

PATRICIA AYUB DA COSTA

**MECANISMOS DE CONTROLE DAS TÁTICAS DE GUERRILHA NA
ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL**

Tese de doutorado

Orientador: Professor Doutor Masato Ninomiya

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo- SP

2021

PATRICIA AYUB DA COSTA

**MECANISMOS DE CONTROLE DAS TÁTICAS DE GUERRILHA NA
ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL**

Tese apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como exigência parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito na área de concentração de Direito Internacional e Comparado (DIN), sob orientação do Prof. Dr. Masato Ninomiya.

**UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
São Paulo- SP
2021**

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

COSTA, PATRICIA AYUB DA
MECANISMOS DE CONTROLE DAS TÁTICAS DE GUERRILHA
NA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL ; PATRICIA
AYUB DA COSTA ; orientador MASATO NINOMIYA -- São
Paulo, 2021.

349

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em
Direito Internacional) - Faculdade de Direito,
Universidade de São Paulo, 2021.

1. ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL. 2. TÁTICAS
DE GUERRILHA NA ARBITRAGEM. 3. ÉTICA NA ARBITRAGEM.
4. ANÁLISE ECONÔMICA DA ARBITRAGEM. 5. DEVIDO
PROCESSO NA ARBITRAGEM. I. NINOMIYA, MASATO, orient.
II. Título.

Nome: Patricia Ayub da Costa

Título: Mecanismos de Controle das Táticas de Guerrilha na Arbitragem Comercial Internacional

.

Aprovado em: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora

Orientador: Professor Doutor Masato Ninomiya

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Assinatura: _____

Prof. Dr.

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Assinatura: _____

Prof. Dr.

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Assinatura: _____

Prof. Dr.

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Assinatura: _____

Prof. Dr.

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Assinatura: _____

Prof. Dr.

Instituição: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Assinatura: _____

AGRADECIMENTOS

A Deus que me protegeu e me guiou até aqui.

Aos meus pais, Jesus e Ouzana, pela presença e cuidados constantes, por todo o investimento na minha educação e formação e pelo exemplo de amor incondicional.

À minha filha, Carolina, que mesmo criança, foi minha inspiração e força para não desistir do meu sonho de estudar na FDUSP.

À Ana Paula e Sylvio, por serem meus companheiros, por nunca me abandonarem e sempre me incentivarem.

Ao Paulo Roberto e Paula, pelo incentivo e carinho comigo e com a Carolina.

Ao Rodrigo que chegou na reta final e me deu um sopro de coragem e entusiasmo, alegrando ainda mais meus dias.

Aos meus amigos de perseverança, estudos e viagens no trecho Londrina – São Paulo, Anderson Azevedo e Thays Canezin.

Às minhas irmãs de coração, Ana Cândida Falaguasta e Thaís Paschoal, por serem e estarem presentes na alegria e na tristeza.

Ao meu primo, Leonardo Ayub, que compartilhou seu lar e psique comigo em momentos cruciais deste percurso.

À Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, eterno palco do Direito brasileiro, que me possibilitou realizar tantos sonhos.

Aos meus professores da USP, por todas as lições jurídicas e de vida, em especial ao Prof. Dr. José Augusto Fontoura Costa que me recebeu como aluna especial, abrindo as portas da USP; ao Prof. Dr. Wagner Menezes que já me possibilitou tanto conhecimento e oportunidades com as edições do Congresso Brasileiro de Direito Internacional; ao Prof. Dr. Masato Ninomiya, a quem admiro tanto pela vitalidade e pelo conhecimento jurídico, histórico e multicultural.

Aos colegas de pós-graduação que a USP me deu, pessoas que trarei carinhosamente no meu coração e memória.

À Universidade Estadual de Londrina, minha *alma mater*, um dos meus lugares favoritos no mundo. Ao curso de Direito da UEL, que tanto me possibilitou e me ensinou desde que cheguei em 1999 e onde, hoje, cumpro com amor, o ofício de lecionar.

Aos professores e colegas da UEL que tanto me ensinaram e apoiaram nesse percurso acadêmico, em especial à Profa. Dra. Tânia Lobo Muniz, que me acompanha desde a graduação, com quem compartilho pesquisa sobre comércio internacional e arbitragem internacional desde o Mestrado em Direito Negocial e por quem nutro uma profunda admiração e respeito, pela mulher e profissional que é.

À Nathália Dalbianco, Hellen Nascimento, Manuela Tristão, Bruna Faria e Eduardo Rodrigues, acadêmicos que tive o prazer de chamar de alunos, exímios pesquisadores que me socorreram em pesquisas pontuais e essenciais para esta tese.

A todos os meus alunos, que me inspiram a ser uma professora melhor a cada dia e pacientemente compreenderam meus momentos de ausência para a concretização desta pesquisa.

À Ivana Nobre Bertolazo, que esteve comigo no primeiro dia de aula na FDUSP e revisou este trabalho com tanta paciência e dedicação.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Masato Ninomiya, sempre paciente, generoso e cordial, de uma memória e sabedoria ímpares, obrigada por me aceitar como sua orientada e por me conduzir até aqui.

Aos professores que generosamente aceitaram compor essa banca de defesa, pessoas e mestres a quem admiro tanto, que de várias formas já contribuíram tanto para o meu desenvolvimento acadêmico, para essa pesquisa e para a professora que me tornei.

A todos que me incentivaram e acreditaram em mim, mesmo quando eu me perdi, e de várias formas foram faróis pelo caminho, minha eterna gratidão.

Não tenho dúvida de que muitos deveriam aqui ser homenageados, mas minha memória agora me trai. No entanto, tenho plena convicção de que sou produto de cada um de vocês que cruzaram ou permaneceram comigo nessa estrada da vida.

Meu muito obrigada!

À Carolina, a melhor parte de mim.

Tudo vale a pena, se a alma não é pequena.

Fernando Pessoa

COSTA, Patricia Ayub. **Mecanismos de Controle das Táticas de Guerrilha na Arbitragem Comercial Internacional**. 2021. 349f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

RESUMO

A pesquisa visa analisar se existem mecanismos de controle das táticas de guerrilha na arbitragem comercial internacional com o fim de preservar a ética, o devido processo e a eficiência deste método de solução de conflitos. Para tanto, no primeiro capítulo será analisada a importância social, econômica e jurídica da arbitragem comercial internacional, suas noções propedêuticas, principiologia, atores e fases do procedimento arbitral. O segundo capítulo estuda as transformações ocorridas no campo social da arbitragem até chegar às táticas de guerrilha. Busca conceituar e categorizar o comportamento guerrilheiro, identificando sua atuação pelos atores arbitrais e como se manifestam nas fases procedimentais para ao final sopesar o impacto destas táticas nocivas nos incentivos econômicos da arbitragem. O terceiro capítulo aponta o que existe de regulamentação ética na arbitragem comercial internacional, passando pelos instrumentos de *hard law*, *soft law* e regulamentos das principais instituições de arbitragem, de acordo com a Pesquisa de 2021 da *Queen Mary University of London & White Case*, acrescentando o regulamento da principal instituição de arbitragem brasileira. O último capítulo investiga quem são os legitimados para aplicação das sanções aos atores arbitrais, quais são as sanções mais eficientes para o combate às táticas de guerrilha arbitrais e como o retorno às origens éticas da arbitragem pode contribuir para a manutenção da sua relevância e eficiência como principal meio de solução dos conflitos comerciais internacionais. Utiliza o método hipotético-dedutivo partindo-se da hipótese de que a arbitragem é o método mais eficiente de solução dos conflitos ocorridos no cenário do comércio internacional que tem sido impactado economicamente por comportamentos antiéticos, denominados de táticas de guerrilha, que objetivam protelar ou impedir o procedimento arbitral. O estudo parte de uma ampla análise documental, especialmente de leis nacionais, tratados internacionais, lei-modelo da UNCITRAL, diretrizes de *soft law* de associações profissionais e regulamentos das instituições arbitrais, bem como de uma revisão bibliográfica da doutrina nacional e estrangeira especializada no tema da pesquisa.

Palavras-chave: análise econômica; arbitragem comercial internacional; devido processo; ética na arbitragem internacional; táticas de guerrilha.

COSTA, Patricia Ayub. **Meccanismi di Controllo delle Tattiche di Guerriglia nell'Arbitrato Commerciale Internazionale**. 2021. 349 segg. Tesi (Dottorato in Giurisprudenza). Facoltà di Giurisprudenza, Università di San Paolo, San Paolo, 2021.

RIASSUNTO

La ricerca si propone di analizzare se esistono dei meccanismi di controllo delle tattiche di guerriglia nell'arbitrato commerciale internazionale con la finalità di preservare l'etica, il giusto processo e l'efficienza di questo metodo di risoluzione dei conflitti. A tal fine, nel primo capitolo verrà analizzata l'importanza sociale, economica e giuridica dell'arbitrato commerciale internazionale, le sue nozioni propedeutiche, i principi, gli attori e le fasi della procedura arbitrale. Il secondo capitolo studia le trasformazioni avvenute nel campo sociale dell'arbitrato fino ad arrivare alle tattiche di guerriglia. Cerca di concettualizzare e categorizzare il comportamento di guerriglia, individuandone l'attuazione da parte degli attori arbitrali e come si manifestano nelle fasi procedurali per, alla fine, soppesare l'impatto di queste tattiche nocive sugli incentivi economici dell'arbitrato. Il terzo capitolo individua quanto esiste di regolamentazione etica nell'arbitrato commerciale internazionale, passando attraverso gli strumenti di *hard law*, *soft law* e regolamenti delle principali istituzioni arbitrali, in conformità con la Ricerca del 2021 della Queen Mary University of London e White & Case, aggiungendo il regolamento della principale istituzione arbitrale brasiliana. L'ultimo capitolo indaga su chi sono i legittimati all'applicazione delle sanzioni agli attori arbitrali, quali sono le sanzioni più efficaci alla lotta contro le tattiche di guerriglia arbitrali e come il ritorno alle origini etiche dell'arbitrato può contribuire a mantenere la sua rilevanza e l'efficienza come principale mezzo di risoluzione dei conflitti commerciali internazionali. Utilizza il metodo ipotetico-deduttivo partendo dall'ipotesi che l'arbitrato sia il metodo più efficiente per la risoluzione dei conflitti che si verificano nello scenario del commercio internazionale che viene influenzato economicamente da comportamenti non etici, denominati tattiche di guerriglia, che hanno come obiettivo ritardare o impedire la procedura arbitrale. Lo studio parte da un'ampia analisi documentale, in particolare delle leggi nazionali, dei trattati internazionali, della legge-modello di UNCITRAL, delle linee guida di *soft law* delle associazioni professionali e dei regolamenti delle istituzioni arbitrali, nonché da una rassegna bibliografica della dottrina nazionale ed estera specializzata sul tema della ricerca.

Parole chiave: analisi economica; arbitrato commerciale internazionale; giusto processo; etica nell'arbitrato internazionale; tattiche di guerriglia.

COSTA, Patricia Ayub. **Mechanisms for Controlling Guerrilla Tactics in International Commercial Arbitration.** 2021. 349f. Thesis (Doctorate in Law). Faculty of Law, University of São Paulo, São Paulo, 2021.

ABSTRACT

This research aims to analyze if there are existing mechanisms that control guerrilla tactics in international commercial arbitration as a way to preserve ethics, due process, and this dispute resolution method's efficiency. For this purpose, the first chapter analyzes the social, economic, and legal relevance of international commercial arbitration, its propaedeutic notions, principles, actors, and phases of the arbitral procedure. The second chapter studies the occurred transformations in the social field of arbitration until the arrival of guerrilla tactics. It also seeks to define and categorize guerrilla behavior, identify specific practices by arbitration actors and how their conduct manifests in arbitral proceedings to, in the end, ponder the impact of these harmful tactics in the context of economic incentives for arbitration. The third chapter points to what exists in the ethical regulation of international commercial arbitration, examining instruments such as hard law, soft law and other regulations created by main arbitral institutions, according to a 2021 Queen Mary University of London e White & Case research, whilst also examining regulation of the main arbitral institution of Brazil. The last chapter investigates who holds legitimacy to execute sanctions upon arbitration actors, which sanctions are more efficient in combatting guerrilla tactics in arbitration, and how restoring the ethical origins of arbitration can contribute to maintaining its relevancy and efficiency as a main method of conflict resolution in international commerce. This research uses the hypothetical-deductive method, departing from the hypothesis that arbitration, while the most efficient method of conflict resolution in contemporary international commerce, has been economically impacted by anti-ethical behavior, namely guerrilla tactics which purpose is to delay or obstruct arbitral procedures. This study uses broad documental research, especially of domestic laws, international treaties, UNCITRAL Model Law, soft law from specialized associations and directives from arbitral institutions. It also reviews specialized literature of this topic of study from Brazil and abroad.

Keywords: economic analysis; international commercial arbitration; due process; ethics in international arbitration; guerilla tactics.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1	86
----------------	----

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AAA - AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION
ADR - ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION
AED – ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO
CAMARB - CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM EMPRESARIAL - BRASIL
CAM-CCBC - CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE
COMÉRCIO BRASIL – CANADÁ
CBAR - COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM – CBAR
CCI - CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM
CIARB - CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS
CIDIH - COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS
CIDIP-V - V CONFERÊNCIA INTERAMERICANA ESPECIALIZADA SOBRE O
DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO
CIETAC - CENTRO DE ARBITRAGEM DE HONG KONG
CIETAC - CHINA INTERNATIONAL ECONOMIC AND TRADE ARBITRATION
COMMISSION
CNJ - CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA
CONIMA - CONSELHO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE MEDIAÇÃO E
ARBITRAGEM
CRCICA - CAIRO REGIONAL CENTRE FOR INTERNATIONAL COMMERCIAL
ARBITRATION –
DIAC - DUBAI INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE
DUDH – DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS
ERA PLEDGE - EQUAL REPRESENTATION IN ARBITRATION
HKIAC - HONG KONG INTERNACIONAL ARBITRATION CENTRE
IBA – INTERNACIONAL BAR ASSOCIATION
ICC – INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE
ICCA - INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION
LCIA - LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION
LCIA- MIAC - MAURITIUS INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE

LCICAL - LAGOS REGIONAL CENTRE FOR INTERNATIONAL COMMERCIAL
ARBITRATION

MERCOSUL – MERCADO COMUM DO SUL

OAS – ORGANIZATION OF AMERICAN STATES

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS

SCC - ARBITRATION INSTITUTE OF THE STOCKHOLM CHAMBER OF
COMMERCE

SIAC - SINGAPORE INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE

UNCITRAL - UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE
LAW

UNIDROIT - INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE
LAW

WHOSWHOLEGAL – WHO IS WHO LEGAL

WWA LATAM – WOMEN WAY IN ARBITRATION AMERICA LATINA

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	14
2 ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL	18
2.1 IMPORTÂNCIA DA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL COMO MÉTODO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS: ANÁLISE SOCIAL, ECONÔMICA E JURÍDICA	20
2.1.1 Análise Social da Arbitragem Comercial Internacional.....	21
2.1.2 Análise Econômica da Arbitragem Comercial Internacional.....	27
2.1.3 Análise Jurídica da Arbitragem Comercial Internacional.....	40
2.2 ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL: NOÇÕES PROPEDEÚTICAS.....	46
2.2.1 Conceito de Arbitragem Comercial Internacional.....	46
2.2.2 Natureza Jurídica e Arbitrabilidade	54
2.2.3 Convenção de Arbitragem	58
2.3 PRINCIPIOLOGIA DA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL	65
2.3.1 Principiologia Contratual: Autonomia da Vontade.....	66
2.3.2 Principiologia Jurisdicional: Devido Processo Legal e Consectários.....	70
2.3.3 Principiologia Ética: Boa-fé, Confiança e Cooperação.....	78
2.4 ATORES DA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL.....	84
2.4.1 Partes.....	88
2.4.2 Advogados	92
2.4.3 Árbitros.....	97
2.5 CLASSIFICAÇÃO DAS FASES DO PROCEDIMENTO ARBITRAL.....	105
2.5.1 Fase Pré-Arbitral	106
2.5.2 Fase Arbitral.....	109
2.5.3 Fase Pós-Arbitral.....	113
3 TÁTICAS DE GUERRILHA NA ARBITRAGEM COMERCIAL	115

3.1 TRANSFORMAÇÕES NO CAMPO DE ATUAÇÃO DA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL.....	115
3.1.1 Campo Social da Arbitragem Comercial Internacional: as Gerações de Arbitralistas	118
3.1.2 Americanização da Arbitragem Comercial Internacional?	127
3.1.3 <i>Due Process Paranoia</i> : Realidade ou Fantasia?	135
3.1.4 Novos Tempos: uma Comunidade Arbitral mais Diversificada	141
3.2 CONCEITO E CATEGORIZAÇÃO DAS TÁTICAS DE GUERRILHA NA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL	146
3.2.1 Contexto e Conceito de Táticas de Guerrilha na Arbitragem Comercial Internacional	147
3.2.2 Categorias de Táticas de Guerrilha na Arbitragem Comercial Internacional.....	152
3.3 O COMPORTAMENTO GUERRILHEIRO DOS ATORES DA ARBITRAGEM.....	157
3.3.1 O Comportamento Guerrilheiro das Partes	157
3.3.2 O Comportamento Guerrilheiro dos Advogados	160
3.3.3 O Comportamento Guerrilheiro dos Árbitros	166
3.4 IDENTIFICAÇÃO DOS COMPORTAMENTOS GUERRILHEIROS EM CADA ETAPA DO PROCEDIMENTO ARBITRAL	171
3.4.1 Identificação das Táticas de Guerrilha na Fase Pré-arbitral	172
3.4.2 Identificação das Táticas de Guerrilha na Fase Arbitral	175
3.4.3 Identificação das Táticas de Guerrilha na Fase Pós- arbitral	181
3.5 IMPACTO DAS TÁTICAS DE GUERRILHA NOS INCENTIVOS ECONÔMICOS DA ARBITRAGEM.....	183
4 REGULAMENTAÇÃO DA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL: PREVENÇÃO E CONTROLE DAS TÁTICAS DE GUERRILHA	193
4.1 <i>HARD LAW</i> E SUAS MANIFESTAÇÕES NA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL.....	196

4.2 <i>SOFT LAW</i> ENQUANTO INSTRUMENTO DE HARMONIZAÇÃO DA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL	200
4.2.1 Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional	205
4.2.2 A Importância das Diretrizes da Associação Internacional de Advogados (IBA) ...	210
4.2.2.1 Regras da IBA sobre a Obtenção de Provas em Arbitragem Internacional	211
4.2.2.2 Diretrizes da IBA sobre a Representação das Partes	216
4.2.2.3 Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional....	223
4.2.3 As Regras de Praga: Respostas à Americanização da Arbitragem?	227
4.3 REGULAMENTOS DAS INSTITUIÇÕES DE ARBITRAGEM	233
4.3.1 Regulamento da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI)	235
4.3.2 Regulamento da Corte de Arbitragem Internacional de Londres (LCIA)	241
4.3.3 Regulamento do Centro Internacional de Arbitragem de Cingapura (SIAC)	249
4.3.4 Regulamento do Centro Internacional de Arbitragem de Hong Kong (HKIAC).....	254
4.3.5 Regulamento do Centro de Arbitragem de Hong Kong da Comissão Internacional de Arbitragem Econômica e Comercial da China (CIETAC Hong Kong)	258
4.3.6 Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC).....	262
4.4 FLEXIBILIDADE E ADEQUAÇÃO PARA MELHOR GESTÃO DA ARBITRAGEM COMERCIAL.....	266
5 SANÇÕES DAS TÁTICAS DE GUERRILHA NA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL.....	268
5.1. LEGITIMADOS PARA APLICAR SANÇÕES AOS COMPORTAMENTOS GUERRILHEIROS NA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL: DESAFIOS ...	271
5.1.1 Tribunais Nacionais: Cooperação Jurisdicional Essencial	271
5.1.2 Conselhos de Classe Nacionais, Associações Internacionais de Advogados ou Conselho Global de Ética Arbitral	276
5.1.3 Instituições Arbitrais: Fundamentais para as Questões Éticas da Arbitragem Comercial Internacional.....	280
5.1.4 Tribunal Arbitral e Seus Poderes de Sanção	286
5.1.4.1 Advertência e Exclusão dos Guerrilheiros	290

5.1.4.2 Inferências Negativas.....	294
5.1.4.3 Sanções Monetárias	296
5.2 LIBERDADE COMO CAMINHO PARA A RESPONSABILIDADE: RETORNO ÀS ORIGENS COM O CONHECIMENTO DO PRESENTE, MIRANDO O FUTURO	304
6 CONCLUSÃO.....	314
REFERÊNCIAS	319

1 INTRODUÇÃO

A arbitragem é considerada um método de resolução de conflitos adequado e eficiente para o comércio internacional em razão dos seus benefícios sociais, jurídicos e econômicos. Está amparada na autonomia da vontade, na boa-fé, no devido processo, na flexibilidade procedimental e na obrigatoriedade da sentença, o que garante seu reconhecimento e execução em diferentes jurisdições.

No entanto, sua eficiência está sendo contestada em razão do aumento dos custos e do tempo para solução dos conflitos. Dentre os motivos apontados para a perda de eficiência, estão as táticas de guerrilha, comportamentos patológicos (agressivos, antiéticos ou abusivos) dos atores arbitrais em diferentes fases do procedimento arbitral, que visam impedir ou obstruir o desenvolvimento do processo arbitral ou o cumprimento da sua sentença.

Esta constatação tem provocado uma série de debates no âmbito jurídico nacional e internacional, acadêmico e profissional, sobre o presente e o futuro do instituto da arbitragem comercial internacional, que nasceu em um ambiente cooperativo e flexível, passando atualmente por uma crise de confiança dos usuários.

Deste modo, é fundamental que a comunidade arbitral se debruce sobre a árdua tarefa de identificar as razões da crise de confiança, reconhecer seus erros e encontrar mecanismos que sejam adaptáveis a uma realidade dinâmica, multicultural e que alcance efeitos satisfatórios do ponto de vista ético, econômico, social e jurídico.

A presente pesquisa visa apontar mecanismos que possam contribuir para o controle das táticas de guerrilha na arbitragem comercial internacional, devolvendo-a para o seu caminho cooperativo e eficiente. Para isso, a pesquisa será dividida em quatro capítulos.

O primeiro capítulo visa contextualizar a arbitragem como método adequado e eficiente de solução dos conflitos comerciais internacionais, especialmente diante da intensificação do comércio internacional. Serão trabalhadas as noções propedêuticas da arbitragem comercial internacional, dando-se destaque para sua base principiológica, dividida em três dimensões: i) contratual; ii) jurisdicional e iii) ética. Objetiva-se, com isso, estruturar a relação entre a vontade das partes, a

função jurisdicional do tribunal arbitral e a boa-fé para a manutenção dos incentivos econômicos do instituto.

No primeiro capítulo ainda serão identificados os atores arbitrais que impactarão diretamente na pesquisa sobre as táticas de guerrilha. Por isso, a escolha por delimitar o papel das partes, advogados e árbitros, dividindo-se didaticamente o procedimento arbitral em fase pré-arbitral, arbitral e pós-arbitral.

O segundo capítulo intitulado de “Táticas de guerrilha na arbitragem comercial internacional” visa contextualizar as transformações ocorridas no campo social da arbitragem comercial internacional, por meio da compreensão histórico-social de gerações de arbitralistas, da influência da cultura jurídica norte-americana, do fenômeno da *due process paranoia* e por fim, da expansão da arbitragem internacional para o sul asiático, destacadamente Hong Kong e Cingapura.

A partir da compreensão destas transformações, a pesquisa preocupar-se-á com a conceituação e categorização das táticas de guerrilha para melhor compreender seu alcance. Optou-se por delimitar a análise das táticas de guerrilha protelatórias por cada ator arbitral e sua manifestação nas fases procedimentais da arbitragem e o quanto elas impactam nos incentivos econômicos da arbitragem.

O terceiro capítulo intitulado de “Regulamentação da arbitragem comercial internacional: prevenção e controle das táticas de guerrilha” investigará o que existe de regulamentação da arbitragem comercial internacional, destacando-se o viés ético, buscando respostas para o que se considera um padrão de conduta esperado no contexto arbitral internacional, até para que se possa buscar a melhor gestão para prevenir, combater e sancionar o comportamento adverso.

O desafio ocorre em razão da autonomia da vontade ser predominante na arbitragem comercial internacional e a regulamentação ser ponto sensível de discussão, pois para alguns será a sua lacuna de regras claras sobre conduta, a culpada pelo crescimento das táticas de guerrilha, enquanto para outros há o risco de uma superregulação em um ambiente que sempre prezou pela flexibilidade procedimental e pela liberdade de escolha.

Partiu-se de instrumentos de *hard law*, passando pelos modelos de *soft law* para, então, analisar os regulamentos de importantes instituições arbitrais, escolhidas, com fundamento nas últimas pesquisas da Queen Mary University e White & Case de 2021 e da Profa. Dra. Selma Lemes (Arbitragem em números e

valores de 2020) para identificar os critérios utilizados por estas instituições arbitrais na gestão do procedimento, na imposição de regras vinculantes e na orientação de conduta ética.

Com isso, pretende-se avaliar se a regulamentação existente atende às necessidades dos atores arbitrais, se é adequada e efetividade para prevenção e combate às táticas de guerrilha arbitrais. E ainda, o que trazem de possibilidades de sanção para os guerrilheiros arbitrais e quem seriam os legitimados para aplicar tais sanções.

Assim, depois destas investigações, espera-se poder tecer considerações para um modelo ético que garanta que a arbitragem continue sendo o meio de solução de conflito mais eficiente para o comércio internacional.

Com isso, a presente pesquisa visa contribuir social e juridicamente no sentido de compreender os impactos econômicos causados pelas táticas de guerrilha à arbitragem comercial internacional, apontando mecanismos preventivos, corretivos e sancionatórios para os atores arbitrais que extrapolem seus direitos em prejuízo da contraparte, do tribunal arbitral ou do próprio procedimento arbitral, respeitando sempre os princípios contratuais, jurisdicionais e éticos, propondo, ainda, uma reflexão sobre o caminho a ser seguido para manutenção do *status* de principal e mais efetivo meio de solução dos conflitos comerciais internacionais.

Para tanto, será utilizado o método hipotético-dedutivo partindo-se da hipótese de que a arbitragem é o método mais eficiente de solução dos conflitos ocorridos no cenário do comércio internacional que tem sido impactado economicamente por comportamentos antiéticos, denominados de táticas de guerrilha, que objetivam protelar ou impedir o procedimento arbitral. Utilizar-se-á de forma auxiliar o método histórico-comparativo, em razão da diversidade de atores que passaram a atuar em arbitragens comerciais internacionais e o quanto esta diversidade cultural e de interesses fez com que se perdesse a sua coesão inicial, a fim de se investigar se foi esta diversidade ou não que proporcionou o aumento das táticas de guerrilha.

Parte-se, portanto de uma teoria idealista do direito que visa demonstrar qual o padrão ético esperado no ambiente da arbitragem comercial internacional e quais mecanismos de controle podem ser utilizados para manutenção dos seus incentivos econômicos.

Com relação às técnicas de pesquisa, o estudo pautar-se-á em ampla análise documental, especialmente de leis nacionais, tratados internacionais, lei modelo da UNCITRAL, diretrizes de *soft law* de associações profissionais e regulamentos das instituições arbitrais, bem como de uma revisão bibliográfica da doutrina nacional e estrangeira.

2 ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

O comércio internacional é dinâmico e exige a mesma dinamicidade para a resolução dos conflitos advindos de relações comerciais tão diversificadas quanto seus players. As normas estatais e a atuação do Estado para regulação e solução dos conflitos comerciais internacionais não se mostram mais suficientes, deslocando-se esta competência para a própria sociedade, especialmente por meio da arbitragem¹, que se transformou no “modo normal”² de atender à resolução de controvérsias referentes às complexidades das relações obrigacionais ligadas por elementos de conexão jurídicos, geográficos, políticos, culturais, sociais e econômicos.

Além de adequar-se às diversidades culturais, jurídicas, sociais e econômicas, a arbitragem também é tida como um método de solução de conflitos viável pela perspectiva da análise econômica, uma vez que seu procedimento e resultado tendem a ser mais colaborativos, previsíveis, céleres, confidenciais e especializados.

Philippe Fouchard ressalta ainda que para a arbitragem cumprir sua função de forma plena, é preciso “que o procedimento seja rápido, o custo razoável e a sentença ao final proferida facilmente declarada executiva e eficaz a sua execução.”³

¹ A arbitragem, portanto, seria em verdade uma prática de publicização do modo de resolução de conflitos, que saem das mãos do Estado e vão para as mãos da sociedade, que com mais facilidade se mostra apta a intermediar os complexos conflitos contemporâneos. MACHADO, Rafael Bicca. **A arbitragem empresarial no Brasil: uma análise pela nova Sociologia Econômica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 48. BORN, Gary. **International commercial arbitration**. 2. ed. Kluwer Law International, 2014. p. 2-4; BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Redfern and Hunter on international arbitration**. 6 ed. Oxford University Press, 2015. p. 7; LEW, Julian O. M.; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan Michael. **Comparative International Commercial Arbitration**. Kluwer Law International, 2003. p. 3.

² FOUCHARD, Philippe. Os desafios da Arbitragem Internacional. **Revista Brasileira de Arbitragem**. v. 1, n. 1, jul./out. 2004. Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2004. p. 59.

³ FOUCHARD, Philippe. Os desafios da Arbitragem Internacional. **Revista Brasileira de Arbitragem**. v. 1, n. 1, jul./out. 2004. Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2004. p. 59.

Deste modo, observa-se que embora a arbitragem seja um método antigo⁴ de solução de conflitos, cresceu em número e importância com o fenômeno da globalização⁵ que intensificou o comércio internacional e apresentou novos desafios às relações comerciais, que passaram a ser transnacionais, fluindo fronteiras, culturas, políticas e sistemas jurídicos com uma rapidez e dinâmica, até então, desconhecidos.

Nesse contexto, o Estado deixou de ser instância privilegiada de tomada de decisões, “tendendo a operar numa dimensão mais coordenadora”⁶ com outros atores internacionais, como as organizações internacionais, entidades privadas e tribunais internacionais. É claro que esta redistribuição de poderes nem sempre é isonômica, o que gera discussões sobre os aspectos negativos e positivos⁷ da globalização⁸.

⁴ Na clássica obra *Teoria Geral do Processo*, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco relatam que o papel de juiz veio antes do legislador e nos primórdios da sociedade, ao se aperceberem que a autotutela era uma solução parcial do conflito, passou-se a confiar aos sacerdotes ou anciãos a solução dos conflitos, pois eram de confiança das partes e conheciam seus costumes. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 29-30. Há relatos de que os gregos utilizavam da arbitragem há 3.000 antes de Cristo, na Antiguidade. Vide anotações de CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem**: mediação; conciliação; resolução CNJ 125/2010. 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. p. 35.

⁵ Rafael Bicca Machado defende que não há uma vinculação clara da arbitragem com o neoliberalismo, por ser historicamente muito anterior, mas por outro lado, ele observa uma relação de causa e efeito com a globalização. MACHADO, Rafael Bicca. **A arbitragem empresarial no Brasil**: uma análise pela nova Sociologia Econômica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 47-49.

⁶ FARIA, José Eduardo. Democracia e governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização econômica. In: FARIA, José Eduardo. **Direito e Globalização econômica: implicações e perspectivas**. 1 ed., 4 tir., São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p. 142. Em outra obra, Faria defende que “o Estado não é quem decide – é, isto sim, quem articula ou tenta articular dinâmicas e processos normativos que não mais conseguem ser por ele determinados de modo exclusivo.” FARIA, José Eduardo. **O Estado e o direito depois da crise**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 64.

⁷ Garzillo relata que o ponto de vista marxista da globalização a percebe como um fenômeno de expansão dos mercados e do capitalismo com efeitos desiguais, o que leva a um “aprofundamento de desigualdades regionais pelo mundo, de modo que tal expansão do mercado ocorreria de forma regionalizada, culminando no aprofundamento da divisão internacional do trabalho (DIT), em relações de subordinação entre Estados nacionais (imperialismo) e em uma série de fenômenos”. Por outro lado, tem-se uma visão liberal ou neoliberal otimista da globalização que a vê como efeito inevitável do capitalismo, tapando “os olhos para as crises regionais, como se o aumento destas não fosse um risco para os próprios mercados” que dependem da capacidade de consumo dos indivíduos para aquisição dos seus produtos e serviços. GARZILLO, Rômulo Monteiro. A relação entre a nova *lex mercatoria* e a soberania dos Estados nacionais: considerações sobre o fenômeno da globalização. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 116, 2019, p. 219 – 244, nov./dez. 2019. Revista dos Tribunais Online. p. 3.

⁸ “A globalização se apresenta como um fenômeno contraditório, que, sem deixar de potencializar as exigências de competitividade em seus diferentes planos, paradoxalmente demanda pelo desenvolvimento de novas formas associativas e de colaboração. Os agentes econômicos,

No entanto, diante do fato concreto do incremento do comércio transnacional e da reformulação do papel de novos atores - que não desejam se submeter às regras estatais, especialmente de países em desenvolvimento, - verifica-se um processo de autorregulação⁹ e também de preferência pela utilização de um método de resolução de conflitos que lhes proporcione maior flexibilidade e autonomia para escolha de seus julgadores e das leis aplicáveis.

Assim, partindo-se da premissa de que a arbitragem comercial internacional está intimamente vinculada com a expansão do comércio internacional e conseqüentemente, com o fenômeno da globalização¹⁰, com a reformulação dos papéis dos atores internacionais, com a flexibilização da soberania estatal e com a *lex mercatoria*, é que se desenvolverá esta pesquisa.

2.1 IMPORTÂNCIA DA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL COMO MÉTODO DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS COMERCIAIS INTERNACIONAIS: ANÁLISE SOCIAL, ECONÔMICA E JURÍDICA

A arbitragem é o principal método de solução dos conflitos comerciais internacionais, no entanto, a cada pesquisa da *Queen Mary University of London & White Case*¹¹, ela vem compartilhando esse espaço com outras ADRs (*alternative*

especialmente os transnacionais, são os verdadeiros propulsores deste processo, fomentando as principais mudanças nas estruturas produtivas, como resultado dos avanços operados nos campos da ciência e da tecnologia, e redesenhando suas estratégias expansionistas". MUNIZ, Tania Lobo; LIGMANOVSKI, Patricia Ayub da Costa. As vantagens da mediação para solução dos conflitos decorrentes dos contratos internacionais do comércio. In: MENEZES, Wagner (Coord.). **Estudos de Direito Internacional**: anais do 9º Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Curitiba: Juruá, 2011. p. 255-264. v. 11. p. 255.

⁹ Faria explica que "em termos concretos, trata-se de uma re-regulamentação e de uma relegalização que ocorrem tanto no âmbito de organismos interestatais e de entidades supranacionais, com princípios, valores, lógicas, racionalidades, diretrizes, procedimentos deliberativos e velocidades decisórias distintos dos tradicionais órgãos e procedimentos legislativos dos Estados, quanto no interior dos próprios sistemas e subsistemas socioeconômicos." FARIA, José Eduardo. **O Estado e o direito depois da crise**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 68.

¹⁰ Fabio Nusdeo explica que a partir das décadas de 80 e 90, houve um processo de liberalização do comércio exterior em diversos campos, como o mercantil, financeiro, de transferência de tecnologias, investimentos e outros e que quando esse processo alcançou um grande número de nações, ganhou o nome de globalização para significar que os critérios de eficiência são fixados mundialmente e não mais dentro das fronteiras dos Estados. NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: introdução ao direito econômico. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 273.

