. 1994. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/sessions/27th.html>>. Acesso em: 12 jan. 2012.

UNCITRAL. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Draft guidelines for preparatory conferences in arbitral proceedings: addendum 1*. Document A/CN.9/396/Add.1. 25 Mar. 1994. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/sessions/27th.html>>. Acesso em: 12 jan. 2012.

UNCITRAL. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Report of the United Nations Commission on International Trade Law on the work of its twenty-eighth session*. Document A/50/17. 1995. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/sessions/28th.html>>. Acesso em: 12 jan. 2012.

UNCITRAL. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *International commercial arbitration: draft notes on organizing arbitral proceedings*. Document A/CN.9/410. 1995. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/sessions/28th.html>>. Acesso em: 12 jan. 2012.

UNCITRAL. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Report of UNCITRAL on the work of its twenty-ninth session*. Document A/51/17. 1996. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/uncitral/en/commission/sessions/29th.html>>. Acesso em: 12 jan. 2012.

UNCITRAL. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *1996: UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings*. 14 June 1996. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1996Notes_proceedings.html>. Acesso em: 11 jan. 2012.

UNCITRAL. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *Explanatory notes by the UNCITRAL secretariat on the 1985 model law on international commercial arbitration as amended in 2006*. 4 Dec. 2006. Disponível em:

<http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2011.

UNCITRAL. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *1985: UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, with amendments as adopted in 2006*. 4 Dec. 2006. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html>. Acesso em: 2 maio 2011.

UNCITRAL. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL Arbitration rules (as revised in 2010)*. 6 Dec. 2010. Disponível em: <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2010Arbitration_rules.html>. Acesso em: 2 jun. 2011.

3. Legislação

BRASIL. DAI – Divisão de Atos Internacionais. *Decreto n° 21.187, de 22 de março de 1932*. Promulga o protocolo relativo à cláusula de arbitragem, firmado em Genebra em 24 de setembro de 1923. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/arbitra001.htm>>. Acesso em: 14 maio 2011.

BRASIL. *Lei n° 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 21 jun. 2011.

BRASIL. *Lei n° 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm>. Acesso em: 15 abr. 2011.

BRASIL. *Decreto n° 4.311, de 23 de julho de 2002*. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm>. Acesso em: 15 abr. 2011.

BRASIL. *Decreto n° 4.719, de 4 de junho de 2003*. Promulga o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4719.htm>. Acesso em: 2 jun. 2011.

FRANÇA. *Décret n. 81-500 du 12 mai 1981* : Nouveau Code de Procedure Civile – Titre V: L'arbitrage international. Journal Officiel de la République Française, 14 maio 1981, retificado em 21 maio 1981. Disponível em: <http://lexinter.net/NCPC/l%27arbitrage_international.htm>. Acesso em: 7 set. 2011.

FRANÇA. New Code of Civil Procedure, 1981. In: GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Trans.). *Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999.

FRANÇA. *Décret n. 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l'arbitrage*. Journal Officiel de la République Française, n. 0011, p. 777, 14 janv. 2011. Texte n. 9. Legifrance. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000023417517&dateTexte=&categorieLien=id>>. Acesso em: 14 maio 2011.

ITÁLIA. Code of Civil Procedure, Book Four, Title VIII, Arbitration, Amended by Legislative Decree of 2 Feb. 2006, n. 40. In: PAULSSON, Jan (Ed.). *International handbook on commercial arbitration*. Kluwer Law International, 1984. Last updated: April 2007 Supplement n. 49, p. 1 – 16.

REINO UNIDO. *Arbitration Act 1950*. Disponível em:
<<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/14/27>>. Acesso em: 3 jun. 2011.

REINO UNIDO. *Arbitration Act 1979*. Disponível em:
<<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/42/contents>>. Acesso em: 3 jun. 2011.

REINO UNIDO. *Arbitration Act 1996*. Disponível em:
<<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>>. Acesso em: 17 maio 2011.

SUÉCIA. The Arbitration Act of 1999 (SFS 1999:116). In: PAULSSON, Jan (E.). *International Handbook on Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1984. Last updated: December 2000 Supplement n. 32, p. 1 – 16.

SUIÇA. Intercantonal Arbitration Convention, March 27/August 29, 1969. In: PAULSSON, Jan (E.), *International Handbook on Commercial Arbitration*, (Kluwer Law International 1984 Last updated: 1984 Supplement n. 0), p. 1 – 10.

SUIÇA. *Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé (LDIP)*. Disponível em: <<http://www.admin.ch/ch/f/rs/c291.html>>. Acesso em: 16 maio 2011.

LISTA DE APÊNDICES

Apêndice A	Questionário da pesquisa sobre prática arbitral
Apêndice B	Quadro comparativo sobre questões procedimentais nos regulamentos de arbitragem brasileiros
Apêndice C	Quadro comparativo entre as Notas da UNCITRAL e as Técnicas da CCI
Apêndice D	Lista de verificação de questões processuais

APÊNDICE A – PESQUISA SOBRE PROCEDIMENTO ARBITRAL

Pesquisa disponibilizada *online* no *site*
www.arbitralproceedings.com/desenvolvimento⁵⁸⁷

Bem-vindo ao questionário sobre procedimento arbitral!

Muito obrigada pelo seu interesse em responder este questionário
 (duração aproximada de 8 e 10 minutos)

Instruções e informações gerais
 Questões procedimentais
 Prova documental
 Prova técnica
 Testemunhas
 Indenizações e custas

As respostas deste questionário serão utilizadas exclusivamente para o doutorado de Flavia Mange na Universidade de São Paulo.

Todas as respostas serão mantidas confidencialmente.

Qualquer dúvida ou comentário, por favor contatar: flaviamange@gmail.com.

Use o e-mail no qual recebeu informações sobre este questionário para iniciar o questionário:

Seu e-mail ainda não foi cadastrado. Por favor responda as questões abaixo para obter acesso imediato ao questionário.

Nome:
 E-mail:
 Escritório/Empresa/Instituição:
 Endereço:
 Posição:
 Como ficou sabendo deste questionário:

Instruções:

⁵⁸⁷ Em decorrência de dificuldades com o provedor do serviço de hospedagem do *site*, a página não está mais disponível *online*. Dessa forma, a versão mais recente do questionário e a versão em inglês não puderam ser disponibilizadas. A minuta apresentada trata-se de versão preliminar do questionário.

O escopo deste questionário são arbitragens comerciais internacionais, e não arbitragens de investimento. Este questionário contém perguntas de múltipla escolha e perguntas com respostas “sim” ou “não”. Nas perguntas de múltipla escolha, apenas uma resposta é permitida. Nas outras, por favor marque “sim” ou “não”. Note que se uma determinada pergunta não for aplicável ou caso não tenha opinião formada sobre o assunto é permitido deixá-la em branco e passar para próxima questão.

Por questões de confidencialidade, este questionário não exige identificação.

Caso queira ser reconhecido na tese ou caso queira obter uma cópia do resultado deste questionário, por favor indique seu nome e/ou sua instituição e seu e-mail no campo abaixo.

Nome / Instituição:

E-mail (apenas caso queira receber uma cópia do resultado desta pesquisa):

Informações gerais

Para fins de cálculos estatísticos, favor indicar sua nacionalidade e seu local de residência.

Nacionalidade:

Local de residência (cidade):

A sua formação jurídica é:

Common law: SIM / NÃO

Civil law: SIM / NÃO

Em quantos procedimentos arbitrais esteve envolvido?

- a) Nenhum.
- b) Entre 1 e 5 procedimentos.
- c) Entre 6 e 20 procedimentos.
- d) Entre 20 e 50 procedimentos.
- e) Mais de 50 procedimentos.

Em que função esteve envolvido em procedimentos arbitrais?

- a) 100% como árbitro.
- b) 100% como advogado.
- c) 50% como árbitro / 50% como advogado.
- d) 75% como advogado / 25% como árbitro.
- e) 25% como advogado / 75% como árbitro.
- f) Na maioria como advogado, mas ocasionalmente como secretário de tribunal arbitral.
- g) Na maioria como secretário de tribunal arbitral, mas ocasionalmente como advogado.

1) Ao decidir questões procedimentais, o árbitro deve considerar:

- a) O regulamento arbitral aplicável (regras da instituição arbitral)?
☐ sim ☐ não
- b) A lei de arbitragem do local da sede da arbitragem?
☐ sim ☐ não
- c) O acordo entre as partes?
☐ sim ☐ não
- d) A lei processual do local da sede da arbitragem?
☐ sim ☐ não
- e) As normas processuais da lei que rege o mérito da disputa?
☐ sim ☐ não
- f) A lei processual da(s) jurisdição(ões) na(s) qual(is) a sentença arbitral pode ser executada?
☐ sim ☐ não
- g) A praxe no âmbito das arbitragens internacionais?
☐ sim ☐ não
- h) Além de verificar as regras/práticas mencionadas acima, deve o tribunal arbitral conceder às partes uma oportunidade de se manifestar sobre o procedimento a ser adotado?
☐ sim ☐ não

2) O tribunal arbitral deve decidir questões processuais:

Marque entre 1-5 de acordo com relação ao momento para decidir questões procedimentais, sendo 1 o momento mais adequado e 5 o momento menos adequado.

- a) durante o procedimento arbitral, conforme surgirem conflitos entre as partes.
☐ 1 ☐ 2 ☐ 3 ☐ 4 ☐ 5
- b) emitindo ordens processuais detalhadas ao longo do procedimento, esclarecendo como se procederá em cada etapa da arbitragem.
☐ 1 ☐ 2 ☐ 3 ☐ 4 ☐ 5
- c) no termo de arbitragem, descrevendo regras procedimentais detalhadas.
☐ 1 ☐ 2 ☐ 3 ☐ 4 ☐ 5
- d) em uma ordem procedimental, elaborada junto com o termo de arbitragem, com esclarecimentos adicionais sobre questões procedimentais.

☐ 1 ☐ 2 ☐ 3 ☐ 4 ☐ 5

e) convidando as partes para uma conferência telefônica para negociar questões procedimentais.

☐ 1 ☐ 2 ☐ 3 ☐ 4 ☐ 5

3) Na sua opinião, a bifurcação dos procedimentos é adequada nos casos em que se discute:

a) Questões de jurisdição e questões de mérito.

☐ sim ☐ não

b) Questões de responsabilidade e de quantificação do dano.

☐ sim ☐ não

c) Aproximadamente em que percentagem dos casos em que atuou houve a bifurcação do procedimento?

a) 100%

b) 75%

c) 50%

d) 25%

e) Nenhum

4) O Tribunal Arbitral deve fazer uma conferência com as partes para organizar o procedimento?

☐ sim ☐ não

Aproximadamente em que percentagem dos casos em que atuou tal conferência foi realizada?

a) Mais de 95%

b) 75%

c) 50%

d) 25%

e) Menos de 5%

Prova documental

5) As Regras da IBA sobre a produção de provas em arbitragens comercial internacional (*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*) foram adotadas expressamente como regra em qual percentagem dos casos em que esteve envolvido?

a) 100%

b) 75%

c) 50%

- d) 25%
- e) Nenhum

As Regras da IBA sobre a produção de provas em arbitragens comercial internacionala (*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*) foram utilizadas como guidelines em qual percentagem dos casos em que esteve envolvido?