¹¹ QUEEN MARY UNIVERSITY AND WHITE E CASE. **International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration**. 2015. Disponível em:

dispute resolution). Para melhor compreensão do fenômeno, em 2015, a arbitragem era a ADR preferida de 56% dos entrevistados, em 2018 passou para 48% e em 2021 para 31%. Enquanto isso, a escolha híbrida da arbitragem com outra ADR subiu substancialmente de 2015 (34%), passando por 2018 (49%), até chegar no patamar de 59% dos entrevistados em 2021.

Estes dados demonstram:

- i) que a arbitragem ainda é o principal meio de solução dos conflitos comerciais internacionais, mas,
- ii) acendem luzes amarelas de atenção e exige dos juristas uma séria discussão a respeito do assunto para compreender sob o ponto de vista social, econômico e jurídico o que está acontecendo.

2.1.1 Análise Social da Arbitragem Comercial Internacional

Na medida em que os conflitos acompanham a humanidade desde os seus primórdios, muitos já foram os métodos adequados de solução dos conflitos, desde a autotutela até que se alcançasse a jurisdição.

Neste aspecto, a arbitragem já é utilizada pela sociedade há muito tempo¹². Porém, recorta-se nesta pesquisa a arbitragem comercial internacional praticada a partir de movimentos liberais, como ocorrido na Revolução Francesa de 1789. A arbitragem passou a ser defendida como um método viável e aconselhável para solução dos conflitos comerciais, em especial, os internacionais, pois a expansão

http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf. Acesso em: 10 set. 2021. QUEEN MARY UNIVERSITY AND WHITE E CASE. **International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration**. 2018. Disponível em <https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/qmul-international-arbitration-survey-2018-19.pdf>. Acesso em: 10 set. 2021. QUEEN MARY UNIVERSITY AND WHITE E CASE. **International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world**. 2021. Disponível em: <https://www.whitecase.com/publications/insight/2021-international-arbitration-survey>. Acesso em: 10 set. 2021.

¹² “No Brasil, embora a Lei de Arbitragem (Lei 9.307, de 23.09.1996) tenha sido promulgada em 1996, a possibilidade de recorrer à arbitragem, como meio legítimo para a resolução de litígio já era prevista nas Ordenações Portuguesas (em vigor no Brasil até o século XIX) e na primeira Constituição brasileira, de 1824. A arbitragem também estava prevista no Código Comercial de 1850 e no Regulamento 737 (que disciplinava os atos de comércio), bem como nos Códigos de Processo Civil de 1939 e 1973. Todavia, era raramente utilizada para a resolução de conflitos envolvendo questões de direito privado e do comércio internacional, sendo adotada para a solução de alguns conflitos em matéria de delimitação de fronteiras. Por essa razão, até 1940, havia poucas decisões proferidas pelos tribunais brasileiros em matéria de homologação de sentenças arbitrais estrangeiras.” WALD, Arnaldo. *A arbitragem e o mercado de trabalho dos advogados*. In: WALD, Arnaldo. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação: a arbitragem, introdução e histórico**. v. 1, 2014. p. 708-709.

dos mercados tornou conveniente a submissão de eventuais conflitos comerciais a técnicos experientes e de confiança das partes, que atuavam mediante regras pré-acordadas ou conhecidas pelas partes, evitando os tribunais nacionais, sua delonga e formalismos¹³.

Aliás, a arbitragem foi se fortalecendo, inclusive no âmbito doméstico¹⁴, induzindo a uma consciência de que “o que importa é pacificar”¹⁵, sendo irrelevante se a pacificação virá pela jurisdição estatal ou privada.

Manuel Pereira Barrocas¹⁶ ressalta que a arbitragem comercial internacional como se conhece atualmente prosperou apenas com a abertura dos mercados, pois até os anos 60-70 do século XX, era vista com desconfiança fora da Europa Ocidental e da América do Norte, especialmente por ser considerada uma afronta à soberania dos Estados ou como uma forma de imposição capitalista. Ou seja, a arbitragem “aumenta a sua importância quanto menor for o controle do Estado sobre os indivíduos e as empresas”¹⁷, convivendo mal com regimes autocráticos.

É nesse caldo de cultura composto por (i) um Estado desregulamentado, (ii) uma sociedade globalizada, (iii) um direito plural, (iv) um modo de produção industrial flexível e (v) por contratos relacionais, que a arbitragem encontra espaço propício para florescer. Mesmo porque, se esse novo modelo de capitalismo deu vazão a contratos mais abertos e sujeito a ajustes privados ao longo de sua execução, é natural que a dinamicidade que caracteriza esse novo paradigma social tenha também

¹³ BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 48-49.

¹⁴ “A arbitragem internacional no Brasil tem experimentado um vigoroso e contínuo crescimento, nos últimos 15 anos, principalmente devido à grande expansão da economia brasileira e a abertura comercial durante esse período, no contexto da globalização, e da maior complexidade da vida econômica. O período de seu crescimento foi iniciado nos anos 90, com o processo de abertura econômica implementada por meio de uma redução das tarifas e barreiras comerciais, com a estabilização monetária e um amplo programa de privatização, bem como com a delegação de serviços públicos a agentes privados e as parcerias público-privadas.

Com o advento da Lei de Arbitragem de 1996, eliminaram-se os gargalos da legislação anterior e, conseqüentemente, a arbitragem se tornou cada vez mais conhecida, estudada e utilizada no Brasil, com contribuições importantes do STF e do STJ, que adotaram uma posição favorável à arbitragem e estabeleceu precedentes importantes sobre temas controversos, proferindo algumas decisões pioneiras sobre o assunto.” WALD, Arnoldo. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação: a arbitragem, introdução e histórico**. v. 1, 2014. p. 709.

¹⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 29 ed. São Malheiros, 2013. p. 33.

¹⁶ BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 64-65.

¹⁷ BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 65.

gestado um método jurisdicional próprio, coerente com uma proposta de autorregulação e de ajustes privados¹⁸.

Neste sentido, “apenas a arbitragem pode eficazmente dar resposta a esta perda de intervenção da soberania nacional dos estados no âmbito internacional”¹⁹, especialmente no âmbito judicial, já que os tribunais estaduais carecem de meios para o exercício adequado da jurisdição no que tange às relações econômicas internacionais e sua complexidade e tecnicidade próprias, além da realidade de que os contribuintes fiscais nem sempre estão dispostos a financiarem a resolução de litígios internacionais pelos seus tribunais.²⁰

Rafael Bicca Machado²¹ defende que na medida em que a globalização²² pode ser explicada como um processo de expansão do comércio internacional, o incentivo à arbitragem²³ tende a se colocar como um dos frutos deste processo, pois cada indivíduo envolvido nesta expansão²⁴ possui um sistema de jurisdição que é exclusivamente seu, o que por sua vez, traz insegurança às relações sociais, econômicas e jurídicas.

¹⁸ PRADO, Maria da Graça Ferraz de Almeida. **Economia da arbitragem**: uma análise dos impactos sobre contratos e políticas de desenvolvimento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 81.

¹⁹ BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 50. No mesmo sentido, OPETIT, Bruno. **Teoría del arbitraje**. ROMERO, Eduardo Silva, ESPINOZA, Fabricio Mantilla; DEMOULIN, José Joaquín Caicedo (trad.). Bogotá, Colômbia: Legis Editores, 2006. p. 289. No original “El arbitraje responde perfectamente, en una perspectiva postmoderna, a las exigencias del principio de subsidiaridad, que renace hoy con vigor en la cultura europea, después de siglos de exaltación de la soberanía estatal”

²⁰ BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 50.

²¹ MACHADO, Rafael Bicca. **A arbitragem empresarial no Brasil**: uma análise pela nova Sociologia Econômica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 49.

²² Fabiano Engelmann também faz relação entre a arbitragem e a expansão da globalização econômica. Vide ENGELMANN, Fabiano. O espaço da arbitragem no Brasil: Notáveis e Experts em busca de reconhecimento. **Revista Sociologia Política**, Curitiba, v. 20, n. 44, p. 155-176, nov. 2012.

²³ Helmer relata que tanto o ICC quanto o Centro Internacional de Resolução de Disputas da AAA observaram o aumento do número de usuários não tradicionais de seus serviços de arbitragem, em particular, dos Estados Unidos, agregando empresas de médio e pequeno porte que foram para o comércio internacional, em especial pelo comércio eletrônico e que assim a arbitragem tornou-se amplamente reconhecida como a forma normal, ao invés de alternativa, de resolução de disputas no comércio internacional. HELMER, Elena V. International Commerical Arbitration: Americanized, Civilized, or Harmonized. **Ohio St. J. on Disp. Resol.**, v. 19, p. 35-68, 2003, p. 39. Disponível em: <https://kb.osu.edu/handle/1811/77162>. Acesso em: 17 abr. 2021

²⁴ “This growth is obviously a sign of the success of international arbitration, but it also raises new challenges. Parties come from a broader and more diverse array of countries, and they bring with them different expectations and different legal cultures.” RIVKIN, David W. Towards a new paradigm in international arbitration. The Town Elder model revisited. **Arbitraje Internacional y Resolución Alternativa de Controversias**. n. 1. Madrid: CEU Ediciones, 2007. Disponível em https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/4159/1/towards_rivkin_2007.pdf. Acesso em: 05 set. 2021.

As diferenças culturais impactam diretamente na negociação comercial e nas soluções dos conflitos internacionais advindos destas relações transfronteiriças, o que exige dos *players* um conhecimento maior de diversas culturas, como ensina Won L. Kidane²⁵. Cada vez mais é exigido dos advogados o conhecimento transcultural para atuação em resolução de conflitos comerciais internacionais, colocando sobre eles, um fardo de competência não visto nas gerações anteriores²⁶.

Assim, eventual submissão ao Judiciário estrangeiro causa insegurança aos *players* do comércio internacional, que, portanto, preferem ser julgados por pessoas em quem confiam²⁷ e que possuam um pensamento mais alinhado com a regra e a moral do comércio, o que se traduz em uma maior previsibilidade.

Deste modo, diante da desconfiança da eficiência e do tratamento de um estrangeiro perante um sistema estatal de julgamento, a arbitragem apresentou-se como uma forma segura de resolução dos conflitos²⁸ advindos do comércio internacional²⁹.

²⁵ KIDANE, Won L. **The culture of international arbitration**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2017. p. 179-180.

²⁶ STALLARD, Amanda. Joining the Culture Club: Examining Cultural Context When Implementing International Dispute Resolution. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**. v. 17, n. 2, 2002, p. 463-486. Disponível em: https://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/87131/OSJDR_V17N2_463.pdf. Acesso em: 05 mai. 2021. p. 464.

²⁷ “A vantagem da arbitragem está em outra parte. Ela decorre da neutralidade – geográfica e em termos de nacionalidade – dos árbitros (pois ninguém gostaria de defender seu caso no país do outro); da participação das partes na escolha dos árbitros e na definição do procedimento (haverá oitiva das testemunhas? haverá uma semana ou duas de audiência?...); e do benefício da Convenção de Nova York, através da qual 157 Estados se comprometeram a homologar e executar as sentenças arbitrais sem proceder a um reexame do mérito, inexistindo equivalência nesse sentido em matéria de julgamentos estatais.” GAILLARD, Emmanuel. A contribuição do pensamento jurídico francês à arbitragem internacional. SALLES, Vivian (trad.). In: **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 61, abr./jun. 2019, p. 285-302. Revista dos Tribunais Online. p. 2.

²⁸ José Augusto Fontoura Costa elenca indefinições jurídicas que podem acarretar conflitos. “Se forem dois ou mais os espaços territoriais regulados pelos quais se espraia uma relação econômica, há indefinições que podem aflorar: problemas de estabelecimento de jurisdição e competência internacionais que podem levar à falta de um foro competente ou à submissão concomitante a dois sistemas judiciários estatais; conflitos entre normas jurídicas com distintos significados e consequências práticas e problemas de reconhecimento de sentenças como pressuposto da execução manu militari.” COSTA, José Augusto Fontoura. A autonomia da nova Lex mercatoria e a estabilização de relações comerciais internacionais. **RIDB**. a. 2 (2013), n. 6, p. 4783-4810. Disponível em https://www.academia.edu/10701544/A_autonomia_da_nova_lex_mercatoria_e_a_estabiliza%C3%A7%C3%A3o_das_rela%C3%A7%C3%B5es_comerciais_internacionais. Acesso em: 15 dez. 2016, p. 4787-4788.

²⁹ “[...] é um truísmo constatar que as trocas econômicas no plano internacional se globalizam cada vez mais e que, neste quadro, a arbitragem é hoje o modo habitual de regulação dos litígios entre

A fim de contribuir com uma maior segurança e estabilidade para a convivência em sociedade internacional e para as atividades comerciais internacionais, diversas associações e organizações internacionais criaram grupos de estudos, regulamentação própria e metodologia de solução de conflitos. Atualmente, vale ressaltar a importância do *International Institute for the Unification of Private Law* - UNIDROIT e da *United Nations Commission on International Trade Law* – UNCITRAL³⁰, bem como o papel das instituições de comércio e arbitragem internacional³¹, como a ICC – *International Chamber of Commerce*, a LCIA –

os operadores económicos.” KEUTGEN, Guy. Prefácio. KEUTGEN, Guy (org.). **A ética na arbitragem jurídica**. Tradução de João Duarte. Lisboa: Edições Piaget, 2012. p. 9.

³⁰ O papel da UNCITRAL é fundamental para o comércio e arbitragem internacional, em razão de possibilitar harmonização legislativa, tanto por convenções (vinculativas) quanto por soft law (leis modelos). Neste sentido, destacam-se a Convenção de Nova Iorque sobre Reconhecimento de Sentença Arbitral Estrangeira de 1958, a Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda de Mercadorias de 1980 (CISG) e a Lei Modelo de Arbitragem Comercial Internacional de 1985, emendada em 2006. “The object of such a model law or code is to indirectly harmonize the law in a particular area by providing a standard text which can be adopted or modified by individual countries as part of their domestic law.” EISELEN, Sieg. The Adoption of UNCITRAL Instruments to Fast Track Regional Integration of Commercial Law. **RBA** n. 46, abr./jun. 2015. p. 87. Em relação à importância da Convenção de Nova Iorque, “Very often arbitration awards need to be enforced in countries other than the place where the arbitration took place and such an award becomes meaningless if it cannot be effectively enforced. This Convention has contributed in a large measure to ensure that arbitral awards will be recognized and enforced efficiently in a large number of countries. It has also indirectly contributed to the growth of international commercial arbitration since the second half of the twentieth century. Like the CISG the New York Convention is an example of a formal legally binding convention that has been utilized to achieve a high level of international harmonization.” EISELEN, Sieg. The Adoption of UNCITRAL Instruments to Fast Track Regional Integration of Commercial Law. **RBA** n. 46, abr./jun. 2015. p. 92. Vale ainda destacar o comentário de Guido Soares: “UNCITRAL, trata-se, isto sim, da elaboração de um “jus gentium mercatorum”, direito que regula as relações dos agentes do comércio internacional, e que tendem a ser uniformizados no mundo, não por força de constarem em tratados internacionais, mas pela sua própria vocação de ultrapassarem as fronteiras dos Estados. [...] A inexistência de um legislador internacional que tenha o poder de elaborar normas uniformes que regulem as relações de caráter privado no comércio internacional, torna o estudo do direito do comércio internacional bastante complexo, pois exige um conhecimento das normas do Direito Internacional Público, da atuação dos organismos interestatais, bem como daquele terreno vastíssimo dos usos e costumes vigentes nas relações comerciais entre particulares submetidos a jurisdições estatais diferentes.” SOARES, G. F. S. Arbitragem comercial internacional e o projeto da UNCITRAL (lei-modelo). Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 82, p. 28-88, 1987, p. 30. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67092>. Acesso em: 6 abr. 2021.

³¹ “Ressalta claro que as fontes normativas das arbitragens comerciais internacionais são representadas pela vontade dos contratantes, pelos usos e costumes do comércio internacional, pelas normas elaboradas nos organismos de natureza privada e profissionais, como as câmaras de comércio, a Comissão de Arbitragem da CCI, e as inúmeras organizações arbitrais especializadas, tais a AAA (American Arbitration Association, com sede em Nova York), a London Corn Trade Association, a “Verein am der Caffeehandel beteiligten Firmen zu Hamburg”, etc.” SOARES, G. F. S. Arbitragem comercial internacional e o projeto da UNCITRAL (lei-modelo). Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 82, p. 28-88, 1987, p. 34. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67092>. Acesso em: 6 abr. 2021.

London Court of International Arbitration e o impacto das diretrizes da IBA – *Internacional Bar Association* na atuação profissional dos advogados e árbitros.

Assim, a arbitragem constitui uma forma de “privatização parcial e voluntária” de solução de litígios referentes à direitos disponíveis, “realizada de modo organizado e, em geral, institucional, que completa a atuação do Estado”.³²

Sob o ponto de vista social³³, a arbitragem possibilita um procedimento sob medida às necessidades contratuais do comércio internacional, mantendo e gestando o contrato a fim de evitar perdas ou quebras de relacionamentos, ou seja, ela é capaz de resolver os “conflitos que surgiram no passado” e simultaneamente “garantir a continuidade do contrato”, pois os árbitros podem estabelecer procedimentos mais flexíveis e tomar “medidas eficazes, equilibradas e éticas, que permitam, inclusive, a manutenção de um diálogo harmônico entre os contratantes”³⁴. Com esta preocupação não apenas de atingir o litígio presente, mas especialmente de incentivar a manutenção das relações entre as partes é que Arnoldo Wald classifica a arbitragem como sendo “realmente um instrumento de paz duradoura”.³⁵

Em que pese ser uma jurisdição privada, a arbitragem é um instrumento de pacificação social e acesso à justiça, servindo com maior relevância aos atores do comércio internacional, mas também tem apresentado uma grande aceitação e crescimento no âmbito doméstico dos Estados, o que demonstra um movimento de emancipação do indivíduo que se vale do poder de escolha do seu julgador, da lei

³² WALD, Arnoldo. A arbitragem e o mercado de trabalho dos advogados. In: WALD, Arnoldo. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação: a arbitragem, introdução e histórico.** v. 1, 2014. p. 705.

³³ “Although dispute resolution proponents overestimated the direct effect alternative dispute resolution programs would have on social change, such programs did affect the local culture regarding how people were taught to resolve conflicts, gradually building a base for future alternative dispute development.” STALLARD, Amanda. Joining the Culture Club: Examining Cultural Context When Implementing International Dispute Resolution. **Ohio State Journal on Dispute Resolution.** v. 17, n. 2, 2002, p. 463-486. Disponível em: https://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/87131/OSJDR_V17N2_463.pdf. Acesso em: 05 mai. 2021. p. 485.

³⁴ WALD, Arnoldo. A arbitragem e o mercado de trabalho dos advogados. WALD, Arnoldo. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação: a arbitragem, introdução e histórico.** v. 1, 2014. p. 708.

³⁵ WALD, Arnoldo. A arbitragem e o mercado de trabalho dos advogados. WALD, Arnoldo. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação: a arbitragem, introdução e histórico.** v. 1, 2014. p. 712.

aplicável e do procedimento a ser adotado para solução dos seus conflitos de caráter patrimonial disponível.

2.1.2 Análise Econômica da Arbitragem Comercial Internacional

A expansão e dinamicidade do comércio internacional exigiu uma solução mais dinâmica e especializada dos seus conflitos, mostrando-se a arbitragem como adequada a partir, também, de uma análise econômica.

Deste modo, para o objeto desta pesquisa, faz-se necessário aprofundar o entendimento do fundamento da arbitragem ser viável economicamente como solução dos conflitos comerciais internacionais. Para tanto, o estudo partirá da análise econômica do direito³⁶ (AED), como um método de análise do Direito.

Antônio Celso Fonseca Pugliese e Bruno Meyerhof Salama³⁷ traçam cinco premissas metodológicas para a AED: 1. Escassez, 2 Maximização racional, 3. Equilíbrio, 4. Incentivos e 5. Eficiência. Resumidamente, diante de recursos escassos, os indivíduos fazem escolhas que atendam seus interesses pessoais, e para isto, calculam o que é necessário (incentivos são preços implícitos) para alcançar maiores benefícios a menores custos (eficiência), sendo o equilíbrio o padrão comportamental que se atinge quando todos os agentes estão maximizando seus interesses.

A AED parte de um “agente racional que faz escolhas e que percebe as normas jurídicas como grandes mecanismos de “preço” para suas condutas”³⁸. Por esta razão, o agente racional determinará sua preferência quanto ao método de solução do conflito visando diminuir seu “custo”. “Nesse contexto, a ordem jurídica passa a ser percebida como tendo papel fundamental junto ao mercado e ao

³⁶ “Não há um único método, nem a forma correta de se trabalhar com as lentes analíticas da Economia aplicada ao Direito. Dentre as escolas ou vertentes pode-se listar a Escola de Chicago, a Escola de Yale, a Escola Neoinstitucional, a Escola comportamental e, até mesmo, quem sabe, a Escola de escolha pública (public choice).” TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica da arbitragem. TEIXEIRA, Tarcísio e LIGMANOVSKI, Patricia Ayub da Costa (coords.). **Arbitragem em evolução**: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral. Barueri: Manole, 2018. p. 301.

³⁷ PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca e SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. **Revista Direito GV**. São Paulo. v. 4, n.1, p. 15-28, jan.-jun. 2008. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35168/33973>. Acesso em: 10 jul. 2015. p. 16-17.

³⁸ TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica da arbitragem. TEIXEIRA, Tarcísio e LIGMANOVSKI, Patricia Ayub da Costa (coords.). **Arbitragem em evolução**: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral. Barueri: Manole, 2018. p. 301-302.

desenvolvimento econômico, servindo para reduzir ou minimizar os custos das transações”³⁹.

Custos de transação⁴⁰ são aqueles que, independentemente de representarem dispêndios financeiros, impactam na realização de uma transação, como por exemplo, custos de informação, monitoramento, registro e execução de contratos e negócios⁴¹. Antônio Pugliese e Bruno Salama destacam que “os custos de transação compreendem todos os custos associados a procura, negociação e monitoramento do intercâmbio econômico (inclusive os custos de oportunidade)”⁴².

Neste sentido, os “custos de transação elevados tendem a elevar o custo social de determinada atividade, criando óbices ao seu exercício”⁴³. Assim é com a empresa, com as relações contratuais e com a arbitragem.

³⁹ TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica da arbitragem. TEIXEIRA, Tarcísio e LIGMANOVSKI, Patricia Ayub da Costa (coords.). **Arbitragem em evolução: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral**. Barueri: Manole, 2018. p. 304.

⁴⁰ “Custos de transação são aqueles custos em que se incorre, que de alguma forma oneram a operação, mesmo quando não representados por dispêndios financeiros feitos pelos agentes, mas que decorrem do conjunto de medidas tomadas para realizar uma transação. Incluem-se nessa concepção de custos de transação, o esforço com a procura de bens em mercados, a análise comparativa de preço e qualidade do bem desejado, a segurança do cumprimento das obrigações pela outra parte, isto é, do adimplemento certo, seguro e a tempo, passa pelas garantias que o agente venha a requerer para caso de eventual inadimplemento ou adimplemento imperfeito, e abrange, até mesmo, o trabalho com a redação de instrumentos contratuais que reflitam todas essas tratativas, desenhem com clareza os direitos, deveres e obrigações das partes, compreende, enfim, cuidados e o tempo despendido entre o início da busca pelo bem, a decisão de efetuar a operação ou transação, na linguagem dos economistas, e o cumprimento de todas as obrigações pelas partes contratantes. Pode ser considerado um custo de transação qualquer movimento posterior à operação que uma das partes deva fazer para a completa satisfação de seu crédito. Medidas judiciais, quando se as consideram inevitáveis para a satisfação da pretensão, por conta do recurso ao Judiciário, do tempo e esforços despendidos entram no cômputo e, portanto, na estratégia de qualquer agente econômico, como fonte de custos de transação.” Cf. SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo Código Civil. **Revista de Direito Privado**, n. 22, abr./jun. 2005, p. 252-253.

⁴¹ TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica da arbitragem. TEIXEIRA, Tarcísio e LIGMANOVSKI, Patricia Ayub da Costa (coords.). **Arbitragem em evolução: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral**. Barueri: Manole, 2018. p. 301.

⁴² PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca e SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. **Revista Direito GV**. São Paulo. v. 4, n.1, p. 15-28, jan.-jun. 2008. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35168/33973>. Acesso em: 10 jul. 2015. p. 19. No mesmo sentido, Pinheiro e Saddi explicam que custos de transação são “custos incorridos pelos agentes econômicos na procura, na aquisição de informação e na negociação com outros agentes com vistas à realização de uma transação, assim como na tomada de decisão acerca da concretização ou não da transação e no monitoramento e na exigência do cumprimento, pela outra parte, do que foi negociado.” PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. 2 reimpr., Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 75.

⁴³ TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica da arbitragem. TEIXEIRA, Tarcísio e LIGMANOVSKI, Patricia Ayub da Costa (coords.). **Arbitragem em evolução: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral**. Barueri: Manole, 2018. p. 301.

Em comparação com a jurisdição estatal, a arbitragem é tida como mais eficiente para o comércio internacional, pois favorece um sistema de incentivos mais adequado para o cumprimento dos contratos, reduzindo os custos de transação e maximizando a eficiência na relação comercial entre as partes.

Maria da Graça Ferraz de Almeida Prado, ao analisar as teorias de Williamson, Klein-Crawford-Alchian e MacNeil, ressalta as funções contratuais da arbitragem, em especial, nos contratos relacionais⁴⁴, levantando três hipóteses complementares.

Dentro de uma sociedade do risco, com grau de incerteza majorado e constante incentivo à autorregulação dos conflitos, além de traços relacionais cada vez mais frequentes nos contratos, a arbitragem pode também desempenhar as seguintes funções:

(i). Mecanismo de governança bilateral, capaz de sinalizar, no momento da contratação, a intenção de comportamento cooperativo entre as partes – Hipótese (1);

(ii). Resposta contratual eficiente a induzir e alargar o índice de cumprimento espontâneo das obrigações, também aumentando a confiança e o capital reputacional dos contratantes e auxiliando a contornar o índice de oportunismo – Hipótese (2); e

(iii). Exemplo de nova governança que, ao criar um microcosmo para tratamento da conflituosidade entre os contratantes, estabelece vínculos internos de planejamento de risco capazes de estimular o adimplemento contratual e garantir a perenização das relações de longo prazo – Hipótese (3).⁴⁵

O mercado tende a buscar previsibilidade e segurança jurídica, o que significa a possibilidade de avaliação de custos e riscos pelos agentes, mesmo que dentro de uma racionalidade limitada, mas que permita que eles se organizem na busca pelo resultado mais eficiente⁴⁶. Fábio Nusdeo explica que “a autorregulação cumpre um importante papel ao permitir aos setores nela envolvidos reduzirem os

⁴⁴ São aqueles “que envolvem um entrosamento e uma permanência das relações entre empresas distintas, como, por exemplo, entre as fornecedoras de autopeças e as montadoras de veículos.” NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia**: introdução ao direito econômico. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 333.

⁴⁵ PRADO, Maria da Graça Ferraz de Almeida. **Economia da arbitragem**: uma análise dos impactos sobre contratos e políticas de desenvolvimento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 118-119.

⁴⁶ TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica da arbitragem. TEIXEIRA, Tarcísio e LIGMANOVSKI, Patricia Ayub da Costa (coords.). **Arbitragem em evolução**: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral. Barueri: Manole, 2018. p. 304.

custos de transação extremamente elevados no processo de negociação, caso a caso, entre agentes isolados”⁴⁷.

Em um ambiente de racionalidade limitada, o domínio das informações é sempre incompleto. Como consequência, o custo dessas informações – que são limitadas – é positivo, já que elas passam a ter valor, na medida em que atuam no sentido de auxiliar os indivíduos a aumentar o seu grau de racionalidade, ou no mínimo diminuindo uma situação de assimetria informacional. Nessa situação, aflora o papel das instituições (aqui entendidas de forma bastante ampla, como regras formais e informais de constrangimento das decisões), já que estas têm como função primordial tentar reduzir os custos de transação, aumentando, com isso, o fluxo de relações econômicas ou sociais entre os grupos e os indivíduos.⁴⁸

Interessantes são as lições de Marc Galanter⁴⁹ sobre “por que quem tem mais sai na frente”. Dentro de um ambiente de litigância, o autor divide os atores litigantes em habituais (*repeat players*⁵⁰) e eventuais (*one-shooters*), sendo que os *repeat players* levam vantagem sobre os *one-shooters* na medida em que são eles que estruturam os documentos contratuais e possuem um maior conhecimento do jogo. Ou seja, existe assimetria informacional, os litigantes habituais tem maior acesso aos especialistas e adquirem expertise na habitualidade do litígio, também possuem uma maior facilidade de influenciar as instituições (por meio de lobby, por exemplo), expressam maior poder econômico e sua análise de ganho é diferenciada na medida em que visam não apenas aquele caso, mas os futuros, preocupando-se com os precedentes.

Aliás, neste sentido, os *repeat players* agem e negociam em conformidade com o que minimizará perdas futuras, evitará precedentes negativos e desgastes na imagem institucional. Em princípio, parte-se da premissa de que no comércio internacional a assimetria entre os litigantes seja menor, o que favorece um jogo mais equilibrado e, por isso mesmo, a necessidade de buscar alternativas mais eficientes e neutras, como a arbitragem.

47 NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao direito econômico**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 329.

48 MACHADO, Rafael Bicca. **A arbitragem empresarial no Brasil: uma análise pela nova Sociologia Econômica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 34.

49 GALANTER, Marc. **Why the haves come out ahead? Speculations on the limits of legal change**, Volume 9:1 Law and Society Review, 1974, Republicação (com correções) In Law and Society. Dartmouth, Aldershot: Cotterrell, 1994. p. 95 – 160.

50 Geralmente são as organizações como sociedades, associações e órgãos governamentais.

Mas, de todo modo, os agentes detentores de informações podem fazer uso delas, retendo-as ou divulgando-as, conforme lhes for mais conveniente, podendo fazer uso de comportamentos abusivos, fraudulentos ou até mesmo criminosos para atingir maiores níveis de ganhos⁵¹. Será a partir desta premissa que se farão necessários os meios impositivos para que seja cumprido o acordado. Para Douglass C. North a imposição de cumprimento pode se dever, tanto a uma retaliação de uma das partes quanto decorrer de códigos de conduta, sanções sociais ou da coerção de um terceiro, como o Estado⁵².

Mas antes disto, é preciso que se conheça “as regras do jogo”, denominada por North como instituições⁵³. Fábio Nusdeo explica que as instituições⁵⁴ são “destinadas a conferir um mínimo razoável de estabilidade, previsibilidade e segurança nas relações entre os cidadãos”⁵⁵, o que abrange “não apenas a legislação, mas os costumes, as formas comunicacionais, a administração da Justiça, as crenças, as inclinações psicológicas, axiológicas, a índole, e assim por

⁵¹ Quanto maior acesso à informação, maior poder de decisão e ação terá o agente econômico. “As informações não são disponibilizadas de forma igualitária entre todos os agentes de mercado, e a falta de informação cria impedimentos para que o equilíbrio de mercado possa ser atingido. Em outras palavras, o difícil acesso à informação sobre as condições em que os agentes atuam acarreta a formação de custos de transação.” TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica da arbitragem. TEIXEIRA, Tarcísio e LIGMANOVSKI, Patricia Ayub da Costa (coords.). **Arbitragem em evolução: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral**. Barueri: Manole, 2018. p. 309.

⁵² NORTH, Douglass C. **Instituições, Mudança institucional e desempenho econômico**. Tradução Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018. p. 63.

⁵³ As instituições são as regras do jogo em uma sociedade ou, em definição mais formal, as restrições concebidas pelo homem que moldam a interação humana. Por consequência, estruturam incentivos no intercâmbio humano, sejam eles políticos, sociais ou econômicos. A mudança institucional molda a maneira pela qual as sociedades evoluem no decorrer do tempo e por isso é a chave para a compreensão da mudança histórica. NORTH, Douglass C. **Instituições, Mudança institucional e desempenho econômico**. Tradução Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018. p.13.

⁵⁴ “[...] as instituições, são absolutamente necessárias e imprescindíveis, mas podem variar e de fato variam amplamente em termos de eficiência. Algumas conseguem realmente estimular a atividade econômica, reduzindo em muito os custos de transação. Outras, porém, mostram-se mais como empecilhos para a mesma pela imprecisão dos seus dispositivos, pelo excesso de burocracia ou, mesmo, pela corrupção que possam ensejar. E aí agravam aqueles custos. Nessas condições não se pode pura e simplesmente falar em custo de produção de um bem, mas a ele devem sempre ser acrescidos os custos transacionais, que poderão distorcê-lo seriamente no sentido de torna-lo imprestável como parâmetro para a tomada de decisões.” NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao direito econômico**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 135.

⁵⁵ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao direito econômico**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. loc. cit.

diante”⁵⁶. Ou seja, as instituições definem as restrições formais⁵⁷ e informais⁵⁸, que, por sua vez, “devem refletir o custo de dimensão e imposição dos elementos envolvidos nas transações”⁵⁹.

Outro conceito importante é o de “organizações” que abrangem órgãos políticos, econômicos, sociais e educacionais, cujos membros possuem um propósito comum em consequência do conjunto de oportunidades advindos dos condicionamentos existentes (institucionais e de ordem tradicional da teoria econômica). Ou seja, existe uma verdadeira interação⁶⁰ entre as instituições e as organizações, na medida em que as instituições criam condicionantes (regras do jogo) para as organizações que por sua vez são um importante agente de mudança institucional⁶¹.

Assim, quanto mais ineficientes as instituições, maiores serão os obstáculos para o desenvolvimento das organizações. Deste modo, “um sistema ineficiente e inadequado de contratos e de garantias tende a desestimular o crédito, a confiança e a atividade econômica como um todo. Ao passo que um sistema ágil e eficiente como a arbitragem tende a facilitar os negócios”⁶².

⁵⁶ NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao direito econômico**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. op. cit. p. 333.

⁵⁷ “As regras formais abrangem regras políticas (e jurídicas), regras econômicas e contratos”. NORTH, Douglass C. **Instituições, Mudança institucional e desempenho econômico**. Tradução Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018. p. 86.

⁵⁸ As restrições informais são compreendidas por códigos de conduta, normas de comportamento e convenções que provêm da cultura, enquanto informações socialmente transmitidas. NORTH, Douglass C. **Instituições, Mudança institucional e desempenho econômico**. Tradução Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018. p 69-70.

⁵⁹ TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica da arbitragem. TEIXEIRA, Tarcísio e LIGMANOVSKI, Patricia Ayub da Costa (coords.). **Arbitragem em evolução: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral**. Barueri: Manole, 2018. p. 306.

⁶⁰ Em outra passagem, NORTH, Douglass C. **Instituições, Mudança institucional e desempenho econômico**. Tradução Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018. p. 20-21 explica melhor esta interação entre instituições e organizações como resposta ao desempenho diferente das economias: “As instituições, juntamente com os condicionamentos convencionais concebidos pela teoria econômica, determinam as oportunidades em uma sociedade. Organizações são criadas para aproveitar essas oportunidades e, à medida que evoluem, alteram as instituições. A consequente trajetória dessa mudança institucional é conferida (1) pelo enredamento [lock-in] decorrente da relação simbiótica entre as instituições e as organizações que se constituíram em consequência da estrutura de incentivos proporcionada por aquelas instituições e (2) pelo processo de feedback, mediante o qual os seres humanos percebem as mudanças no conjunto de oportunidades e reagem a elas”.