- a) 100%
- b) 75%
- c) 50%
- d) 25%
- e) Nenhum

6) Referências sobre a *UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings* ou *ICC Techniques for Controlling Time and Cost in Arbitration* foram realizadas em que percentagem dos casos em que esteve envolvido?

- a) Mais de 20.
- b) Entre 11 e 20.
- c) Entre 6 e 10.
- d) Entre 1 e 5.
- e) Nenhum.

7) Nos procedimentos em que esteve envolvido, qual a percentagem utilizou apenas documentação eletrônica?

- f) Mais de 20.
- g) Entre 11 e 20.
- h) Entre 6 e 10.
- i) Entre 1 e 5.
- j) Nenhum.

8) Sobre a produção de documentos, assinale “sim” ou “não”:

- a) Existe um dever implícito das partes de apresentarem todos os documentos que pretendem usar na primeira manifestação (alegações iniciais — após a constituição do tribunal arbitral e a assinatura do Termo de Arbitragem quando necessário — e resposta às alegações iniciais)?

[] sim

[] não

- b) O árbitro deve estabelecer regras no início da arbitragem sobre quando os documentos devem ser produzidos?

[] sim

[] não

- c) O árbitro deve esclarecer os requisitos para aceitação de documentos extemporâneos?

[] sim

[] não

d) O árbitro deve estabelecer um procedimento para a requisição de documentos em poder de outras partes?

[] sim [] não

e) O árbitro deve adotar o *Redfern Schedule* para produção de provas?

[] sim [] não

f) O árbitro deve ter poderes para ordenar algum tipo de *discovery*?

[] sim [] não

9) As partes solicitaram a apresentação de documentos em poder de outras partes em que percentagem de procedimentos nos quais esteve envolvido?

- a) 100%
- b) 75%
- c) 50%
- d) 25%
- e) Nenhum

Dos procedimentos nos quais houve requisição de produção de documentos em poder de outras partes, qual a percentagem de procedimentos nos quais o tribunal arbitral ordenou a apresentação desses documentos?

- a) 100%
- b) 75%
- c) 50%
- d) 25%
- e) Nenhum

Prova técnica

10) Na sua opinião, pareceres jurídicos são necessários?

- a) Sim
- b) Não.
- c) Depende do caso.
- d) Depende da nacionalidade / do *background* dos árbitros.

11) Qual é o momento mais adequado para a produção de pareceres jurídicos?

Marque entre 1-5 de acordo com relação ao momento para decidir questões procedimentais, sendo 1 o momento mais adequado e 5 o momento menos adequado.

a) Com a primeira rodada de alegações.

[] 1 [] 2 [] 3 [] 4 [] 5

b) Com a segunda rodada de alegações.

[] 1 [] 2 [] 3 [] 4 [] 5

c) Antes da audiência, em prazo razoável a ser determinado pelo tribunal.

☐ 1 ☐ 2 ☐ 3 ☐ 4 ☐ 5

d) As partes podem juntar pareceres em qualquer momento.

☐ 1 ☐ 2 ☐ 3 ☐ 4 ☐ 5

12) **Havendo necessidade de auxílio de técnico, é mais eficiente que:**

Marque entre 1-5 de acordo com relação ao momento para decidir questões procedimentais, sendo 1 o momento mais adequado e 5 o momento menos adequado.

a) as partes apresentem juntamente com as primeiras alegações os pareceres técnicos julgados necessários.

☐ 1 ☐ 2 ☐ 3 ☐ 4 ☐ 5

b) após a troca de alegações, o tribunal arbitral designe um perito de sua confiança, podendo as partes indicar assistentes técnicos.

☐ 1 ☐ 2 ☐ 3 ☐ 4 ☐ 5

c) após as alegações escritas, caso haja requerimento de produção de prova pericial, o tribunal determine novo prazo para apresentação de pareceres técnicos das partes.

☐ 1 ☐ 2 ☐ 3 ☐ 4 ☐ 5

d) o tribunal tente compor as partes para que estas em conjunto indiquem um *expert* técnico para auxiliar o tribunal.

☐ 1 ☐ 2 ☐ 3 ☐ 4 ☐ 5

Prova testemunhal

13) **Declarações escritas das testemunhas foram utilizadas em qual percentagem dos casos em que esteve envolvido:**

- a) 100%
- b) 75%
- c) 50%
- d) 25%
- e) Nenhum

14) **No caso de produção de declarações escritas, havendo a necessidade de ouvir a testemunha em audiência, esse depoimento abrangerá:**

- a) Toda e qualquer informação que a testemunha possuir.
- b) Toda e qualquer informação da qual a testemunha tem informação direta.
- c) Apenas aquelas informações que constaram nas declarações escritas.
- d) Apenas aqueles pontos que restaram controvertidos.

15) **Assinale “sim” ou “não”:**

- a) A oitiva de advogado como testemunha deve ser admitida?

☐ sim ☐ não

b) A parte (ou um representante ou empregado da parte) pode testemunhar?

☐ sim ☐ não

c) O tribunal pode convocar testemunhas não indicadas pelas partes?

☐ sim ☐ não

d) As declarações escritas das testemunhas devem ser consideradas como depoimento direto (*direct examination*)?

☐ sim ☐ não

e) Os depoimentos escritos delimitam o escopo do interrogatório da testemunha?

☐ sim ☐ não

f) Utilizando-se de declarações escritas, as partes podem solicitar a oitiva das próprias testemunhas?

☐ sim ☐ não

g) As testemunhas e as partes podem estar presentes durante os depoimentos das outras testemunhas?

☐ sim ☐ não

h) Os advogados podem entrevistar as testemunhas antes do depoimento?

☐ sim ☐ não

Valoração do pedido e alocação de custas

16) Nos procedimentos em que atuou, qual a percentagem de casos em que foi apresentado um laudo técnico para quantificar o valor do pedido?

a) 100%

b) 75%

c) 50%

d) 25%

e) Nenhum

17) Sobre os critérios adotados para alocação de custas nos procedimentos arbitrais:

a) Não se deve alocar custas, exceto se houver pedido expresso.

☐ sim ☐ não

b) A parte sucumbente deve arcar com todas as custas (critério da sucumbência).

☐ sim ☐ não

c) O comportamento das partes no decorrer do procedimento deve ser levado em consideração na alocação de custas.

☐ sim ☐ não

d) As custas devem incluir honorários de advogados.

☐ sim ☐ não

e) O financiamento da arbitragem por terceiros deve ser revelado?

☐ sim ☐ não

Muito obrigada por responder este questionário.

Nos procedimentos arbitrais em que atuou, houve alguma complicação procedimental que gostaria de compartilhar?

Caso queira fazer algum comentário sobre este questionário:

Obrigada.

Flavia Mange

APÊNDICE B – QUADRO COMPARATIVO SOBRE QUESTÕES PROCEDIMENTAIS NOS REGULAMENTOS DE ARBITRAGEM BRASILEIRO⁵⁸⁸

Ato do procedimen to	CCBC 1998 SEÇÃO 9 – PROCEDIMENTO	CCBC 2012	CMA-SP 2010	FGV – Seção III – Procedimento Arbitral
Termo de arbitragem	9.1. Instituída a arbitragem, o presidente do Tribunal Arbitral poderá convocar as partes e demais árbitros para audiência preliminar, na qual será nomeado, secretário ad hoc. Serão as partes esclarecidas a respeito do procedimento , tomando-se as providências necessárias para o regular desenvolvimento da arbitragem.	7.1. Instituída a arbitragem, conforme previsto no artigo 4.14, a Secretaria do CAM/CCBC notificará as partes e os árbitros para a assinatura do Termo de Arbitragem que deverá acontecer em até 30 (trinta) dias. 7.1.1. O Termo de Arbitragem poderá fixar o calendário inicial do procedimento, fixado de comum acordo entre as partes e o Tribunal Arbitral.	8.1. Instituída a arbitragem, o presidente do Tribunal Arbitral poderá convocar as partes e demais árbitros para audiência preliminar, na qual será nomeado, secretário ad hoc. Serão as partes esclarecidas a respeito do procedimento , tomando-se as providências necessárias para o regular desenvolvimento da arbitragem.	<i>Art. 40</i> - Recebida a resposta ao requerimento de arbitragem, o Diretor Executivo da Câmara FGV nomeará os árbitros, atendido o disposto nesta Seção II, e convocará as partes e os árbitros nomeados para, juntamente com duas testemunhas, no prazo de 10 (dez) dias, assinarem o termo de arbitragem.

⁵⁸⁸ Quadro desenvolvido pela autora. Destaques acrescentados.

Ato do procedimen to	CCBC 1998 SEÇÃO 9 – PROCEDIMENTO	CCBC 2012	CMA-SP 2010	FGV – Seção III – Procedimento Arbitral
Prazo alegações	9.2. As partes terão o prazo de 10 (dez) dias para apresentar suas alegações escritas, com indicação das provas que pretendam produzir, contados a partir da audiência, quando houver, ou a partir da notificação que lhes for enviada para tal fim.	7.2. As alegações iniciais serão apresentadas no prazo em que for acordado pelas partes ou, na falta, definido pelo Tribunal Arbitral. No silêncio, deverão ser apresentadas concomitantemente no prazo máximo de até 30 (trinta) dias da data de realização da reunião para a assinatura do Termo de Arbitragem.	8.2. As partes terão o prazo de 10 (dez) dias para apresentar suas alegações escritas, com indicação das provas que pretendam produzir, contados a partir da audiência, quando houver, ou a partir da notificação que lhes for enviada para tal fim.	<i>Art. 43</i> - Assinado o termo de arbitragem, o tribunal concederá ao requerente da arbitragem prazo não superior a 15 (quinze) dias para apresentar razões, acompanhadas dos documentos que entender necessários. <i>Parágrafo único</i> –As razões e os documentos deverão ser apresentados em tantas vias quantos forem os requeridos, os membros do tribunal arbitral e uma via destinada à Câmara FGV.

Ato do procedimen to	CCBC 1998 SEÇÃO 9 – PROCEDIMENTO	CCBC 2012	CMA-SP 2010	FGV – Seção III – Procedimento Arbitral
	9.3. O Centro nos 5 (cinco) dias subsequentes ao recebimento das alegações das partes remeterá as cópias respectivas para os árbitros e as partes, sendo que estas no prazo de 10 (dez) dias apresentarão suas respectivas manifestações.	7.3. A Secretaria do CAM/CCBC, nos 5 (cinco) dias subsequentes ao recebimento das alegações iniciais das partes, remeterá as cópias respectivas para os árbitros e para as partes, sendo que estas apresentarão suas respectivas respostas, no prazo de 20 (vinte) dias, salvo se outro prazo não for fixado no Termo de Arbitragem. 7.3.1. Poderão ser apresentadas Réplicas e Tréplicas, a critério das partes e do Tribunal Arbitral, na forma e prazos definidos no artigo 7.3	8.3. A Câmara nos 5 (cinco) dias subsequentes ao recebimento das alegações das partes remeterá as cópias respectivas para os árbitros e as partes, sendo que estas no prazo de 10 (dez) dias apresentarão suas respectivas manifestações.	<i>Art. 44</i> - Recebidas às razões do requerente serão elas encaminhadas aos requeridos, que terão o prazo de 15 (quinze) dias para apresentar resposta, à qual deverão anexar à documentação que entenderem necessária. <i>Parágrafo 1º</i> - Havendo mais de um requerido é facultada a apresentação de resposta por todos eles dentro do prazo comum de 15 (quinze) dias. <i>Parágrafo 2º</i> – Os requeridos apresentarão as razões da reconvenção, quando houver, no prazo da resposta. <i>Parágrafo 3º</i> - Apresentada as razões da reconvenção, o requerente será notificado para respondê-la no prazo de 15 (quinze) dias.

Ato do procedimen to	CCBC 1998 SEÇÃO 9 – PROCEDIMENTO	CCBC 2012	CMA-SP 2010	FGV – Seção III – Procedimento Arbitral
	9.4. No prazo de 5 (cinco) dias do recebimento das manifestações, o Tribunal Arbitral avaliará o estado do processo determinando, se for o caso, a produção de prova pericial. As partes poderão nomear assistentes técnicos, no prazo de 5 (cinco) dias após notificados do deferimento da prova.	7.4. No prazo de 10 (dez) dias do recebimento das supra referidas manifestações, o Tribunal Arbitral avaliará o estado do processo determinando, se julgar necessária, a produção de provas.	8.4. No prazo de 5 (cinco) dias do recebimento das manifestações, o Tribunal Arbitral avaliará o estado do processo determinando, se for o caso, a produção de prova pericial. As partes poderão nomear assistentes técnicos, no prazo de 5 (cinco) dias após notificados do deferimento da prova.	

Ato do procedimen to	CCBC 1998 SEÇÃO 9 – PROCEDIMENTO	CCBC 2012	CMA-SP 2010	FGV – Seção III – Procedimento Arbitral
	9.5. As partes podem apresentar todas as provas que julgarem úteis à instrução do procedimento e ao esclarecimento dos árbitros. As partes devem, ainda, apresentar todas as outras provas disponíveis que qualquer membro do Tribunal Arbitral julgue necessárias para a compreensão e solução da controvérsia. Caberá ao Tribunal Arbitral deferir as provas úteis, necessárias e pertinentes.	7.4.1. Caberá ao Tribunal Arbitral deferir e estabelecer as provas que considerar úteis, necessárias e adequadas, segundo a forma e a ordem que entender convenientes ao caso concreto.	8.5. As partes podem apresentar todas as provas que julgarem úteis à instrução do procedimento e ao esclarecimento dos árbitros. As partes devem, ainda, apresentar todas as outras provas disponíveis que qualquer membro do Tribunal Arbitral julgue necessárias para a compreensão e solução da controvérsia. Caberá ao Tribunal Arbitral deferir as provas úteis, necessárias e pertinentes.	<i>Art. 45</i> - Em suas razões deverão as partes indicar as provas que desejam produzir.
	9.6. Todas as provas serão produzidas perante o Tribunal Arbitral, que delas dará ciência à outra parte para se manifestar.	EXCLUÍDO	8.6. Todas as provas serão produzidas perante o Tribunal Arbitral, que delas dará ciência à outra parte para se manifestar.	

Ato do procedimen to	CCBC 1998 SEÇÃO 9 – PROCEDIMENTO	CCBC 2012	CMA-SP 2010	FGV – Seção III – Procedimento Arbitral
	9.7. O Centro providenciará, a pedido de uma ou de ambas as partes, cópia estenográfica dos depoimentos, bem como serviço de intérpretes ou tradutores. A parte ou partes que tenham solicitado tais providências deverão recolher antecipadamente, perante a Tesouraria do Centro, o montante de seu custo estimado, a teor do disposto na SEÇÃO V.	EXCLUÍDO	8.7. A Câmara providenciará, a pedido de uma ou de ambas as partes, cópia estenográfica dos depoimentos, bem como serviço de intérpretes ou tradutores. A parte ou partes que tenham solicitado tais providências deverão recolher antecipadamente, perante a Tesouraria da Câmara, o montante de seu custo estimado, a teor do disposto no artigo 16.	
	9.8. O procedimento arbitral é rigorosamente sigiloso, dele participando somente as pessoas que tenham legítimo interesse. Nas audiências o presidente do Tribunal Arbitral diligenciará para que qualquer testemunha se retire do recinto da audiência durante o depoimento das partes ou de outras testemunhas.			

Ato do procedimen to	CCBC 1998 SEÇÃO 9 – PROCEDIMENTO	CCBC 2012	CMA-SP 2010	FGV – Seção III – Procedimento Arbitral
	9.9. É vedado aos membros do Centro, aos árbitros e às partes divulgar quaisquer informações a que tenham tido acesso em decorrência de ofício ou de participação no procedimento arbitral.		8.8. É vedado aos membros da Câmara, aos árbitros e às partes divulgar quaisquer informações a que tenham tido acesso em decorrência de ofício ou de participação no procedimento arbitral	

Ato do procedimen to	CCBC 1998 SEÇÃO 9 – PROCEDIMENTO	CCBC 2012	CMA-SP 2010	FGV – Seção III – Procedimento Arbitral
	9.10. O procedimento prosseguirá à revelia de qualquer das partes, desde que esta, devidamente notificada, não se apresente ou não obtenha adiamento da audiência. A sentença arbitral não poderá, em hipótese alguma, fundar-se na revelia da parte.	7.5. O procedimento prosseguirá na ausência de qualquer das partes, desde que esta, devidamente notificada, não se apresente. 7.5.1 A sentença arbitral não poderá fundar-se na revelia da parte.	8.9. O procedimento prosseguirá à revelia de qualquer das partes, desde que esta, devidamente notificada, não se apresente ou não obtenha adiamento da audiência. A sentença arbitral não poderá, em hipótese alguma, fundar-se na revelia da parte.	
	9.11. Desde que o Tribunal Arbitral considere necessário, para seu convencimento, diligência fora da sede da arbitragem o presidente do Tribunal Arbitral comunicará às partes a data, hora e local da realização da diligência, para se o desejarem, acompanhá-la.	EXCLUÍDO	9.1. Desde que o Tribunal Arbitral considere necessário, para seu convencimento, diligência fora da sede da arbitragem o presidente do Tribunal Arbitral comunicará às partes a data, hora e local da realização da diligência, para se o desejarem, acompanhá-la.	
	9.12. Realizada a diligência, o presidente do Tribunal Arbitral fará lavrar termo, no prazo de 3 (três) dias, contendo relato das ocorrências e conclusões do Tribunal Arbitral, comunicando-o às partes, que poderão sobre ele manifestar-se.	EXCLUÍDO	9.2. Realizada a diligência, o presidente do Tribunal Arbitral fará lavrar termo, no prazo de 3 (três) dias, contendo relato das ocorrências e conclusões do Tribunal Arbitral, comunicando-o às partes, que poderão sobre ele manifestar-se.	

Ato do procedimen to	CCBC 1998 SEÇÃO 9 – PROCEDIMENTO	CCBC 2012	CMA-SP 2010	FGV – Seção III – Procedimento Arbitral
	9.13. Havendo necessidade de produção de prova oral o presidente do Tribunal Arbitral convocará as partes e os demais árbitros para a audiência de instrução em dia, hora e local designados previamente.	EXCLUÍDO	10.1. Havendo necessidade de produção de prova oral o presidente do Tribunal Arbitral convocará as partes e os demais árbitros para a audiência de instrução em dia, hora e local designados previamente.	<i>Art. 46</i> - Esgotado o prazo para a apresentação das razões pelas partes, o tribunal arbitral, nos 20 (vinte) dias subseqüentes, se entender desnecessárias a produção de provas e a realização de audiência, decidirá de plano a questão.
	9.14. As partes serão convocadas com a antecedência mínima de 10 (dez) dias.	EXCLUÍDO	10.2 As partes serão convocadas com a antecedência mínima de 10 (dez) dias.	<i>Art. 47</i> - Entendendo necessária a produção de provas, o tribunal arbitral determinará o modo pelo qual devam ser produzidas e assinará prazo de 10 (dez) dias para a sua produção. <i>Parágrafo único</i> - Às partes é assegurado o direito de acompanhar a produção das provas, inclusive inquirindo testemunhas e, em caso de perícia, o de apresentar quesitos.

Ato do procedimen to	CCBC 1998 SEÇÃO 9 – PROCEDIMENTO	CCBC 2012	CMA-SP 2010	FGV – Seção III – Procedimento Arbitral
	9.15. Havendo prova pericial produzida, a audiência de instrução deverá ser convocada no prazo não superior a 30 (trinta) dias da entrega do laudo do perito. Não havendo produção de prova pericial a audiência de instrução, se necessário, será realizada no prazo de trinta dias, a contar do término do prazo de que trata o artigo 9.3.	7.6. Os aspectos de natureza técnica envolvidos no procedimento arbitral poderão ser objeto de perícia ou esclarecimentos prestados por especialistas indicados pelas partes, os quais poderão ser convocados para prestar depoimento em audiência, conforme determinar o Tribunal Arbitral.	10.3. Havendo prova pericial produzida, a audiência de instrução deverá ser convocada no prazo não superior a 30 (trinta) dias da entrega do laudo do perito. Não havendo produção de prova pericial a audiência de instrução, se necessário, será realizada no prazo de trinta dias, a contar do término do prazo de que trata o artigo 9.3.	
	9.16. Encerrada a instrução, o Tribunal Arbitral deferirá o prazo de até 10 (dez) dias para o oferecimento de memoriais pelas partes.	7.7. Encerrada a instrução, o Tribunal Arbitral abrirá prazo de até 30 (trinta) dias para apresentação de alegações finais pelas partes.	10.4. Encerrada a instrução, o Tribunal Arbitral deferirá o prazo de até 10 (dez) dias para o oferecimento de memoriais pelas partes.	<i>Art. 48</i> - Encerrada a fase probatória, o tribunal arbitral por meio de ordem processual, fixará prazo para que as partes apresentem alegações finais escritas, na ausência de previsão no termo de arbitragem.

Ato do procedimen to	CCBC 1998 SEÇÃO 9 – PROCEDIMENTO	CCBC 2012	CMA-SP 2010	FGV – Seção III – Procedimento Arbitral
	9.17. O Tribunal Arbitral, se as circunstâncias o justificarem, poderá determinar a suspensão ou adiamento da audiência. A suspensão ou adiamento serão obrigatórias se requeridas por todas as partes, devendo, desde logo, ser designada data para sua realização ou prosseguimento.		11.1. O Tribunal Arbitral, se as circunstâncias o justificarem, poderá determinar a suspensão ou adiamento da audiência. A suspensão ou adiamento serão obrigatórias se requeridas por todas as partes, devendo, desde logo, ser designada data para sua realização ou prosseguimento.	
	9.18. O Tribunal Arbitral adotará as medidas necessárias e convenientes para o correto desenvolvimento do procedimento e, quando oportuno, requererá à autoridade judiciária competente a adoção de medidas cautelares e coercitivas.		12.1. O Tribunal Arbitral adotará as medidas necessárias e convenientes para o correto desenvolvimento do procedimento e, quando oportuno, requererá à autoridade judiciária competente a adoção de medidas cautelares e coercitivas.	