⁶¹ NORTH, Douglass C. **Instituições, Mudança institucional e desempenho econômico**. Tradução Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018. p. 16-17.

⁶² TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica da arbitragem. TEIXEIRA, Tarcísio e LIGMANOVSKI, Patricia Ayub da Costa (coords.). **Arbitragem em evolução: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral**. Barueri: Manole, 2018. p. 308.

Passando-se agora a uma análise mais direcionada da economia da arbitragem, é imprescindível reconhecer que a crise processual e do Poder Judiciário impactam no crescimento da arbitragem, tanto no Brasil, quanto internacionalmente. Isso ocorre por diversos motivos, como por exemplo, a morosidade do Poder Judiciário, a ineficiência em atender às demandas empresariais, a insegurança no tratamento de partes de nacionalidades distintas, as diferenças culturais etc.

Para Fabiano Engelmann⁶³ o movimento arbitral no Brasil tem forte relação com o ideal liberal e com a doutrina *law & economics* que critica a ineficiência das instituições judiciais em contrapartida à valorização da eficiência e agilidade da arbitragem.

A conscientização de que o comércio internacional necessita de uma resposta mais adequada, eficiente⁶⁴ e segura para os seus conflitos, não induz à total exclusão do Poder Judiciário, mas incentiva a adesão de outros métodos de solução de conflitos, autocompositivos, como a conciliação e a mediação, e heterocompositivo, como a arbitragem, que se destaca por sua força obrigatória, acarretando um *enforcement*⁶⁵ diferenciado e vantajoso aos agentes econômicos que podem dosar, por um acordo de vontades, a coercitividade⁶⁶ necessária para

⁶³ ENGELMANN, Fabiano. O espaço da arbitragem no Brasil: Notáveis e Experts em busca de reconhecimento. **Revista Sociologia Política**, Curitiba, v. 20, n. 44, p. 155-176, nov. 2012. p. 157-165.

⁶⁴ Selma Ferreira Lemes, em entrevista Machado à explica a relação entre a arbitragem e a economia. “Eu acho que está intimamente ligado. Intimamente ligada a arbitragem ao desenvolvimento econômico. A economia é regida por contratos. Portanto, a arbitragem é uma peça, é uma engrenagem dessa máquina da área econômica. E a partir do momento em que você insere uma cláusula de arbitragem no contrato, sabendo-se que no futuro, naquele contrato, existindo algum problema ele vai ser dirimido por arbitragem, que tem um foro especializado, célere, pra resolver a questão (também o sigilo em determinadas situações é importante), você vai poder oferecer um preço melhor. Então do ponto de vista econômico você está aplicando o quê? Uma eficiência melhor ao contrato.” FERREIRA, ano, página apud MACHADO, Rafael Bicca. **A arbitragem empresarial no Brasil: uma análise pela nova Sociologia Econômica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 106.

⁶⁵ PRADO, Maria da Graça Ferraz de Almeida. **Economia da arbitragem: uma análise dos impactos sobre contratos e políticas de desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2018. p. 186.

⁶⁶ “Enquanto método de solução de disputas mais ético e técnico, e que também representa maiores custos às partes, a arbitragem carrega, em si, um potencial superior de sinalizar o comprometimento contratual das partes. É a esse potencial de enforcement, capaz de impor às partes uma solução mais ética, técnica e onerosa, que se pretende referir ao mencionar-se a força “coercitiva” da arbitragem sobre os contratantes. É por meio dessa característica coercitiva que a arbitragem atrai novos usuários. Celeridade, confiança, honestidade do julgador, conduta processual ética e previsibilidade dos julgamentos são os principais predicados que, conforme as pesquisas acima referidas, faltam às cortes estatais. A via arbitral, mediante internalização de custos pelos contratantes e a escolha de árbitros especialistas, neutros e confiáveis, reúne as condições

o cumprimento⁶⁷ da obrigação, ou ao menos, a minimização de danos, dentro de um cenário tão complexo e diversificado.

Historicamente, a arbitragem, desde o momento da sua contratação, atua como uma forma de governança contratual contínua e preocupada com o alinhamento dos interesses das partes, visando a conservação das relações negociais, “amenizando animosidades contratuais e ajudando a conter o excesso de litigiosidade das partes”⁶⁸.

Antonio Pugliese e Bruno Salama⁶⁹ resumem que a arbitragem apresenta três redutores de custos de transação em relação ao sistema estatal de jurisdição: agilidade, especialização dos árbitros e sua imparcialidade. Luciano Timm⁷⁰ acrescenta o sigilo e a flexibilidade de procedimento, como se passa a expor.

A celeridade ocorre por várias razões, seja porque a arbitragem não está sujeita a um sistema recursal e nem a rigidez do procedimento judicial, bem como pelo volume de trabalho do árbitro ser inferior ao de um juiz estatal e, ainda, pelo árbitro possuir uma infraestrutura que proporciona maior rapidez na tomada de suas decisões⁷¹.

A economia de tempo é um incentivo⁷² essencial em comparação com a jurisdição estatal, tanto que a Lei n. 9.307/96 prevê, em seu art. 23, que uma

para suprir tais deficiências.” PRADO, Maria da Graça Ferraz de Almeida. Economia da arbitragem: uma análise dos impactos sobre contratos e políticas de desenvolvimento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 187-188.

⁶⁷ “No caso da arbitragem, é a ameaça de ser efetivamente implementado o foro arbitral, com custos significativos a serem incorridos em curto espaço de tempo, que ajuda a impulsionar o comportamento contratual cooperativo das partes.” PRADO, Maria da Graça Ferraz de Almeida. Economia da arbitragem: uma análise dos impactos sobre contratos e políticas de desenvolvimento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 193.

⁶⁸ PRADO, Maria da Graça Ferraz de Almeida. Economia da arbitragem: uma análise dos impactos sobre contratos e políticas de desenvolvimento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 201.

⁶⁹ PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 4, n.1, p. 15-28, jan./jun. 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35168/33973>. Acesso em: 10 jul. 2015. p. 19-21.

⁷⁰ TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica da arbitragem. TEIXEIRA, Tarcísio e LIGMANOVSKI, Patricia Ayub da Costa (coords.). **Arbitragem em evolução: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral**. Barueri: Manole, 2018. p. 310-313.

⁷¹ PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 4, n.1, p. 15-28, jan./jun. 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revd>. Acesso em: 10 jul. 2015.p. 19.

⁷² Deste modo, qualquer ato que atente desnecessariamente contra a celeridade do procedimento arbitral acarretará custos que podem prejudicar a eficiência da arbitragem.

sentença deve ser prolatada em no máximo 6 meses (na falta de estipulação das partes). Em pesquisa com as seis principais instituições de arbitragem do país, Selma Ferreira Lemes, constata que a média de tempo do procedimento arbitral varia entre 13,2 a 19,6 meses.⁷³ Estes prazos em comparação com o Poder Judiciário estatal brasileiro⁷⁴ são extremamente céleres, como se observa no Relatório Justiça em Números 2018, do Conselho Nacional de Justiça, que prevê o prazo de 2 anos e 6 meses no primeiro grau estadual e 2 anos e 4 meses no primeiro grau federal para prolação da sentença de cognição⁷⁵, sujeita a recursos, o que tornará muito mais longa a espera por uma resposta definitiva.

Neste sentido, observa-se a importância da celeridade e confiança das partes na decisão do árbitro, uma vez que a decisão arbitral não é recorrível⁷⁶, enquanto a do juízo estatal é, o que sem dúvida, impacta economicamente na solução do conflito em um tempo razoável.

A própria especialização do árbitro também possibilita uma tomada de decisão mais rápida e precisa, considerando sua menor assimetria informacional e

⁷³ Cf. LEMES, Selma Ferreira. **Pesquisa 2018. Arbitragem em Números e Valores. Seis Câmaras. 8 anos.** Disponível em <http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise-%20Pesquisa-%20Arbitragens%20Ns.%20e%20Valores-%202010%20a%202017%20-final.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019.

⁷⁴ Tanto Selma Ferreira Lemes quanto Carlos Alberto Carmona esclarecem que não há concorrência entre a arbitragem e o poder judiciário, em entrevista para Rafael Bicca Machado. Para Selma Lemes “[...] A arbitragem não veio para solucionar nenhum problema do Judiciário, não concorre com ele e a morosidade é uma coisa ínsita do Judiciário. E a morosidade tem uma razão de ser. É o acúmulo das demandas, a plethora de recursos e a nítida sensação de que as pessoas que se socorrem do Judiciário, principalmente na área financeira, na área comercial especificamente, ou de crédito, é para usar o Judiciário com o fim de procrastinar pagamentos.” Carmona chama a atenção para o fato da arbitragem também se desenvolver em Estados que possuem uma boa estrutura judiciária. Então ele ressalta que “isso demonstra que não é a crise do judiciário e nem a crise do processo que levam ao desenvolvimento da arbitragem. Mas são mecanismos que andam em paralelo. Quer dizer, a arbitragem vai se desenvolver mesmo em países onde o judiciário funcione bem. Porque a ideia é de um sistema multi [...], um sistema que me permita escolher outros mecanismos que não exatamente aquele estatal.” MACHADO, Rafael Bicca. **A arbitragem empresarial no Brasil: uma análise pela nova Sociologia Econômica do Direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 123 /124.

⁷⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números 2018:** ano base 2017. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019. p. 144.

⁷⁶ “O fato de as sentenças arbitrais serem finais e irrecorríveis, a inexistência de um princípio de duplo grau de jurisdição a ser observado (que, na prática do foro, extrapola, em verdade, para um terceiro e quarto grau de jurisdição), representa grande economia e enorme vantagem para a arbitragem, além de também funcionar como um inibidor de comportamentos protelatórios típicos da prática advocatícia no processo judicial”. TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica da arbitragem. TEIXEIRA, Tarcísio e LIGMANOVSKI, Patrícia Ayub da Costa (coords.). **Arbitragem em evolução:** aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral. Barueri: Manole, 2018. p. 313.

menor custo de aprendizado em relação a um juiz togado⁷⁷, na medida em que o *expert* a ser escolhido pelas partes tende a um maior conhecimento sobre as instituições e as organizações, por fazer parte delas⁷⁸. Isto também tende a garantir menores probabilidades de erros, tornando o contrato mais atrativo para as partes e para o mercado, aumentando a previsibilidade⁷⁹ da decisão⁸⁰.

E a imparcialidade dos árbitros, em comparação com a desconfiança que existe nos judiciários estatais⁸¹, especialmente quando envolvem partes nacionais e estrangeiras, gera uma redução nos custos de transação contratual, principalmente quando se trata de cláusula compromissória, ou seja, *ex ante facto*, pois gera incentivo ao adimplemento contratual⁸².

⁷⁷ “Por vezes, a falta de conhecimento ou de expertise do magistrado não é o problema central, porém o tempo para “educação” dos mesmos que deve ser despendido para o devido enfrentamento de questões complexas – que muitas vezes sequer existe. Não só o magistrado não dispõe de tempo, como o próprio processo civil tradicional não dispõe da mesma flexibilidade procedimental da arbitragem, que permite montar as regras específicas para cada caso (e sabe-se pelo teorema de Coase que as partes são em princípio mais capazes de desenhar regras mais eficientes)”. TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica da arbitragem. TEIXEIRA, Tarcísio e LIGMANOVSKI, Patricia Ayub da Costa (coords.). **Arbitragem em evolução: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral**. Barueri: Manole, 2018. p. 312.

⁷⁸ TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica da arbitragem. TEIXEIRA, Tarcísio e LIGMANOVSKI, Patricia Ayub da Costa (coords.). **Arbitragem em evolução: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral**. Barueri: Manole, 2018. p. 312.

⁷⁹ “Tal especialização trará segurança às partes, reduzindo os custos de transação da operação comercial, já que a margem de risco com que elas trabalharão será reduzida, pois um árbitro com esta expertise é bem mais previsível do que seria, nas mesmas condições, aquele juiz, utilizado no exemplo citado.” Cf. MACHADO, Rafael Bicca. **A arbitragem empresarial no Brasil: uma análise pela nova Sociologia Econômica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 92-93.

⁸⁰ PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 4, n.1, p. 15-28, jan./jun. 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35168/33973>. Acesso em: 10 jul. 2015. p. 20.

⁸¹ Neste sentido, a pesquisa realizada pela Queen Mary University of London constata que 64% dos entrevistados apontam a Enforceability of awards como uma das três características mais valorizadas da arbitragem internacional, 60% se referiram ao Avoiding specific legal systems/national courts, ficando em terceiro lugar a flexibility com 40%. Cf. Queen Mary University of London. **2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration**. Disponível em [http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-\(2\).PDF](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2018-International-Arbitration-Survey---The-Evolution-of-International-Arbitration-(2).PDF). Acesso em: 10 jul. 2019. p. 7.

⁸² PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 4, n.1, p. 15-28, jan./jun. 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35168/33973>. Acesso em: 10 jul. 2015. p. 20-21.

Neste sentido, a imparcialidade dos árbitros e o tratamento igualitário das partes caminham juntos no procedimento arbitral, como se observa no art. 21, §2º⁸³ da Lei n. 9.307/96, bem como o art. 11 do Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul⁸⁴ e no art. 18 da Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional⁸⁵.

O sigilo representa um atrativo para os agentes econômicos, uma vez que o segredo comercial⁸⁶ será preservado, incentivando a continuidade das relações, a preservação da imagem no mercado e por fim, a geração de riquezas na sociedade⁸⁷.

A legislação brasileira⁸⁸ garante a confidencialidade estipulada pelas partes na arbitragem, assegurando sua extensão para o Poder Judiciário, expressamente, no caso de utilização das cartas arbitrais.

⁸³ Art. 21, § 2º da Lei n. 9.307/96. “Serão, sempre, respeitados no procedimento arbitral os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.”

⁸⁴ Art. 11. “[...] No procedimento arbitral, serão sempre respeitados os princípios do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e de seu livre convencimento.” Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul promulgado pelo Decreto n. 4.719/2003. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4719.htm. Acesso em: 09 jul. 2019.

⁸⁵ Art. 18 Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional: “As partes devem ser tratadas com igualdade e deve ser dada a cada uma delas a possibilidade de exporem o seu caso.” UNCITRAL. **Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration**. 1985, UN Doc A/CN.9/264. Disponível em <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/CN.9/264> Acesso em 24 abr. 2021. p. 44-47.

⁸⁶ “O segredo comercial que impera na arbitragem mantém fora do domínio público diversas informações que podem ser de grande sensibilidade para a empresa ou indivíduo envolvidos no procedimento arbitral: técnicas e estratégias de captação de clientes, modelos de projeções de rendimentos ou de lucros, aspectos particulares de projetos de investigação e desenvolvimento, aspectos particulares de atividades desenvolvidas por uma empresa ativa no comércio, as fórmulas ou receitas para preparação de produtos, os avanços conseguidos por uma entidade em qualquer área mas que ainda não se encontrem compreendidos nos conhecimentos comuns entre os especialistas desse ramo, os desenhos de novos produtos ou de protótipos, informações concernentes know-how etc. Claramente, alguns fatos ou informações dessa ordem podem mostrar-se imensamente custosos se tornados públicos, especialmente, porque podem não estar protegidos pelo registro de propriedade industrial.” Cf. TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica da arbitragem. TEIXEIRA, Tarcísio e LIGMANOVSKI, Patricia Ayub da Costa (coords.). **Arbitragem em evolução**: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral. Barueri: Manole, 2018. p. 310-311.

⁸⁷ TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica da arbitragem. TEIXEIRA, Tarcísio e LIGMANOVSKI, Patricia Ayub da Costa (coords.). **Arbitragem em evolução**: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral. Barueri: Manole, 2018. p. 311.

⁸⁸ Art. 22-C, Parágrafo único, da Lei 9.307/96. “No cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem.” No mesmo sentido, o art. 189, IV, do Código de Processo Civil brasileiro: “art. 189. Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: IV - que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.”

Vale lembrar que a confidencialidade não é uma obrigatoriedade na arbitragem, mas nela encontra um terreno propício, na medida em que preserva as relações negociais. E neste sentido, a arbitragem faz um importante contraponto ao Poder Judiciário e ao processo civil, marcados pelo princípio da publicidade⁸⁹.

Por sua vez, os regulamentos das câmaras arbitrais geralmente asseguram o sigilo, mas possibilitam a reprodução parcial em ementários de sentenças arbitrais a fim de contribuir para previsibilidade e segurança jurídica das decisões arbitrais.

Como exemplo, o artigo 14.1. do Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil Canadá (CAM/CCBC) assegura que o procedimento arbitral é sigiloso, ressalvada as hipóteses legais⁹⁰ e convenção das partes. E o artigo 14.1.1. flexibiliza a publicação parcial das sentenças para fins de pesquisa e levantamentos estatísticos, sem mencionar as partes ou permitir sua identificação.

Outro redutor dos custos transacionais é a flexibilidade do procedimento arbitral⁹¹, pois “as partes têm amplo espaço para, realmente, customizar a solução da controvérsia aos seus interesses, isto é, elas têm a ingerência necessária para reduzir os custos transacionais associados à disputa de acordo com as suas necessidades”⁹².

O formalismo, ainda tão presente no processo civil, não deve vigorar na arbitragem, pelo contrário, deve-se limitar apenas ao grau necessário para garantia de direitos⁹³, como visto nos princípios decorrentes do devido processo legal.

⁸⁹ Vide art. 93, IV, da Constituição Federal e o art. 11 do CPC/2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 ago 2021. e BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 27 ago 2021.

⁹⁰ Art. 2º, §3º da Lei n. 9.307/96: “A arbitragem que envolva a administração pública será sempre de direito e respeitará o princípio da publicidade”. BRASIL. **Lei 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: 27 ago 2021.

⁹¹ TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica da arbitragem. TEIXEIRA, Tarcísio e LIGMANOVSKI, Patricia Ayub da Costa (coords.). **Arbitragem em evolução: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral**. Barueri: Manole, 2018. p. 313.

⁹² TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica da arbitragem. TEIXEIRA, Tarcísio e LIGMANOVSKI, Patricia Ayub da Costa (coords.). **Arbitragem em evolução: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral**. Barueri: Manole, 2018. p. 313.

⁹³ PRADO, Maria da Graça Ferraz de Almeida. **Economia da arbitragem: uma análise dos impactos sobre contratos e políticas de desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 189.

Acerca do excesso de processualismo, em âmbito nacional, Haroldo Verçosa critica os advogados que desejam “puxar o CPC para o procedimento, quando ele tem o seu rito próprio, excludente dessa fonte”⁹⁴.

Deste modo, a previsibilidade e segurança traduzidas pela arbitragem nas relações comerciais internacionais possui uma importância prática muito grande, como ensinam Yves Dezalay e Bryant Garth⁹⁵, possibilitando segurança para investimentos e a diminuição dos custos de transação para solução de conflitos transnacionais.

Interessante a reflexão de Maria da Graça Ferraz de Almeida Prado de que a arbitragem não é apenas mais flexível quanto à vontade das partes, mas ela é flexível ao tempo e às necessidades sociais, “congregando-se, em cada época, o *tempero local* necessário para que a arbitragem florescesse e ganhasse a preferência dos indivíduos”⁹⁶, ou seja, é a “*maleabilidade e permeabilidade social* que lhe tem permitido fugir de formas caricaturais de solução de disputas, dando vazão às necessidades de cada época e em cada sociedade”⁹⁷.

Antônio Menezes Cordeiro⁹⁸, por sua vez, ensina que “arbitragem é um produto caro para pequenas causas; equilibrado para as médias; barato para as grandes”, o que justifica sua grande aceitação no comércio internacional, e ao mesmo tempo, a busca por opções de custo mais democrático, como a arbitragem expedita.

⁹⁴ VERÇOSA, Haroldo. **Os “segredos” da arbitragem**: para empresários que não sabem nada (e para advogados que sabem pouco). São Paulo: Saraiva, 2013. p. 108.

⁹⁵ “International commercial arbitration represents an international dispute resolution device of tremendous practical importance. The workings of international commercial arbitration have a considerable impact on the security of business investments and on the transaction costs of resolving transactional disputes.” DEZALAY, Yves e GARTH, Bryant G. **Dealing in virtue**: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order. Chicago: The University of Chicago Press, 1996. p. 7.

⁹⁶ PRADO, Maria da Graça Ferraz de Almeida. **Economia da arbitragem**: uma análise dos impactos sobre contratos e políticas de desenvolvimento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 274.

⁹⁷ PRADO, Maria da Graça Ferraz de Almeida. **Economia da arbitragem**: uma análise dos impactos sobre contratos e políticas de desenvolvimento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 275.

⁹⁸ CORDEIRO, Antônio Menezes. **Tratado da Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 269.

Em resumo, Antonio Pugliese e Bruno Salama afirmam que a arbitragem se revela como “a melhor resposta para o desafio de uma prestação jurisdicional justa, rápida e eficiente.”⁹⁹

No entanto, como será objeto de estudo desta pesquisa, este “custo-benefício” da arbitragem está em risco com a utilização de táticas de guerrilha dilatórias.

2.1.3 Análise Jurídica da Arbitragem Comercial Internacional

Para a arbitragem alcançar seu atual status, Bruno Oppetit¹⁰⁰ expõe que ela precisou afirmar sua legitimidade e necessidade ante o Judiciário e Poderes Públicos, bem como sua necessidade de gozar de um regime jurídico estável nos seus fundamentos, mas flexível e eficaz para cumprir sua vocação. A fim de alcançar esses objetivos, a arbitragem chamou a atenção dos melhores pensadores jurídicos, passando a ser notada pelos tribunais e legisladores. E no campo da prática ganhou honorabilidade ao ser empregada para solução de grandes litígios internacionais petrolíferos e industriais, envolvendo personalidades do mundo universitário, judicial e econômico.

A arbitragem também é um meio de acesso à justiça, pois possibilita um resultado útil, adequado e tempestivo de solução de conflitos que envolvam direitos patrimoniais disponíveis. Ou seja, a arbitragem é um meio heterocompositivo de solução de conflitos que propicia o acesso à justiça com uma razoável duração do procedimento, possibilitando autonomia das partes para escolha da lei aplicável, das regras procedimentais, idioma, local de prolação da sentença etc.

Mas será que essas características são suficientes para possibilitar uma ordem arbitral autônoma?

⁹⁹ PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. **Revista Direito GV**. São Paulo, v. 4, n.1, p. 15-28, jan./jun. 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revd> p. 25.

¹⁰⁰ OPETIT, Bruno. **Teoría del arbitraje**. ROMERO, Eduardo Silva, ESPINOZA, Fabricio Mantilla; DEMOULIN, José Joaquín Caicedo (trad.). Bogotá, Colômbia: Legis Editores, 2006. p. 18-19.

Berthold Goldman¹⁰¹ ressalta que os comerciantes e os árbitros não buscam a solução para os conflitos comerciais internacionais em leis estatais ou tratados internacionais, mas sim em um corpo¹⁰² de normas costumeiras, denominada de *lex mercatoria*¹⁰³. Nesse sentido, o mencionado autor estabelece uma ligação entre o direito e os interesses econômicos¹⁰⁴ para concluir que os princípios, as disposições dos contratos-tipo e os usos do comércio internacional possuem um caráter econômico, e, portanto, jurídico¹⁰⁵. No entanto, o próprio Berthold Goldman pondera que embora a *lex mercatoria* possua caráter jurídico, ela não é um sistema inteiramente autônomo¹⁰⁶.

Hermes Marcelo Huck defende que existe vinculação do comércio internacional com o Estado, já que “não há comerciantes sediados no espaço

¹⁰¹ “Or, l’expérience atteste que fréquemment, ils ne le chercheront pas dans une loi étatique, ni dans un traité international, mais dans un “droit coutumier” du commerce international – *lex mercatoria* – dont il serait vain de chercher s’ils la constatent ou l’élaborent, car les deux démarches sont intimement mêlées, comme chaque fois qu’un juge exerce une telle activité.” GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*. **Revista de Arbitragem e Mediação**. a. 6, n. 22. jul./set. 2009. p. 219.

¹⁰² Maristela Basso compreende que os pilares da *lex mercatoria* dividem-se em um substrato material apoiado nos usos e costumes, contratos-tipos, cláusulas gerais de contratação internacional, e em um substrato contencioso, caracterizado por mecanismos de solução e autointegração de conflitos transnacionais e de sanção, que vinculam as partes envolvidas, porque assim elas querem. BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 91.

¹⁰³ “Nada obstante a *lex mercatoria* pode ser definida como um direito material de natureza transnacional – isto é, que não foi produzido por uma fonte estatal –, cujo conteúdo foi constituído pela própria business community, a fim de ser aplicada em contratos internacionais.” GARZILLO, Rômulo Monteiro. A relação entre a nova *lex mercatoria* e a soberania dos Estados nacionais: considerações sobre o fenômeno da globalização. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. v. 116/2019, p. 219-244, nov./dez. 2019. *Revista dos Tribunais Online*, p. 7.

¹⁰⁴ “De todo o modo, é perceptível que tanto o fenômeno da globalização econômica preparou um terreno fértil para a *lex mercatoria* germinar como, por outro lado, a *lex mercatoria* pode ser encarada como apenas mais um dos múltiplos sintomas característicos da globalização.” GARZILLO, op. cit. p. 8.

¹⁰⁵ “On peut tout d’abord estimer que le droit se compose des règles du jeu économique, - encore que cette conception ne paraisse avoir qu’une valeur statistique: car s’il est vrai que la plupart des normes juridiques concernent des rap.orts économiques, il este cependant clair que le droit intervient aussi pour protéger des intérêts affectifs ou moraux dont le retentissement patrimonial est nul, ou à tout le moins très indirect. Mais quoi qu’il en soit, les principes, dispositions de contrats-type et usages suivis dans le commerce international se situent sans conteste dans le domaine économique, si bien qu’ils mériteraient, de ce point de vue, d’être considérés comme juridiques.” GOLDMAN, Berthold. *Frontières du droit et lex mercatoria*. **Revista de Arbitragem e Mediação**. a. 6, n. 22. jul./set. 2009. p. 221-222.

¹⁰⁶ “Quoi qu’il en soit, il nous ap.arait que le caractere de règles ne peut pas être refusé aux éléments constitutifs de la *lex mercatoria*, bien que celle-ci ne forme pas um système entièrement autonome.” GOLDMAN, op. cit., p. 226.

sideral”¹⁰⁷, e, assim, em algum momento, precisarão se conectar com a ordem jurídica estatal para dar efetividade à sentença arbitral, para não ferir o conceito de ordem pública, por exemplo. Ou seja, existe uma certa compatibilidade entre a *lex mercatoria* e as normas estatais.

Nota-se, então, a relevância da harmonização¹⁰⁸ das regras do comércio internacional a partir da vontade e necessidade daqueles diretamente envolvidos neste comércio, pois há uma lógica própria e muitas vezes, distinta da lógica estatal, discutida e julgada por cortes nacionais que não conhecem a rotina, o procedimento, os valores e a ética do comércio. Todo este complexo reconhecimento favorece a arbitragem como método de solução de conflitos do comércio internacional, pois segurança e previsibilidade são incentivos econômicos que o comércio transnacional necessita para se desenvolver.

A nova *lex mercatoria* está diretamente ligada à arbitragem, pois os árbitros, conhecedores do comércio, são influenciados por ela para o julgamento dos conflitos contextualizados em relações transnacionais, caracterizando-se, assim, uma via de mão dupla¹⁰⁹, pois a arbitragem acaba por sedimentar a *lex mercatoria*.

É possível identificar a adoção da *lex mercatoria* em textos nacionais, como no art. 2º, §2º da Lei nº. 9.307/96¹¹⁰ (Lei de Arbitragem) e internacionais, como no

¹⁰⁷ HUCK, Hermes Marcelo. *Lex Mercatoria – Horizonte e Fronteira do Comércio Internacional*. **Revista da Faculdade de Direito da USP**. v. 87, p. 213-235, 1992. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67175>. Acesso em: 15 dez 2016.p. 213-214.

¹⁰⁸ Neste sentido, podem-se citar os INCOTERMS (Internacional rules for interpretation of trade terms) organizados pela Câmara de Comércio Internacional – CCI. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. INCOTERMS 2020. Disponível em: <https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/incoterms-2020/>. Acesso em 27 set. 2021.

¹⁰⁹ Bruno OPETIT ensina que o fato de um tribunal arbitral aplicar normas a-nacionais em conformidade com a vontade das partes ou quando estas não elegeram norma de direito, não constitui causa de nulidade da sentença, exceto se contrariar norma de ordem pública. Assim, o tribunal pode aplicar princípios gerais do direito e a *lex mercatoria*. OPETIT, Bruno. **Teoria del arbitraje**. ROMERO, Eduardo Silva, ESPINOZA, Fabricio Mantilla; DEMOULIN, José Joaquín Caicedo (trad.). Bogotá, Colômbia: Legis Editores, 2006. p. 198.

¹¹⁰ Art. 2º, §2º da Lei n. 9.307/96: “Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio”. BRASIL. **Lei 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: 27 ago 2021.

art. 10 da V Conferência Interamericana Especializada sobre o Direito Internacional Privado (CIDIP-V)¹¹¹ e art. 28.4 da Lei Modelo da UNCITRAL¹¹².

Os pilares da nova *lex mercatoria* são os usos profissionais, os contratos-tipo, as regulamentações profissionais ditadas nos limites de cada profissão por suas associações representativas e pela jurisprudência, principalmente a arbitral, sendo aperfeiçoada pelos profissionais do comércio, pelas entidades privadas e pelos organismos internacionais que formaram um código de regras e princípios que os resguardam, independentemente da religião, regime político ou costume da outra parte¹¹³.

Irineu Strenger¹¹⁴ destaca que foi agregado aos contratos internacionais, um verdadeiro sistema sancionador¹¹⁵, que inclui a arbitragem como método de solução do conflito e aplicação das normas contratuais. E ele ressalta a criação de um sistema sancionador indireto¹¹⁶, classificando-o, como eficaz, que pode se apresentar em forma de lista negra, boicote, não admissão a concorrências, exigência de maiores garantias ou diversas condições de pagamento que podem deixar o inadimplente fora do mercado.

Pelo exposto, observa-se que a arbitragem possui estreita ligação com a *lex mercatoria*, pois possibilita às partes escolherem as leis, o procedimento, o árbitro, o idioma, mas de nada adiantará uma sentença arbitral julgada segundo a *lex*

¹¹¹ Art. 10 CIDIP-V: “In addition to the provisions in the foregoing articles, the guidelines, customs, and principles of international commercial law as well as commercial usage and practices generally accepted shall apply in order to discharge the requirements of justice and equity in the particular case.” OAS. **Convenção Interamericana Sobre Direito Aplicável aos Tratados Internacionais**. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-56.htm> (português) e em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-56.html>. Acesso em: 27 set 2021.

¹¹² Art. 28.4 da Lei Modelo de Arbitragem Comercial Internacional da UNCITRAL: “In all cases, the arbitral tribunal shall decide in accordance with the terms of the contract and shall take into account the usages of the trade applicable to the transaction.” UNCITRAL. **Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration**. 1985, UN Doc A/CN.9/264. Disponível em <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/CN.9/264> Acesso em 24 abr. 2021. p. 44-47.

¹¹³ STRENGER, Irineu. **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTR, 1996. p. 21-22.

¹¹⁴ STRENGER, Irineu. **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTR, 1996.p. 53.

¹¹⁵ Para Magalhães e Tavolaro se a solução de um conflito ocorrer pela arbitragem, a sua efetividade não dependerá da força estatal, mas sim da corporação que integrarem as partes, pois em caso de descumprimento, a parte será excluída, perdendo credibilidade e confiabilidade. Deste modo, eles reforçam a ideia de sanções reputacionais para dar efetividade à *lex mercatoria*. MAGALHÃES, José Carlos de; TAVOLARO, Agostinho Tofolli. Fontes do Direito do Comércio Internacional: A Lex Mercatoria. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). **Direito do Comércio Internacional: aspectos fundamentais**. São Paulo: Aduaneiras, 2004, p. 62.

¹¹⁶ Neste sentido, GOLDMAN, Berthold. Frontières du droit et *lex mercatoria*. **Revista de Arbitragem e Mediação**. a. 6, n. 22, p. 211-230, jul.-set. 2009. p. 229.

mercatoria, se ao ser inadimplida, não puder ser aplicada no Estado onde tiver que ser cumprida. Ou seja, a *lex mercatoria*, por si só não garante a segurança¹¹⁷ e a previsibilidade necessária ao comércio internacional se não houver comunicação com as normas estatais¹¹⁸.

Bruno Oppetit¹¹⁹ contextualiza que a arbitragem é fascinante por dar a impressão de que se pode escapar da influência de sociedades organizadas, por exercer um papel influente no jogo de interesses e na solução dos conflitos, por sua indeterminação à luz do direito que cria no homem o sentimento – ilusão – de que pode constituir um instrumento a serviço da sua vontade e um meio de se subtrair à norma comum.

A arbitragem não se situa em uma zona de não-direito: não é uma instituição suspensa em um espaço indeterminado, desmaterializado e desjuridizado que escapa a toda heteronomia e é governada apenas por suas próprias contingências e a seu próprio critério, como o tema da autonomia, tão freqüentemente utilizado para caracterizar seu regime, poderia sugerir. Na realidade, a arbitragem está sujeita a regras organizacionais e operacionais e, além disso, as jurisdições arbitrais resolvem as disputas a elas submetidas, não por meio de uma gestão intuitiva, mística ou subjetiva, mas com base em regras de referência.¹²⁰ (tradução livre)

Deste modo, José Augusto Fontoura Costa defende que a estabilidade e a segurança não guardam função direta com o grau de autonomia da nova *lex mercatoria*, mas ao contrário, “a segurança aumenta na medida em que se

¹¹⁷ “Sem negar a importância da arbitragem e das sanções reputacionais, poder-se-ia reconhecer que a nova *lex mercatoria* depende dos Direitos estatais para garantir sua efetividade, uma vez que carece de meios e legitimidade para o uso da força, mas apesar de não ser autônoma, desenvolve princípios e regras próprios cuja aceitação pelos sistemas internos favorece o melhor trânsito internacional de riquezas, reduzindo riscos e custos transacionais”. COSTA, José Augusto Fontoura. A autonomia da nova *Lex mercatoria* e a estabilização de relações comerciais internacionais. **RIDB**. a. 2 (2013), n. 6, p. 4783-4810. Disponível em https://www.academia.edu/10701544/A_autonomia_da_nova_lex_mercatoria_e_a_estabiliza%C3%A7%C3%A3o_das_rela%C3%A7%C3%B5es_comerciais_internacionais. Acesso em: 15 dez. 2016. p. 4792.

¹¹⁸ “Num mundo globalizado, a negação de eficácia a uma sentença arbitral no exterior dos limites territoriais do estado em que foi proferida ou em que a arbitragem teve lugar significaria tornar largamente inoperante o sistema internacional de resolução de litígios com grave prejuízo para o comércio e as relações privadas internacionais em geral.” BARROCAS, Manuel Pereira. A ordem pública na arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 54. p. 179-261. jul./set. 2017. p. 185.

¹¹⁹ OPETIT, Bruno. **Teoría del arbitraje**. ROMERO, Eduardo Silva, ESPINOZA, Fabricio Mantilla; DEMOULIN, José Joaquín Caicedo (trad.). Bogotá, Colômbia: Legis Editores, 2006. p. 17.

¹²⁰ OPETIT, Bruno. **Teoría del arbitraje**. ROMERO, Eduardo Silva, ESPINOZA, Fabricio Mantilla; DEMOULIN, José Joaquín Caicedo (trad.). Bogotá, Colômbia: Legis Editores, 2006. p. 185-186.

produzem aproximações aos Direitos estatais, tanto normativas quanto institucionais”¹²¹, o que exige uma revisão do discurso da autonomia¹²².

Portanto, conclui-se pela necessidade de uma maior cooperação entre Estados, organizações internacionais e mercado, com um verdadeiro diálogo de fontes entre a *lex mercatoria*, convenções internacionais, leis-modelos, leis nacionais e homologação de sentenças arbitrais estrangeiras¹²³. Esta harmonização concilia os interesses de um livre comércio, mas com respeito ao desenvolvimento sustentável, que favoreça a dignidade humana e os sistemas democráticos de tomada de decisão, bem como que proporcione que tanto mecanismos de *hard law* quanto de *soft law* estejam à disposição de uma ordem jurídica arbitral e estatal em boa e conectada convivência¹²⁴.

¹²¹ COSTA, José Augusto Fontoura. A autonomia da nova Lex mercatoria e a estabilização de relações comerciais internacionais. **RIDB**. a. 2 (2013), n. 6, p. 4783-4810. Disponível em: https://www.academia.edu/10701544/A_autonomia_da_nova_lex_mercatoria_e_a_estabiliza%C3%A7%C3%A3o_das_rela%C3%A7%C3%B5es_comerciais_internacionais. Acesso em: 15 dez. 2016. p. 4799.

¹²² COSTA, José Augusto Fontoura. A autonomia da nova Lex mercatoria e a estabilização de relações comerciais internacionais. **RIDB**. a. 2 (2013), n. 6, p. 4783-4810. Disponível em: https://www.academia.edu/10701544/A_autonomia_da_nova_lex_mercatoria_e_a_estabiliza%C3%A7%C3%A3o_das_rela%C3%A7%C3%B5es_comerciais_internacionais. Acesso em: 15 dez. 2016. p. 4799p. 4804.

¹²³ Em explicação sobre a teoria pluralista internacionalista da Convenção de Nova Iorque de 1958, Ricardo Ramalho Almeida explica que esta teoria relativizou a “importância do direito do Estado sede da arbitragem, subordinando-o ao direito escolhido pelas partes, no exercício de sua autonomia privada, tanto em matéria de validade do acordo de submissão à arbitragem quanto da composição da autoridade arbitral, conforme art. V, 1, letras a e d” (p. 357), e assim “o fundamento da arbitragem comercial internacional não repousaria, assim – nem necessária, nem prioritariamente –, no ordenamento jurídico do país de origem da sentença arbitral, mas, sim, em todos os ordenamentos jurídicos do mundo, que potencialmente podem vir a reconhecer uma sentença arbitral e executá-la, com base na Convenção de Nova Iorque de 1958, ou convenção internacional regional, ou mesmo no direito interno.” ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A hipótese de uma ordem jurídica arbitral autônoma. In **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 50, a. 13, p. 351-367, jul./set. 2016, p. 360.

¹²⁴ “Com efeito, embora certo que a teoria da ordem jurídica arbitral não seja predominantemente aceita, ela abriu muitas frentes de reflexão e de progresso no direito da arbitragem internacional, podendo-se afirmar, inclusive, que se trata de uma ordem jurídica soft, que funciona em outro nível, em paralelo aos ordenamentos jurídicos nacionais e de direito internacional.

Evidência disso é o considerável índice de cumprimento espontâneo de laudos arbitrais internacionais, por parte dos atores do comércio internacional, à margem dos tribunais estatais e suas leis.

Também comprova a força de tal teoria a atividade das grandes instituições internacionais de arbitragem, que funcionam segundo suas próprias regras, seus costumes, seus órgãos de controle, seus precedentes jurisprudenciais, em ambiente autenticamente transnacional, quase sempre de forma estranha ao controle estatal.

Em resumo, conquanto não se trate a ordem jurídica arbitral de uma teoria cientificamente rigorosa, não se pode negar que è ben trovata.” ALMEIDA, Ricardo Ramalho. A hipótese de uma ordem jurídica arbitral autônoma. In: **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 50, a. 13, p. 351 – 367, jul./set. 2016, p. 365.

E como dito antes, quanto mais previsível a relação jurídica menor o custo de transação e maior a segurança jurídica que a arbitragem oferece para resolução dos conflitos comerciais internacionais.

2.2 ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL: NOÇÕES PROPEDEÚTICAS

No contexto internacional, a arbitragem, é utilizada há muito tempo para solução de conflitos comerciais e também para conflitos de cunho público entre Estados. Consiste em um método heterocompositivo de solução¹²⁵ de conflitos em que duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas escolhem contratualmente uma terceira pessoa para lhes resolver a pendência, cuja decisão é obrigatória e irrecorrível, afastando a jurisdição estatal.

Neste sentido, faz-se relevante traçar alguns fundamentos propedêuticos acerca da arbitragem comercial internacional como se passa a expor.

2.2.1 Conceito de Arbitragem Comercial Internacional

Não há muita discordância a respeito do conceito de arbitragem entre a doutrina nacional¹²⁶ e estrangeira¹²⁷.

¹²⁵ “[...] sistema especial de julgamento, com procedimento, técnica e princípios informativos próprios e com força executória reconhecido pelo Direito Comum, mas a este subtraído”. CRETELLA JÚNIOR, J. Da arbitragem e seu conceito categorial. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 643, a. 78, p. 7-13, maio 1989, p. 12-13.

¹²⁶ “Na arbitragem, enquanto instrumento de heterocomposição, aparece a figura de um terceiro, ou colegiado, com a atribuição de decidir o litígio que a ele foi submetido pela vontade das partes. Caracteriza-se, assim, ainda como um método adversarial, no sentido de que a posição de uma das partes se contrapõe à da outra, outorgando-se autoridade ao árbitro para solucionar a questão. A decisão do árbitro se impõe às partes, tal qual uma sentença judicial; a diferença é que não foi proferida por integrante do Poder Judiciário. Neste contexto, consensual será a eleição deste instituto, e de uma série de regras a ele pertinentes, mas a resolução do conflito pelo terceiro se torna obrigatória às partes, mesmo contrariando a sua vontade ou pretensão. A participação das partes, neste instrumento, volta-se a formular pretensões e fornecer elementos que contribuam com o árbitro para que este venha a decidir o litígio.” CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas**. 7 ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil 2018. p. 47.

¹²⁷ “Arbitration is a private system of adjudication. Parties who arbitrate have decided to resolve their disputes outside of any judicial system. In most instances, arbitration involves a final and binding decision, producing an award that is enforceable in a national court. The decision-makers (the

A arbitragem é essencialmente um método muito simples de resolução de disputas. As partes concordam em submeter suas disputas a um indivíduo em cujo julgamento estão dispostos a confiar. Cada um coloca seu caso a este tomador de decisão, este indivíduo particular - em uma palavra, este "árbitro". Ele ou ela escuta as partes, considera os fatos e os argumentos, e toma uma decisão. Essa decisão é final e obrigatória para as partes - e é final e obrigatória porque as partes concordaram que deveria ser, e não por causa do poder coercitivo de qualquer Estado. A arbitragem, em resumo, é uma forma eficaz de obter uma decisão final e obrigatória sobre uma disputa, ou série de disputas, sem referência a um tribunal (embora, devido a leis nacionais e tratados internacionais como a Convenção de Nova Iorque, essa decisão geralmente será executável por um tribunal se a parte perdedora não implementar voluntariamente).¹²⁸ (tradução livre)

Carlos Alberto Carmona¹²⁹ define arbitragem como técnica para a solução de controvérsias pela intervenção de pessoas (árbitros) que recebem seus poderes de uma convenção privada e decidem conforme esta convenção sem intervenção do Estado, com eficácia de sentença judicial.

arbitrators), usually one or three, are generally chosen by the parties. Parties also decide whether the arbitration will be administered by an international arbitral institution, or will be ad hoc, which means no institution is involved. The rules that apply are the rules of the arbitral institution, or other rules chosen by the parties. In addition to choosing the arbitrators and the rules, parties can choose the place of arbitration and the language of arbitration." MOSES, Margaret L. **The principles and practice of international commercial arbitration**. Reino Unido: Cambridge University Press, 2008, p. 01. No mesmo sentido: "There is general agreement on what the term "arbitration" means. With some variations, virtually all authorities accept that arbitration is – and only is – a process by which parties consensually submit a dispute to a non-governmental decision-maker, selected by or for the parties, to render a binding decision resolving a dispute in accordance with neutral, adjudicatory procedures affording each party an opportunity to present its case." BORN, Gary B. **International arbitration: law and practice**. Kluwer Law International, 2012. n.p. E-book.

¹²⁸ BLACKBURN, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Redfern and Hunter on international arbitration**. 6 ed. Oxford University Press, 2015. p. 2. No original "Arbitration is essentially a very simple method of resolving disputes. Disputants agree to submit their disputes to an individual whose judgment they are prepared to trust. Each puts its case to this decision maker, this private individual—in a word, this 'arbitrator'. He or she listens to the parties, considers the facts and the arguments, and makes a decision. That decision is final and binding on the parties—and it is final and binding because the parties have agreed that it should be, rather than because of the coercive power of any state. Arbitration, in short, is an effective way of obtaining a final and binding decision on a dispute, or series of disputes, without reference to a court of law (although, because of national laws and international treaties such as the New York Convention, that decision will generally be enforceable by a court of law if the losing party fails to implement voluntarily)."

¹²⁹ CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 27. No mesmo sentido, é a definição de Micaela Barros Barcelos Fernandes "como um instrumento jurídico específico para a solução de conflitos de interesse, através da intervenção de uma ou mais pessoas (chamadas de árbitros) que recebem seus poderes das próprias partes interessadas na solução, através de um acordo privado, que irá orientar a atuação dos árbitros e todo o procedimento arbitral, cujo destino será a produção de uma decisão – laudo ou sentença arbitral -, que tem eficácia mandatória entre as partes". FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. **Laudos arbitrais estrangeiros – Reconhecimento e execução: Teoria e prática**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 26-27.

Nestes termos,

[...] arbitragem é um método de solução de conflitos com extrema influência dos princípios da autonomia da vontade e da boa-fé objetiva, uma vez que são as partes capazes civilmente, seja pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que escolhem um ou mais árbitros ou uma instituição arbitral para decidir a controvérsia futura ou existente, conforme regras, procedimentos, lei aplicável, sede de arbitragem e língua, de interesse delas, retirando a competência da jurisdição estatal e concedendo poderes para que a decisão desse terceiro seja obrigatória e irrecorrível.¹³⁰

A expressão “arbitragem internacional” é utilizada para indicar os procedimentos que possuem contato com mais de um ordenamento¹³¹, ou seja, que apresente algum elemento de conexão¹³² como residência, domicílio, sede das partes, nacionalidade, local de execução da obrigação etc.

Manuel Pereira Barrocas¹³³ define arbitragem internacional como:

Meio jurisdicional privado e voluntário de dirimção de um litígio, de caráter contratual ou não, caracterizado pela existência de elementos de conexão envolvendo mais de um estado, que é suscetível de ser resolvido pela via arbitral e relativa a interesses privados ou a interesses público-privados que não deva ser submetido, por disposição legal ou por convenção internacional, a tribunais específicos.

São parâmetros da arbitragem internacional para Irineu Strenger:

[...] a nacionalidade distinta das partes, o fato do lugar da arbitragem estabelecido pelas partes na convenção de arbitragem situar-se em Estado diverso do da nacionalidade das partes; a existência de lugar diverso do da nacionalidade das partes para a execução de parte substancial das obrigações decorrentes da relação contratual celebrada; a existência de estreita conexão do objeto do litígio com lugar diverso do da nacionalidade das partes e a existência de acordo entre as partes,

¹³⁰ LIGMANOVSKI, Patricia Ayub da Costa. **A inserção da cláusula compromissória de arbitragem na formação dos contratos internacionais do comércio**. 2010. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, p. 104.

¹³¹ IACOVIELLO, Monica. L'arbitrato in generale. **Arbitrato**. 2 ed. Milano: Wolters Kluwer, 2019, p.7.

¹³² “International arbitration is a specially established mechanism for the final and binding determination of disputes, concerning a contractual or other relationship with an international element, by independent arbitrators, in accordance with procedures, structures and substantive legal or non-legal standards chosen directly or indirectly by the parties.” LEW QC, Julian David Mathew; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan. **Comparative International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 2003, p. 1.

¹³³ BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 555-556.

declarando que o objeto da convenção de arbitragem tem conexão com a ordem jurídica de mais de um Estado¹³⁴.

João Bosco Lee explica que a internacionalidade da arbitragem deve ser definida tanto pelo critério jurídico quanto econômico, de maneira que “a arbitragem será internacional quando uma das partes residir ou tiver o seu estabelecimento no estrangeiro, ou se o litígio puser em jogo os interesses do comércio internacional”¹³⁵.

A Lei Modelo¹³⁶ da UNCITRAL no art. 1.3 e 1.4 conceitua arbitragem internacional¹³⁷ como:

1.3 – Uma arbitragem é internacional se:

- (a) As partes numa convenção de arbitragem tiverem, no momento da sua conclusão, as suas sedes comerciais em diferentes Estados; ou
- (b) Um dos locais a seguir referidos estiver situado fora do Estado no qual as partes têm a sua sede;
- (i) O local da arbitragem, se estiver fixado na convenção ou for determinável de acordo com esta;

¹³⁴ STRENGER, Irineu. **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTR, 1996a, p. 21-23.

¹³⁵ Cf. LEE, João Bosco. A Lei 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; REIS, Murilo Gouvêa dos. (Orgs.) **Direito comercial internacional: arbitragem**. Florianópolis: OAB/SC, 2002. p. 39-44.

¹³⁶ “Uma Lei Modelo, ou Lei Base, está caracterizada pelo fato de não visar nenhuma vinculação obrigatória dos Estados relativa ao seu conteúdo, ao contrário de uma convenção internacional, por exemplo. Não está prevista nenhuma assinatura, ratificação ou qualquer outro tipo de adesão pelas Nações. Pelo contrário, elas podem considerar, no seu próprio processo legislativo da respectiva área, as disposições da Lei Modelo como um todo ou apenas parcialmente. Dessa maneira, espera-se maiores sucessos na harmonização jurídica que, muitas vezes, se arrasta quando baseada em tratados entre Estados.” SCHILF, Sven. **Os princípios UNIDROIT: o conceito do direito e a arbitragem internacional**. Trad. Amely Dütthorn, Abraham Lincoln Ferreira de Moraes e Nuna Córtez da Veiga em cooperação com o autor. São Paulo: Marcial Pons; CAM-CCBC, 2015. Disponível em: www.marcialpons.com.br/wp-content/uploads/2015/10/L-47_tira-gosto_Os-Principios-Unidroit-o-conceito-do-direito-e-a-arbitragem-internacional_Sven-Schilf_P1-36.pdf. Acesso em: 24 fev. 2021. p. 36.

¹³⁷ Lew, Mistelis e Kröll explicam que o caráter “internacional” de uma arbitragem comercial pode resultar da aplicação de diferentes conjuntos de regras, existindo três formas de estabelecer o caráter internacional de uma arbitragem: (a) o critério objetivo considera internacional a arbitragem na qual a disputa tem um elemento estrangeiro ou de caráter internacional, focando, portanto, no objeto da disputa e no caráter internacional ou nacional da transação subjacente; (b) o critério subjetivo funda-se na diversidade de nacionalidade/lugar de negócios das partes, ou seja, para a arbitragem ser internacional, as partes, indivíduos ou empresas, devem vir de jurisdições diferentes, porém esse critério restringe o escopo da arbitragem internacional, pois, por exemplo, no caso de duas companhias do mesmo país firmarem um acordo de distribuição, no qual uma recebe direitos de distribuição mundial dos produtos da outra empresa, as disputas surgidas desse acordo serão consideradas domésticas; (c) o critério combinado moderno consiste na abordagem da Lei Modelo e outros sistemas jurídicos nacionais, é chamado “combinado” porque combina os critérios objetivo e subjetivo e é encontrado no artigo 1(3) da Lei Modelo.” LEW QC, Julian David Mathew; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan. **Comparative International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 2003, p. 57-61.

(ii) Qualquer local onde deva ser executada uma parte substancial das obrigações resultantes da relação comercial ou o local com o qual o objeto do litígio tenha maior ligação; ou

(c) As partes tiverem convencionado expressamente que o objeto da convenção de arbitragem envolve mais do que um país.

1.4 – Para os fins do parágrafo 3.º do presente artigo:

(a) Se uma das partes tiver mais do que uma sede, deve ser considerada a que tiver uma relação mais próxima com a convenção de arbitragem;

(b) Se uma das partes não tiver sede, releva para este efeito a sua residência habitual.

Neste sentido, diversas legislações adotaram critérios para diferenciar a arbitragem doméstica da arbitragem internacional¹³⁸. Assim se diz que o sistema monista de arbitragem não faz tal diferenciação, como é o caso brasileiro, e os países que adotam o sistema dualista de arbitragem o fazem, como ocorre com a França¹³⁹.

O Código de Processo Civil francês reza em seu art. 1.504¹⁴⁰ que é internacional a arbitragem que afete os interesses do comércio internacional.

¹³⁸ “The New York Convention (and other international arbitration conventions) applies only to arbitration agreements that have some “foreign” or “international” element, and not to purely domestic agreements. The same is true under many national legal regimes, where “international” or “foreign” arbitration agreements are often subject to legislative and/or judicial regimes distinct from those applicable to domestic arbitration agreements. That is true, for example, under the UNCITRAL Model Law, which is limited by Article 1(3) to “international” matters. In these jurisdictions, domestic arbitration agreements, arbitral proceedings and awards are often subject to separate, non-international legal regimes. This is consistent with the purpose of the Convention and the Model Law, which is to facilitate the international arbitral process, without disturbing regulation of domestic arbitration matters”. BORN, Gary B. **International arbitration: law and practice**. Kluwer Law International, 2012, n.p. E-book.

¹³⁹ “O sistema monista corresponde àquele no qual a legislação de arbitragem local não faz uma diferenciação específica de normas aplicáveis quando a arbitragem é considerada internacional - seja qual for o critério utilizado, especialmente dentre aqueles acima delineados. O Brasil adota um sistema eminentemente monista, uma vez que a Lei Brasileira de Arbitragem aplica-se de forma indistinta às arbitragens conduzidas no país, sem estabelecer qualquer critério ou normas específicas na hipótese em que a arbitragem eventualmente possa ser considerada internacional. A única diferenciação feita pelo sistema jurídico brasileiro no que concerne ao tema diz respeito às sentenças nacionais e internacionais

O sistema dualista, por sua vez, implica na adoção, pela legislação local, de um critério destinado a diferenciar a arbitragem internacional da arbitragem doméstica, recebendo cada qual disciplina normativa específica através de leis de regência apartadas (ou em seções separadas do mesmo diploma legislativo). O sistema dualista é adotado por países como França, Suíça e Colômbia.” ZANELATO, Thiago Del Pozzo. A autonomia da vontade das partes da produção de provas em arbitragem internacional. In: FINKELSTEIN, Cláudio (org.). **Direito e arbitragem: estudos acadêmicos**. Belo Horizonte: Arraes, 2017. v. 2, cap. 3, p. 92-93.

¹⁴⁰ Vide CPC francês, art. 1504: “est international l’arbitrage qui met en cause des intérêts du commerce international”. **Code de procédure civile**. Disponível em https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070716/LEGISCTA000006089134/#LEGISCTA000006089134. Acesso em: 27 mar. 2021

A lei de arbitragem espanhola em seu art. 3º¹⁴¹ prevê como critérios da internacionalidade o domicílio das partes em Estados diferentes no momento da convenção ou que haja uma ligação das obrigações referentes à relação jurídica com um Estado diferente de onde as partes tenham domicílio ou ainda que a controvérsia afete os interesses do comércio internacional.

A lei de arbitragem portuguesa¹⁴², em seu art. 49.1 entende arbitragem internacional como “a que põe em jogo interesses do comércio internacional”.

Por sua vez, a lei de arbitragem brasileira optou por não fazer a diferenciação entre arbitragem internacional e arbitragem doméstica, resumindo a opção¹⁴³ legislativa em diferenciar a sentença nacional da sentença estrangeira conforme o local da sua prolação, e assim, da necessidade ou não de homologação da sentença estrangeira perante o Superior Tribunal de Justiça, conforme art. 34, parágrafo único e art. 35 da Lei nº. 9.307/1996.

141 “Art. 3. Arbitraje internacional: 1. El arbitraje tendrá carácter internacional cuando en él concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que, en el momento de celebración del convenio arbitral, las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes.

b) Que el lugar del arbitraje, determinado en el convenio arbitral o con arreglo a éste, el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica de la que dimane la controversia o el lugar con el que ésta tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios.

c) Que la relación jurídica de la que dimane la controversia afecte a intereses del comercio internacional.

2. A los efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, si alguna de las partes tiene más de un domicilio, se estará al que guarde una relación más estrecha con el convenio arbitral; y si una parte no tiene ningún domicilio, se estará a su residencia habitual.” Ley 60/2003. Disponível em http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l60-2003.html. Acesso em: 28 mar. 2020.

142 PORTUGAL. **Lei da Arbitragem Voluntária de Portugal**. Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro. Disponível

em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=1579&nversao=&tabela=leis Acesso em: 26 mar. 2021.

143 João Bosco Lee critica a opção legislativa brasileira, explicando que “ao unificar a arbitragem interna/internacional num mesmo diploma legal, a Lei 9.307/96 submete a arbitragem internacional a regras restritivas e arcaicas, fundamentadas na prática judiciária e, por conseqüência (sic), ignora questões essenciais da arbitragem comercial internacional.” LEE, João Bosco. A Lei 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. In: PIMENTEL, Luiz Otávio; REIS, Murilo Gouvêa dos. (Orgs.) **Direito comercial internacional: arbitragem**. Florianópolis: OAB/SC, 2002, p. 39.

Na Itália¹⁴⁴, a nacionalidade da sentença arbitral depende da fixação da sede da arbitragem, nos termos do art. 816¹⁴⁵, ou seja, “se a sede for determinada no território da República Italiana, a sentença¹⁴⁶ será italiana; se, ao contrário, a sede for fixada no exterior, a sentença arbitral será estrangeira¹⁴⁷” e, portanto, “estará sujeita à homologação da Corte de Apelação do local da residência do adversário”¹⁴⁸, conforme dispõe o art. 839¹⁴⁹ do CPC italiano.

E assim,

A partir de seu caráter verdadeiramente internacional, fisicamente internacional (em que vemos advogados de tradições diversas se enfrentarem cotidianamente em Paris, em Singapura ou no Cairo), a arbitragem internacional é o lugar ideal de hibridização das culturas jurídicas. Se nos esforçarmos para separar o que a arbitragem contemporânea – que se tornou amplamente padronizada – deve a tal ou tal tradição jurídica, poderíamos dizer, de maneira geral, que a tradição

¹⁴⁴ Na Itália a arbitragem está regulamentada no Codice di Procedura Civile, nos seus artigos 806 a 840, reformado pelo decreto legislativo n. 40 de 2 de fevereiro de 2006. Ali, consta que a arbitragem é voluntária e comporta direitos disponíveis, como exposto no art. 806 CPC/italiano. “Controversie arbitrabili: Le parti possono far decidere da arbitri le controversie tra di loro insorte che non abbiano per oggetto diritti indisponibili, salvo espresso divieto di legge. Le controversie di cui all'articolo 409 possono essere decise da arbitri solo se previsto dalla legge o nei contratti o accordi collettivi di lavoro.”

¹⁴⁵ Art. 816 CPC/italiano. “Sede dell'arbitrato. Le parti determinano la sede dell'arbitrato nel territorio della Repubblica; altrimenti provvedono gli arbitri. Se le parti e gli arbitri non hanno determinato la sede dell'arbitrato, questa e' nel luogo in cui e' stata stipulata la convenzione di arbitrato. Se tale luogo non si trova nel territorio nazionale, la sede e' a Roma.”

“Se la convenzione d'arbitrato non dispone diversamente, gli arbitri possono tenere udienza, compiere atti istruttori, deliberare ed apporre le loro sottoscrizioni al lodo anche in luoghi diversi dalla sede dell'arbitrato ed anche all'estero.”

¹⁴⁶ Interessante expor que na Itália a sentença arbitral é denominada de laudo arbitral com eficácia de sentença estatal, mas pendente de força executiva mediante provimento de homologação de decreto do tribunal da sede da arbitragem, como dispõe o art. 825 do CPC italiano. CORAPI, Diego. A arbitragem no direito italiano. **I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. ZUFELATO, Camilo, BONATO, Giovanni, SICA, Heitor Vitor Mendonça e CINTRA, Lia Carolina Batista. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 109.

¹⁴⁷ CORAPI, Diego. A arbitragem no direito italiano. **I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. ZUFELATO, Camilo, BONATO, Giovanni, SICA, Heitor Vitor Mendonça e CINTRA, Lia Carolina Batista. Salvador: JusPodivm, 2015. p.107.

¹⁴⁸ CORAPI, Diego. A arbitragem no direito italiano. **I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil**. ZUFELATO, Camilo, BONATO, Giovanni, SICA, Heitor Vitor Mendonça e CINTRA, Lia Carolina Batista. Salvador: JusPodivm, 2015. 107.

¹⁴⁹ Art. 839, caput, CPC italiano. Riconoscimento ed esecuzione dei lodi stranieri Chi vuol far valere nella Repubblica un lodo straniero deve proporre ricorso al presidente della corte d'ap.ello nella cui circoscrizione risiede l'altra parte; se tale parte non risiede in Italia e' competente la corte d'ap.ello di Roma. **ITÁLIA. Codice di procedura civile**. Disponível em: <https://www.studiocataldi.it/codiceproceduracivile/codicediproceduracivile.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2021.

jurídica francesa exportou as regras de direito e que a tradição anglo-americana exportou as práticas.¹⁵⁰

O Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul¹⁵¹ possibilita a harmonização das legislações arbitrais dos Estados-partes a fim de que as pessoas físicas ou jurídicas de direito privado utilizem da arbitragem para solução de controvérsias advindas de contratos comerciais internacionais.

No âmbito interamericano, a Convenção do Panamá¹⁵², reconhece como válido o acordo das partes que se submetem à decisão arbitral decorrente de um negócio de natureza mercantil, podendo este acordo ser assinado pelas partes ou comprovado por troca de cartas, telegramas ou comunicações por telex. A natureza mercantil prevista na Convenção do Panamá, pode ser contratual ou não, como se depreende do art. 2.1 da Convenção de Nova Iorque¹⁵³ e art. 7º da Lei Modelo da UNCITRAL¹⁵⁴.

¹⁵⁰ GAILLARD, Emmanuel. A contribuição do pensamento jurídico francês à arbitragem internacional. SALLES, Vivian (trad.). In **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 61, abr./jun. 2019, p. 285-302. Disponível em Revista dos Tribunais Online, p. 4.

¹⁵¹ BRASIL. Decreto n. 4.719/2003 que promulga o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, concluído em Buenos Aires, em 23 de julho de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4719.htm. Acesso em: 09 jul. 2019. Art. 1º: “O presente Acordo tem por objetivo regular a arbitragem como meio alternativo privado de solução de controvérsias surgidas de contratos comerciais internacionais entre pessoas físicas ou jurídicas de direito privado”.

¹⁵² BRASIL. **Decreto n. 1.902/1996 que promulga a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, firmada no Panamá, em 30 de janeiro de 1975**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1902.htm. Acesso em: 09 jul. 2019. Art. 1º: “É válido o acordo das partes em virtude do qual se obrigam a submeter a decisão arbitral as divergências que possam surgir ou que hajam (sic) surgido entre elas com relação a um negócio de natureza mercantil. O respectivo acordo constará do documento assinado pelas partes, ou de troca de cartas, telegramas ou comunicações por telex.”

¹⁵³ BRASIL. **Decreto n. 4.311/2002 que promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, firmada em Nova Iorque, em 1958**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm. Acesso em: 09 jul. 2019. Art. 2.1. “Cada Estado signatário deverá reconhecer o acordo escrito pelo qual as partes se comprometem a submeter à arbitragem todas as divergências que tenham surgido ou que possam vir a surgir entre si no que diz respeito a um relacionamento jurídico definido, seja ele contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem.”

¹⁵⁴ Art. 7.1. (2ª opção) “Convenção de arbitragem” é o acordo pelo qual as partes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos entre elas com respeito a uma determinada relação jurídica, contratual ou extracontratual. Um acordo de arbitragem pode revestir a forma de uma cláusula compromissória num contrato ou a de um compromisso arbitral.” Disponível em https://www.dgpj.mj.pt/sections/home/DGPJ/sections/politica-legislativa/anexos//lei-modelo-uncitral/downloadFile/file/Lei-modelo_uncitral.pdf?nocache=1305106921.57. Acesso em: 09 jul. 2019. Em inglês 7.1. “Arbitration agreement” is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not. An arbitration agreement may be in the form of an arbitration clause in a contract or in the form of a separate agreement.” UNCITRAL. **Analytical**

E quanto ao aspecto comercial, a arbitragem pode decorrer tanto de relações contratuais quanto extracontratuais¹⁵⁵.

Deste modo, observa-se que diversas leis nacionais, tratados e *soft law* referem-se à arbitragem comercial internacional como um método de solução de conflitos que envolvem pessoas naturais ou jurídicas, as quais desejam utilizar das suas possibilidades de liberdade de escolha para eleger um ou mais árbitros para lhes julgarem um determinado conflito pertinente a uma questão comercial (geralmente contratual) de cunho internacional, ou seja, que envolva dois ou mais ordenamentos jurídicos em razão dos elementos de conexão.

2.2.2 Natureza Jurídica e Arbitrabilidade

Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration. 1985, UN Doc A/CN.9/264. Disponível em <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/CN.9/264> Acesso em 24 abr. 2021. p. 44-47.

¹⁵⁵ “É importante ressaltar, todavia, que a referida interpretação ampla para incluir todas as questões, contratuais e extracontratuais, no escopo da convenção de arbitragem só é possível tratando-se de cláusulas compromissórias amplas ou genéricas. Por óbvio, sendo um dos pilares da arbitragem a autonomia da vontade das partes, quando essas expressamente decidem submeter apenas questões contratuais à arbitragem – sem qualquer outro indício em sentido contrário –, não é dado ao árbitro ou o juiz decidir pela competência do juízo arbitral para julgar questões não contratuais, ainda que essas estejam relacionadas ao contrato.

O mesmo entendimento, via de regra, deve ser aplicado quando a redação da cláusula é específica e limita o objeto da arbitragem, por exemplo, a questões relacionadas à “validade e a execução do contrato”. Nessa última hipótese, entretanto, se houver outros elementos que indiquem a vontade das partes em submeter demais litígios ao juízo arbitral, entende-se que esse teria competência para fazê-lo. Trata-se, por exemplo, de caso em que, quando do requerimento da arbitragem, uma das partes inclui pleitos referentes a questões não contratuais e a outra parte não faz qualquer objeção.” TIBURCIO, Carmen. A competência do Tribunal Arbitral para solução de litígios extracontratuais. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 50, a. 13. jul./set. 2016, p. 95 – 113, São Paulo: Revista dos tribunais, p. 112.

Com relação à natureza jurídica da arbitragem, em que pese existirem quatro¹⁵⁶ correntes doutrinárias¹⁵⁷, filia-se à corrente mista¹⁵⁸ que entende possuir tanto natureza contratual quanto jurisdicional, pois tem seu fundamento inicial na convenção arbitral, mas sua sentença terá natureza pública e jurisdicional, reconhecida pelo Estado¹⁵⁹. Tânia Lobo Muniz defende essa teoria e sintetiza “o

¹⁵⁶ “Generally speaking, the various commentaries about the nature of arbitration have been collected into four different theories: the jurisdictional theory, the contractual theory, the hybrid theory (or the mixed theory) and the autonomous theory”. YU, Hong-lin. A theoretical overview of the foundations of international commercial Arbitration. **Contemp. Asia Arb. J.**, v. 1, p. 255, 2008.

¹⁵⁷ A primeira teoria é conhecida como contratualista ou privatista e defendia que sua natureza jurídica era vinculada à convenção de arbitragem enquanto instrumento contratual de submissão dos conflitos ao(s) árbitro(s) escolhidos pelas partes, cujo poder advém da vontade das partes que não possuem o poder de delegar jurisdição (SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções Gerais da Arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 32), pois ausente a *coertio* e a *executio* (Muniz, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96**. 1 ed. 5 tir. Curitiba: Juruá, 2005, p. 35). A segunda teoria é conhecida como publicista ou jurisdicional, por priorizar a sentença como prestação jurisdicional delegada ao árbitro pelo Estado e não oriunda da mera obrigação estabelecida na convenção arbitral (SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções Gerais da Arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 32). A terceira teoria é a da autonomia da arbitragem que defende seu desenvolvimento com base em suas próprias e específicas regras que embora possam ter similaridades com determinados sistemas jurídicos estatais não estão, necessariamente, vinculados a eles (FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. **Laudos arbitrais estrangeiros – Reconhecimento e execução: Teoria e prática**. 1 ed. 3 tir. Curitiba: Juruá, 2005.). E por fim, a teoria mais adotada, é a mista ou híbrida, em que se reconhece o caráter contratual em seu fundamento e jurisdicional em suas consequências.

¹⁵⁸ “A tese mista coloca no seu lugar atual a arbitragem e dá conteúdo científico à sua realidade económica e sociológica, verificável sobretudo no comércio internacional: a necessidade do comércio dispor de um modo rápido, desligado de peias dos sistemas judiciários nacionais, e seguro na resolução dos litígios que possam surgir”. BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 46. No mesmo sentido, “The mixed or hybrid theory has become the dominant world-wide theory as elements of both the jurisdictional and the contractual theory are found in modern law and practice of international commercial arbitration. According to the mixed theory we have a private justice created by contract. It is also common that such a hybrid system exists de facto. This can be seen in cohabitation of the jurisdictional approach of the New York Convention with the contractual approach of French law. Thus, both the contractual origin and the jurisdictional function have an important influence on arbitration. LEW QC, Julian David Mathew; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan. **Comparative International Commercial Arbitration**, Kluwer Law International, 2003, p. 80.

¹⁵⁹ YU, Hong-lin. A theoretical overview of the foundations of international commercial Arbitration. **Contemp. Asia Arb. J.**, v. 1, p. 274, 2008. “The hybrid theory was created by Professor Surville, and developed by Professor Sauser-Hall. Suggesting that international commercial arbitration is a mechanism with a dual character, Professor Sauser-Hall maintained, on the one hand that a contractual element in arbitration is reflected in the argument that arbitration has its origins in a private contract, where the parties have the power to choose the arbitrators and the rules to govern the arbitration procedures and substantive matters. On the other hand, he agreed with the jurisdictional theory that an arbitration has to be conducted within national legal regimes in order to determine powers of the parties, the validity of the arbitration agreement and the enforceability of the awards.” No mesmo sentido, SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções Gerais da Arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.p. 33.

direito de opção foi dado ao indivíduo, o poder de dizer o direito¹⁶⁰ foi entregue ao árbitro, mas o uso da força permaneceu com o Estado”¹⁶¹.