Ato do procedimen to	CCBC 1998 SEÇÃO 9 – PROCEDIMENTO	CCBC 2012	CMA-SP 2010	FGV – Seção III – Procedimento Arbitral
	9.19. Na hipótese de recusa da testemunha em comparecer à audiência de instrução ou, se comparecendo escusar-se, sem motivo legal, a depor, o Tribunal Arbitral poderá requerer ao Juízo competente a adoção das medidas judiciais adequadas para a tomada de depoimento da testemunha faltosa.	7.8 - O Tribunal Arbitral adotará as medidas necessárias e convenientes para o correto desenvolvimento do procedimento, observados os princípios da ampla defesa, do contraditório e da igualdade de tratamento das partes.	12.2. Na hipótese de recusa da testemunha em comparecer à audiência de instrução ou, se comparecendo escusar-se, sem motivo legal, a depor, o Tribunal Arbitral poderá requerer ao Juízo competente a adoção das medidas judiciais adequadas para a tomada de depoimento da testemunha faltosa.	

APÊNDICE C – QUADRO COMPARATIVO ENTRE AS NOTAS DA UNCITRAL E AS TÉCNICAS DA CCI⁵⁸⁹

NOTAS DA UNCITRAL (com respectivos parágrafos entre parênteses)	TÉCNICAS DA ICC (com respectivos itens)
<i>(Primeira minuta era denominada Guidelines foi pre-hearing conferences. Foi alterada após críticas)</i>	Early case-management conference Timing of case-management conference:31 Proactive case management:32, 33 Client attendance:34
1. Set of arbitration rules: (paras. 14 – 16) If the parties have not agreed on a set of arbitration rules, would they wish to do so: (paras. 14 – 16)	<i>(escolha da CCI é implícita)</i>
2. Language of proceedings (17-20) (a) Possible need for translation of documents, in full or in part (18) (b) Possible need for interpretation of oral presentations (19) (c) Cost of translation and interpretation (20)	Language of the arbitration Determination of language by the arbitral tribunal18 Proceedings involving two or more languages19 Translations59
	Terms of Reference Summaries of claims and relief sought24 Counterparts29 Compliance with Article 18(3)30
3. Place of arbitration (21-23) (a) Determination of the place of arbitration, if not already agreed upon by the parties (21-22) (b) Possibility of meetings outside the place of arbitration (23)	Need for a physical meeting28
	Empowering chairman on procedural issues26

⁵⁸⁹ Quadro desenvolvido pela autora.

NOTAS DA UNCITRAL (com respectivos parágrafos entre parênteses)	TÉCNICAS DA ICC (com respectivos itens)
4. Administrative services that may be needed for the arbitral tribunal to carry out its functions (24-27)	Administrative secretary to the arbitral tribunal:27
5. Deposits in respect of costs (28-30) (a) Amount to be deposited (28) (b) Management of deposits (29) (c) Supplementary deposits (30)	Use of discretion in apportionment of costs25 Costs Using allocation of costs to encourage efficient conduct of the proceedings85
6. Confidentiality of information relating to the arbitration; possible agreement thereon (31-32)	
	Bifurcation and partial awards41 Briefing everyone involved in the case42
7. Routing of written communications among the parties and the arbitrators (33-34)	Correspondence between counsel61 Sending correspondence to the arbitral tribunal62
9. Arrangements for the exchange of written submissions (38-41) (a) Scheduling of written submissions (39-40) (b) Consecutive or simultaneous submissions (41)	Timetable for the proceedings Compliance with the provisional timetable35 Short and realistic time periods40
	Need for a hearing36 Fixing the hearing date37 Pre-hearing conference38

NOTAS DA UNCITRAL (com respectivos parágrafos entre parênteses)	TÉCNICAS DA ICC (com respectivos itens)
8. Telefax and other electronic means of sending documents (35-37) (a) Telefax (35) (b) Other electronic means (e.g. electronic mail and magnetic or optical disk) (36-37)	Use of IT39
10. Practical details concerning written submissions and evidence (e.g. method of submission, copies, numbering, references) (42)	Written submissions45 Setting out the case in full early in the proceedings46 Avoiding repetition47 Sequential or simultaneous delivery48 Specifying form and content49 Limiting the length of submissions50 Limiting the number of submissions51
11. Defining points at issue; order of deciding issues; defining relief or remedy sought (43-46) (a) Should a list of points at issue be prepared (43) (b) In which order should the points at issue be decided (44-45) (c) Is there a need to define more precisely the relief or remedy sought (46)	Terms of reference?
12 Possible settlement negotiations and their effect on scheduling proceedings (47)	Settlement Arbitral tribunal's role in promoting settlement43
13. Documentary evidence (48-54) (a) Time-limits for submission of documentary evidence intended to be submitted by the parties; consequences of late submission (48-49) (b) Whether the arbitral tribunal intends to require a party to produce documentary evidence (50-51) (c) Should assertions about the origin and receipt of documents and about the correctness of photocopies be assumed as accurate (52) (d) Are the parties willing to submit jointly a single set of documentary evidence (53) (e) Should voluminous and complicated documentary evidence be presented through summaries, tabulations, charts, extracts or samples (54)	Documentary evidence Organization of documents52 Producing documents on which the parties rely53 Establishing procedure for requests for production54 Managing requests for production efficiently55 Avoiding duplication56 Selection of documents to be provided to the arbitral tribunal57 Minimizing creation of hard copies58 Translations59 Authenticity of documents60

NOTAS DA UNCITRAL (com respectivos parágrafos entre parênteses)	TÉCNICAS DA ICC (com respectivos itens)
14. Physical evidence other than documents (55-58) (a) What arrangements should be made if physical evidence will be submitted (56) (b) What arrangements should be made if an on-site inspection is necessary (57-58)	
15. Witnesses (59-68) (a) Advance notice about a witness whom a party intends to present; written witnesses' statements (60-62) (b) Manner of taking oral evidence of witnesses (63-65) (i) Order in which questions will be asked and the manner in which the hearing of witnesses will be conducted (63) (ii) Whether oral testimony will be given under oath or affirmation and, if so, in what form an oath or affirmation should be made (64) (iii) May witnesses be in the hearing room when they are not testifying (65) (c) The order in which the witnesses will be called (66) (d) Interviewing witnesses prior to their appearance at a hearing (67) (e) Hearing representatives of a party (68)	Witness statements Limiting the number of witnesses63 Minimizing the number of rounds of witness statements64
16. Experts and expert witnesses (69-73) (a) Expert appointed by the arbitral tribunal (70-72) (i) The expert's terms of reference (71) (ii) The opportunity of the parties to comment on the expert's report, including by presenting expert testimony (72) (b) Expert opinion presented by a party (expert witness) (73)	Expert evidence Presumption that expert evidence not required65 ICC International Centre for Expertise66 Clarity regarding the subject matter and scope of reports67 Number of experts68 Number of reports69 Meeting of experts70 Use of single expert71

NOTAS DA UNCITRAL (com respectivos parágrafos entre parênteses)	TÉCNICAS DA ICC (com respectivos itens)
17. Hearings (74-85)	Hearings
(a) Decision whether to hold hearings (74-75)	Minimizing the length and number of hearings72
(b) Whether one period of hearings should be held or separate periods of hearings (76)	Choosing the best location for hearings73
(c) Setting dates for hearings (77)	Telephone and video conferencing74
(d) Whether there should be a limit on the aggregate amount of time each party will have for oral arguments and questioning witnesses (78-79)	Providing submissions in good time.....75
(e) The order in which the parties will present their arguments and evidence (80)	Cut-off date for evidence76
(f) Length of hearings (81)	Identifying core documents77
(g) Arrangements for a record of the hearings (82-83)	Agenda and timetable78
(h) Whether and when the parties are permitted to submit notes summarizing their oral arguments (84-85)	Avoiding repetition79
	Need for witnesses to appear80
	Use of written statements as direct evidence81
	Witness conferencing82
	Limiting cross-examination.....83
	Closing submissions.....84
18. Multi-party arbitration (86-88)	
19. Possible requirements concerning filing or delivering the award (89-90)	
Who should take steps to fulfil any requirement (90)	

APÊNDICE D – LISTA DE VERIFICAÇÃO DE QUESTÕES PROCESSUAIS⁵⁹⁰

- 1) ADOÇÃO DE REGULAMENTO DE ARBITRAGEM E DE OUTRAS NORMAS NÃO ESTATAIS DISPONÍVEIS
 - (a) Escolha do regulamento
 - (b) Versão do regulamento
 - (c) Outras normas não estatais (*e.g.* Regras da IBA sobre produção de provas ou Códigos de ética)
- 2) LOCAL DA ARBITRAGEM
 - (a) Determinação do local da arbitragem
 - (b) Realização de atos e audiências fora do local da arbitragem
- 3) IDIOMA DO PROCEDIMENTO E TRADUÇÕES
 - (a) Definição do idioma
 - (b) Tradução de documentos
 - (c) Intérprete em audiência
 - (d) Custos com tradução e intérprete
- 4) CONFERÊNCIA PROCESSUAL PREPARATÓRIA E TERMO DE ARBITRAGEM
 - (a) Conveniência da realização da conferência preparatória sobre a condução do procedimento
 - (b) Termo de arbitragem: necessidade, resumo das alegações e pedidos
 - (c) Lista de pontos controvertidos
 - (d) Definição de questões processuais
- 5) SECRETARIADO
 - (a) Necessidade de indicação de secretário
 - (b) Função do secretário
- 6) CUSTAS
 - (a) Definição de custas
 - (b) Alocação de custas: forma, momento e critério a ser adotado
 - (c) Depósito antecipado de custas e apresentação de garantias

⁵⁹⁰ Lista desenvolvida pela autora.

(d) Financiamento de terceiros

7) CONFIDENCIALIDADE

(a) Confidencialidade da arbitragem e dos documentos nela apresentados

(b) Documentos considerados confidenciais

8) REGRAS ÉTICAS

(a) Dos árbitros

(b) Dos advogados

9) QUESTIONAMENTOS SOBRE A JURISDIÇÃO DO TRIBUNAL ARBITRAL

10) MEDIDAS DE URGÊNCIA

(a) Necessidade de confirmar ou alterar medida urgente obtida antes do início do procedimento

(b) Requisitos para concessão de medidas de urgência

(c) Custas e garantias das medidas de urgência

11) POSSIBILIDADE DE BIFURCAÇÃO DO PROCEDIMENTO

12) POSSIBILIDADE DE ACORDO ENTRE AS PARTES

13) IDENTIFICAÇÃO DE PONTOS LITIGIOSOS QUE POSSAM SER RESOLVIDOS POR ACORDO ENTRE AS PARTES, PELOS PERITOS DAS PARTES OU COM BASE APENAS EM DOCUMENTOS

14) INTERCÂMBIO DE ALEGAÇÕES E DE DOCUMENTOS ENTRE AS PARTES, OS ÁRBITROS E A INSTITUIÇÃO

(a) Número de vias

(b) Forma de envio

(c) Contagem do prazo

15) ALEGAÇÕES ESCRITAS

(a) Elaboração do calendário da arbitragem (cronograma provisório)

(b) Forma de apresentação das alegações

(c) Apresentação integral do caso nas primeiras alegações

16) PROVA DOCUMENTAL

(a) Momento da apresentação dos documentos e critérios para aceitação de documentos extemporâneos

(b) Organização dos documentos

(c) Tradução e autenticidade

- (d) Possibilidade de requisição de documentos em poder da contraparte ou de terceiros
- (e) Caso a requisição de produção de documentos seja permitida, definição de: forma para requisição e para objeção e critério a ser adotado pelo tribunal arbitral

17) PROVA TESTEMUNHAL

- (a) Uso de depoimentos escritos: momento da sua apresentação, número de rodadas, escopo e finalidade das declarações
- (b) Informação antecipada sobre o nome das testemunhas, o conteúdo do depoimento e a limitação ao número de testemunhas
- (c) Ordem do depoimento das testemunhas
- (d) Admissibilidade de depoimento das partes, de seus representantes jurídicos e de funcionários e necessidade de testemunhar sob juramento
- (e) Permanência de testemunhas na sala de audiência antes e depois do depoimento
- (f) Confrontação de testemunhas
- (g) Entrevista de testemunhas antes da audiência e auxílio na preparação de depoimentos escritos

18) TESTEMUNHA TÉCNICA

- (a) Ordem da produção da prova técnica
- (b) Indicação de peritos
- (c) Termo de perícia
- (d) Prazo para apresentação de parecer, possibilidade de inquirição e confrontação do perito

19) ANÁLISE DO LOCAL (*ON-SITE INSPECTION*)

- (a) Possibilidade de análise do local, forma de inspeção e necessidade de presença das partes

20) AUDIÊNCIA

- (a) Necessidade da realização da audiência e fixação da data preliminar
- (b) Definição do local da audiência
- (c) Limitação do tempo da audiência
- (d) Possibilidade da participação por videoconferência

- (e) Arguição das testemunhas
- (f) Identificação dos documentos essenciais para a audiência
- (g) Transcrição
- (h) Alegações orais iniciais e finais

LISTA DE ANEXOS

Anexo A	Questionário da pesquisa em curso elaborada pela Universidade Queen Mary em parceria com o escritório White & Case
Anexo B	Quadro comparativo sobre as normas processuais aplicáveis ao procedimento arbitral em diversos regulamentos institucionais
Anexo C	Notas da UNCITRAL sobre organização do procedimento arbitral (extrato da lista)
Anexo D	Técnicas da ICC sobre o controle de tempo e de custas (extrato dos itens discutidos)

**ANEXO A – QUESTIONÁRIO DA PESQUISA EM CURSO ELABORADA PELA
UNIVERSIDADE QUEEN MARY EM PARCERIA COM O ESCRITÓRIO
WHITE & CASE**

WHITE & CASE

2012 INTERNATIONAL ARBITRATION SURVEY

CURRENT AND BEST PRACTICES IN THE ARBITRAL PROCESS

Contact: Jure Zrilic
(White & Case Research Fellow in International Arbitration)
j.zrilic@qmul.ac.uk

2012 INTERNATIONAL ARBITRATION SURVEY

Queen Mary University of London and White & Case LLP

CURRENT AND BEST PRACTICES

IN THE ARBITRAL PROCESS

This is the fourth International Arbitration Survey conducted by the School of International Arbitration, Queen Mary University of London (QMUL). Once again, White & Case LLP is pleased to be the sponsor. This Survey focuses on current and best practices in the arbitral process. Previous surveys have sought

the views of in-house counsel only. This year, we are also seeking responses from private practitioners and arbitrators.

As we are surveying different types of participants, not all questions will be applicable to all respondents. Please answer as many questions as you can, and feel free to leave blank any which you are not able to answer. The questionnaire should take approximately **15 minutes** to complete.

Your participation in this questionnaire will be kept **fully confidential**. Your name and the name of your organisation will not appear on any materials connected with the survey without your specific consent. The information gathered by the questionnaire will be stored securely by QMUL and used only for the purposes of the current survey and any subsequent surveys.

The closing date for this questionnaire is **31 May 2012**. The questionnaire can be completed online at <http://survey.opinio.net/s?s=6167> or in PDF format and sent to Jure Zrilic at j.zrilic@qmul.ac.uk. Links to both versions are available on the survey website: <http://www.arbitrationonline.org/survey>. **Please feel free to forward this questionnaire to any other potential respondents.**

In addition to the questionnaire phase of the survey, we will seek to conduct individual interviews with a selection of willing respondents from March to June 2012. If you would prefer to provide an interview rather than complete the questionnaire, please email j.zrilic@qmul.ac.uk.

The survey results will be published in September

2012. Further information can be obtained from:

Jure Zrilic LLM (Dist)

White & Case Research Fellow in International Arbitration

School of International Arbitration Centre for Commercial Law Studies Queen Mary, University of London

67-69 Lincoln's Inn Fields

London WC2A 3JB, UK

Tel: +44 (0)20 7882 8125

Fax: +44 (0)20 7882 8101

Email: j.zrilic@qmul.ac.uk

Information about you and your organisation

i. **Your name:** ____

ii. **Your primary role:**

- ☐ In-house counsel (specify position): ____
☐ Private practitioner (specify position): ____
☐ Arbitrator
☐ Other (specify): ____

iii. **Organisation name:** ____

iv. **Business address:** ____

v. **Telephone number:** ____

vi. **Email address:** ____

vii. **Would you be willing to participate in a short interview to discuss points arising from the questionnaire and your answers?**

☐ Yes ☐ No

viii. **Legal background:**

- ☐ Common law
☐ Civil law
☐ Other (specify): ____

ix. **List the jurisdiction(s) in which you are qualified:** ____

x. **Primary industry in which your organisation operates:**

- ☐ Legal
☐ Banking / Financial Services
☐ Construction / Engineering / Infrastructure
☐ Energy
☐ Hospitality
☐ Industrial / Manufacturing
☐ Insurance
☐ Media / Entertainment
☐ Mining
☐ Pharmaceuticals
☐ Retail / Consumer
☐ Real Estate
☐ Shipping / Maritime
☐ Telecommunications / IT
☐ Transportation
☐ Other (specify): ____

xi. **Geographic scope of your organisation's operations:**

- ☐ National (specify): ____
☐ Regional (specify): ____

☐ Global

xii. **Over the past 5 years, approximately how many international arbitrations have you and your organisation been involved in?**

You Your organisation

☐ 1-5

☐ 6-10

☐ 11-20

☐ 21-30

☐ 31-50

☐ 50+

☐ 1-5

☐ 6-10

☐ 11-20

☐ 21-30

☐ 31-50

☐ 50+

NB: In the survey that follows, where a question asks about your arbitrations or experience, please answer based on your own arbitrations or experience (not those of your organisation)

Arbitrator Selection

1.1 By what method do you favour selection of the two co-arbitrators in a three-member arbitral tribunal?

☐ By each party unilaterally

☐ By an arbitral institution or appointing authority

☐ By each party from an exclusive list of arbitrators (e.g., of the institution or appointing authority)

☐ By agreement of the parties

☐ Other (specify): _____

1.2 By what method do you favour selection of the sole arbitrator or the chair in a three-member arbitral tribunal?

☐ By an arbitral institution or appointing authority

☐ By the parties from an exclusive list of arbitrators (e.g., of the institution or appointing authority)

☐ By agreement of the parties

☐ Other (specify): _____

1.3 Should a party-appointed arbitrator be allowed to exchange views with his/her appointing party regarding the selection of the chair?

☐ Yes

☐ No

☐ Don't know

1.4 Have you ever interviewed potential arbitrators (yourself or through counsel) or been interviewed as a potential arbitrator?

☐ Yes

☐ No

1.5 Do you consider pre-appointment interviews with potential arbitrators appropriate?

☐ Yes

☐ No

☐ Sometimes

☐ Don't know

1.6 In your view, which of the following subjects are inappropriate for discussion with arbitrators at interviews? (select all that apply)

☐ Attitude to particular procedures (e.g. evidence by video conference; bifurcation)

☐ Potential nominations for chair

☐ Experience and knowledge of a particular legal topic, technical environment or industry

☐ Prior views expressed, for example, as an expert or arbitrator, on a particular legal issue

☐ The candidate's position on legal questions relevant to the case

☐ Whether the candidate is a strict constructionist or someone who is influenced by the equities of the case

☐ All of the above are appropriate

1.7 Do you believe the interviewing party should, if it appoints the arbitrator:

☐ Notify the opposing party of the interview?

☐ Disclose notes of the interview to the opposing party?

- ☐ Neither notify nor disclose anything to the opposing party?
- ☐ Don't know

1.8 Do you believe the arbitrator should, if appointed:

- ☐ Notify the opposing party of the interview?
- ☐ Disclose notes of the interview to the opposing party?
- ☐ Neither notify nor disclose anything to the opposing party?
- ☐ Don't know

2. Organising Arbitral Proceedings

2.1 Over the past 5 years, in what percentage of your arbitrations were the procedural framework and timetable determined at the outset by:

- (a) in-person hearing (with or without written communications): _____%
- (b) telephone or video hearing (with or without written communications): _____%
- (c) written communications only: _____%
- (d) the procedural framework and timetable were not determined at the outset of the arbitration: _____%

2.2 Over the past 5 years, in what percentage of your arbitrations were the IBA Rules on the

Taking of Evidence in International Arbitration (IBA Rules) adopted:

- (a) as guidelines: _____%
- (b) as binding rules: _____%

2.3 Do you consider adoption of the IBA Rules in international arbitrations useful?

- ☐ Yes
- ☐ No
- ☐ Don't know

2.4 Over the past 5 years, in what percentage of your arbitrations did the arbitrator(s) appoint a tribunal secretary? _____%

2.5 [For those who are primarily arbitrators] What were the typical tasks carried out by the secretary in your arbitrations? (select all that apply)

[For all others] What tasks do you believe a tribunal secretary should typically carry out? (select all that apply)

- ☐ Organisational tasks (e.g., logistical arrangements, coordinating secretarial services)
- ☐ Communications with the parties
- ☐ Legal research
- ☐ Preparing drafts of procedural orders and non-substantive parts of awards
- ☐ Preparing drafts of substantive parts of awards
- ☐ Discussing the merits of the dispute with one or more of the arbitrators
- ☐ Other (specify): _____

2.6 Over the past 5 years, in what percentage of your arbitrations was there bifurcation between jurisdiction and merits?

- (a) In investment-treaty arbitrations: _____%
- (b) In commercial arbitrations: _____%

2.7 In general, have you found bifurcation between jurisdiction and merits to contribute materially toward the efficient resolution of the arbitration?

- ☐ Yes
- ☐ No
- ☐ Depends on the case
- ☐ Have no view

2.8 Over the past 5 years, in what percentage of your arbitrations was there bifurcation between liability and quantum? ____%

2.9 In general, have you found bifurcation between liability and quantum to contribute materially toward the efficient resolution of the arbitration?

- ☐ Yes
- ☐ No
- ☐ Depends on the case
- ☐ Have no view

2.10 Over the past 5 years, in what percentage of your arbitrations did the tribunal rule at an early stage on a dispositive issue other than jurisdiction? __%

2.11 Rate the following methods for their effectiveness in expediting arbitral proceedings in your arbitrations over the past 5 years (1 being the most effective and 4 the least).

Rate a method

only if you have seen it applied.