No que diz respeito à arbitrabilidade, esta divide-se em subjetiva, referente aos sujeitos que podem utilizar a arbitragem para solução de conflitos, e objetiva, pertinente aos direitos que podem ser objeto da arbitragem.

Tanto a arbitrabilidade subjetiva, quanto a objetiva estão expostas no art. 1º da Lei n. 9.307/96¹⁶²: “Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.”¹⁶³

Carlos Alberto Carmona¹⁶⁴ defende que

[...] são arbitráveis, portanto, as causas que tratem de matérias a respeito das quais o Estado não crie reserva específica por conta do resguardo dos

¹⁶⁰ Para Bruno OPETIT não resta dúvida de que a natureza jurídica da arbitragem é jurisdicional, ainda que sua origem seja contratual. É justiça privada em que o árbitro é investido da jurisdição em sua plenitude. OPETIT, Bruno. **Teoría del arbitraje**. ROMERO, Eduardo Silva, ESPINOZA, Fabricio Mantilla; DEMOULIN, José Joaquín Caicedo (trad.). Bogotá, Colômbia: Legis Editores, 2006. p. 57.

¹⁶¹ MUNIZ, op. cit., p. 39. No mesmo sentido, VALENÇA FILHO, Cláudio. Aspectos de direito internacional privado na arbitragem. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, n. 7, a. 3, p. 379-391, jan. - mar. 2000, p. 379-380.

¹⁶² Ressalta-se que em 2015, a Lei n. 9.307/96 foi alterada pela Lei n. 13.129/2015, acrescentando o §1º ao art. 1º a fim de esclarecer que a Administração Pública direta e indireta, pode fazer uso da arbitragem para resolução de conflitos patrimoniais disponíveis. Por muito tempo se discutiu no Brasil se a Administração Pública poderia ou não fazer uso da arbitragem para solução de seus conflitos patrimoniais disponíveis. A questão era que os contrários defendiam que o interesse público é indisponível. No entanto, Selma Lemes bem explica que “O interesse público também é de interesse do contratado de bem cumprir o contrato e ser justa e devidamente remunerado para isso. Também o é da Administração Pública que, na prossecução da boa administração do contrato, deve buscar as decisões justas e equânimes, independentemente de lhe ser favoráveis ou não. A Administração Pública tem o papel de defender seus interesses contratuais na dimensão da ética social, vale dizer, dela advém o dever de agir, em todos os seus quadrantes conforme a Lei e o Direito, enaltecido na cláusula geral da boa-fé. E, vale observar que, para isso, a arbitragem bem se amolda, na busca das soluções céleres entre a contratante (Administração) e o contratado (particular).” LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública**. Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 149.

¹⁶³ “Diz-se que um direito é disponível quando ele pode ser ou não exercido livremente pelo seu titular, sem que haja norma cogente impondo o cumprimento do preceito, sob pena de nulidade ou anulabilidade do ato praticado com sua infringência. Assim, são disponíveis (do latim *disponere*, dispor, pôr em vários lugares, regular) aqueles bens que podem ser livremente alienados ou negociados, por encontrarem-se desembaraçados, tendo o alienante plena capacidade jurídica para tanto”. CARMONA, 1998, p. 48. Cf. SALLES, Marcos Paulo de Almeida. Da arbitralidade. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, n. 10, a. 3, p.360-365, out./dez. 2000, p. 363, “No campo privado a disponibilidade é a possibilidade qualitativa da alienação a qualquer título, de bens ou direitos individual ou coletivamente titulados. Derivado desta forma de se dispor livremente de bens ou direitos é que a economia conceitua as disponibilidades existentes em um acervo patrimonial, pela maior ou menor possibilidade de sua imediata conversão em valores monetários”.

¹⁶⁴ CARMONA, 1998, p. 48. Cf. SALLES, Marcos Paulo de Almeida. Da arbitralidade. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, n. 10, a. 3, p.360-365, out./dez. 2000. p. 48.

interesses fundamentais da coletividade, e desde que as partes possam livremente dispor acerca do bem sobre que controvertem. Pode-se continuar a dizer, apesar da mudança da lei, que são arbitráveis as controvérsias a cujo respeito os litigantes podem transigir.

A Lei da Arbitragem Voluntária de Portugal determina em seu art. 1.1. que são arbitráveis os litígios referentes “a interesses de natureza patrimonial”, ressaltando no art. 1.2. que “é também válida uma convenção de arbitragem relativa a litígios que não envolvam interesses de natureza patrimonial, desde que as partes possam celebrar transacção sobre o direito controvertido.” E no que diz respeito à arbitrabilidade subjetiva, informa no art. 1.5 que “O Estado e outras pessoas colectivas de direito público podem celebrar convenções de arbitragem, na medida em que para tanto estejam autorizados por lei ou se tais convenções tiverem por objecto litígios de direito privado”¹⁶⁵.

A lei de arbitragem espanhola¹⁶⁶ é mais sucinta e resume no art. 2.1 que “são suscetíveis de arbitragem as controvérsias sobre matérias de livre disposição conforme o direito”.

Importante também delimitar que, em razão do recorte desta pesquisa trabalhar-se-á com a arbitragem voluntária¹⁶⁷ ou facultativa¹⁶⁸, fundada na vontade livre das partes, o que também justifica o estudo do princípio da autonomia da vontade mais à frente. Quanto ao procedimento, adotar-se-á o critério institucional¹⁶⁹, uma vez que se delimitará o presente estudo nos procedimentos

¹⁶⁵ PORTUGAL. **Lei da Arbitragem Voluntária de Portugal**. Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=1579&nversao=&tabela=leis Acesso em: 26 mar. 2021.

¹⁶⁶ ESPANHA. **Lei de Arbitragem da Espanha**. Ley n. 60/2003. Disponível em http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l60-2003.html. Acesso em: 28 mar. 2020.

¹⁶⁷ Em contraposição à arbitragem obrigatória, ou seja, determinada por lei como procedimento obrigatório para solução de determinado conflito.

¹⁶⁸ Cabe destacar que a arbitragem facultativa foi a modalidade adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro, em consonância com o princípio da inafastabilidade da jurisdição estatal prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal e com o princípio da autonomia da vontade.

¹⁶⁹ Em contraposição à arbitragem ad hoc, em que as “partes podem optar por elegerem ad hoc um ou mais árbitros para resolverem seus conflitos mediante as regras de procedimento e de direito por eles criadas ou escolhidas dentro dos limites impostos pela ordem jurídica estatal onde ocorrerá”. Cf. LIGMANOVSKI, Patrícia Ayub da Costa. **A inserção da cláusula compromissória de arbitragem na formação dos contratos internacionais do comércio**. 2010. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina. p.113. Por sua vez, Welber Barral explica que a arbitragem ad hoc possibilita às partes uma maior gama de escolhas quanto às regras e procedimento a um custo mais baixo por não haver taxa de administração da instituição. Mas por outro lado, sua desvantagem é que se houver lacunas no momento do litígio e não houver cooperação entre as partes, dificilmente alcançarão um acordo quanto ao procedimento

adotados por instituições arbitrais renomadas, como a ICC-Paris, LCIA – Londres, CAM-CCBC e a Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem CIESP/FIESP e CAMARB, por compreender-se a existência de critérios mais objetivos e impactos relevantes para os fins econômicos e éticos desta pesquisa.

Em razão da sua natureza jurídica mista, a convenção de arbitragem¹⁷⁰ tem fundamento na vontade das partes e por isso haverá de respeitar os critérios estabelecidos nos ordenamentos jurídicos com os quais tiver algum elemento de conexão, para que seja executada, se necessário.

2.2.3 Convenção de Arbitragem

A convenção de arbitragem possui efeito vinculante que se desmembra em positivo e negativo. O efeito positivo é voltado para os contratantes, caracterizado pelo *pacta sunt servanda*, ou seja, pela vinculação das partes à escolha da arbitragem. O efeito negativo¹⁷¹, por sua vez, dirige-se à jurisdição estatal, isto é, impede que o Poder Judiciário conheça das matérias submetidas à arbitragem.

a ser utilizado, sendo esse o motivo da preferência pelas instituições arbitrais renomadas, apesar de seus custos. BARRAL, Welber. **A arbitragem e seus mitos**. Florianópolis: OAB/SC, 2000, p. 75.

¹⁷⁰ Para Álvaro Villaça Azevedo “[...] a convenção arbitral é um verdadeiro instrumento democrático, elaborado pelas partes, em pleno exercício de sua liberdade contratual, escolhendo as regras que entendem melhores para a solução de suas controvérsias. Essa convenção é, na essência, a revitalização da *lex privata*, ditada pelas próprias partes, na solução de seus próprios problemas (a convenção faz lei entre as partes)”. AZEVEDO, Álvaro Villaça. Arbitragem. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 753, a. 87, p. 11-23, jul. 1998, p. 20.

¹⁷¹ Vide art. 5º - Efeito negativo da convenção de arbitragem: 1 - O tribunal estadual no qual seja proposta acção relativa a uma questão abrangida por uma convenção de arbitragem deve, a requerimento do réu deduzido até ao momento em que este apresentar o seu primeiro articulado sobre o fundo da causa, absolvê-lo da instância, a menos que verifique que, manifestamente, a convenção de arbitragem é nula, é ou se tornou ineficaz ou é inexecutável. 2 - No caso previsto no número anterior, o processo arbitral pode ser iniciado ou prosseguir, e pode ser nele proferida uma sentença, enquanto a questão estiver pendente no tribunal estadual. [...]. **Lei da Arbitragem Voluntária de Portugal**. Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=1579&nverso=&tabela=leis Acesso em: 26 mar. 2021.

O efeito negativo é tão relevante que exige certeza quanto ao acordo de arbitragem, e neste sentido, a própria Lei Modelo da Uncitral¹⁷² e diversas¹⁷³ outras leis¹⁷⁴ exigem a forma escrita¹⁷⁵ da convenção de arbitragem¹⁷⁶.

As convenções de arbitragem internacionais geralmente constituem-se do acordo de arbitragem; do objeto das controvérsias que lhe serão submetidas; do

172 Art. 7º, 1ª opção: (1) “Convenção de arbitragem” é o acordo pelo qual as partes decidem submeter à arbitragem todos ou alguns dos litígios surgidos entre elas com respeito a uma determinada relação jurídica, contratual ou extracontratual. Um acordo de arbitragem pode revestir a forma de uma cláusula compromissória num contrato ou a de um compromisso arbitral.

(2) O acordo de arbitragem deve ser feito por escrito.

(3) O acordo de arbitragem tem forma escrita quando o seu conteúdo estiver registado sob qualquer forma, independentemente de a convenção de arbitragem ou contrato terem sido concluídos oralmente, tacitamente ou por qualquer outro meio.

(4) O requisito de forma escrita da convenção de arbitragem é preenchido se as comunicações forem electrónicas, desde que a informação nestas contida fique acessível e possa ser utilizada para referência futura; “comunicação electrónica” é toda e qualquer comunicação feita pelas partes utilizando mensagens de dados; “mensagem de dados” é a informação gerada, enviada, recebida ou armazenada por meios electrónicos, magnéticos, ópticos ou similares, incluindo também, mas não apenas, o intercâmbio electrónico de dados (EDI), o correio electrónico, o teleograma, o telex ou a telecópia.

(5) A convenção de arbitragem considera-se também escrita quando for incluída nos articulados do demandante e do demandado, se uma das partes alegar a existência da convenção e a outra não a negar.

(6) Num contrato, a referência a qualquer documento que contenha uma cláusula compromissória constitui uma convenção de arbitragem escrita, desde que a referência seja feita de modo a tornar a cláusula parte integrante do contrato.

UNCITRAL. **Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration**. 1985, UN Doc A/CN.9/264. Disponível em <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/CN.9/264> Acesso em 24 abr. 2021. p. 44-47.

173 Art. 6.1 do Acordo de Buenos Aires: “A convenção arbitral deverá ser escrita”. BRASIL. **Decreto n. 4.719/2003** que promulga o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, concluído em Buenos Aires, em 23 de julho de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4719.htm. Acesso em: 09 jul. 2019.

174 Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa, art. 2.1; Lei Brasileira de Arbitragem, art. 4º, §1º; Ley 60/2003 da Espanha, art. 9.3; CPC francês, art. 1.443; CPC italiano, art. 807. Convenção de Nova Iorque sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, art. 2º. PORTUGAL. **Lei da Arbitragem Voluntária de Portugal**. Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro. Disponível

em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=1579&nversao=&tabela=leis Acesso em: 26 mar. 2021.

175 Ao contrário dos dispositivos anteriores, o CPC francês, em seu art. 1.507 é totalmente liberal ao rezar “La convention d'arbitrage n'est soumise à aucune condition de forme.” Neste sentido, “o direito francês considera que a convenção de arbitragem é um contrato consensual e o que importa é o consentimento dado pelas partes à arbitragem, que pode ser provado por todos os meios disponíveis em direito.” COSTA, Marina Mendes. A reforma do direito francês de arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 30, p. 27 – 42, Jul - Set / 2011, RT online, p. 7.

176 “A valid agreement to arbitrate excludes the jurisdiction of the national courts and means that any dispute between the parties must be resolved by a private method of dispute resolution—namely, arbitration. This is a serious step to take, albeit one that has become increasingly commonplace. Good reasons therefore exist for ensuring that the existence of such an agreement should be clearly established”. BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Redfern and Hunter on international arbitration**. 6 ed. Oxford University Press, 2015. p. 75

uso de uma instituição arbitral e suas regras; da sede da arbitragem; do método de nomeação, quantidade e qualificação dos árbitros; do idioma e da lei aplicável.¹⁷⁷

O gênero convenção arbitral divide-se em duas espécies¹⁷⁸: cláusula compromissória e compromisso arbitral¹⁷⁹.

A cláusula compromissória consiste num mecanismo de solução de disputas futuras, que ainda não ocorreram e que, de forma esperançosa, nunca venham a acontecer.¹⁸⁰ Ou seja, a cláusula compromissória (*arbitration clause*) volta-se para o futuro, enquanto o compromisso arbitral (*submission agreement*) olha para o passado¹⁸¹, para um conflito já existente.

Deste modo, a cláusula compromissória¹⁸² ocorre em momento antecedente¹⁸³ ao conflito, de forma preventiva¹⁸⁴, resultado da vontade livre das

¹⁷⁷ BORN, Gary B. **International arbitration: law and practice**. Kluwer Law International, 2012, n.p. E-book.

¹⁷⁸ Vide art. 3º da Lei n. 9.307/96. BRASIL. **Lei 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: 27 ago 2021.

¹⁷⁹ “A arbitragem comercial internacional é uma jurisdição negocial, instituída por um pacto entre as partes, basicamente em dois momentos: a) no momento em que se concerta um negócio, em que todas as coisas são róseas e que portanto, inexistente litígio aparente entre os parceiros; mesmo assim, as partes podem prever a solução arbitral para aquele negócio (cláusula compromissória em qualquer tipo de contrato) ou, num pacto especial, colocar todos os outros contratos ou negócios dentro da solução arbitral prevista para um futuro imprevisível (pactos de arbitragem); b) no momento em que surge uma controvérsia real, e que as partes não podendo resolvê-la por elas mesmas, confiam a solução ao(s) árbitro(s), seja colocando em funcionamento os pactos arbitrais anteriormente elaborados, seja construindo um tribunal "ad hoc", através de um contrato especial, o compromisso arbitral.” SOARES, Guido F. S. Arbitragem comercial internacional e o projeto da UNCITRAL (lei-modelo). **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 82, 1987, p. 28-88. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67092>. Acesso em: 6 abr. 2021. p. 33.

¹⁸⁰ BORN, Gary B. **International arbitration: law and practice**. Kluwer Law International, 2012, n.p. E-book.

¹⁸¹ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Redfern and Hunter on international arbitration**. 6 ed. Oxford University Press, 2015. p. 72.

¹⁸² Art. 4º da Lei n. 9.307/1996. BRASIL. **Lei 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: 27 ago 2021.

¹⁸³ Adriana Noemi Pucci ensina que “a cláusula compromissória, como seu nome indica, é um dispositivo geralmente inserido como uma cláusula a mais no contrato principal. No momento de sua estipulação em um contrato ainda não surgiu qualquer conflito, as partes ainda não têm conhecimento de qual será a controvérsia, e mesmo se o conflito acontecerá, isto é, não têm sequer a certeza de que haverá qualquer disputa.” PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitragem comercial nos países do MERCOSUL: análise comparativa da legislação, jurisprudência e doutrina dos autores da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai relativas à arbitragem**. São Paulo: LTr, 1997, p. 65.

¹⁸⁴ Cf. Irineu Strenger “as partes antes que intervenha entre elas alguma dissidência, convencionam que, se qualquer divergência ocorrer na execução do contrato, recorrerão, para

partes de submeterem eventual controvérsia decorrente da relação contratual existente à arbitragem, e portanto, a cláusula deve ser escrita, podendo apresentar-se como uma cláusula de solução de conflitos inserida no contrato comercial internacional ou em documento apartado¹⁸⁵, o que é bastante comum no comércio internacional contemporâneo, uma vez que muitas transações comerciais são realizadas de forma espontânea por mensagens eletrônicas, via *internet*.

Na prática arbitral, as cláusulas compromissórias são mais enxutas que o compromisso arbitral, justamente por ainda não se conhecer com precisão a controvérsia. É comum que as partes utilizem um modelo de cláusula recomendado por uma instituição de arbitragem, esperando que não precisem utilizá-la. Por sua vez, o compromisso arbitral ocorre diante de um conflito existente e por isso o cuidado com sua redação é maior e mais especializado, indicando local da arbitragem, lei aplicável, nomeação dos árbitros, objeto da arbitragem e regras procedimentais¹⁸⁶.

resolvê-la, à arbitragem”. STRENGER, Irineu. **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTR, 1996.p. 110.

¹⁸⁵ “Estabeleceu a lei que a cláusula pode estar ou não inserida no corpo de um contrato, de tal sorte que a avença será contemporânea ao contrato ou posterior a ele: nesta última hipótese, a cláusula será convencionada através de trocas de cartas, telegramas, telex ou mesmo fac-símiles que se reportem a um negócio jurídico, prevendo a solução de eventuais e futuras controvérsias por arbitragem”. CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 29.

¹⁸⁶ BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Redfern and Hunter on international arbitration**. 6 ed. Oxford University Press, 2015. p. 72.

Em suma, a cláusula compromissória¹⁸⁷ é um contrato autônomo¹⁸⁸ de onde decorre o princípio da competência-competência¹⁸⁹, que significa que o

¹⁸⁷ A Lei Modelo da UNCITRAL, em seu art. 16.1 indica que: “1 – O tribunal arbitral pode decidir sobre a sua própria competência, incluindo qualquer objeção relativa à existência ou validade da convenção de arbitragem. Para este efeito, uma cláusula compromissória que faça parte de um contrato é considerada como um acordo distinto das outras cláusulas do contrato. A decisão do tribunal arbitral que considere nulo o contrato não implica ipso jure a nulidade da cláusula compromissória.” UNCITRAL. **Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration**. 1985, UN Doc A/CN.9/264. Disponível em <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/CN.9/264> Acesso em 24 abr. 2021. p. 44-47.

O Acordo de Buenos Aires também é expresso em seu artigo 5º ao estabelecer que “a convenção arbitral é autônoma com relação ao contrato-base. Sua inexistência ou invalidez não implica a nulidade da convenção arbitral.” BRASIL. **Decreto n. 4.719/2003** que promulga o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, concluído em Buenos Aires, em 23 de julho de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4719.htm. Acesso em: 09 jul. 2019.

No mesmo sentido, o art. 8º da Lei 9.307/96: “A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória”. BRASIL. **Lei 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: 27 ago 2021.

¹⁸⁸ Gaillard defende que o direito francês foi um grande incentivador e normatizador da arbitragem, especialmente no que diz respeito à autonomia da cláusula compromissória: “A regra foi estabelecida na França pela Corte de cassação no acórdão Gosset em 1963, tendo sido objeto de uma jurisprudência constante desde então. A jurisprudência e doutrina inglesa enfrentaram maiores dificuldades em aceitar tal regra. Se uma cláusula faz parte de um contrato, como seria possível isolá-la? Foi apenas em 1993, com a decisão em Harbour v. Kansa da High Court, e depois da Court of Appeal, que a regra foi finalmente aceita, 30 anos após sua consagração na França. Trata-se, sem dúvida, de um dos raros exemplos de regras universalmente reconhecidas no direito comparado. A lei modelo da UNCITRAL, cujo objeto foi o de codificar, em 1985, o direito arbitral sob a égide das Nações Unidas, acolheu referida regra em seu artigo 16-1, segunda frase. Não existe um só regulamento de arbitragem que não a incorpore, ou uma lei sequer que não a reproduza. A regra extraída do caso Gosset em 1963 possui, atualmente, um valor universal”. GAILLARD, Emmanuel. A contribuição do pensamento jurídico francês à arbitragem internacional. SALLES, Vivian (trad.). In **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 61, abr.- jun. 2019, p. 285 – 302. Disponível em Revista dos Tribunais Online. p. 5.

¹⁸⁹ Gaillard também elenca que a regra da competência-competência nasceu no direito francês, em que pese ser comum utilizar o termo germânico kompetenz-kompetenz: “9 – A autonomia da cláusula compromissória não foi suficiente para acalmar o ardor processual das partes ávidas a se livrar da arbitragem. Não podendo mais atacar a competência dos árbitros através do argumento de que o contrato subjacente estaria maculado, tais partes passaram a atacar a cláusula diretamente. A cláusula compromissória é, ela mesma, nula – diziam eles – pois eu não quis firmá-la, não a compreendi, ela não abarca a matéria litigiosa. Além disso – e aqui está a beleza do argumento – como não se sabe, a essa etapa do raciocínio, se os árbitros teriam competência, estes não poderiam se pronunciar sobre sua própria competência. Seria verdadeiramente ilógico. A arbitragem deve ser interrompida. Foi justamente para combater tal argumento que foi criada a regra da competência-competência. Uma regra objetiva do direito arbitral que confere aos árbitros, notadamente àqueles cuja competência é contestada, competência para se manifestar sobre sua própria competência. A arbitragem não é interrompida e os árbitros podem dizer – sem absurdos lógicos – que eles não são competentes. Ao decidirem por sua falta de competência em razão, por exemplo, de a matéria ultrapassar o alcance da convenção de arbitragem ou porque esta última foi imposta por dolo ou extorquida por violência, os árbitros não afastam a integralidade de sua competência, tampouco a sentença por meio da qual se manifestaram. É o direito objetivo da arbitragem que lhes confere esse poder. A regra é essencial. Sem ela, novamente, qualquer uma das partes poderia interromper a arbitragem desde o seu início, até que um juiz se manifestasse sobre a validade e extensão da convenção de arbitragem. Apesar de sua aparente falta de lógica

próprio árbitro ou tribunal arbitral tem competência¹⁹⁰ para julgar acerca da sua competência para analisar a existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem. Ou seja, cria-se uma obrigação de não fazer à jurisdição estatal, que deve se abster¹⁹¹ de decidir sobre sua própria jurisdição, reconhecendo a primazia da jurisdição arbitral. No entanto, isto não significa que a decisão arbitral não possa ser atacada por ação anulatória, como exemplifica o art. 32, I, da Lei de Arbitragem Brasileira.

Carmen Tibúrcio ainda aponta que enquanto a cláusula compromissória se presta, normalmente, a litígios contratuais, o compromisso arbitral pode abarcar tanto a responsabilidade contratual quanto a extracontratual, pois “nada impede que decidam submeter à arbitragem os litígios decorrentes de contrato por elas celebrado, bem como todos aqueles a ele relacionados, ainda que não a ele diretamente ligados”, o que leva, segundo a autora, à conclusão de que “não há óbice na lei brasileira à submissão à arbitragem de questões não contratuais, desde que essas envolvam direitos patrimoniais disponíveis” e seja a vontade das partes¹⁹².

(como podemos ser competentes enquanto não sabemos se somos competentes; e, pior, como podemos ser competentes para dizer que não o somos?), a regra visa a uma política essencial de proteção da arbitragem e combate às manobras dilatórias. Trata-se, aqui também, de uma invenção da jurisprudência francesa, mesmo se, para lhe conferir uma marca de respeitabilidade, falamos em kompetenz-kompetenz, mais germânico. O contrassenso – voluntário ou não – era evidente; o direito alemão utilizava a expressão com um sentido inteiramente diverso e que, à época, não se aplicava em matéria de arbitragem. A regra, no entanto, tornou-se constante na França desde a decisão Impex de 1971 e foi codificada nas reformas do direito arbitral de 1981 e 2011. Tal regra também possui, hoje em dia, um alcance universal. Ela foi adotada em 1985 pela lei modelo da UNCITRAL no art. 16-1, primeira frase, e reproduzida por todos os regulamentos de arbitragem, tendo mesmo o direito alemão terminado por admiti-la com a reforma arbitral de 1997, no art. 1040, alínea 1ª do Código de Processo Civil.” GAILLARD, Emmanuel. A contribuição do pensamento jurídico francês à arbitragem internacional. SALLES, Vivian (trad.). In **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 61, abr.- jun. 2019, p. 285 – 302. Disponível em Revista dos Tribunais Online. p. 5-6.

¹⁹⁰ Art. 8º do Acordo de Buenos Aires determina que “as questões relativas à existência e validade da convenção arbitral serão resolvidas pelo tribunal arbitral, de ofício ou por solicitação das partes.” BRASIL. **Decreto n. 4.719/2003** que promulga o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, concluído em Buenos Aires, em 23 de julho de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4719.htm. Acesso em: 09 jul. 2019.

¹⁹¹ “Excepcionalmente, quando a mácula sobre a cláusula compromissória for manifesta ou quando se possa extrair, em um exame perfunctório, que uma determinada disputa não está abrangida pela cláusula compromissória, o Judiciário pode prosseguir com a análise de mérito, excepcionando-se a força do princípio da competência-competência por questões de economia processual, já que a cláusula compromissória é flagrantemente nula ou inaplicável à disputa em espécie”. LAMAS, Natália Mizrahi. Introdução e Princípios aplicáveis à arbitragem. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 52.

¹⁹² TIBURCIO, Carmen. A competência do Tribunal Arbitral para solução de litígios extracontratuais. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 50, a. 13. jul. – set. 2016, p. 95 – 113, São

A cláusula compromissória possui condição de instituir a arbitragem, possibilitando que se inicie o procedimento com a aceitação da nomeação do árbitro ou tribunal arbitral¹⁹³. Deste modo, se a cláusula compromissória apresentar os requisitos para a instituição da arbitragem, estar-se-á diante de uma cláusula compromissória cheia ou completa¹⁹⁴.

Por sua vez, se a cláusula compromissória não possibilitar a instituição da arbitragem, estar-se-á diante de uma cláusula vazia ou em branco¹⁹⁵ com a simples previsão de que todos os conflitos futuros serão resolvidos por arbitragem, o que provavelmente possibilitará dificuldade para nomeação dos árbitros por falta de parâmetros, o que implicará na necessidade de um compromisso arbitral extrajudicial. Infelizmente, ainda pode ser pior, uma vez que eventual resistência de uma parte que visa impedir ou protelar a instituição da arbitragem tornará necessário o compromisso judicial, trazendo impactos negativos à solução do conflito e à economia da arbitragem, pois haverá rompimento do “equilíbrio econômico do contrato ao incrementar os custos de transação”¹⁹⁶.

Assim, o compromisso se caracteriza por um acordo de submissão à arbitragem, diante de um conflito existente e determinado¹⁹⁷, que pode ou não já estar submetido à jurisdição estatal. No entanto, Gary Born alerta que geralmente

Paulo: Revista dos tribunais, p. 103. A autora continua na p. 113: “Diante do exposto, podemos aferir que, em consonância com a prática internacional, o direito brasileiro garante a competência do tribunal arbitral para decidir sobre questões extracontratuais relacionadas ou decorrentes do contrato que contém cláusula compromissória. Trata-se de prática recomendável, visto que evita não só as despesas de procedimentos múltiplos, mas também a possibilidade de decisões contraditórias. Essa prerrogativa, contudo, somente poderá ser exercida pelo árbitro quando houver acordo das partes nesse sentido e o litígio, para além de se dar entre as partes contratantes, se relacionar ao contrato e envolver direito patrimonial disponível.”

¹⁹³ Art. 19 da Lei 9.307/96 considera “instituída a arbitragem quando aceita a nomeação pelo árbitro, se for único, ou por todos, se forem vários”. BRASIL. **Lei 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: 27 ago 2021.

¹⁹⁴ Para SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem**. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 70, há duas formas de cláusula arbitral cheia: a) onde as partes pactuam todas as condições para a instauração da arbitragem ou b) se referem às regras de uma entidade especializada.

¹⁹⁵ “Quando se limita a apontar a arbitragem como solução da controvérsia, sem identificação ou designação de árbitros” Cf. STRENGER, Irineu. **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTR, 1996.p. 116.

¹⁹⁶ PINTO, José Emilio Nunes. A escolha pela arbitragem e a garantia de sua instituição. **Revista do advogado**, São Paulo, n. 87, a. XXVI, p. 67-75, set. 2006, p. 69-70.

¹⁹⁷ O art. 9º da Lei n. 9.307/96 determina que “o compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial”.

é difícil negociar um compromisso arbitral diante de um conflito já existente onde as táticas contenciosas já existem e é justamente por isso que na grande maioria das vezes os contratos comerciais já preveem uma cláusula compromissória¹⁹⁸.

A Lei n. 9.307/96, em seu art. 10, determina os requisitos obrigatórios do compromisso arbitral e os facultativos no art. 11. Assim, são obrigatórios: a qualificação das partes; qualificação dos árbitros; especificação do objeto do litígio e o lugar da arbitragem, sob pena de nulidade do negócio jurídico. Já os facultativos não geram sua nulidade, mas auxiliam no bom funcionamento da arbitragem: o local onde se desenvolverá a arbitragem; a autorização para julgar por equidade; prazo para decisão; opção pela lei aplicável; responsabilidade pelo ônus da sucumbência.

Compreendido o que se denomina de convenção arbitral, parte-se para o estudo da principiologia da arbitragem, considerando sua natureza jurídica mista.

2.3 PRINCIPIOLOGIA DA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

Os princípios gerais do direito¹⁹⁹ são considerados fontes de direito, tanto internamente, por força do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº. 4.657/1942), quanto internacionalmente, conforme

¹⁹⁸ BORN, Gary B. **International arbitration: law and practice**. Kluwer Law International, 2012, n.p. E-book.

¹⁹⁹ Mauricio Godinho Delgado explica que os princípios gerais do direito são “princípios que se irradiam por todos os segmentos da ordem jurídica, cumprindo o relevante papel de assegurarem organicidade e coerência integradas à totalidade do universo normativo de uma sociedade política. Nessa linha, esses princípios gerais, aplicando-se aos distintos segmentos especializados do direito, preservam a noção de unidade da ordem jurídica, mantendo o direito como um efetivo sistema, isto é, um conjunto de partes coordenadas”. DELGADO, Mauricio Godinho. Princípios da Dignidade humana, da Proporcionalidade e/ou Razoabilidade e da Boa-fé no Direito do Trabalho – diálogo do ramo juslaborativo especializado com o universo jurídico geral. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 102, a. 27, p. 85 -117, abr. – jun. 2001, p. 88. Para Humberto Ávila: “Os princípios são, portanto, normas que atribuem fundamento a outras normas, por indicarem fins a serem promovidos, sem, no entanto, preverem o meio para a sua realização. Eles apresentam, em razão disso, alto grau de indeterminação, não no sentido de mera vagueza, presente em qualquer norma, mas no sentido específico de não enumerarem exaustivamente os fatos em presença dos quais produzem a consequência jurídica ou de demandarem a concretização por outra norma, de modos diversos e alternativos”. ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.p. 155. Ressaltando ainda que os princípios “instituem o dever de adotar comportamentos necessários à realização de um determinado estado de coisas” (p. 161). ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2018. p. 161.

disposição do art. 38, I, c, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça (Decreto nº. 19.841/1945).

Deste modo, considerando a natureza jurídica mista da arbitragem comercial internacional, ela é regida tanto por princípios de ordem contratual, destacando-se a autonomia da vontade, quanto jurisdicional, realçando o devido processo legal e suas consequências, como o contraditório, tratamento equânime das partes e imparcialidade do árbitro. E, por fim, é regida também pelos princípios éticos, em especial a boa-fé, a confiança e a cooperação com seus desdobramentos.

Tais princípios objetivam garantir a identidade da arbitragem, preservar direitos fundamentais dos que a escolhem como método de solução de conflitos, bem como dar segurança jurídica, proporcionando guarida aos direitos e assegurando o cumprimento de seu resultado. Assim, sua observação é essencial para o objeto da presente pesquisa, uma vez que eles visam a segurança jurídica, previsibilidade, imparcialidade e liberdade de escolha do procedimento mais adequado às necessidades do conflito.

2.3.1 Principiologia Contratual da Arbitragem: Autonomia da Vontade

O princípio da autonomia da vontade relaciona-se diretamente com os princípios da liberdade e da igualdade²⁰⁰ em sentido amplo, ambos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁰¹, bem como na Constituição Brasileira, no art. 5º, *caput* e em suas extensões em diversos incisos.

²⁰⁰ Art. 18 da Lei Modelo da UNCITRAL: “As partes devem ser tratadas com igualdade e deve ser dada a cada uma delas a possibilidade de exporem o seu caso”. “[...] a tecnologia dos contratos constata que, na relação entre desiguais, nenhum dos contratantes é livre, porque não tem condições para negociar amplamente o contrato. O débil, em razão das suas necessidades e insuficiências de informações; o forte, pelo acréscimo de custos que a renegociação acarreta. Somente o vínculo entre contratantes dotados dos mesmos recursos para arcar com os custos de transação pode ser visto como o produto de livre manifestação de vontade” COELHO, Eleonora. As táticas de guerrilha e a ética na arbitragem internacional. **Revista Brasileira da Advocacia**. vol. 5, ano 2. p. 35-55. São Paulo: RT, abr-jun. 2017. p. 17.

²⁰¹ DUDH: Artigo 1º Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade. Artigo 10º Toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida. ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 28 set 2021.

António Menezes Cordeiro²⁰² ensina que a arbitragem ocorre em uma área de grande liberdade tanto para as partes quanto para os árbitros, mas que o modo de proceder “não deve ser nem aleatório, nem arbitrário, nem imprevisível”, pois isto prejudicaria a “substância da decisão final” e “a imagem da arbitragem, perante as partes, o Estado e a comunidade sócio-económica (sic)”. Deste modo, “a arbitragem deve decorrer de acordo com regras claras e previsíveis, que protejam os valores do ordenamento e que, quanto possível, consensualizem a excelência da decisão”.²⁰³

O amplo princípio da liberdade possibilita que as pessoas possam se relacionar da forma que lhes for mais conveniente desde que não contrariem a lei²⁰⁴, as convenções anteriores, a ordem pública²⁰⁵ ou a própria Constituição, tudo com fito de proteção das relações sociais²⁰⁶.

²⁰² CORDEIRO, António Menezes. **Tratado da Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 263.

²⁰³ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado da Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 263.

²⁰⁴ Vide art. 17 da LINDB (Dec. 4.657/1942): As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes. Neste sentido ainda, o art. 2.035, § único do Código Civil brasileiro: “Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar os preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos”. BRASIL. **Lei nº 4.557 de 04 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 28 set 2021.