Method of expediting proceedings					
Appointment of a sole arbitrator	☐ 1	☐ 2	☐ 3	☐ 4	☐ Never done
Identification by the tribunal of the issues to be determined as soon as possible after constitution	☐ 1	☐ 2	☐ 3	☐ 4	☐ Never done
Summary disposition of all or part of the issues in dispute	☐ 1	☐ 2	☐ 3	☐ 4	☐ Never done
Large limits for substantive written submissions	☐ 1	☐ 2	☐ 3	☐ 4	☐ Never done
Short time limits for exchange of substantive written submissions	☐ 1	☐ 2	☐ 3	☐ 4	☐ Never done
Simultaneous exchange of substantive written submissions (rather than sequential)	☐ 1	☐ 2	☐ 3	☐ 4	☐ Never done
Limiting each party to one substantive written submission (instead of two rounds)	☐ 1	☐ 2	☐ 3	☐ 4	☐ Never done
Limiting or excluding document production	☐ 1	☐ 2	☐ 3	☐ 4	☐ Never done
No hearing	☐ 1	☐ 2	☐ 3	☐ 4	☐ Never done
Provision for short arbitration award without extensive reasoning	☐ 1	☐ 2	☐ 3	☐ 4	☐ Never done

2.12 Over the past 5 years, how many fast-track arbitrations have you been involved in?

“Fast-track arbitration” is where the time from the initiation of the arbitration through to award is deliberately shorter than would ordinarily be the case, whether because this is imposed by the arbitration clause or by application of expedited arbitration rules or because of other circumstances such as the tribunal’s accepting that there is a need for a decision before a certain date.

- ☐ 0
- ☐ 1-5
- ☐ 6-10
- ☐ 10+

2.13 If your answer to the preceding question is 10+, is this because your arbitrations are in an area where fast-track arbitration is the norm, e.g., commodities arbitration?

- ☐ No
- ☐ Yes. If yes, which area? _____

2.14 How was it usually decided that an arbitration would be fast-track?

- ☐ In the arbitration clause
- ☐ By application of expedited arbitration rules
- ☐ By consent at the outset of proceedings
- ☐ By decision of the tribunal upon the application of a party

2.15 Over the past 5 years, have you drafted or included fast-track provisions in arbitration clauses?

- ☐ Yes
- ☐ No

2.16 If you have been involved in one or more fast-track arbitrations, how was your experience when compared to a “regular” arbitration?

- ☐ Positive
- ☐ Negative
- ☐ Neutral
- ☐ Depends on the case

2.17 Were the shortened time-limits generally complied with?

- ☐ Yes
- ☐ Sometimes
- ☐ No

2.18 Do you favour fast-track arbitration clauses for future contracts?

- ☐ Yes
- ☐ Yes, depending upon the contract
- ☐ No
- ☐ Have no view

3. Interim Measures and Court Assistance

3.1 Over the past 5 years, what percentage of your arbitrations has involved requests for interim measures (by either party) to the arbitral tribunal (including the arbitral institution or an emergency arbitrator)?

- ☐ 0-10%
- ☐ 10-25%
- ☐ 25-50%
- ☐ 50-75%
- ☐ 75-100%

3.2 Over the past 5 years, what percentage of your arbitrations has involved requests for interim measures in aid of arbitration (by either party) to a court?

- ☐ 0-10%
- ☐ 10-25%
- ☐ 25-50%
- ☐ 50-75%
- ☐ 75-100%

3.3 What percentage of the applications addressed to the arbitral tribunal (including the arbitral institution or an emergency arbitrator) was granted? _____%

3.3.1 What was the rate of voluntary compliance with these tribunal-ordered interim measures? _____%

3.3.2 In what percentage of arbitrations did a party seek enforcement by a court of these tribunal-ordered interim measures? __%

3.4 In your view, should arbitrators (including the arbitral institution or an emergency arbitrator) in certain circumstances have the power to order interim measures ex parte (i.e., without notice to the party against whom the measure is directed)?

- ☐ Yes
- ☐ No
- ☐ Don't know

3.5 Over the past 5 years, how many of your arbitrations have involved an application for security for costs (by either party)?

- ☐ 0
- ☐ 1-5
- ☐ 6-10
- ☐ 10+

3.6 What percentage of these applications for security for costs did the tribunal grant in whole or in part? ____%

3.7 Over the past 5 years, what was the overall effect of interim measures applications before the arbitral tribunal (including the arbitral institution or an emergency arbitrator), and their subsequent resolution, on your arbitrations?

- ☐ They usually contributed materially toward the efficient resolution of the arbitration (e.g., by disposing of key issues at an early stage, or by altering the parties' views of the merits of the case and thereby leading to a settlement)
- ☐ They usually added materially to the time and cost of the arbitration without commensurate benefit
- ☐ Results were too mixed to generalise either way
- ☐ There were not sufficient interim measures applications in my cases to draw a conclusion.

4. Document Disclosure

4.1 Over the past 5 years, what percentage of your arbitrations has involved requests for document disclosure by one or more of the parties?

- ☐ 0-25%

- ☐ 25-50%
- ☐ 50-75%
- ☐ 75-100%

4.2 In what percentage of these arbitrations do you believe that unfavourable documents in the possession of a party were improperly withheld in violation of disclosure obligations:

- ☐ by actions primarily attributable to the party: _____%
- ☐ by actions primarily attributable to counsel: _____%
- ☐ by actions attributable to both: _____%
- ☐ Don't know

4.3 Over the past 5 years, in how many of your arbitrations has the tribunal explicitly drawn an adverse inference for a party's failure to produce documents?

- ☐ 0-2
- ☐ 3-5
- ☐ 6-10
- ☐ 10+

4.4 What standard in your view should generally apply for disclosing documents in international arbitration?

- ☐ All documents relevant to the issues in dispute
- ☐ Article 3(b) of the IBA Rules (i.e. "relevant to the case and material to its outcome")
- ☐ Only documents that are specifically identified (i.e., not categories of documents)
- ☐ No disclosure
- ☐ Other (specify): _____

4.5 In your arbitrations where Article 3 of the IBA Rules applied, did you find that orders for disclosure usually:

- ☐ followed the Article 3 standard, i.e. in your view the tribunal ordered production of documents that were not only "relevant to the case" but also "material to its outcome."
- ☐ were broader than the Article 3 standard, i.e. in your view the tribunal ordered production of documents that were not both "relevant to the case" and "material to its

outcome.”

- ☐ were stricter than the Article 3 standard, e.g., the tribunal ordered production only of specific documents.

4.6 Over the past 5 years, what percentage of your arbitrations has involved the use of a

‘Redfern schedule’ (a table containing the parties’ requests for production and the basis for them, objections by the opposing party, and the tribunal’s decision) as a method for managing the disclosure process? _____%

4.7 Do you consider the Redfern schedule to be an efficient method for managing the disclosure process?

- ☐ Yes, better than any alternative
- ☐ No
- ☐ Depends on the case
- ☐ Have no view

4.8 Over the past 5 years, in what percentage of your arbitrations do you believe documents disclosed through the disclosure process have materially affected the outcome of the case?

- ☐ 0 – 25%
- ☐ 25 – 50%
- ☐ 50 – 75%
- ☐ 75 – 100%

5. Fact and Expert Witnesses

5.1 Over the past 5 years, in what percentage of your arbitrations was fact witness evidence offered by:

(a) Exchange of written witness statements together with direct examination at the hearing:

_____%

(b) Exchange of written witness statements together with limited or no direct examination at the hearing: __%

(c) Oral testimony only: _____%

5.2 In your view, is the use of written fact witness statements as a substitute for oral direct examination at the hearing generally effective?

- ☐ Yes
- ☐ No
- ☐ Have no view

5.3 Over the past 5 years, in what percentage of your arbitrations were the witnesses questioned at the hearing:

- a) Primarily by the tribunal: _____%
- b) Primarily by counsel: _____%

5.4 Which method of witness questioning do you prefer:

- ☐ Primarily by the tribunal
- ☐ Primarily by counsel
- ☐ Depends on the case
- ☐ Don't know

5.5 In your arbitrations over the past 5 years, was mock cross-examination done with the witnesses prior to their appearance at a hearing?

- ☐ Yes. If so, in what percentage of your arbitrations? _____%
- ☐ No

5.6 In your view, is mock cross-examination of witnesses prior to their appearance at a hearing generally appropriate?

- ☐ Yes
- ☐ No
- ☐ Don't know

5.7 Over the past 5 years, in how many of your arbitrations was there fact witness conferencing ('hot-tubbing')?

- ☐ 0
- ☐ 1-5
- ☐ 6-10

☐ 10+

5.8 Do you believe fact witness conferencing should be done more often?

☐ Yes

☐ No

☐ Have no view

5.9 In your view, should fact witness evidence be eliminated as a form of evidence in international arbitration?

☐ No, fact witness evidence is generally an effective form of evidence

☐ No, fact witness evidence is a necessary evil

☐ Yes

☐ Have no view

5.10 Do you think that fact witnesses generally lie when they believe this helps the party on whose behalf they are testifying?

☐ Yes

☐ No

☐ Depends on the witness

☐ Have no view

5.11 Do you think that fact witnesses generally remember events in a way that favours the party on whose behalf they are testifying?

☐ Yes

☐ No

☐ Depends on the witness

☐ Have no view

5.12 Do you believe that cross-examination is an effective form of testing fact witness evidence?

☐ Always

☐ Usually

☐ Rarely

☐ Never

5.13 Over the past 5 years, in what percentage of your arbitrations were expert witnesses involved? _____%

5.14 Of these arbitrations, what percentage of the expert witnesses were appointed by:

(a) The parties: _____% (b) The tribunal: ____%

5.15 Do you consider the use of expert witnesses to be more effective when they are:

- ☐ Appointed by the parties
- ☐ Appointed by the tribunal
- ☐ The same

5.16 In your arbitrations over the past 5 years, what types of experts were most frequently used?

(rank most frequently used, selecting one option per column)

Type of Expert	1st	2nd	3rd	4th
Financial/accounting	☐	☐	☐	☐
Legal	☐	☐	☐	☐
Technical	☐	☐	☐	☐
Industry-specific	☐	☐	☐	☐
Other (specify): _____	☐	☐	☐	☐

5.17 Over the past 5 years, in what percentage of your arbitrations were the expert witnesses directed to confer in advance of the hearing in order to identify the issues as to which they agreed/disagreed?

- ☐ 0-25%
- ☐ 25-50%
- ☐ 50-75%
- ☐ 75-100%

5.18 In your view, is such a procedure useful?

- ☐ Yes
- ☐ No
- ☐ Depends on the case
- ☐ Don't know

5.19 Over the past 5 years, in how many of your arbitrations was there expert witness conferencing ('hot-tubbing')?

- ☐ 0
- ☐ 1-5
- ☐ 6-10
- ☐ 10+

5.20 Do you believe expert witness conferencing should be done more often?

- ☐ Yes
- ☐ No
- ☐ Have no view

5.21 Do you believe that cross-examination is generally an effective form of testing expert witness evidence?

- ☐ Always
- ☐ Usually
- ☐ Rarely
- ☐ Never

5.22 Over the past 5 years, in what percentage of your arbitrations do you believe cross-examination of fact witnesses and/or expert witnesses has materially affected the outcome of the case?

- ☐ 0 – 25%
- ☐ 25 – 50%
- ☐ 50 – 75%
- ☐ 75 – 100%

6. Pleadings and Hearings

6.1 In your experience, following the initial pleadings (such as the request for arbitration, any answer, and any reply to counterclaims), what is the most common order of submission of substantive written submissions (variously called statements of case, memorials, pre- hearing briefs)?