²⁰⁵ Guido Soares conceitua ordem pública como “o conjunto de normas e princípios de tal maneira inerentes a ele, que não permitem serem afastados por outros de outros sistemas. É a lei local, que se impõe de maneira absoluta, impedindo que a vontade das partes ou leis estranhas ao foro disponham sobre a matéria por ela regulada, de modo taxativo”. SOARES, Guido F. S. A ordem pública nos contratos internacionais. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 55, a. 23, p. 122-129, jul. - set. 1984, p. 122.

²⁰⁶ “Embora a ideia de ampla e irrestrita autonomia da vontade seja tentadora aos olhos dos agentes privados, deve-se lembrar que ela está diretamente vinculada à liberdade e igualdade, acarretando responsabilidades e limitações a fim de respeitar a ordem pública e as leis imperativas do Estado onde será aplicada com o intuito de proteger terceiros e a sociedade como um todo.” LIGMANOVSKI, Patrícia Ayub da Costa. **A inserção da cláusula compromissória de arbitragem na formação dos contratos internacionais do comércio**. 2010. 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina, p. 40.

No âmbito da arbitragem, enquanto relação contratual²⁰⁷, a autonomia da vontade é fundamental para possibilitar às partes, advogados e árbitros²⁰⁸ uma atuação pautada na liberdade de escolha do próprio acordo de arbitragem, da lei material aplicável²⁰⁹ e do procedimento. No entanto, toda liberdade possui limites para que haja equilíbrio, segurança e previsibilidade. Pode-se comparar à estrutura de uma moldura²¹⁰ previamente imposta pelas normas jurídicas e éticas, leis imperativas²¹¹, ordem pública²¹² e soberania para que, dentro deste espaço pré-

207 Para Maristela Basso, o princípio da autonomia da vontade, no direito contratual “[...] se manifesta na liberdade propriamente dita de contratar, de estipular o contrato e seu conteúdo. Significa aquela esfera de liberdade de que gozam as partes, no âmbito do direito privado, de auto-regência de seus próprios interesses, de discutir livremente as condições do contrato pretendido, bem como de escolher aquele mais conveniente. Por outras palavras, é a faculdade das partes de regerem-se por suas próprias leis, de praticar um ato jurídico determinando-lhe o conteúdo, a forma, assim como os efeitos.” BASSO, Maristela. A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borba (Coords.). **Direito e Comércio Internacional: tendências e perspectivas: estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger.** p. 42-66, São Paulo: LTr, 1994, p. 42.

208 Manuel Pereira Barrocas explica que na arbitragem internacional o árbitro possui uma autonomia maior do que na arbitragem interna, pois quando as partes não escolhem a lei aplicável ao mérito ou ao processo arbitral, caberá a ele fazê-lo. No entanto, delimita que o árbitro deve observar a ordem pública transnacional a fim de cumprir com a boa prática e diligência que se espera dele, para que a sentença seja válida e eficaz. BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem.** 2 ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 557.

209 No que tange à lei aplicável, cabe lembrar a CIDIP-V e seu art. 7º, §1º que faculta que a escolha da lei aplicável seja expressa ou tácita já que permite que se depreenda essa escolha da conduta dos contratantes e das cláusulas contratuais. O art. 8º, por sua vez possibilita que as partes modifiquem supervenientemente a lei aplicável desde que não afete a validade formal do contrato nem direitos de terceiros e subsidiariamente, adota, o critério de conexão dos vínculos mais estreitos no art. 9, §1º. OAS. **Convenção Interamericana Sobre Direito Aplicável aos Tratados Internacionais.** Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-56.htm> (português) e em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-56.html>. Acesso em: 27 set 2021.

210 Irineu Strenger leciona que a autonomia da vontade no âmbito dos contratos internacionais “é a faculdade concedida aos indivíduos de exercerem sua vontade, tendo em vista a escolha e a determinação de uma lei aplicável a certas relações jurídicas nas relações internacionais, exercendo-se no interior das fronteiras determinadas de um lado pela noção de ordem pública e de outro pelas leis imperativas.” STRENGER, Irineu. **Da autonomia da vontade: direito interno e internacional.** 2 ed. São Paulo: LTr, 2000. p. 83.

211 “Ora, em arbitragem, os árbitros devem cumprir as normas imperativas da lei aplicável ao processo arbitral e ao thema decidendum, sem qualquer opção pelo contrário. Tal como o juiz, o árbitro deve aplicar os princípios jurídicos e as normas jurídicas que lhes são impostas pela ordem ou ordens jurídicas aplicáveis.” BARROCAS, Manuel Pereira. A ordem pública na arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação.** v. 54. p. 179 – 261. Jul - Set / 2017. p. 181.

212 A ordem pública constitui para a arbitragem um limite, conceptualmente abstrato, à validade das sentenças arbitrais proferidas na arbitragem interna e um limite, igualmente abstrato, à eficácia das sentenças arbitrais estrangeiras, entendendo-se como tais as que são proferidas num determinado estado, mas cuja eficácia se pretende estender ao exterior desse estado, mediante a sua execução noutro ou noutros estados. BARROCAS, Manuel Pereira. A ordem pública na arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação.** v. 54. p. 179 – 261. Jul - Set / 2017. p. 180. No mesmo sentido “Não se dúvida, portanto, que a autonomia da vontade, princípio sobre o qual se assenta a atividade arbitral, encontra na ordem pública limitação intransponível (certamente, ressoaria inconcebível que princípios e valores comunitários pudessem ver-se postergados em prol

estabelecido, possam as partes exercerem sua liberdade da forma que lhes for conveniente e adequada.

Francisco Amaral²¹³ defende que a autonomia da vontade “é o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade as relações de que participam, estabelecendo-lhes o conteúdo e a respectiva disciplina jurídica”. Por sua vez, Nádia Araújo explica que a autonomia da vontade possui outra perspectiva no âmbito do direito contratual internacional, pois, enquanto no âmbito interno a preocupação é com a liberdade de conteúdo no limite da lei (normas imperativas e de ordem pública), no âmbito internacional, “a autonomia da vontade significa a liberdade das partes de escolherem outro sistema jurídico para regular o contrato”²¹⁴.

Ora, em um contexto globalizado, com players de diferentes origens, ordenamentos jurídicos e culturas, muitas são as oportunidades para conflitos, inclusive quanto à aplicação de leis no espaço. No entanto, a autonomia da vontade “desempenha papel de extrema relevância no âmbito da arbitragem internacional, uma vez que todos esses elementos podem ser relativizados, buscando as partes um *standart* que satisfaça as expectativas e as realidades dos envolvidos.”²¹⁵

A Lei de Arbitragem Brasileira expressa a autonomia da vontade em diversos artigos, sendo eles, art. 1º, *caput*; art. 2º, §1º e 2º, art. 3º, art. 13, §1º, art. 22, *caput*, dentre outros.

de exclusivos interesses particulares), enunciado que embora de tranquila assimilação teórica vê-se muito frequentemente submetido a duros testes de concreta operacionalização, exata e precisamente porque a carência de fixos pressupostos de fato para a delimitação do seu conteúdo sujeita o cotejo a um complexo conjunto de elementos.” MATEOS, Antônio César Barreiro e COSTA, José Augusto Fontoura. Obrigatoriedade de motivação e o reconhecimento das sentenças arbitrais no direito brasileiro e hispano-americano. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 30, p. 61 – 100, Jul - Set 2011. RT online.

²¹³ AMARAL, Francisco. **Direito civil**. Introdução. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 327.

²¹⁴ ARAUJO, Nádia de. **Contratos internacionais: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais**. 4 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 51. Luiz Olavo Baptista também defende que [...] no Direito Internacional o significado é de liberdade para escolher a lei aplicável ao contrato, ou seja, de localizarem-no em determinado sistema jurídico, dentro do qual terão, novamente, a autonomia da vontade – essa já de direito interno – para estabelecer o conteúdo do contrato. BAPTISTA, Luiz Olavo. **Dos contratos internacionais: uma visão teórica e prática**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 39.

²¹⁵ ZANELATO, Thiado Del Pozzo. A autonomia da vontade das partes da produção de provas em arbitragem internacional. In: FINKELSTEIN, Cláudio (org.). **Direito e arbitragem: estudos acadêmicos**. Belo Horizonte: Arraes, 2017. v. 2, cap. 3, p. 98.

A título de exemplo da autonomia que guia a arbitragem, a Lei de Arbitragem Voluntária Portuguesa (Lei n. 63/2011)²¹⁶ autoriza que as partes escolham livremente o lugar da arbitragem (art. 31)²¹⁷ e a língua da arbitragem (art. 32)²¹⁸.

A Lei Modelo da UNCITRAL também autoriza que as partes escolham a quantidade de árbitros (art. 10.1), a forma de nomeação dos árbitros (art. 11.2), regras do processo (art. 19), local da arbitragem (art. 20) e o idioma (art. 22), dentre outros.

O CPC francês, por exemplo, autoriza às partes optarem pela apelação da sentença arbitral (art. 1.489)²¹⁹.

E deste modo, nota-se que dentro da moldura imposta pelo ordenamento jurídico, os atores da arbitragem possuem grande autonomia da vontade para estipularem as regras da solução do conflito, tanto do ponto de vista procedimental, quanto material.

2.3.2 Princiologia Jurisdicional: Devido Processo Legal e Consectários

²¹⁶ PORTUGAL. **Lei da Arbitragem Voluntária de Portugal**. Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=1579&nversao=&tabela=leis Acesso em: 26 mar. 2021.

²¹⁷ Art. 31. 1 - As partes podem livremente fixar o lugar da arbitragem. Na falta de acordo das partes, este lugar é fixado pelo tribunal arbitral, tendo em conta as circunstâncias do caso, incluindo a conveniência das partes. 31.2 - Não obstante o disposto no n.º 1 do presente artigo, o tribunal arbitral pode, salvo convenção das partes em contrário, reunir em qualquer local que julgue apropriado para se realizar uma ou mais audiências, permitir a realização de qualquer diligência probatória ou tomar quaisquer deliberações. PORTUGAL. **Lei da Arbitragem Voluntária de Portugal**. Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=1579&nversao=&tabela=leis Acesso em: 26 mar. 2021.

²¹⁸ Art. 32. 1 - As partes podem, por acordo, escolher livremente a língua ou línguas a utilizar no processo arbitral. Na falta desse acordo, o tribunal arbitral determina a língua ou línguas a utilizar no processo. 32.2 - O tribunal arbitral pode ordenar que qualquer documento seja acompanhado de uma tradução na língua ou línguas convencionadas pelas partes ou escolhidas pelo tribunal arbitral. PORTUGAL. **Lei da Arbitragem Voluntária de Portugal**. Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=1579&nversao=&tabela=leis Acesso em: 26 mar. 2021.

²¹⁹ Art. 1.489: La sentence n'est pas susceptible d'ap.el sauf volonté contraire des parties. FRANÇA. **Code de procédure civile**. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070716/LEGISCTA000006089134/#LEGISCTA000006089134. Acesso em: 27 mar. 2021.

Considerando que arbitragem também é jurisdição²²⁰, na medida em que o árbitro ou tribunal arbitral atua, por escolha das partes, com a finalidade de lhes dizer o direito (*jurisdictio*) a ser aplicado ao conflito, dando-lhes a solução de forma obrigatória²²¹, é preciso analisar quais princípios serão garantidores da validade e eficácia do processo arbitral, uma vez que a todos é garantido um julgamento imparcial e justo²²².

Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco²²³ elucida que existe um processo arbitral e que sendo processo, está sujeito ao direito processual constitucional²²⁴, ou seja, à necessária observância do *due process*²²⁵. Deste modo,

220 “Assumindo enfaticamente que a jurisdição tem por escopo magno a pacificação de sujeitos conflitantes, dissipando os conflitos que os envolvem, e sendo essa a razão última pela qual o próprio Estado a exerce, não há dificuldade alguma para afirmar que também os árbitros exercem jurisdição, uma vez que sua atividade consiste precisamente em pacificar com justiça, eliminando conflitos.” DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

Disponível em: http://www.arbitrationcertificate.com/wp-content/uploads/2015/07/2014_Annual-Lecture.pdf. Acesso em 04 set. 2021. p. 39.

221 “[...] três pontos devem ser destacados. Em primeiro lugar, o resultado final do processo arbitral será uma decisão vinculativa e não (como na mediação ou conciliação) uma recomendação que as partes são livres para aceitar ou rejeitar como quiserem. Em segundo lugar (e dentro dos limites que serão discutidos posteriormente), a sentença será final; não será, como é o caso de alguns julgamentos judiciais, o primeiro degrau em uma escada de recursos, como um jogo caro de “cobras e escadas”. Em terceiro lugar, uma vez que a decisão tenha sido proferida, ela será diretamente executável por ação judicial, tanto nacional quanto internacionalmente.” (tradução livre) BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Redfern and Hunter on international arbitration**. 6 ed. Oxford University Press, 2015. p. 29.

222 Art. 10 DUDH: “Todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir seus direitos e deveres ou fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.” ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948.) Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 12 abr. 2021.

223 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Arbitragem na Teoria Geral do Processo**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 17.

224 “[...] o procedimento da arbitragem é de livre escolha dos interessados. Esta liberdade apenas é restringida pela exigência de que sejam sempre respeitados os princípios – que, aliás, têm status constitucional – do contraditório, da igualdade das partes, da imparcialidade do árbitro e do seu livre convencimento. Tais princípios constituem, como cediço, o núcleo da garantia do devido processo legal (estampado no art. 5º, inc. LIV, da Constituição Federal), que deve ser respeitado em qualquer espécie de processo, judicial ou não.” ARENHART, Sergio Cruz. Breves observações sobre o procedimento arbitral. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 10, n. 770, 12 ago. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7161>. Acesso em: 6 abr. 2021.

225 “The contours of arbitral due process are broad, focusing on (i) the right to be heard and (ii) an unbiased tribunal.” PARK, William W.. The procedural soft law of international arbitration: non-governmental instruments. MISTELIS, Loukas A.; LEW QC, Julian David Matheu. (ed.) **Pervasive Problems in International Arbitration**. Kluwer Law International, p. 141-154, 2016. Disponível em <http://www.williamwpark.com/documents/Soft%20Law.pdf>. Acesso em: 05 set. 2021. p. 145.

O devido processo legal constitui um conjunto de garantias mínimas que devem ser necessariamente respeitadas de forma a assegurar o direito de tutela àqueles bens da vida em seu sentido mais amplo e genérico, o que se traduz, na esfera processual, em igualdade de tratamento das partes e oportunidade de que cada uma delas apresente os argumentos em suporte de seu caso. No entanto, apesar dessas noções gerais, é certo que o devido processo legal possui outros diversos subprincípios, que traduzem-se em diferentes garantias conferidas às partes durante o regular processamento da demanda. Incluem-se nesse rol os princípios do contraditório, da ampla defesa, da motivação das decisões, do direito à prova, etc.²²⁶

Ressaltam-se alguns princípios²²⁷ relacionados à função jurisdicional da arbitragem²²⁸, tais como a garantia do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, a igualdade das partes, o livre convencimento do árbitro, sua imparcialidade e o princípio da obrigatoriedade da sentença, lembrando que são tidos como cogentes²²⁹ e por isso, limitadores da autonomia da vontade.

Orientadas a la consecución de fines idénticos, la justicia estatal y la justicia arbitral reposan sobre ciertos principios comunes de organización y de funcionamiento: aquellos que el *commom law* califica de principios de “justicia natural”, es decir, los principios que trascienden todos los particularismos técnicos y nacionales, y sin los cuales no podríamos hablar de justicia. No podría, en efecto, existir un debido proceso sin que sean escrupulosamente respetados el principio de igualdad entre las partes, el principio de contradicción y aquel, similar pero distinto, del derecho de defensa, así como la necesidad de un debate leal y sus exigencias. Cualesquiera que sean sus modalidades, estos principios se manifiestan en todas las etapas del procedimiento.²³⁰

²²⁶ ZANELATO, Thiago Del Pozzo. A autonomia da vontade das partes da produção de provas em arbitragem internacional. In: FINKELSTEIN, Cláudio (org.). **Direito e arbitragem: estudos acadêmicos**. Belo Horizonte: Arraes, 2017. v. 2, p. 84-129. p. 96

²²⁷ A Lei Portuguesa de Arbitragem Voluntária (Lei n. 63/2011), em seu artigo 30, elenca como princípios fundamentais da arbitragem: a) a citação do demandado; b) a igualdade das partes para fazerem valer seus direitos, c) o contraditório e d) confidencialidade. PORTUGAL. **Lei da Arbitragem Voluntária de Portugal**. Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=1579&nversao=&tabela=leis Acesso em: 26 mar. 2021.

²²⁸ Dentre os princípios da tutela jurisdicional, Selma Lemes enumera três fundamentais, correspondentes ao artigo 21, §2º da Lei 9.307/96: “[...] (1) o da imparcialidade do árbitro; (2) o do contraditório e igualdade das partes; (3) e o da livre convicção do árbitro”. LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem. Princípios Jurídicos Fundamentais. Direito brasileiro e comparado. Revista dos Tribunais, São Paulo, vol. 686, a. 81, p. 73-89, dez. 1992. p. 77.

²²⁹ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas**. 7 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 247.

²³⁰ OPETIT, Bruno. **Teoría del arbitraje**. ROMERO, Eduardo Silva, ESPINOZA, Fabricio Mantilla; DEMOULIN, José Joaquín Caicedo (trad.). Bogotá, Colômbia: Legis Editores, 2006. p. 60.

Os princípios relacionados à função jurisdicional da arbitragem apresentam-se nos principais documentos internacionais (Lei Modelo da UNCITRAL²³¹, Convenção de Nova Iorque²³², Acordo de Buenos Aires²³³, Diretrizes da IBA sobre Conflitos de interesses em arbitragem internacional²³⁴), regulamentos de

²³¹ Vide, por exemplo, o art. 16.1, art. 18, art. 19.2, art. 24.2, art. 24.3, art. 31.2, art. 35.1 e art. 36. UNCITRAL. **Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration**. 1985, UN Doc A/CN.9/264. Disponível em <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/CN.9/264> Acesso em 24 abr. 2021. p. 44-47.

²³² Vide art. 3º, art. 5.1, alíneas b, c e d. COMITÉ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM. **Convenção de Nova Iorque**. Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras feita em Nova Iorque, em 10 de junho de 1958. Disponível em: <https://cbar.org.br/site/legislacao-internacional/convencao-de-nova-iorque/>. Acesso em: 28 set 2021.

²³³ Vide art. 4º, art. 8º, art. 11, art. 16.3, art. 18, art. 20.4, art. 22.2.d. BRASIL. **Decreto n. 4.719/2003** que promulga o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, concluído em Buenos Aires, em 23 de julho de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4719.htm. Acesso em: 09 jul. 2019.

²³⁴ Vide art. 1º. INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (IBA). **Diretrizes da IBA relativas a Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional, de 22 de maio de 2004**. Disponível em: www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=EB37DA96. Acesso em: 1 mar. 2010.

arbitragem (CCI²³⁵) e nas leis nacionais (Brasil²³⁶, França²³⁷, Portugal²³⁸, Espanha²³⁹, Itália²⁴⁰) a respeito da arbitragem.

A imparcialidade²⁴¹ do árbitro é fundamental para a garantia de um processo arbitral legítimo, válido e eficaz, uma vez que uma decisão adjudicada exige um julgamento neutro, objetivo e fundamentado.²⁴² Acompanhado da imparcialidade

²³⁵ “Art. 22 - Condução da arbitragem: 1 O tribunal arbitral e as partes deverão envidar 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. 3 Mediante requerimento de qualquer parte, o tribunal arbitral poderá proferir ordens relativas à confidencialidade do procedimento arbitral ou de qualquer outro assunto relacionado à arbitragem e poderá adotar quaisquer medidas com a finalidade de proteger segredos comerciais e informações confidenciais. 4 Em todos os casos, o tribunal arbitral deverá atuar de forma equânime e imparcial, devendo sempre assegurar que cada parte tenha tido a oportunidade de apresentar as suas razões. 5 As partes se comprometem a cumprir qualquer ordem proferida pelo tribunal arbitral.” INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). **Regulamento de Arbitragem da CCI**. 2017. Versão em português. Disponível em: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-portuguese-version.pdf>. Acesso: 29 mar. 2021.

²³⁶ Vide art. 8º, § único, art. 14, art. 18, art. 21, §2º, art. 22, art. 26, §2º, art. 31, art. 32, art. 38, III, dentre outros dispositivos da Lei n. 9.307/1996. BRASIL. **Lei 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: 27 ago 2021.

²³⁷ Vide, exemplificativamente, o art. 1.456, art. 1.464, art.1.465, art. 1.467, art. 1.480, art. 1.482, art. 1.492, art. 1.510, art. 1.520. FRANÇA. **Code de procédure civile**. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070716/LEGISCTA000006089134/#LEGISCTA000006089134. Acesso em: 27 mar. 2021.

²³⁸ Vide art. 9.3, art. 13.1, art. 18.1, art. 30.1, art. 30.4, art. 30.5, art. 34, art. 39.1, art. 42.3, art 42.7 e art. 53. PORTUGAL. **Lei da Arbitragem Voluntária de Portugal**. Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=1579&nversao=&tabela=leis Acesso em: 26 mar. 2021.

²³⁹ Vide art. 11.1, art. 17, art. 22, art. 24, art. 25.2, art. 30, art. 32, art. 37.4, art. 41. ESPANHA. **Lei de Arbitragem da Espanha**. Ley n. 60/2003. Disponível em http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l60-2003.html. Acesso em: 28 mar. 2020.

²⁴⁰ Vide CPC italiano, art. 815, art. 816.3, art. 817, art. 823 e art. 829. ITÁLIA. **Codice di procedura civile**. Disponível em: <https://www.studiocataldi.it/codiceproceduracivile/codicediproceduracivile.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2021.

²⁴¹ “[...] dialoga profundamente com um dos maiores atrativos da arbitragem, qual seja, a possibilidade das partes indicarem árbitros especialistas e de sua confiança. Tais vantagens mostrariam-se inócuas se não fosse observado o princípio da imparcialidade do árbitro [...]” ZANELATO, Thiago Del Pozzo. A autonomia da vontade das partes da produção de provas em arbitragem internacional. In: FINKELSTEIN, Cláudio (org.). **Direito e arbitragem: estudos acadêmicos**. Belo Horizonte: Arraes, 2017. v. 2, p. 97.

²⁴² “Arbitrators in international arbitrations are subject to important requirements of independence and impartiality, arising from both national and international sources. These requirements are fundamental to the arbitral process, which is an adjudicatory procedure requiring a neutral and objective court.” BORN, Gary B. **International arbitration: law and practice**. Kluwer Law International, 2012, n.p. E-book

está o dever do árbitro de manter equidistância das partes, sendo-lhe indiferente o resultado do processo²⁴³, sendo diligente²⁴⁴ em todas as fases do procedimento. Também é seu dever e conseqüentemente direito das partes serem tratadas igualmente, ou seja, devem ser concedidas iguais oportunidades às partes, inclusive na escolha dos árbitros²⁴⁵.

Deste modo, exige-se para a validade e eficácia do processo arbitral que o árbitro ou árbitros sejam independentes²⁴⁶ e imparciais²⁴⁷ em sua atuação,

²⁴³LAMAS, Natália Mizrahi. Introdução e Princípios aplicáveis à arbitragem. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 46.

²⁴⁴ “Não se pode perder de vista a responsabilidade que a Lei outorga ao árbitro. Dota-o de poderes similares aos do Juiz, mas exige dele diligência. Diligência na condução do procedimento seja em relação à observância estrita de prazos, do contraditório, da igualdade das partes e das regras aplicáveis, sem mencionar aos limites da convenção de arbitragem. Vale lembrar que a inobservância das regras de diligência poderá levar à nulidade da sentença arbitral. Além disso, o dever de diligência do árbitro contempla, ainda, o de velar para que a sentença arbitral prolatada seja cumprida de forma a fazer com que a decisão se torne efetiva. Caso necessário, poderá o árbitro, no exercício desse dever, fixar, inclusive, prazo para cumprimento da sentença arbitral.” PINTO, José Emilio Nunes. A importância da ética na arbitragem. **Âmbito Jurídico**. 31 ago. 2003. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-14/a-importancia-da-etica-na-arbitragem/>. Acesso em: 02 fev. 2021.

²⁴⁵ LAMAS, Natália Mizrahi. Introdução e Princípios aplicáveis à arbitragem. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 43-44.

²⁴⁶ “A independência seria um critério objetivo que proibiria as relações entre o árbitro e uma das partes no procedimento arbitral. Assim como em todas as missões jurisdicionais, a do árbitro também implica que ele “ne soit pas lié à l’une des parties et n’ait aucun intérêt au sort de la cause”. Dessa forma, a independência do árbitro se analisa em relação aos participantes do procedimento, sejam as partes, os advogados, os demais árbitros, os peritos ou as testemunhas.” LEE, João Bosco e PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. A Obrigação da Revelação do Árbitro – Está Influenciada por Aspectos Culturais ou Existe um Verdadeiro Standard Universal? **RBAr**. n. 14. p. 9-22, abr.-jun. 2007. p. 11. Por sua vez, Cândido Rangel Dinamarco elucida que sem independência um árbitro não conseguirá ser imparcial, pois ele deve ser “suficientemente resistente a qualquer interferência externa, como também a uma espúria vinculação aos interesses da parte que o houver nomeado”. DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013. Disponível em: http://www.arbitrationcertificate.com/wp-content/uploads/2015/07/2014_Annual-Lecture.pdf. Acesso em 04 set. 2021.

p. 27. “‘Independence’ is generally considered to be concerned with questions arising out of the relationship between an arbitrator and one of the parties, whether financial or otherwise. This is thought to be susceptible to an objective test, because it has nothing to do with an arbitrator’s (or prospective arbitrator’s) state of mind. By contrast, the concept of ‘impartiality’ is considered to be connected with actual or apparent bias of an arbitrator—either in favour of one of the parties, or in relation to the issues in dispute.” BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Redfern and Hunter on international arbitration**. 6 ed. Oxford University Press, 2015. p. 255.

²⁴⁷ “A imparcialidade, por sua vez, é uma noção subjetiva, “une disposition d’esprit, un état psychologique par nature subjectif”, centrada na ausência de interesse pessoal por parte do árbitro com o objeto da ação a ser julgada, ou ainda na inexistência de conhecimentos anteriores ou de um pré-julgamento por parte do árbitro com relação à matéria litigiosa.” LEE, João Bosco e PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. A Obrigação da Revelação do Árbitro – Está Influenciada por Aspectos Culturais ou Existe um Verdadeiro Standard Universal? **RBAr**. n. 14. p. 9-22, abr.-jun. 2007. p. 11.

devendo revelar²⁴⁸ qualquer fato impeditivo de sua imparcialidade ou independência²⁴⁹.

Além da independência e imparcialidade, os árbitros devem possuir “capacidade de liderança, disponibilidade, dedicação, estudo e diplomacia”, bem como “decidir depressa e bem e, sobretudo: devem convencer a parte perdedora de que a decisão foi a correta”²⁵⁰.

No mesmo sentido, o princípio do contraditório também almeja que as partes participem do processo, com a devida oportunidade de influenciarem o julgador, visto que “uma vez veiculada uma informação no processo, deve-se dar oportunidade às partes para se manifestarem, permitindo que tentem convencer o juízo de suas respectivas posições antes da prolação de uma decisão”²⁵¹.

Deste modo, a observância do contraditório é necessária, mas também “é uma *sanatória* que legitima flexibilizações ou qualquer outra possível infidelidade às regras de procedimento escolhidas pelas partes, ditadas em lei ou contidas no regimento de dada instituição arbitral”²⁵².

248 O dever de revelação é um corolário do princípio da imparcialidade. (LAMAS2018. p. 47). “Assim é que, se o pulmão da arbitragem é mantido pela independência e imparcialidade do árbitro, é o dever de revelação que o oxigena.” LEMES, Selma Maria Ferreira. A Independência e a Imparcialidade do Árbitro e o Dever de Revelação. **RBA**, n. 26, p. 21-34, abr.- jun. 2010. p. 22. Vide ainda, art. 14 da Lei n. 9.307/1996 e art. 13 da Lei de Arbitragem Voluntária de Portugal. PORTUGAL. **Lei da Arbitragem Voluntária de Portugal**. Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro. Disponível

em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=1579&nversao=&tabela=leis Acesso em: 26 mar. 2021.

249 “A independência do árbitro é elemento essencial para que este possa aceitar a sua indicação e nomeado para exercer as funções. Esse princípio é tão relevante para a saúde e validade de todo o procedimento que a Lei impõe a ele a obrigação de se manifestar previamente à aceitação, outorga às partes o direito de impugnação, estando ele, ainda, obrigado a declarar a sua falta de independência, caso esta venha a ocorrer no curso da arbitragem. O caso mais evidente de falta de independência é a configuração de um impedimento ou suspeição previsto em lei e as hipóteses de conflito de interesses.” PINTO, José Emilio Nunes. A importância da ética na arbitragem. **Âmbito Jurídico**. 31 ago. 2003. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-14/a-importancia-da-etica-na-arbitragem/>. Acesso em: 02 fev. 2021.

250 CORDEIRO, António Menezes. **Tratado da Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 266.

251 LAMAS, Natália Mizrahi. Introdução e Princípios aplicáveis à arbitragem. In: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 45.

252 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013. Disponível em: http://www.arbitrationcertificate.com/wp-content/uploads/2015/07/2014_Annual-Lecture.pdf. Acesso em 04 set. 2021. p. 27.

António Menezes Cordeiro²⁵³ elenca seis subvalores processuais da arbitragem: a) eficiência²⁵⁴ que deve ser perseguida por todos os *players* da arbitragem; b) simplicidade como desdobramento da eficiência, evitando-se formalidades desnecessárias; c) neutralidade, que reflete na igualdade de armas e no contraditório; d) abrangência²⁵⁵, significando a boa prestação de serviços dos árbitros às partes resolvendo efetivamente o conflito; e) confidencialidade²⁵⁶ e f) consensualidade, quanto ao plano processual.

Nesse aspecto, cabe ressaltar a preocupação constatada na Pesquisa da Queen Mary University & White Case de 2021 sobre o formalismo que tem tomado conta da arbitragem, minando a flexibilidade e a eficiência. Os usuários querem mais flexibilidade e custos mais controlados²⁵⁷.

²⁵³ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado da Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2015. 268-269.

²⁵⁴ “As peças devem ser sintéticas; há que evitar atos inúteis, a prova deve ser concisa e, quanto possível, escrita; não deve haver incidentes formais; os prazos são curtos e respeitados; a audiência deve ser limitada; as comunicações agilizadas; devem prevenir-se irregularidades que, depois, obriguem a repetições”. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado da Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 268.

²⁵⁵ “Não é de boa prática: deixar questões colaterais em aberto; permitir, por indefinições, que o litígio renasça mais adiante; remeter as partes para os meios comuns, por recusa de exercício da autoridade arbitral; decidir em termos a determinar em execução de sentença: tudo isso sob reserva da convenção de arbitragem, como é regra”. CORDEIRO, António Menezes. **Tratado da Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 268.

²⁵⁶ António Menezes Cordeiro, op. cit. p. 304-305, explica que a confidencialidade abrange o litígio em si, os fatos revelados nele, as pessoas que nele intervenham e a solução, ressaltando que a discrição é uma das vantagens da arbitragem. O autor enfatiza a natureza ética da confidencialidade ao expor que “uma arbitragem é coisa de Senhoras e de Cavalheiros, no mundo dos negócios. Torna-se de bom tom ser discreto, não reportando para o exterior matéria que corra em privado. Ao círculo arbitral acedem, apenas, advogados e seus colaboradores, árbitros, pessoal de apoio e as partes. Todos ficam, espontaneamente, ligados pela confidencialidade” CORDEIRO, CORDEIRO, António Menezes. **Tratado da Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 305.

²⁵⁷ “A recurring theme in interviews was the sense that arbitration is becoming increasingly overformalistic, at the expense of efficiency. Interestingly, this view was articulated by arbitrators themselves; as one arbitrator put it, they have seen the development over the years of what they referred to as ‘a kind of arbitration-formality’ which, taken too far, can amount to ‘depriving the parties of the efficiencies they hoped for when they signed the arbitration clause’. One example of this ‘arbitration-formality’ that several respondents warned against is an excessive tendency to ‘mimic court processes’. Respondents stressed the importance of flexibility as a means to aid efficiency and reduce costs by tailoring procedures to the needs of the dispute in question, rather than adopting rigid or excessively formalistic procedures. As one respondent pithily noted, arbitration should stop ‘taking itself so seriously’! Closer monitoring of costs may also encourage greater efficiency—one respondent suggested that institutions should introduce costs budgeting rules to help parties and their funders monitor and plan for their potential costs exposure.” QUEEN MARY UNIVERSITY AND WHITE & CASE. **2021 International Arbitration Survey**: Adapting arbitration to a changing world. Disponível em: <https://www.whitecase.com/publications/insight/2021-international-arbitration-survey>. Acesso em: 10 set. 2021.

No entanto, a arbitragem demanda mais do que princípios contratuais e processuais, exigindo também um comportamento ético que proporcione o desenvolvimento regular do procedimento arbitral com eficiência.

2.3.3 Princiologia Ética: Boa-fé, Confiança e Cooperação

A princiologia ética é fundamental em todas as fases do procedimento arbitral, já que garantirá que todos os atores da arbitragem atuem em conformidade com a boa-fé objetiva, a fim de cooperarem para o resultado útil, eficiente e eficaz do processo arbitral.

Em razão da globalização, as transações comerciais internacionais ganham volume sem precedentes. Assim, o desenvolvimento comercial fica atrelado ao concurso de medidas como a agilidade, praticidade, eficiência, e deve, ainda, revestir-se da segurança, a blindagem jurídica para a concretização dos resultados. Nesse sentido, ativa-se a boa-fé como eixo central da relação jurídica, para harmonizar o complexo arranjo do comércio internacional.²⁵⁸

Assim, a boa-fé deve acompanhar²⁵⁹ as partes desde a fase pré-contratual até a fase pós-contratual. O comportamento que vise reduzir danos, que traga as informações necessárias para a elaboração e cumprimento do contrato²⁶⁰, bem como que escolha a arbitragem como meio de solução do conflito caracteriza-se como um redutor dos custos de transação.

²⁵⁸ SANTOS, Adriano Barreto Espíndola. A Boa Fé e a Arbitragem: Um Estudo à Luz do Comércio Internacional Luso-brasileiro. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 3, n. 1, p. 1-41, 2017. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/1/2017_01_0001_0041.pdf. Acesso em: 27 abr. 2021. p. 8-9.

²⁵⁹ “Destarte, a boa-fé corresponde a um modelo ideal de comportamento na relação jurídica obrigacional, onde as partes têm o dever de respeitar as expectativas nascidas da negociação, das vontades livres formuladas pelas partes, e, assim, contribuirão mutuamente para a concretização das obrigações”. SANTOS, Adriano Barreto Espíndola. A Boa Fé e a Arbitragem: Um Estudo à Luz do Comércio Internacional Luso-brasileiro. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 3, n. 1, p. 1-41, 2017. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/1/2017_01_0001_0041.pdf. Acesso em: 27 abr. 2021. p. 30.

²⁶⁰ “Trata-se de incluir nos contratos, em virtude da interpretação e da construção, deveres secundários ou derivados de informação, conselho e até cooperação, assim como a proibição de certas omissões. Cria-se, assim, um dever de lealdade na contratação e na execução do contrato que está vinculado basicamente às noções de confiança e de equilíbrio. Confiança entre as partes contratantes, que devem ter e manter, uma em relação à outra, o comportamento do bom pai de família e até, conforme o caso, do parceiro sério, diligente e confiável, sob pena de responsabilidade se uma delas não corresponder à expectativa da outra.” WALD, Arnaldo. O novo Código Civil e o solidarismo contratual. **Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem**, São Paulo, n. 21, a. 6, p. 14-47, jul. - set. 2003, p. 42.