- ☐ Sequential exchange
- ☐ Simultaneous exchange

6.2 What order of delivery of substantive written submissions do you generally prefer?

- ☐ Sequential exchange
- ☐ Simultaneous exchange

6.3 In your experience, what is more common:

- ☐ Substantive written submissions accompanied by exhibits, witness statements and expert reports
- ☐ Substantive written submissions accompanied by exhibits and fact witness statements, but not expert reports (the latter are instead submitted at different times)
- ☐ Substantive written submissions not accompanied by exhibits, witness statements and expert reports (the exhibits, witness statements and expert reports are instead submitted at different times)

6.4 Which do you prefer?

- ☐ Substantive written submissions accompanied by exhibits, witness statements and expert reports
- ☐ Substantive written submissions accompanied by exhibits and fact witness statements, but not expert reports (the latter are instead submitted at different times)
- ☐ Substantive written submissions not accompanied by exhibits, witness statements and expert reports (the exhibits, witness statements and expert reports are instead submitted at different times)

6.5 In your experience, what is the most common number of substantive written submissions:

- ☐ Two: Statement of Case and Statement of Defence (or Memorial and Counter-Memorial, etc.)
- ☐ Three: Statement of Case, Statement of Defence and Reply (or other designations)

☐ Four: Statement of Case, Statement of Defence, Reply and Rejoinder (or other designations)

☐ Other (specify): _____

6.6 What number of submissions do you prefer?

☐ Two: Statement of Case and Statement of Defence

☐ Three: Statement of Case, Statement of Defence and Reply

☐ Four: Statement of Case, Statement of Defence, Reply and Rejoinder

☐ Other (specify): _____

6.7 Do you think the length of substantive written submissions should generally be limited?

☐ Yes

☐ No

☐ Don't know

6.8 Over the past 5 years, in what percentage of your arbitrations were merits hearings held outside the seat of arbitration? _____%

6.9 Over the past 5 years, in what percentage of your arbitrations were hearings done primarily by means of telephone conference or video conference?

Procedural hearings: _____%

Merits hearings: _____%

6.10 Over the past 5 years, what has been the average duration of the final merits hearings in your arbitrations?

☐ 1-2 days

☐ 3-5 days

☐ 6-10 days

☐ 10+ days

6.11 In what percentage of your hearings were specific time limits imposed for oral submissions and/or examination of witnesses:

(a) Using the "chess clock" method (i.e. parties have an overall allocation of time at the hearing which they may use as they please): __%

- (b) By allocating time limits for specific stages of the hearing: _____%
- (c) No time limits imposed: _____%

6.12 Which of the above methods do you generally consider to be the most useful?

- ☐ The chess clock method
- ☐ Allocation of time limits for specific stages of the hearing
- ☐ No imposed time limits
- ☐ It depends
- ☐ Have no view

6.13 Over the past 5 years, in what percentage of your arbitrations were there oral closing submissions? _____%

6.14 Over the past 5 years, in what percentage of your arbitrations were there post-hearing briefs? _____%

6.15 Which do you generally find more effective:

- ☐ Oral closing submissions
- ☐ Post-hearing briefs
- ☐ I like to have both
- ☐ Depends on the case
- ☐ Have no view

7. Arbitral Awards and Costs

7.1 Over the past 5 years, in what percentage of your arbitrations was a partial or interim award issued? _%

7.2 Over the past 5 years, in what percentage of your arbitrations was a separate dissenting opinion issued? _____%

7.3 Over the past 5 years, in what percentage of your arbitrations do you consider that a tribunal unnecessarily “split the baby,” where courts in the same dispute would not likely have done so? _____%

7.4 Over the past 5 years, in what percentage of your arbitrations do you consider that the tribunal took unjustifiably long to render the award? _____%

7.5 What do you generally consider to be an appropriate length of time for a sole arbitrator to issue an award after the close of proceedings?

- ☐ Within 3 months
- ☐ 3 to 6 months
- ☐ 6 to 9 months
- ☐ 9 to 12 months
- ☐ Cannot answer. Depends on the case.

7.6 What do you generally consider to be an appropriate length of time for a three-member tribunal to issue an award after the close of proceedings?

- ☐ Within 3 months
- ☐ 3 to 6 months
- ☐ 6 to 9 months
- ☐ 9 to 12 months
- ☐ Cannot answer. Depends on the case.

7.7 Over the past 5 years, in what percentage of your arbitrations did the tribunal order costs on the basis of:

- _____ % Costs follow the event (i.e., the unsuccessful party pays)
- _____ % Apportionment of costs by the tribunal
- _____ % Parties bear their own costs and half the arbitration costs (i.e., no costs awarded)
- _____ % Other (specify): _____

7.8 What type of costs allocation do you prefer?

- ☐ Costs follow the event
- ☐ Apportionment of costs by the tribunal
- ☐ Parties bear their own costs and half the arbitration costs
- ☐ Unsure
- ☐ Other (specify): _____

7.9 Do you consider that improper conduct by a party or its counsel during the arbitral proceedings (e.g., delay, meritless applications) should be taken into account when allocating costs?

- ☐ Yes
- ☐ No
- ☐ Don't know

7.10 In your view, should arbitral rules provide guidelines on the factors that the arbitrator(s) should take into account when deciding on costs (e.g. the outcome on the merits, the conduct of the parties/counsel) or should this be left to the discretion of the arbitrators?

- ☐ There should be guidelines in the arbitral rules
- ☐ This should be left to the discretion of the arbitrators
- ☐ I prefer the current system where some arbitral rules provide guidelines and others do not

Thank you for completing this questionnaire

Please feel free to forward this questionnaire to any other potential respondents

ANEXO B – QUADRO COMPARATIVO SOBRE AS NORMAS PROCESSUAIS APLICÁVEIS AO PROCEDIMENTO ARBITRAL EM DIVERSOS REGULAMENTOS INSTITUCIONAIS⁵⁹¹

What is the position if the arbitral institution's rules are silent as to an aspect of proceedings?

Organization	Answer	Up to date as of	Contributor
Korean Commercial Arbitration Board (KCAB)	KCAB International Rules: The Arbitral Tribunal shall conduct the proceedings in accordance with the KCAB International Rules and, where the KCAB International Rules are silent, any rules which the parties or, failing them, the Arbitral Tribunal may settle on (Article 21). The KCAB Domestic Rules are silent on this issue.	November 2011	Benjamin Hughes, Shin & Kim
Abu Dhabi Commercial Conciliation and Arbitration Center (ADCCAC)	Article 4(1) gives an overarching power in relation to procedure to the Arbitral Tribunal : 'Save as otherwise may be stated in private agreements between the parties the board of conciliation or arbitration [meaning the Arbitral Tribunal] shall be competent to determine the procedural and substantive rules required to dispose of the dispute and shall be guided by the agreements and covenants of the parties, or by the rules of equity and the general principles of law and the established rules of the Private International Law...'	June 2011	James Abbot, Paul Coates & Adam Short, Clifford Chance LLP
American Arbitration Association (AAA)	Failing a designation by the parties, the tribunal shall apply such law(s) or rules of law as it determines to be appropriate . (Article 28.1)	June 2011	Juan Morillo & Todd Spiegelman, Clifford Chance LLP
Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (SCC)	Unless otherwise agreed by the parties, the Arbitral Tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate (Article 19).	August 2011	Kristoffer Löf, Frederik Jonsson & Tom Ehrström, Mannheimer Swartling
Camera Arbitrale di Milano (CAM)	Referral is to be made to the procedural steps and time limits set by the Arbitral Tribunal in the writing minutes signed at the moment of its constitution (Art. 21.3). In any event, should the seat of arbitration be in Italy, referral is to be made to the rules of the Italian Arbitration Law (Art. 806 ff. CPC).	October 2011	Albert Henke, Clifford Chance LLP
Centre for Commercial Arbitration (CCA) of the Portuguese Chamber of Commerce and Industry	Pursuant to Article 16(3) of the Rules, the Arbitral Tribunal may at any time determine the procedural rules to be followed, provided they are consistent with binding provisions of the rules (Article 16(3), CCA Rules).	August 2011	Agostinho Pereira de Miranda & Cláudia Leonardo, Miranda Correia Amendoeira & Associados

⁵⁹¹ Quadro comparativo disponível no KluwerArbitration <www.kluwerarbitration.com> (acesso restrito). Acesso em: 17 set. 2011. Destaques acrescentados.

Organization	Answer	Up to date as of	Contributor
China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC)	Unless otherwise agreed upon by the parties, the Arbitral Tribunal may, if it considers it necessary, issue procedural directions and lists of questions , hold pre-hearing meetings and preliminary hearings, produce terms of reference, etc. (Article 29 of the CIETAC Arbitration Rules).	June 2011	Cameron Hassall, Joseph Chu & Hong Wei Hu, Clifford Chance LLP
Court of International Commercial Arbitration (CICA) attached to the Chamber of Commerce and Industry of Romania (CCIR)	According to Article 2 of the Arbitration Proceeding Rules, the provisions of the Romanian Civil Procedure Code apply where the Arbitration Proceeding Rules do not state otherwise.	June 2011	Andreea Sisman, Monica Andrei & Camelia Iantuc, Clifford Chance Badea
Cámara Oficial de Comercio de Madrid (CAM)	The CAM Rules do not make express provision for this, but Article 20.3 foresees that the parties, by mutual agreement expressed in writing, may at their convenience modify the terms of Title V of the CAM Rules, and the arbitrators shall respect such modifications and conduct the proceeding accordingly.	June 2011	Jose Antonio Cainzos Fernandes & Alexandra Borrillo, Clifford Chance LLP
Deutsche Institution fuer Schiedsgerichtsbarkeit (DIS)	The Arbitral Tribunal has complete discretion to determine the procedure if the DIS Rules are silent , if no statutory provisions of arbitral procedure are in force at the place of arbitration, and if the Parties have not agreed otherwise (section 24.1).	June 2011	Fabian von Schlabrendorff & Tim Schreiber, Clifford Chance LLP
Dubai International Arbitration Centre (DIAC)	The proceedings before the Tribunal shall be governed by these Rules and, where these Rules are silent, by any rules which the parties or, failing them, the Tribunal may determine (Article 17.1). In all cases, the Tribunal shall act fairly and impartially and ensure that each party is given a full opportunity to present its case (Article 17.2).	June 2011	James Abbot, Paul Coates & Adam Short, Clifford Chance LLP
Dubai International Financial Center-London Court of International Arbitration Centre (DIFC-LCIA)	Unless otherwise agreed by the parties, the Arbitral Tribunal shall have the widest discretion to discharge its duties allowed under such law(s) or rules of law as the Arbitral Tribunal may determine to be applicable ; and at all times the parties shall do everything necessary for the fair, efficient and expeditious conduct of the arbitration. (Article 14.2) (in addition to its additional powers to run proceedings under Article 22)	June 2011	James Abbot, Paul Coates & Adam Short, Clifford Chance LLP

Organization	Answer	Up to date as of	Contributor
International Chamber of Commerce (ICC)	Where the ICC Rules are silent, the proceedings will be governed by any rules which the Parties or , failing them, the arbitral Tribunal may settle on, <u>whether or not reference is made to the rules of procedure of a national law to be applied to the arbitration</u> (Article 19).	January 2012	Peter Rosher, Sandrine Colletier & Céline Lachmann, Clifford Chance LLP
International Commercial Arbitration Court at the Russian Federation Chamber of Commerce and Industry (ICAC at the RFCCI)	When dealing with issues that are not regulated by either the ICAC Rules or the agreement between the Parties, the ICAC shall, while abiding by the provisions of the applicable law on international commercial arbitration, conduct the arbitration as it considers appropriate, and ensure that the Parties are treated with equality and that each Party is given a fair opportunity to protect his/her interests (§26, para. 2).	June 2011	Timur Aitkulov, Irina Sergeeva & Dmitry Malukevich, Clifford Chance LLP
International Commercial Arbitration Court at the Ukrainian Chamber of Commerce and Industry (ICAC at the UCCI)	Subject to the provisions of the ICA Law, the Parties are free to agree on the procedure to be followed by the Arbitral Tribunal in conducting the proceedings . Failing such agreement, the Arbitral Tribunal may, subject to the provisions of the ICA Law , conduct the arbitration in such manner, as it considers appropriate. The power conferred upon the Arbitral Tribunal includes the power to determine the admissibility, relevance, materiality and weight of any evidence (Article 35(1) of the ICAC Rules).	June 2011	Jared Grubb, Olexiy Soshenko, Olexiy Kostromov, Andrii Moskalyk & Andrii Grebonkin, Clifford Chance LLP
Istanbul Chamber of Commerce (ICOC) Arbitration Institution	Unless designated by the Parties and stipulated in the Arbitration Rules, the procedural rules to be applied shall be determined by the Arbitral Tribunal (Article 25/2 of the Arbitration Rules).	August 2011	Serdar Bezen & Alaz Eker Ündar, Bezen & Partners
Japan Commercial Arbitration Association (JCAA)	The JCAA Rules make no express provision for this.	June 2010	Jim Jamison, Clifford Chance LLP
London Court of International Arbitration (LCIA)	Unless otherwise agreed by the Parties, the Arbitral Tribunal shall have the widest discretion to discharge its duties allowed under such law(s) or rules of law as the Arbitral Tribunal may determine to be applicable (Article 14.2) (in addition to its additional powers to run proceedings under Article 22).	June 2011	Audley Sheppard & James Dingley, Clifford Chance LLP
Netherlands Arbitration Institute (NAI)	In such cases, it is to be acted in the spirit of the Rules (Article 65).	June 2011	Floris van Hees & Juliette Luycks, Clifford Chance LLP

Organization	Answer	Up to date as of	Contributor
Singapore International Arbitration Centre (SIAC)	The provisions of the SIAC Rules, insofar as they relate to the powers and function of the Tribunal, shall be interpreted by the Tribunal ; all other provisions shall be interpreted by the Registrar and action shall be in the spirit of the Rules (SIAC Rule 36.2). Where the SIAC Rules are silent the Chairman of SIAC, the Registrar and the Tribunal shall act in the spirit of the Rules and shall make every reasonable effort to ensure the fair, expeditious and economical conclusion of the arbitration and the enforceability of the award (SIAC Rule 36.2). The Registrar may issue Practice Notes to supplement, regulate and implement the Rules (SIAC Rule 36.3).	October 2011	Nish Shetty, Antony Crockett & Darius Bragassam, Clifford Chance LLP
Swiss Chambers	The Arbitral Tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, provided that it ensures equal treatment of the Parties and their right to be heard (Article 15.1).	June 2011	Domitille Baizeau & Bernd Ehle, LALIVE
Union of Chambers and Commodity Exchanges of Turkey (UCCET) Court of Arbitration	The provisions of the TIAL shall apply to the respective dispute if there is no provision within the Arbitration Rules that can be applied to the matter in question (Article 46 of the Arbitration Rules).	August 2011	Serdar Bezen & Alaz Eker Ündar, Bezen & Partners

ANEXO C – NOTAS DA UNCITRAL SOBRE ORGANIZAÇÃO DO PROCEDIMENTO ARBITRAL (EXTRATO DA LISTA)

LIST OF MATTERS FOR POSSIBLE CONSIDERATION IN ORGANIZING ARBITRAL PROCEEDINGS

1. Set of arbitration rules, ¶¶ 14-16
If the parties have not agreed on a set of arbitration rules, would they wish to do so, ¶¶ 14-16
2. Language of proceedings, ¶ 17-20
 - (a) Possible need for translation of documents, in full or in part, ¶ 18
 - (b) Possible need for interpretation of oral presentations, ¶ 19
 - (c) Cost of translation and interpretation, ¶ 20
3. Place of arbitration, ¶¶ 21-23
 - (a) Determination of the place of arbitration, if not already agreed upon by the parties, ¶¶ 21-22
 - (b) Possibility of meetings outside the place of arbitration, ¶ 23
4. Administrative services that may be needed for the arbitral tribunal to carry out its functions, ¶¶ 24-27
5. Deposits in respect of costs, ¶¶ 28-30
 - (a) Amount to be deposited, ¶ 28
 - (b) Management of deposits, ¶ 29
 - (c) Supplementary deposits, ¶ 30
6. Confidentiality of information relating to the arbitration; possible agreement thereon, ¶¶ 31-32
7. Routing of written communications among the parties and the arbitrators, ¶¶ 33-34
8. Telefax and other electronic means of sending documents, ¶¶ 35-37
 - (a) Telefax, ¶ 35
 - (b) Other electronic means (e.g. electronic mail and magnetic or optical disk), ¶¶ 36-37
9. Arrangements for the exchange of written submissions, ¶¶ 38-41
 - (a) Scheduling of written submissions, ¶¶ 39-40
 - (b) Consecutive or simultaneous submissions, ¶ 41
10. Practical details concerning written submissions and evidence (e.g. method of submission, copies, numbering, references), ¶ 42
11. Defining points at issue; order of deciding issues; defining relief or remedy sought, ¶¶ 43-46
 - (a) Should a list of points at issue be prepared, ¶ 43
 - (b) In which order should the points at issue be decided, ¶¶ 44-45
 - (c) Is there a need to define more precisely the relief or remedy sought, ¶ 46
12. Possible settlement negotiations and their effect on scheduling proceedings, ¶ 47
13. Documentary evidence, ¶¶ 48-54

- (a) Time-limits for submission of documentary evidence intended to be submitted by the parties; consequences of late submission, ¶¶ 48-49
- (b) Whether the arbitral tribunal intends to require a party to produce documentary evidence, ¶ 50-51
- (c) Should assertions about the origin and receipt of documents and about the correctness of photocopies be assumed as accurate, ¶ 52
- (d) Are the parties willing to submit jointly a single set of documentary evidence, ¶ 53
- (e) Should voluminous and complicated documentary evidence be presented through summaries, tabulations, charts, extracts or samples, ¶ 54
- 14. Physical evidence other than documents, ¶¶ 55-58
 - (a) What arrangements should be made if physical evidence will be submitted, ¶ 56
 - (b) What arrangements should be made if an on-site inspection is necessary, ¶¶ 57-58
- 15. Witnesses, ¶¶ 59-68
 - (a) Advance notice about a witness whom a party intends to present; written witnesses' statements, ¶¶ 60-62
 - (b) Manner of taking oral evidence of witnesses, ¶¶ 63-65
 - (i) Order in which questions will be asked and the manner in which the hearing of witnesses will be conducted, ¶ 63
 - (ii) Whether oral testimony will be given under oath or affirmation and, if so, in what form an oath or affirmation should be made, ¶ 64
 - (iii) May witnesses be in the hearing room when they are not testifying, ¶ 65
 - (c) The order in which the witnesses will be called, ¶ 66
 - (d) Interviewing witnesses prior to their appearance at a hearing, ¶ 67
 - (e) Hearing representatives of a party, ¶ 68
- 16. Experts and expert witnesses, ¶ 69-73
 - (a) Expert appointed by the arbitral tribunal, ¶ 70-72
 - (i) The expert's terms of reference, ¶ 71
 - (ii) The opportunity of the parties to comment on the expert's report, including by presenting expert testimony, ¶ 72
 - (b) Expert opinion presented by a party (expert witness), ¶ 73
- 17. Hearings, ¶ 74-85
 - (a) Decision whether to hold hearings, ¶ 74-75
 - (b) Whether one period of hearings should be held or separate periods of hearings, ¶ 76
 - (c) Setting dates for hearings, ¶ 77
 - (d) Whether there should be a limit on the aggregate amount of time each party will have for oral arguments and questioning witnesses, ¶ 78-79
 - (e) The order in which the parties will present their arguments and evidence, ¶ 80
 - (f) Length of hearings, ¶ 81
 - (g) Arrangements for a record of the hearings, ¶ 82-83

- (h) Whether and when the parties are permitted to submit notes summarizing their oral arguments, ¶ 84-85
- 18. Multi-party arbitration, ¶ 86-88
- 19. Possible requirements concerning filing or delivering the award, ¶ 89-90
- 20. Who should take steps to fulfil any requirement, ¶ 90

ANEXO D – TÉCNICAS DA ICC SOBRE O CONTROLE DE TEMPO E DE CUSTAS (EXTRATO DOS ITENS DISCUTIDOS)

Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration

PRELIMINARY PROCEDURAL ISSUES

Language of the arbitration

Determination of language by the arbitral tribunal	18
Proceedings involving two or more languages	19

Relationship among the Terms of Reference, the provisional timetable and the early case-management conference	20, 21, 22, 23
---	----------------

Terms of Reference

Summaries of claims and relief sought	24
Use of discretion in apportionment of costs	25
Empowering chairman on procedural issues	26
Administrative secretary to the arbitral tribunal:	27
Need for a physical meeting	28
Counterparts	29
Compliance with Article 18(3)	30

Early case-management conference

Timing of case-management conference:	31
Proactive case management:	32, 33
Client attendance:	34

Timetable for the proceedings

Compliance with the provisional timetable	35
Need for a hearing	36
Fixing the hearing date	37
Pre-hearing conference	38
Use of IT	39
Short and realistic time periods	40
Bifurcation and partial awards	41
Briefing everyone involved in the case	42

Settlement

Arbitral tribunal's role in promoting settlement	43
--	----

SUBSEQUENT PROCEDURE FOR THE ARBITRATION

Introduction	44
Written submissions	45
Setting out the case in full early in the proceedings	46
Avoiding repetition	47
Sequential or simultaneous delivery	48
Specifying form and content	49
Limiting the length of submissions	50
Limiting the number of submissions	51

Documentary evidence

Organization of documents	52
Producing documents on which the parties rely	53
Establishing procedure for requests for production	54
Managing requests for production efficiently	55
Avoiding duplication	56
Selection of documents to be provided to the arbitral tribunal	57
Minimizing creation of hard copies	58
Translations	59
Authenticity of documents	60

Correspondence

Correspondence between counsel	61
Sending correspondence to the arbitral tribunal	62

Witness statements

Limiting the number of witnesses	63
Minimizing the number of rounds of witness statements	64

Expert evidence

Presumption that expert evidence not required	65
ICC International Centre for Expertise	66
Clarity regarding the subject matter and scope of reports	67
Number of experts	68
Number of reports	69
Meeting of experts	70
Use of single expert	71

Hearings

Minimizing the length and number of hearings	72
Choosing the best location for hearings	73
Telephone and video conferencing	74
Providing submissions in good time.....	75
Cut-off date for evidence	76
Identifying core documents	77
Agenda and timetable	78
Avoiding repetition	79
Need for witnesses to appear	80
Use of written statements as direct evidence	81
Witness conferencing	82
Limiting cross-examination.....	83
Closing submissions.....	84

Costs

Using allocation of costs to encourage efficient conduct of the proceedings	85
Deliberations and awards	86