Deste modo, a escolha do método, a escolha de terceiros de confiança, mas imparciais, a cooperação entre partes e das partes com os árbitros é o cenário ideal de solução do conflito comercial internacional, bem como o pronto e voluntário cumprimento da decisão arbitral.

A ética é uma “fórmula parajurídica, que permite a sobrevivência e a propagação de um mecanismo útil para solução de controvérsias.”²⁶¹ E esta relevância não é apenas do ponto de vista abstrato²⁶², como idealismo, mas sim prático, comportamental²⁶³ e com consequências econômicas e jurídicas como se verá ao longo desta pesquisa, especialmente quando se adentrar no denominado comportamento guerrilheiro na arbitragem internacional.

A boa-fé é fundamental para todas as relações sociais²⁶⁴, encontrando guarida desde o Direito Romano, nas Institutas do Imperador Justiniano, no Livro I, Título I, §3º: “Os preceitos do direito são estes: viver honestamente, não causar dano a outrem, dar a cada um o que é seu”.²⁶⁵ Mais modernamente consolidou-se no direito romano-germânico, no parágrafo 242 do Código Civil Germânico, expandindo sua influência pelo sistema *civil law*, aparecendo como cláusula geral: “O devedor está adstrito a cumprir a prestação tal como a exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfico.”

²⁶¹ BAPTISTA, Luiz Olavo. Ética e Arbitragem. CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira e MARTINS, Pedro Batista. **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017. p. 115.

²⁶² “A boa-fé não constitui um imperativo ético abstrato, mas sim uma norma que condiciona e legitima toda a experiência jurídica, desde a interpretação dos mandamentos legais e das cláusulas contratuais até as suas últimas consequências”. REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. **Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem**, São Paulo, n. 21, a. 6, p. 11-13, jul./set. 2003, p. 12.

²⁶³ “Por este modelo objetivo de conduta levam-se em consideração os fatores concretos do caso, tais como o status pessoal e cultural dos envolvidos, não se admitindo uma aplicação mecânica do standard. [...] o que vem a significar que, na concreção da boa-fé objetiva deve o intérprete desprender-se da pesquisa da intencionalidade da parte, de nada importando, para a sua aplicação, a sua consciência individual no sentido de não estar lesionando direito de outrem ou violando regra jurídica. O que importa é a consideração de um padrão objetivo de conduta, verificável em certo tempo, em certo meio social ou profissional e em certo momento histórico”. MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 15, Porto Alegre, UFRGS/Síntese, 1998, p. 129-154. Disponível em: <www.ufrgs.br/mestredir/doutrina/martins1.htm>. Acesso em: 28 abr. 2021.

²⁶⁴ “boa-fé é cooperação e respeito, é conduta esperada e leal, tutelada em todas as relações sociais”. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 180-181. Sob o ponto de vista do direito civil é fundamentada na dignidade da pessoa humana, art. 1º, III, CF/88.

²⁶⁵ JUSTINIANUS, Flavius Petrus. **Institutas do Imperador Justiniano**. CRETELLA JUNIOR, José e CRETELLA, Agnes (Trads.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 22.

Ruy Rosado de Aguiar²⁶⁶ compreende a boa-fé objetiva como um princípio geral de Direito que exige que todos se comportem de acordo com um “padrão ético de confiança e lealdade” que implica em “comportamentos necessários, ainda que não previstos expressamente nos contratos, que devem ser obedecidos a fim de permitir a realização das justas expectativas surgidas em razão da celebração e da execução da avença”.

A boa-fé está prevista no art. 1.7 dos Princípios sobre os contratos comerciais internacionais da UNIDROIT: “(1) As partes devem atuar com boa-fé e lealdade negocial no comércio internacional. (2) As partes não podem excluir nem limitar este dever” e no art. 7.1 da CISG²⁶⁷ “7. (1) Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa fé no comércio internacional”.

Luiz Olavo Baptista explica que a boa-fé é uma expressão polissêmica que varia conforme a cultura e história do país²⁶⁸, exemplificando o contexto japonês e alemão:

Por exemplo, no direito japonês, onde, segundo Watanabe Hiroyuki, a boa-fé é um princípio de direito segundo o qual, numa relação jurídica concreta, deve-se agir sinceramente para não trair a confiança naquilo que o outro espera. A tônica, então parece-me residir em o contratante agir coerentemente com seu discurso, seus atos correspondendo à manifestação de vontade já feita, e não frustrar a expectativa do co-contratante, pois isto redundaria em trair a confiança nele depositada.

²⁶⁶ AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. Cláusulas abusivas no Código do Consumidor. In: MARQUES, Claudia Lima (Coord.). **Estudos sobre a proteção do consumidor no Brasil e no MERCOSUL**. Porto Alegre: Liv. do Advogado, 1994. p. 13-32. Disponível em: http://www.ruyrosado.com.br/upload/site_producao intelectual/9.pdf. Acesso em: 28 abr. 2021. p. 18. Ainda, Maurício Godinho Delgado, 2001, p. 112, informa que o princípio da boa-fé “é diretriz geral que instiga a valorização, no plano das relações jurídicas, da sinceridade, retidão e honradez nas condutas dos sujeitos de direito na vida social”.

²⁶⁷ BRASIL. **Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda de Mercadorias – Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8327.htm. Acesso em: 06 abr. 2021.

²⁶⁸ No contexto brasileiro, a boa-fé está prevista na análise conjunta dos artigos 113, 187 e 422 do Código Civil, artigos 4º, III e 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor e artigos 5º, 6º, 77, 79, 80 do Código de Processo Civil. BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 27 ago 2021. E BRASIL. **Lei 8078 de 11 de setembro de 1990**. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 28 set 2021.

Autores alemães entendem que a boa-fé não só proíbe que a prestação seja cumprida de maneira que não é desejável, mas, também, que deve proteger a confiança da outra parte, numa relação jurídica leal, proibindo o exercício abusivo do direito. Aqui, acredito, busca-se distinguir o comportamento regular do abusivo, sem, todavia, chegar ao abuso de direito. O que tornaria o comportamento abusivo seria a violação da confiança pelo ato desleal.²⁶⁹

Deste modo, a boa-fé, a lealdade, a confiança e todos os seus deveres acessórios para o bom cumprimento das obrigações são essenciais para o equilíbrio contratual, atendendo à economia e à finalidade do contrato, servindo como limitador da autonomia da vontade, com intuito de prevenir a abusividade e a prejudicialidade à relação comercial²⁷⁰ ou ao procedimento arbitral, sob o ponto de vista do contrato de arbitragem.

A boa-fé encontra guarida também como regra de interpretação, inclusive, na Convenção das Nações Unidas sobre Venda Internacional de Mercadorias, no art. 7º: “Na interpretação desta Convenção ter-se-á em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade de sua aplicação e assegurar a observância à boa-fé no comércio internacional”.

Tanto sob o ponto de vista contratual quanto jurisdicional, a boa-fé permeia a arbitragem, pois enquanto jurisdição, também está adstrita à lealdade processual e à cooperação, caracterizando-se como corolário do devido processo²⁷¹. E assim,

²⁶⁹ BAPTISTA, Luiz Olavo. A boa-fé nos contratos internacionais. **Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem**, São Paulo, n. 20, a. 6, p. 24-46, abr./jun. 2003, p. 29.

²⁷⁰ “[...] nos contratos, há sempre interesses opostos das partes contratantes, mas sua harmonização constitui o objetivo mesmo da relação jurídica contratual. Assim, há uma imposição ética que domina a matéria contratual, vedando o emprego da astúcia e da deslealdade e impondo a observância da boa-fé e lealdade, tanto na manifestação da vontade (criação do negócio jurídico) como, principalmente, na interpretação e execução do contrato”. GOMES, Orlando. **Contratos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 42.

²⁷¹ Vide voto do Min. Rel. Gilmar Mendes no RE 464.963-2/GO: “O princípio do devido processo legal, que lastreia todo o leque de garantias constitucionais voltadas para a efetividade dos processos jurisdicionais e administrativos, assegura que todo julgamento seja realizado com a observância das regras procedimentais previamente estabelecidas, e, além disso, representa uma exigência de fair trial, no sentido de garantir a participação equânime, justa, leal, enfim, sempre imbuída pela boa-fé e pela ética dos sujeitos processuais.

A máxima do fair trial é uma das faces do princípio do devido processo legal positivado na Constituição de 1988, a qual assegura um modelo garantista de jurisdição, voltado para a proteção efetiva dos direitos individuais e coletivos, e que depende, para seu pleno funcionamento da boa-fé e lealdade dos sujeitos que dele participam, condição indispensável para a correção e legitimidade do conjunto de atos, relações e processos jurisdicionais e administrativos.” (RE 464963, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 14/02/2006, DJ 30-06-2006 P.-00035 EMENT VOL-02239-05 P.-00941 LEXSTF v. 28, n. 331, 2006, p. 323-333 RT v. 95, n. 853, 2006, p. 149-153)

as partes devem agir dentro de um “limite mínimo” de respeito entre si, para com o tribunal e para com o processo arbitral. A vitória tão almejada em um processo heterocompositivo não pode ser decorrente de “malícia, fraudes, espertezas, dolo, improbidade, embuste, artifícios, mentiras ou desonestidades”²⁷².

Na arbitragem, “o primeiro dever é o de boa-fé, que impõe a abstenção de condutas com caráter procrastinatório e leviano”²⁷³. Neste dever de boa-fé está embutido o dever de lealdade processual e cooperação.

A lealdade processual também possui relação com o contraditório, pois o respeito ao direito do outro contradizer com argumentos de convencimento, dentro de um debate de razões, implica na proibição de tumulto processual com atos protelatórios e atitudes que visem prejudicar a outra parte²⁷⁴, como são as táticas de guerrilha.

A cooperação é observada no procedimento arbitral, na medida em que, é comum as partes em conjunto com os árbitros desenvolverem o procedimento arbitral, delimitando as práticas que serão aceitas, as questões de provas, tais como seu ônus, necessidade, pontos controvertidos, como será realizada a prova de direito estrangeiro, e caso não seja possível o consenso, o tribunal arbitral decidirá²⁷⁵.

Manuel Pereira Barrocas²⁷⁶ alerta que dentre as desvantagens da arbitragem, encontra-se a vulnerabilidade do processo arbitral quando não há cooperação das partes com o tribunal na produção de provas, bem como quando as partes se utilizam de meios obstrutivos para a constituição do tribunal arbitral ou para anulação da sentença. E infelizmente, esta é uma realidade constatada na Pesquisa da *Queen Mary University of London* que será debatida ao longo desta pesquisa.

²⁷² AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil no Novo CPC**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017 p. 61.

²⁷³ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Ética e Arbitragem*. CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira e MARTINS, Pedro Batista. **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017. p. 113.

²⁷⁴ Rafael Stefanini Auiilo continua na p. 64 a informar que a boa-fé processual “decorre de um sistema isonômico, do princípio do contraditório e, acima de tudo, do próprio devido processo legal. Ela exige um fair trial, sempre no sentido de buscar uma participação justa, leal e equânime, imbuída pela ética dos sujeitos”. AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil no Novo CPC**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 63.

²⁷⁵ BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 439.

²⁷⁶ BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 141.

As partes têm o dever de se comportarem de boa-fé nas relações entre si e perante o tribunal arbitral, a fim de que a convenção de arbitragem seja executada corretamente e o processo arbitral transcorra de forma válida e regular. Deste modo, qualquer comportamento que tente obstruir o funcionamento da arbitragem ou o cumprimento da decisão arbitral deve ser visto como violador da boa-fé.

Os atos atentatórios²⁷⁷ à boa-fé que sejam praticados por uma parte, de modo doloso ou mediante grave negligência, que visem atrasar sem justificativas a prolação da sentença, aumentando os custos da arbitragem, podem ser civilmente responsabilizados pela contraparte em tribunal estatal, não que isso seja uma tarefa fácil, conforme assevera Manuel Pereira Barrocas²⁷⁸. No entanto, o autor²⁷⁹ relembra que a mera culpa não deve ser punida, pois constitui “uma fronteira difícil de demarcar entre a adoção pela parte das medidas legítimas” para sua defesa “com formas não nítidas de culpa na conclusão do processo”.

Luiz Olavo Baptista²⁸⁰ ainda esclarece que o desrespeito às regras adotadas na arbitragem, bem como a produção de prova inútil ou sem prévia verificação de validade ou licitude apenas para avolumar os documentos a serem analisados e prejudicar o desenvolvimento do procedimento significa violação à ética.

²⁷⁷ “O abuso do processo incide em relação às partes da arbitragem, que devem se pautar pela ética e pela boa-fé em todo o seu curso. Dessa forma, devem ser leais umas com as outras, dentro das regras esperáveis. Isso também vale para os árbitros, que devem se comportar como juízes, e não como advogados, como, infelizmente, ocorre em algumas ocasiões. O art. 27 da Lei de Arbitragem tratou indiretamente da litigância de má-fé, prevendo que a sentença arbitral decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas arbitrais, bem como sobre verba decorrente de litigância de má-fé, se for o caso.” TARTUCE, Flávio. Arbitragem. Algumas interações entre o direito material e o direito processual. Função social do contrato, ética na arbitragem e abuso processual. **Revista Brasileira de Direito Processual** – RBDPro. Belo Horizonte, ano 18, n. 70, abr./jun. 2010. p. 103-128. Disponível em http://www.bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_print.aspx?i=67214&p=15 Acesso em: 12 mai 2018. p. 14.

²⁷⁸ BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 228 e 230.

²⁷⁹ BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 229.

²⁸⁰ BAPTISTA, Luiz Olavo. Ética e Arbitragem. CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira e MARTINS, Pedro Batista. **20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. São Paulo: Atlas, 2017. p. 113-114.

Deste modo, a boa-fé é uma cláusula geral²⁸¹ de conduta em todas as esferas da vida civil, que deve pautar a relação jurídica do seu começo ao final²⁸², inclusive dentro do procedimento arbitral, erigido na cooperação entre as partes e delas com o árbitro e vice-versa. Essa cooperação é imprescindível para o alcance do objetivo de pacificação social entre as partes e de continuidade das relações socioeconômicas, bem como para assegurar o próprio sucesso da arbitragem enquanto meio de solução de conflitos do comércio internacional.

2.4 ATORES DA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

Diversos são os atores da arbitragem comercial internacional, como as partes, o árbitro, os advogados, instituições de arbitragem, dentre outros que venham a participar ou interferir no processo arbitral de alguma maneira. Cada um tem papel fundamental no procedimento arbitral, com direitos e deveres específicos para que o procedimento se desenvolva adequadamente e ao final alcance o escopo da resolução do conflito com a prolação de uma decisão que possa ser efetivamente cumprida.

Interessante notar que a arbitragem internacional propicia para além de um método de solução de conflitos, uma disciplina jurídica, um setor econômico e um verdadeiro campo social no sentido de “lugar de interação entre fornecedores e clientes; de autoridades que estabelecem as regras do jogo e de atores que

²⁸¹ “Good faith evokes the notion of acting honestly, without fraud, or the intent to deceive. Historically it stems from the term *bona fides* meaning fidelity or loyalty, which is also too general to be specifically defined as to prescribe specific rules of behaviour. Conversely, good faith as a value provides an important tool which, while indefinable as a specific rule, provides a counterbalance to the content of applicable norms in situations or cases, where a strictly formal interpretation would lead to outcomes that otherwise would be absurd or unreasonable. Not only can good faith not be generally defined – but the concept as an added value must be vague and one that can adapt and materialize only in each given case, because the very act of framing the concept into a general definition would create a normative rule of limited applicability.” ČERNÝ, Filip. Short Flight of the Phoenix: A Few Thoughts on Good Faith, the Abuse of Rights and Legality in Investment Arbitration. **Czech Yearbook of International Law**, v. 3, n. R, p. 183-207, 2012. p. 184.

²⁸² “O instituto da boa-fé busca evitar o abuso de direitos e comportamento malicioso, impedindo que uma determinada parte se beneficie em detrimento da outra.” BOTTESELLI, Ettore. Princípios do UNIDROIT: internacionalização e unificação do direito comercial internacional. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 2, n. 1, p. 934-952, 2016, p. 945. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/1/2016_01_0933_0952.pdf. Acesso em: 01 abr. 2021.

compartilham um sistema de pensamento”²⁸³. Inegável que houve uma profissionalização dos atores arbitrais, como árbitros, advogados e até de terceiros financiadores, o que, ao mesmo tempo pode caracterizar uma máfia²⁸⁴ de poucos atores participando dos mais importantes procedimentos arbitrais no contexto comercial internacional, e, um “mercado de trabalho” almejado por novos atores que buscam reconhecimento²⁸⁵.

Porém, em um movimento diametralmente oposto, também existe uma inserção de atores que desconhecem as regras e etiqueta do jogo e agem como se estivessem em seus tribunais estatais, trazendo comportamentos litigantes abusivos para o processo arbitral.

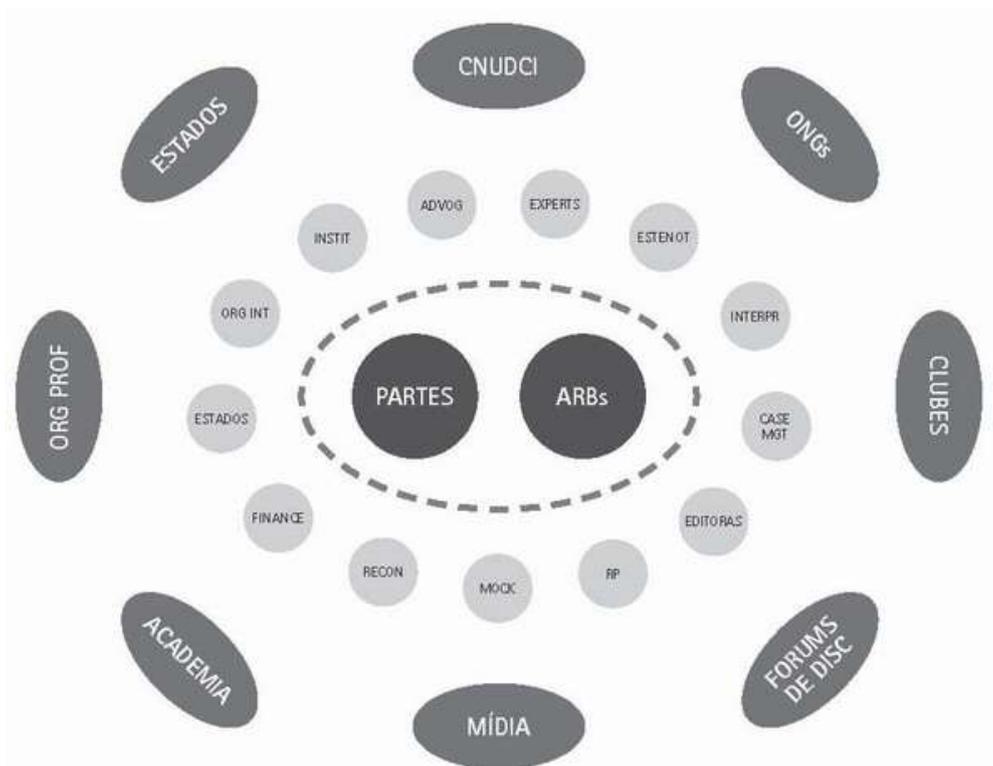
Para além dos atores essenciais da arbitragem – partes e árbitros -, Emmanuel Gaillard enumera uma série de outros atores prestadores de serviços que influenciam em menor ou maior grau esse campo social, chegando a elaborar um diagrama exemplificativo e complexo.

²⁸³ GAILLARD, Emmanuel. A contribuição do pensamento jurídico francês à arbitragem internacional. SALLES, Vivian (trad.). In **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 61, abr.- jun. 2019, p. 285 – 302. Disponível em Revista dos Tribunais Online. p. 3-4.

²⁸⁴ “Por vezes qualificado de casta ou de “máfia” – sobretudo por aqueles que aspiram a integrar-se-, o mundo da arbitragem internacional é claramente identificado, mesmo se sua extensão geográfica é mundial. É por essa razão que é possível estudar, em termos sociológicos, os atores, suas estratégias, seus ritos, nos ditos “torneios de reconhecimento”, através dos quais “comerciantes de reconhecimento” distribuem prêmios (do melhor árbitro, do melhor advogado de menos de 40 anos, da instituição mais inovadora...), como ocorre no mundo da indústria cinematográfica ou do automobilismo.” GAILLARD, Emmanuel. A contribuição do pensamento jurídico francês à arbitragem internacional. SALLES, Vivian (trad.). In **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 61, abr./ jun. 2019, p. 285- 302. Disponível em Revista dos Tribunais Online. p. 3-4.

²⁸⁵ “O exercício da arbitragem é apresentado como uma espécie de cargo honorífico e temporário exercido por qualquer indivíduo que tenha notoriedade ou perícia e reconhecimento das partes em conflito” ENGELMANN, Fabiano. O espaço da arbitragem no Brasil: Notáveis e Experts em busca de reconhecimento. **Revista Sociologia Política**, Curitiba, v. 20, n. 44, p. 155-176, nov. 2012. p. 169.

FIGURA 1



Fonte: GAILLARD, Emmanuel. Sociologia da Arbitragem Internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 45, p. 361-383, jul. -set. 2015, Revista dos Tribunais online, p. 8.

Em resumo, Emmanuel Gaillard²⁸⁶ explica que existem três categorias de atores sociais da arbitragem internacional: i) os essenciais; ii) os prestadores de serviços e iii) os fornecedores de valores.

Os essenciais são as partes e os árbitros, pois sem eles não existira a arbitragem. As partes representam a categoria social que se sente mais negligenciada, pois a arbitragem teria evoluído sem levar suas necessidades em consideração²⁸⁷. Por outro lado, os árbitros se profissionalizaram e ganharam

²⁸⁶ Vide GAILLARD, Emmanuel. Sociologia da Arbitragem Internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 45, p. 361-383, jul. -set. 2015, Revista dos Tribunais online, p. 3-7.

²⁸⁷ “Com ou sem razão, elas expressam muitas vezes a visão de que a arbitragem, como instituição, evoluiu sem levar em conta as suas necessidades ou preocupações primárias. Claro, o que as partes realmente querem é prevalecer sempre, de forma rápida, pagando o mínimo possível e recuperando todos os seus custos. Passando para uma observação mais séria e desconsiderando as opiniões de partes contrariadas que perderam um caso que não esperavam perder, não podemos esquecer que a arbitragem é destinada para as partes e não para os outros atores que gravitam em

maior atenção sociológica; pois, “ser um árbitro tornou-se uma categoria socioprofissional própria”²⁸⁸.

Os prestadores de serviços²⁸⁹ pulverizam-se em diversas situações, a iniciar pelo advogado, categoria cada vez mais especializada em arbitragem internacional. No entanto, Gaillard²⁹⁰ também classifica nesta categoria as instituições de arbitragem²⁹¹, os financiadores, os intérpretes, experts, Estados, Organizações Internacionais, editoras especializadas em arbitragem, relações públicas, simulações de arbitragem, guias profissionais²⁹², revistas e publicações.

No que tange à terceira categoria²⁹³, Gaillard ensina que os fornecedores de valores são agentes sociais que “têm a ambição de prover orientações sobre como a arbitragem internacional deve se desenvolver e como devem se comportar

torno delas.” GAILLARD, Emmanuel. Sociologia da Arbitragem Internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 45, p. 361-383, jul. -set. 2015, Revista dos Tribunais online, p. 3-4.

²⁸⁸ GAILLARD, Emmanuel. Sociologia da Arbitragem Internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 45, p. 361-383, jul. -set. 2015, Revista dos Tribunais online. p. 4.

²⁸⁹ “A identificação dos prestadores de serviços em arbitragem internacional será limitada aos grupos sociais que dedicam a sua atividade exclusivamente, ou quase exclusivamente, à arbitragem internacional.” GAILLARD, Emmanuel. Sociologia da Arbitragem Internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 45, p. 361-383, jul. -set. 2015, Revista dos Tribunais online. p. 4.

²⁹⁰ GAILLARD, Emmanuel. Sociologia da Arbitragem Internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 45, p. 361-383, jul. -set. 2015, Revista dos Tribunais online. p. 4-5.

²⁹¹ “As instituições de arbitragem também têm crescido exponencialmente, tanto em número de atores quanto em tamanho. Elas adotaram estratégias diversificadas para diferenciarem-se. Enquanto alguns atores se posicionaram como globais (Câmara de Comércio Internacional (CCI), Tribunal de Arbitragem Internacional de Londres (LCIA), Centro Internacional para Resolução de Disputas (CIRD), Câmara de Comércio de Estocolmo (SCC) etc.), outros se autopromoveram como atores regionais (Comissão Internacional Econômica e Comercial de Arbitragem da China (Cietac), Centro de Arbitragem Internacional de Singapura (Siac), Centro de Arbitragem Internacional de Dubai (Diac), Centro Regional do Cairo para Arbitragem Comercial Internacional (CRCICA), entre muitos outros). Diversificação de matérias também tem sido uma estratégia eficaz para as instituições. A arbitragem de investimento continua a ser o protótipo de uma oferta especializada bem-sucedida que começou com a criação do Centro Internacional para Arbitragem de Controvérsias sobre Investimentos (ICSID), em 1965, sendo o mercado atualmente dominado por dois grandes atores, o ICSID e a Corte Permanente de Arbitragem (PCA). O Tribunal de Arbitragem do Esporte (CAS) ou a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) nos dá outros exemplos de sucesso dessa estratégia.” GAILLARD, Emmanuel. Sociologia da Arbitragem Internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 45, p. 361-383, jul. -set. 2015, Revista dos Tribunais online. p. 4.

²⁹² Vide WWL Arbitration 2021. publicado em dezembro de 2020, onde a WWL e a Global Arbitration Review apresentam mais de 1.000 advogados de destaque no mercado internacional de arbitragem, quase 300 experts e identificam Futuros Líderes. WHOSWHOLEGAL. **WWL: Arbitration 2021**. Disponível em: <https://whoswholegal.com/features/wwl-arbitration-2021>. Acesso em: 20 abr. 2021.

²⁹³ GAILLARD, Emmanuel. Sociologia da Arbitragem Internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 45, p. 361-383, jul. -set. 2015, Revista dos Tribunais online, p. 5-7.

atores sociais da arbitragem”²⁹⁴. Aqui ele exemplifica os Estados²⁹⁵, as organizações internacionais²⁹⁶, ONG’s, clubes de arbitragem²⁹⁷, organizações profissionais²⁹⁸, instituições acadêmicas especializadas em arbitragem²⁹⁹, listas de discussão dedicadas à arbitragem internacional e meios de comunicação.

Deste modo, imperativa a análise do papel dos principais atores arbitrais: partes, árbitros e advogados para que se possa entender melhor sua atuação no processo arbitral e quando há um desvio do comportamento esperado.

2.4.1 Partes

O primeiro aspecto a se abordar é quem pode ser parte no processo arbitral e se existe a possibilidade da convenção de arbitragem atingir terceiros.

²⁹⁴ GAILLARD, Emmanuel. Sociologia da Arbitragem Internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 45, p. 361-383, jul. -set. 2015, Revista dos Tribunais online. p. 5.

²⁹⁵ “Os Estados têm tanto a legitimidade quanto a capacidade de influenciar a maneira pela qual a arbitragem se desenvolve. Eles fazem isso diretamente dentro dos limites dos seus territórios por meio da regulação das arbitragens sediadas em seu território e por meio do reconhecimento de sentenças arbitrais que preencham determinados requisitos.” GAILLARD, Emmanuel. Sociologia da Arbitragem Internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 45, p. 361-383, jul. -set. 2015, Revista dos Tribunais online. p. 5.

²⁹⁶ “As organizações internacionais, como as Nações Unidas, incluindo a UNCTAD, a CNUDCI, e a OCDE, constituem os principais fóruns em que os valores para a arbitragem internacional são expressos. [...] Em contraste com Estados isolados, as organizações internacionais buscam gerar um consenso entre um grande número de atores. Nisso, elas podem ser descritas como fornecedoras de valores coletivos.” GAILLARD, Emmanuel. Sociologia da Arbitragem Internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 45, p. 361-383, jul. -set. 2015, Revista dos Tribunais online. p. 6.

²⁹⁷ “Diferentemente de ONGs que se focam diretamente na promoção dos valores que elas adotam, clubes de arbitragem reúnem atores sociais com características e interesses comuns com a visão de promover os seus próprios valores.” GAILLARD, Emmanuel. Sociologia da Arbitragem Internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 45, p. 361-383, jul. -set. 2015, Revista dos Tribunais online. p. 6.

²⁹⁸ “As organizações profissionais, como a Ordem Internacional dos Advogados (IBA), desempenham um papel importante no campo da arbitragem internacional no desenvolvimento de regras ou orientações sobre uma série de características do procedimento arbitral internacional. Eles são especificamente fornecedores de valores no sentido que os instrumentos que geram fornecem uma visão de como os atores de arbitragem devem se comportar. A eficácia desses instrumentos depende estritamente do seu valor persuasivo e da autoridade da instituição que os emana, pois eles precisam ser adotados pelas partes ou pelos árbitros para tornarem-se juridicamente vinculantes.” GAILLARD, Emmanuel. Sociologia da Arbitragem Internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 45, p. 361-383, jul. -set. 2015, Revista dos Tribunais online. p. 7.

²⁹⁹ “As instituições acadêmicas especializadas em arbitragem, como a Escola Queen Mary of International Arbitration, o programa MIDS de Genebra ou a International Academy for Arbitration Law, e, de forma mais ampla, os acadêmicos com foco em arbitragem internacional, também são provedores de valores, pois moldam a maneira segundo a qual a arbitragem é conduzida ou percebida por meio de artigos acadêmicos, conferências e ensinamentos.” GAILLARD. op. cit. p. 7.

Inicialmente, quanto à arbitrabilidade subjetiva, exige-se a capacidade civil, já que, enquanto convenção de arbitragem, é necessária a capacidade de contratar, seja pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado.

O tema fica mais complicado quando envolve terceiros à convenção de arbitragem, isto é, quando terceiros podem ser atingidos pela convenção de arbitragem, mas não participaram da sua contratação, o que feriria a autonomia da vontade e a voluntariedade em ser parte da arbitragem.

A questão se torna mais complicada, porém, quando a controvérsia posta à apreciação do tribunal arbitral envolve ou atinge direitos e obrigações de quem não é signatário da convenção de arbitragem. Ou quando a eficácia da sentença arbitral depende da intervenção de terceiro estranho à convenção de arbitragem, contra quem a parte, por exemplo, precisa garantir um direito de regresso. Ou, ainda, quando há evidência de que o terceiro, conquanto não tenha firmado a convenção de arbitragem, contribuiu para a consecução do contrato e para o surgimento do conflito, como por vezes ocorre em grupo de sociedades.³⁰⁰

Isto não significa que seja impossível o “ingresso de terceiro em arbitragem em fase de instauração ou já instituída”, porém, “é indispensável a vontade do terceiro em ingressar na arbitragem e a aquiescência das partes que firmaram a convenção arbitral original”, além da concordância dos árbitros que verificarão a necessidade do ingresso de um terceiro para atuar ao lado de qualquer das partes³⁰¹. Por sua vez, caso a arbitragem não tenha sido instituída, “basta o acerto de vontades entre as partes originais e o terceiro que pretenda ingressar ao lado de uma delas, pois o que se estará verificando é um verdadeiro aditamento à convenção de arbitragem original”³⁰².

Diversos³⁰³ problemas surgem, por exemplo, diante de um litisconsórcio necessário, em que os árbitros não têm o poder de vincular o terceiro que se nega a participar da arbitragem.

³⁰⁰ GIUSTI, Gilberto. A arbitragem e as partes na arbitragem internacional. In WALD, Arnaldo. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**: elementos da arbitragem e medidas de urgência. v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 494.

³⁰¹ GIUSTI, GIUSTI, Gilberto. A arbitragem e as partes na arbitragem internacional. In WALD, Arnaldo. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**: elementos da arbitragem e medidas de urgência. v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. 495.

³⁰² GIUSTI, Gilberto. A arbitragem e as partes na arbitragem internacional. In WALD, Arnaldo. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**: elementos da arbitragem e medidas de urgência. v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 495.

³⁰³ “Há, evidentemente, várias outras situações que podem afetar a relação material onde se insere

A ausência do litisconsorte necessário na arbitragem deverá, isso sim, levar à extinção do feito, liberando as partes para que acorram ao Poder Judiciário. Não há outra solução possível, diante da natureza contratual da arbitragem, que impede a vinculação de quem não a contratou, e da perspectiva de ineficácia da sentença arbitral, justamente pela ausência de quem necessariamente deveria estar sob o manto da coisa julgada que dela resultaria.³⁰⁴

Transportando esta discussão para a arbitragem internacional, a questão fica ainda mais complexa, pois se o tribunal arbitral admitir terceiro contra a sua vontade ou a vontade de qualquer das partes originais, a sentença arbitral pode estar suscetível à anulação e impossibilidade de cumprimento em ordenamentos jurídicos que não admitam esta situação, como seria o brasileiro³⁰⁵, nos termos do art. 32, IV e art. 38, V, da Lei 9.307/1996.³⁰⁶

Superadas as reflexões de quem pode ser parte³⁰⁷, interessante destacar que as partes possuem protagonismo na arbitragem, sendo dever delas agirem de boa-fé³⁰⁸ antes, durante e após o procedimento arbitral, como deve ocorrer desde

a convenção de arbitragem, de modo a causar alteração das partes que originalmente celebraram a convenção. É o caso, por exemplo, da cessão do contrato que contém cláusula compromissória. A autonomia da cláusula, consagrada no art. 8.º da Lei 9.307/1996, tem levado alguns autores a concluir que o cessionário não estaria obrigado pela cláusula compromissória. Parece-nos, no entanto, que a autonomia de que trata a lei não afeta a acessoriedade da cláusula compromissória ao contrato em que esteja inserida, de modo que, salvo previsão expressa em contrário, o cessionário recebe o contrato em sua totalidade, obrigando-se, sim, à convenção de arbitragem. Já a subrogação por terceiros de direitos de outrem decorrentes de contrato em que se previu cláusula compromissória tem merecido tratamento diferente da jurisprudência, por não se tratar de cessão do próprio contrato e, conseqüentemente, da cláusula compromissória nele inserida.” GIUSTI, Gilberto. *A arbitragem e as partes na arbitragem internacional*. In WALD, Arnaldo. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação: elementos da arbitragem e medidas de urgência**. v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 499.

³⁰⁴ GIUSTI, Gilberto. *A arbitragem e as partes na arbitragem internacional*. In WALD, Arnaldo. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação: elementos da arbitragem e medidas de urgência**. v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. . p. 496.

³⁰⁵ “Daí porque sempre que uma parte brasileira estiver envolvida em uma arbitragem internacional, e se pretender executar a sentença arbitral no Brasil, muito cuidado terá que ser tomado para que não se imponha a inclusão, contra sua vontade, de quem não firmou a convenção de arbitragem.” GIUSTI, Gilberto. *A arbitragem e as partes na arbitragem internacional*. In WALD, Arnaldo. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação: elementos da arbitragem e medidas de urgência**. v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. . p. 506.

³⁰⁶ GIUSTI, Gilberto. *A arbitragem e as partes na arbitragem internacional*. In WALD, Arnaldo. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação: elementos da arbitragem e medidas de urgência**. v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. . p. 505.

³⁰⁷ Outra situação a ser refletida é a dos financiadores da arbitragem, pois embora não sejam partes, passam a ter interesse no resultado do processo arbitral em razão do financiamento realizado para propiciar o pagamento das custas da arbitragem, gerando uma infinidade de novas possibilidades de conflitos de interesses.

³⁰⁸ “O dever ético das partes tem início antes do início da arbitragem, no juízo que precisam fazer da existência de boas razões para dar início à mesma, e prosseguem evoluindo no curso do procedimento, sob a batuta da boa-fé.” BAPTISTA, Luiz Olavo. *Ética e Arbitragem*. In CARMONA,

a entrevista de um potencial árbitro ao cumprimento da sentença arbitral, inclusive estando disposto no Princípio Geral n. 7.a das Diretrizes da IBA sobre Conflitos de interesses que a parte deve revelar qualquer relação existente entre o árbitro e essa parte, com empresa do mesmo grupo econômico ou outra pessoa com influência de controle sobre a parte no litígio ou que tenha interesse no resultado da arbitragem³⁰⁹.

Quanto à entrevista de um candidato à arbitro, Luiz Olavo Baptista ensina que a parte deve anunciar ao candidato quem são as partes envolvidas (a fim de evitar conflitos de interesses) e questionar sobre sua disponibilidade – essencial para o bom desenvolvimento do procedimento arbitral-, para só então discutir sua capacidade técnica, conhecimento do direito aplicável, atuação como advogado, parte ou árbitro em litígios similares, fluência do idioma, sem adentrar na opinião jurídica do candidato,³¹⁰ pois, o árbitro deve agir com independência, neutralidade e imparcialidade para não macular o procedimento e a sentença arbitral.

Outros pontos frágeis são a tentativa de comunicação com o árbitro na ausência da parte contrária, influência mediante promessa de indicações futuras ou oferta de outros benefícios que estejam ao alcance da parte³¹¹. As Diretrizes da IBA para Representação das partes em arbitragem internacional de 2013³¹² prevê

Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira e MARTINS, Pedro Batista (coords). **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017. p. 112.

³⁰⁹ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **Diretrizes sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional aprovadas por Resolução em 23 de outubro de 2014**. Disponível em <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=EB37DA96-F98E-4746-A019-61841CE4054C>. Acesso em: 29 ago. 2021.

³¹⁰ BAPTISTA, Luiz Olavo. Ética e Arbitragem. In CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira e MARTINS, Pedro Batista. **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017. p.112- 113. No mesmo sentido, CARMONA, Carlos Alberto. Breves considerações críticas acerca das diretrizes da International Bar Association sobre a representação de parte na arbitragem internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 40, jan. 2014, RT online.

³¹¹ BAPTISTA, Luiz Olavo. Ética e Arbitragem. In CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira e MARTINS, Pedro Batista. **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017. p. 114.

³¹² “Diretriz 7. O Representante da Parte não deve se envolver em qualquer Comunicação Ex Parte com um Árbitro a respeito da arbitragem, salvo por acordo em sentido contrário das Partes, e sujeito às exceções previstas abaixo. Diretriz 8. Não é impróprio que o Representante da Parte conduza Comunicações Ex Parte nas seguintes circunstâncias: (a) O Representante da Parte pode se comunicar com um possível Co-Árbitro para avaliar seu conhecimento especializado, experiência, capacidade, disponibilidade e disposição para atuar no caso, bem como averiguar a existência de potenciais conflitos de interesse; (b) O Representante da Parte pode se comunicar com um potencial Co-Árbitro ou com um Co-Árbitro já nomeado a propósito da seleção do Árbitro Presidente; (c) O Representante da Parte pode, se as Partes tiverem acordado que tal modalidade de comunicação é permitida, comunicar-se com possível Árbitro Presidente a fim de avaliar seu conhecimento

que a comunicação *ex parte* deve ser evitada³¹³, exceto em situações acordadas pelas partes ou em caso de entrevistas com potenciais árbitros, desde que não vise descobrir qual o entendimento³¹⁴ do entrevistado acerca do objeto da arbitragem.

Durante o procedimento arbitral, as partes devem agir de acordo com a boa-fé, lealdade e o devido processo legal, abstendo-se de um comportamento protelatório, guerrilheiro ou abusivo. E da mesma forma, diante da sentença arbitral, considerando que escolheram o método, o procedimento, os árbitros, a lei aplicável, e desde que não tenha havido desrespeito ao devido processo, cabe-lhes, voluntariamente, cumprir a sentença arbitral. É o que se espera em um ambiente de cooperação, civilidade e responsabilidade.

2.4.2 Advogados

Conforme a *Internacional Bar Association*³¹⁵, advogado é aquele profissional especializado que coloca o interesse do cliente a frente do seu e se

especializado, experiência, capacidade, disponibilidade e disposição para atuar no caso, bem com averiguar a existência de potenciais conflitos de interesse; (d) Embora a comunicação com possíveis Co-Árbitros ou Árbitro Presidente possa envolver uma descrição geral da disputa, o Representante da Parte não deve procurar obter o entendimento dos possíveis Co-Árbitros ou Árbitro Presidente a respeito do objeto da disputa.” INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **Diretrizes da IBA para a Representação de Partes em Arbitragens Internacionais**. Adotadas por resolução do Conselho da IBA em 25 de maio de 2013. Disponível em <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=17BA0784-36C8-40CF-B207-8B50409C5308>. Acesso em: 28 ago. 2021.

³¹³ Carmona pondera que essa comunicação unilateral até pode acontecer, desde que seja para uma providência urgente e que seja com o Presidente do Tribunal (nunca com o co-árbitro indicado pela parte) que na sequencia comunicará os demais árbitros e a parte adversa para manter a transparência. CARMONA, Carlos Alberto. Breves considerações críticas acerca das diretrizes da International Bar Association sobre a representação de parte na arbitragem internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 40, jan. 2014, RT online.

³¹⁴ “Neste ponto, as Guidelines disseram menos do que deveriam, já que o art. 8.º "d" afirma que nessas comunicações – permitidas – entre árbitro e representante de parte, este último não deve tentar perquirir a opinião do possível futuro árbitro sobre "a substância da disputa". Creio que não é só isso: o representante de parte não pode tentar discutir qualquer questão relativa à arbitragem, sejam tais questões relativas ao mérito ou ao processo arbitral. Assim, não podem ser tratados na entrevista temas como a validade e alcance da convenção de arbitragem, a concessão de tutela de urgência, o idioma, o local da arbitragem, ou qualquer outro tema de ordem processual ou procedimental. Também seria impróprio oferecer ao árbitro prospectado resumo preparado para exposição da questão a ser submetida à arbitragem ou cópia de documentos. Embora tudo isso pareça elementar, a crescente utilização da arbitragem tem criado algum constrangimento nesta área, de modo que os árbitros prospectados devem ser bastante assertivos sobre o escopo da entrevista que poderão conceder.” CARMONA, Carlos Alberto. Breves considerações críticas acerca das diretrizes da International Bar Association sobre a representação de parte na arbitragem internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 40, jan. 2014, RT online.

³¹⁵ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **IBA International Principles on Conduct for the Legal Profession**. Mai. 2011. Disponível em <https://www.icj.org/wp->

esforça para proteger o Estado de Direito. Assim, devem atualizar-se para a defesa do cliente, respeitar a jurisdição e aspirar por um padrão de vida razoável.

No intuito de promover e fomentar os ideais da profissão jurídica, a IBA adotou a *IBA International Principles on Conduct for the Legal Profession*³¹⁶, com 10 princípios: 1. Independência; 2. Honestidade, integridade e justiça; 3. Evitar conflitos de interesses; 4. Confidencialidade e sigilo profissional; 5. Manter os interesses dos clientes como prioridades; 6. Manutenção dos seus compromissos; 7. Deve respeitar a liberdade de escolha do cliente; 8. Zelo pela propriedade do cliente; 9. Competência; 10. Direito aos honorários.

Quanto aos advogados³¹⁷, diferente da regra da sua assistência obrigatória no processo estatal, na arbitragem, ela é facultativa³¹⁸, exceto se as partes expressamente convencionarem a necessidade do patrocínio ou eventualmente a lei aplicável exigir.

Deste modo, o patrocínio de um advogado não é obrigatório na arbitragem, mas é raro que nos procedimentos arbitrais internacionais não haja assistência de um advogado ou de uma banca de advogados, e, inclusive, especializados em procedimentos arbitrais, sendo comum que atuem também, como árbitros em outros procedimentos, sejam doutrinadores e/ou professores universitários.

O mesmo comportamento ético que se espera das partes, reproduz-se sobre seus representantes³¹⁹. Os deveres éticos dos advogados decorrem tanto das

content/uploads/2014/10/IBA_International_Principles_on_Conduct_for_the_legal_prof.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

³¹⁶ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **IBA International Principles on Conduct for the Legal Profession**. Mai. 2011. Disponível em https://www.icj.org/wp-content/uploads/2014/10/IBA_International_Principles_on_Conduct_for_the_legal_prof.pdf. Acesso em: 10 set. 2021.

³¹⁷ Conselheiro, consultor jurídico, counsel, attorney, lawyer etc são considerados termos sinônimos para advogado neste trabalho.

³¹⁸ Art. 21, §3º da Lei n. 9.307/1996. Assim também ocorre em Portugal, onde é livre a constituição de um advogado num processo arbitral Cf. BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 394. Vide Regulamento de Arbitragem da CCI/2017. art. 26.4 e Regulamento de arbitragem da UNCITRAL, art. 5º.

³¹⁹ “Muito embora as partes numa arbitragem possam ser assistidas por um advogado a quem conferem mandato para agir na defesa de seus interesses, essa delegação de poderes não escusa de atender a certas exigências da ética e de adotar condutas e solicitar que as mesmas ou equivalentes sejam utilizadas pelo seu representante.” BAPTISTA, Luiz Olavo. *Ética e Arbitragem*. In CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira e MARTINS, Pedro Batista. **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017. p. 113.

associações de classe profissional³²⁰, quanto da arbitragem que possui seus próprios *standards*.

Espera-se do advogado do século XXI que domine o direito, mas que vá além, em um verdadeiro movimento transdisciplinar, conhecendo a “realidade financeira e social do mundo, um moralista profundamente inspirado pela ética que “enriquece a ideia de justiça”, tanto no mérito quanto na forma.”³²¹ A arbitragem propicia um verdadeiro mercado de atuação para os advogados³²², inclusive em jurisdições distintas da sua originária.

A disseminação da arbitragem como método preferido de solução de conflitos ampliou também as culturas jurídicas envolvidas no comércio internacional. E estas peculiaridades devem ser conhecidas para minimizar os conflitos ético-culturais que podem acontecer. Para muito além de advogados europeus e norte-americanos³²³, é preciso analisar a influência e o impacto da

³²⁰ Por exemplo, devendo o advogado atuar de acordo com o Código de ética da classe dos advogados a que esteja vinculado, como a OAB, a IBA, a CCBE - Conselho das Ordens de Advogados da Europa e outros.

³²¹ WALD, Arnoldo. A arbitragem e o mercado de trabalho dos advogados. In: WALD, Arnoldo. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**: a arbitragem, introdução e histórico. v. 1, 2014. p. 714.

³²² “O advogado pode exercer, no particular, várias funções, sendo o defensor das partes ou o perito legal para interpretar adequadamente normas legais ambíguas, ou cláusulas contratuais complexas e até contraditórias. Pode ser árbitro, indicado pelas partes, ou presidente do Tribunal Arbitral. Pode funcionar, em juízo, para impedir uma arbitragem, quando não existe cláusula compromissória, ou tratando-se de direito indisponível. Cabe-lhe, ainda, terminada a arbitragem, pleitear a sua execução ou a eventual anulação da decisão arbitral, por ter a mesma violado a ordem pública ou pela ausência de cláusula compromissória válida. Pode ainda, pleitear no STJ a homologação de sentença arbitral estrangeira, ou impugnar o mencionado pedido de homologação, se for o caso. É ainda da sua competência, requerer todas as medidas cautelares antes de constituído o tribunal arbitral”. WALD, Arnoldo. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**: a arbitragem, introdução e histórico. v. 1, 2014 p. 718.

³²³ Os advogados norte-americanos trouxeram sua bagagem litigante para a arbitragem, especialmente na parte probatória, por meio de interrogatórios e discovery, o que tem sido muito criticado por tornar o processo arbitral mais longo e caro.

entrada de profissionais latinos de língua espanhola³²⁴ e portuguesa, árabes³²⁵, africanos, asiáticos³²⁶, russos³²⁷ e do leste europeu.

Note-se, aliás, que na Pesquisa da *Queen Mary & White Case* de 2021³²⁸, Cingapura e Hong Kong se destacam juntamente com Londres, Paris e Genebra, como sedes preferidas de arbitragens internacionais. E neste sentido, a Ásia alça altos voos na arbitragem internacional, tendo três das cinco principais instituições de arbitragem: SIAC, HKIAC e CIETAC, passando LCIA, ficando atrás apenas da ICC.

No caso brasileiro, Arnaldo Wald defende que o mercado de trabalho da arbitragem pode expandir muito, pois um longo caminho já foi trilhado pelas primeiras gerações de arbitralistas, chegando um momento de democratização da arbitragem, ampliando o espectro do instituto para os diversos tipos de problemas,

³²⁴ VENEGAS, Marco Tulio. Cultural Considerations in Advocacy in Spanish-speaking Latin America. **Global Arbitration Review - The Guide to Advocacy**. 10 out. 2019. 4 ed. Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-advocacy/fourth-edition/article/cultural-considerations-in-advocacy-in-spanish-speaking-latin-america>. Acesso em: 08 set. 2021. O autor informa que existe uma advocacia latino-americana com formação tanto da civil law quanto da common law, e por mais que as provas escritas sejam preferidas em detrimento das orais, os advogados que atuam na seara arbitral estão desenvolvendo fortes habilidades em advocacia oral e contra-interrogatório. Ele também ressalta a tendência dos latinos a utilizarem o Judiciário paralelamente aos procedimentos arbitrais para questionarem procedimento, sentença, requerer medidas provisórias, impugnar árbitros etc., mas que os tribunais tem feito intervenções pontuais, incentivando e assegurando a arbitragem.

³²⁵ “When approaching an arbitration case involving Middle Eastern parties, counsel should bear in mind that they are penetrating a legal environment largely dominated by the civil legal tradition, with influences of traditional concepts inspired by shariah law in some parts of the Middle East.” WAHAB, Mohamed S Abdel. Cultural Considerations in Advocacy: The Arab World - A Recast. **Global Arbitration Review - The Guide to Advocacy**. 4 Ed. 01 out. 2019. Disponível em: <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-advocacy/fourth-edition/article/cultural-considerations-in-advocacy-the-arab-world-recast>. Acesso em: 08 set. 2021.

³²⁶ “An East Asian arbitrator also may not appreciate a zealous and aggressive cross-examination of an elderly Asian witness. Deference and courtesy are important, expected behavioural norms for an advocate who wishes to command the respect of an Asian arbitrator.” YEO SC, Alvin; YU, Chou Sean. Cultural Considerations in Advocacy: East Meets West. 01 out. 2019. **Global Arbitration Review - The Guide to Advocacy**. Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-advocacy/fourth-edition/article/cultural-considerations-in-advocacy-east-meets-west>. Acesso em: 08 set. 2021.

³²⁷ GRISHCHENKOVA, Anna. Cultural Considerations in Advocacy: Russia and Eastern Europe. **Global Arbitration Review - The Guide to Advocacy**. 01 out. 2019. 4 ed. Disponível em: <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-advocacy/fourth-edition/article/cultural-considerations-in-advocacy-russia-and-eastern-europe>. Acesso em: 08 set. 2021. A autora explica que os russos e os europeus orientais valorizam mais as provas escritas que as orais, as audiências são rápidas, o que exigem do advogado que seja claro e conciso, tratam o advogado com grande formalidade no tribunal, utilizam inferências negativas, mas não justificam suas decisões nelas.

³²⁸ QUEEN MARY UNIVERSITY AND WHITE & CASE. **2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world**. Disponível em: <https://www.whitecase.com/publications/insight/2021-international-arbitration-survey>. Acesso em: 10 set. 2021.

não se restringindo às grandes causas empresariais. O autor também defende que deve haver a preparação adequada de uma nova geração de advogados para a arbitragem desde os bancos universitários, inclusive para que os advogados brasileiros possam concorrer com os grandes escritórios multinacionais.³²⁹

Observe que no Brasil, é responsabilidade constitucional (art. 133, CF) do advogado administrar a justiça e “essa responsabilidade implica o dever de evitar tudo o que obste a celeridade na solução da demanda”³³⁰, pois a ética “engloba também a obrigação do representante da parte de conduzir o caso de maneira cortês e educada”³³¹. Deste modo, embora o advogado tenha o dever de lealdade para com o seu cliente, também o tem para com a atividade jurisdicional³³².

O mesmo ensinamento vem do direito arbitral francês (art. 1.464, alínea 3) onde se prevê que é obrigação do advogado agir com responsabilidade e lealdade³³³ contribuindo para a solução célere do conflito, ou seja, “os advogados poderiam em tese ser atacados quando, deliberadamente, postergarem o procedimento arbitral com ações puramente dilatórias e injustificadas aos olhos do juiz francês”³³⁴.

Assim, embora as práticas jurídicas norte-americanas tenham aumentado sua influência na arbitragem – o que causa uma democratização distorcida

³²⁹ WALD, Arnaldo. A arbitragem e o mercado de trabalho dos advogados. In WALD, Arnaldo. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**: a arbitragem, introdução e histórico. v. 1, 2014. p. 719-720.

³³⁰ BAPTISTA, Luiz Olavo. Ética e Arbitragem. In CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira e MARTINS, Pedro Batista. **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017. p. 115.

³³¹ BAPTISTA, Luiz Olavo. Ética e Arbitragem. In CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira e MARTINS, Pedro Batista. **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017. p. 115.

³³² “A lealdade para seu cliente obriga o advogado a proceder a um exame da prova, para certificar-se de que aquela que é proposta pelo cliente não venha a violar as qualidades importantes relativas à licitude, autenticidade e utilidade. A visão distorcida de que a defesa de alguém pode ser fruto ou resultar numa ênfase de criação de obstáculos para o andamento do processo, pois o tempo favoreceria o cliente, entra em choque com o dever de boa-fé que o advogado deve ter no procedimento arbitral”. BAPTISTA, Luiz Olavo. Ética e Arbitragem. CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira e MARTINS, Pedro Batista. **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017 p. 114.

³³³ “Para os advogados, ela impediria adotar posições contraditórias ou demorar injustificadamente para invocar irregularidades procedimentais, ou ainda introduzir novos pedidos ou documentos na véspera de uma audiência.” COSTA, Marina Mendes. A reforma do direito francês de arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 30, p. 27 – 42, Jul - Set / 2011, RT online, p. 5-6.

³³⁴ COSTA, Marina Mendes. A reforma do direito francês de arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 30, p. 27 – 42, Jul - Set / 2011, RT online, p. 5.

eticamente -, “é importante defender o justo equilíbrio entre a eficiência e a ética, que, no fundo, é o que deve existir entre o mercado e o direito.”³³⁵

Interessante abordar que o bom defensor deve se preocupar com a escolha do árbitro, pois quanto mais próximo o árbitro for da sua cultura jurídica, mais fácil deste árbitro, ao se comunicar com os demais membros do tribunal arbitral, esclarecer dúvidas a respeito das tradições envolvidas. O advogado também deve estar atento à linguagem utilizada com o tribunal, com as testemunhas e com o advogado adverso, pois a língua é uma barreira cultural, mesmo em um ambiente tão globalizado³³⁶.

Em conclusão, embora facultativa a postulação por intermédio de advogado, quando presente, seu papel é fundamental para manutenção do devido processo, do respeito à autonomia da vontade das partes e à ética.

2.4.3 Árbitros

Os árbitros são pessoas naturais³³⁷, escolhidas pelas partes, a fim de conhecerem do conflito e decidi-lo de forma definitiva. Esta afirmação de que qualquer pessoa pode ser árbitro, desde que seja de confiança das partes, pode gerar aos desavisados uma falsa impressão. A verdade é que poucos são os árbitros internacionais, sendo possível traçar suas características pessoais e

³³⁵ WALD, Arnaldo. A arbitragem e o mercado de trabalho dos advogados. In WALD, Arnaldo. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação: a arbitragem, introdução e histórico.** v. 1, 2014. p. 714.

³³⁶ YEO SC, Alvin; YU, Chou Sean. Cultural Considerations in Advocacy: East Meets West. 01 out. 2019. **Global Arbitration Review - The Guide to Advocacy.** Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-advocacy/fourth-edition/article/cultural-considerations-in-advocacy-east-meets-west>. Acesso em: 08 set. 2021.

³³⁷ A LAV de Portugal predispõe no art. 9.1 que “os árbitros devem ser pessoas singulares e plenamente capazes.” Vide também CPC italiano, art. 809-815 e CPC francês, arts. 1.451-1.459. PORTUGAL. **Lei da Arbitragem Voluntária de Portugal.** Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=1579&nversao=&tabela=leis Acesso em: 26 mar. 2021.

ITÁLIA. **Codice di procedura civile.** Disponível em: <https://www.studiocataldi.it/codiceproceduracivile/codicediproceduracivile.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2021.

FRANÇA. **Code de procédure civile.** Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070716/LEGISCTA000006089134/#LEGISCTA000006089134. Acesso em: 27 mar. 2021.

profissionais. Thomas Clay³³⁸ explica que geralmente o árbitro internacional é homem, não é jovem, é poliglota, dominando necessariamente o inglês, não tem nacionalidade específica, mas tem a sede do seu trabalho próximo de Paris. E quanto ao perfil profissional geralmente são juristas, prioritariamente advogados, sendo raros os árbitros que se dedicam exclusivamente ao ofício de árbitro.

O árbitro é o guardião do processo arbitral³³⁹, ele deve conduzir o procedimento dentro do devido processo legal e da ética, ultrapassando os incidentes para ao final decidir e pacificar o conflito que lhe foi trazido.

A relação contratual existente entre as partes e o árbitro é denominado de contrato para arbitrar, contrato de árbitro ou contrato de investidura³⁴⁰, que possui como objetivo a função jurisdicional, caracterizado por conter uma obrigação de resultado: prolatar a sentença arbitral³⁴¹. O contrato de investidura³⁴² é distinto da convenção arbitral, que significa a relação existente entre as partes que decidiram se submeter à arbitragem.

O árbitro exerce poder jurisdicional resultante da vontade das partes a fim de eliminar o conflito existente, pacificando-as mediante a realização da justiça. E nestes termos, “é poder e é jurisdição”³⁴³. E no exercício deste poder, o árbitro

338 CLAY, Thomas. Quem são os árbitros internacionais. Abordagem sociológica. WALD, Arnaldo (org.). **Arbitragem e Mediação**: Elementos da arbitragem e medidas de urgência. p. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1.011-1.032, (Coleção Doutrinas Essenciais; v.2). p. 1.027-1.032.

339 FLORESCU, Cristina Ioana. Emerging tools to attract and increase the use of international arbitration. **Juridical Tribune**. v. 10, n. 2, p. 256-278. jun. 2020. p. 257.

340 “O árbitro se compromete em fornecer e executar para as partes, com o benefício de seu conhecimento e habilidade, o desempenho de determinadas tarefas: investigar o caso, ouvir as partes e testemunhas, analisar as provas, aplicar os princípios do devido processo legal, ser diligente, discreto e no prazo fixado, ditar a sentença arbitral, sendo, para isso, remunerado (prestação de serviço).” LEMES, Selma Ferreira. Árbitro, conflito de interesses e o contrato de investidura. In CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira e MARTINS, Pedro Batista. **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017. p. 273-274.

341 LEMES, Selma Ferreira. Árbitro, conflito de interesses e o contrato de investidura. In CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira e MARTINS, Pedro Batista. **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017 p. 273.

342 “O contrato de investidura pode revestir-se de um instrumento independente ou decorrer da declaração de independência, imparcialidade e disponibilidade (documento existente em várias institucionais arbitrais), ata de missão ou termo de arbitragem (instrumentos ordenadores do procedimento arbitral) ou compromisso arbitral (art. 9 da Lei 9.307/1996).” LEMES, Selma Ferreira. Árbitro, conflito de interesses e o contrato de investidura. In CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira e MARTINS, Pedro Batista. **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017. p. 274.

343 DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013. Disponível em: http://www.arbitrationcertificate.com/wp-content/uploads/2015/07/2014_Annual-Lecture.pdf. Acesso em 04 set. 2021.p. 47.

assume o curso da arbitragem, com todos os poderes inerentes³⁴⁴ a este exercício, tais como comandar a instrução, sentenciar, atuar conforme a lei e a ética, com dedicação e probidade, sob pena de responsabilização civil e/ou criminal, de acordo com as circunstâncias³⁴⁵.

Cristina Florescu³⁴⁶ ensina que poderes inerentes nem sempre são expressamente concedidos aos árbitros, mas dos quais eles devem se beneficiar a fim de assegurar o desempenho de sua função, sendo eles: poderes de investigação e o poder de sancionar o mau comportamento.

O fato do árbitro ser escolhido pela parte não o torna representante desta e o fato de receber honorários para o exercício da jurisdição não o torna ligado a nenhuma das partes. Pelo contrário, é seu dever agir de acordo com a ética e com o devido processo. Esperar benefícios futuros do árbitro da parte é conduta reprovável. Nesse sentido é que se afirma que “além das partes guiarem-se pela boa fé, os árbitros também têm, no exercício de suas funções, de prestigiar a Ética e a Moral, como pressupostos necessários à concretização da justiça”³⁴⁷.

A eficácia da atuação arbitral deve ser conciliada com a ética³⁴⁸, pois a função de árbitro é jurisdicional e não um negócio mercantil³⁴⁹, como bem

³⁴⁴ Interessante observar que o 1.468 do CPC francês dispõe que: “O tribunal arbitral pode ordenar às partes, nas condições que ele determinar e se necessário sob pena de multa, toda medida conservatória ou provisória que ele julgar oportuna.” FRANÇA. **Code de procédure civile**. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070716/LEGISCTA000006089134/#LEGISCTA000006089134. Acesso em: 27 mar. 2021.

³⁴⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

Disponível em: http://www.arbitrationcertificate.com/wp-content/uploads/2015/07/2014_Annual-Lecture.pdf. Acesso em 04 set. 2021.p. 51.

³⁴⁶ FLORESCU, Cristina Ioana. Emerging tools to attract and increase the use of international arbitration. **Juridical Tribune**. v. 10, n. 2, p. 256-278. jun. 2020. p. 257.

³⁴⁷ SANTOS, Adriano Barreto Espíndola. A Boa Fé e a Arbitragem: Um Estudo à Luz do Comércio Internacional Luso-brasileiro. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 3, n. 1, p. 1-41, 2017. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/1/2017_01_0001_0041.pdf. Acesso em: 27 abr. 2021.p. 26.

³⁴⁸ “Diz-se que a ética do árbitro é a ética da arbitragem. Decorre, por conseguinte, que a arbitragem se fundamenta, sobretudo, na consciência moral do árbitro.” LEMES, Selma Maria Ferreira. A Independência e a Imparcialidade do Árbitro e o Dever de Revelação. **RBA**, n. 26, p. 21-34, abr.-jun. 2010. p. 22.

³⁴⁹ WALD, Arnaldo. A arbitragem e o mercado de trabalho dos advogados. In WALD, Arnaldo. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação: a arbitragem, introdução e histórico**. v. 1, 2014. p. 713.

advertem Yves Dezalay e Bryant Garth quando ministram que “a arbitragem é um dever, não uma carreira”.³⁵⁰

Importante lembrar que não existe a regulamentação da atividade de árbitro, não se é árbitro, se está árbitro e isto significa que a atuação jurisdicional do árbitro depende da confiança, indicação e aceitação para julgar uma determinada controvérsia. Para Selma Ferreira Lemes³⁵¹ “estar árbitro” é demonstrar disciplina e sensibilidade, disponibilidade de tempo, preparo para as audiências, ter prontidão e iniciativa e agir com celeridade³⁵² para não retardar o procedimento, “enfim, estar árbitro é um ser humanista e atuar, também, como um diplomata”³⁵³.

O número de árbitros deve ser sempre ímpar, podendo ser um único árbitro ou um tribunal composto por vários, sendo comum o tribunal com três³⁵⁴ árbitros. O árbitro, enquanto prestador de serviço jurisdicional recebe honorários, que podem ser fixados diretamente com as partes na arbitragem *ad hoc* ou pré-fixados em tabelas pelas instituições/câmaras de arbitragem³⁵⁵. Este custo deve ser ponderado na escolha do árbitro e da instituição arbitral que administrará o

³⁵⁰ DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant G. **Dealing in Virtue**. Chicago: The University of Chicago Press, 1996, p. 34. No original “Arbitration is a duty, not a career”.

³⁵¹ LEMES, Selma Ferreira. Entrevista. **Memórias do desenvolvimento da arbitragem no Brasil**. NEVES, Flávia Bittar; MAIA NETO, Francisco; MUNIZ, Joaquim de Paiva e RANZOLIN, Ricardo (org.). Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018. p. 257-273. p. 750.

³⁵² Marina Mendes Costa ao analisar que o art. 1.464, alínea 3, do CPC francês, se refere ao dever de celeridade do árbitro, comenta: “Ao introduzir a obrigação de celeridade para os árbitros, o legislador francês pretendeu não somente reforçar as obrigações impostas aos árbitros, mas também abrir as portas para possíveis ações de responsabilidade contra os mesmos. Ora, um dos problemas que encontra atualmente a arbitragem, seja interna ou internacional, é a sobrecarga de trabalho dos árbitros que muitas vezes conduzem várias arbitragens ao mesmo tempo, transformando-se em verdadeiros “árbitros profissionais” com um volume enorme de trabalho, o que acaba penalizando a celeridade nos procedimentos arbitrais.” COSTA, Marina Mendes. A reforma do direito francês de arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 30, p. 27 – 42, Jul - Set / 2011, RT online, p. 5.

³⁵³ LEMES, Selma Ferreira. Entrevista. **Memórias do desenvolvimento da arbitragem no Brasil**. NEVES, Flávia Bittar; MAIA NETO, Francisco; MUNIZ, Joaquim de Paiva e RANZOLIN, Ricardo (org.). Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018. p. 751.

³⁵⁴ Art. 8º da LAV de Portugal: “1 - O tribunal arbitral pode ser constituído por um único árbitro ou por vários, em número ímpar. 2 - Se as partes não tiverem acordado no número de membros do tribunal arbitral, é este composto por três árbitros.” Portugal. **Lei da Arbitragem Voluntária de Portugal**. Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=1579&nversao=&tabela=leis Acesso em: 26 mar. 2021.

³⁵⁵ Draetta opina que as arbitragens institucionais são mais seguras que as ad hoc e valem o custo. DRAETTA, Ugo. **La otra cara del arbitraje internacional** María Cecilia Brusa (trad.). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012. p. 97-98.

procedimento a fim de viabilizar economicamente a realização do procedimento arbitral.

Quanto à nacionalidade dos árbitros, em regra, fica à critério da autonomia da vontade das partes e da confiança depositada nos árbitros³⁵⁶. A lei brasileira é silente quanto a este aspecto, mas a Lei de Arbitragem Voluntária de Portugal trata do assunto em seu artigo 9.2, prevendo que “ninguém pode ser preterido, na sua designação como árbitro, em razão da nacionalidade, sem prejuízo do disposto no n.º 6 do artigo 10º e da liberdade de escolha das partes”.

Neste aspecto, António Menezes Cordeiro³⁵⁷ reflete que a nacionalidade do árbitro deve ser ponderada pelas partes em uma arbitragem internacional, mas que a vedação de nomeação de árbitros de mesma nacionalidade das partes é inadmissível, pois caracterizaria uma discriminação e não se justifica em um mundo globalizado, tratando-se de profissionais competentes. Aliás, ele informa que “é erro crasso, quando se aplique a lei de um Estado, nomear um árbitro que não a conheça”, e se for o presidente do tribunal, corre-se dois riscos: “(a) ou procede a uma aplicação inadequada e imprevisível; (b) ou é “capturado” pelo árbitro-de-parte a quem a lei aplicável seja familiar”³⁵⁸.

Quanto à preparação do árbitro, Luiz Olavo Baptista³⁵⁹ ressalta que é dever do árbitro estudar e conhecer a matéria do conflito, a fim de que possa conduzir adequadamente o procedimento e bem decidi-lo. “O decidir bem consiste na

³⁵⁶ “Possuir a mesma nacionalidade das partes é um fator que pode ter grande influência em uma arbitragem internacional. Primeiro, porque muitas vezes as partes se sentem mais seguras ao nomear um árbitro que seja de mesma nacionalidade; segundo; porque a nacionalidade de um árbitro pode vir a ser um empecilho para sua nomeação por uma autoridade de nomeação. Com relação à confiança que pode nascer em uma parte pelo fato de o árbitro ser de mesma nacionalidade, ela se explica por diversas razões. Vindo de um mesmo país, o árbitro pode entender melhor o contexto no qual a parte se encontra, sem contar que ele terá mais facilidade em analisar documentos escritos em sua língua materna, principalmente se este for o idioma da arbitragem, e assim terá maior facilidade em interpretar e entender a posição dessa parte, com a qual, mesmo que inconscientemente, se identifique com mais facilidade.” LEE, João Bosco e PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. A Obrigação da Revelação do Árbitro – Está Influenciada por Aspectos Culturais ou Existe um Verdadeiro Standard Universal? **RBAr**. N. 14. p. 9-22, abr.- jun. 2007. p. 18.

³⁵⁷ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado da Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 135.

³⁵⁸ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado da Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2015. P. 135.

³⁵⁹ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Ética e Arbitragem*. CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira e MARTINS, Pedro Batista. **20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. São Paulo: Atlas, 2017. p. 111.

emissão de uma sentença justa do ponto de vista jurídico, eficaz (ou seja, exequível) de acordo com o direito aplicável, escolhido pelas partes”³⁶⁰.

Especialmente na arbitragem internacional, a atuação do árbitro é ainda mais complexa, se comparada a um magistrado estatal, pois está envolvido em um contexto maior de leis aplicáveis, análise de fatos e formulação de uma sentença que seja exequível em todos os ordenamentos jurídicos envolvidos³⁶¹, o que torna ainda mais relevante a escolha do árbitro pelas partes.

Os árbitros devem manter sua independência³⁶² e imparcialidade³⁶³ a fim de garantir uma sentença exequível ao final do procedimento. Neste sentido, José Emilio Nunes Pinto³⁶⁴ expõe que:

[...] o sucesso da arbitragem depende do árbitro ou árbitros a quem se confia a solução da controvérsia. Ele é o centro de todo o procedimento e seu desempenho determina o resultado da solução da controvérsia. Em face desse relevante papel desempenhado, surgem, não raro, questões quanto à conduta do árbitro. Dessa forma, na medida em que entendemos que a conduta é fator primordial para o sucesso de qualquer arbitragem, não podemos nos esquivar, em nome da melhor compreensão do instituto, de abordar a importância da ética no procedimento.

³⁶⁰ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Ética e Arbitragem*. CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira e MARTINS, Pedro Batista. **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017. p. 111.

³⁶¹ BARROCAS, Manuel Pereira. **Estudos de Direito e Prática Arbitral**. Coimbra: Almedina, 2017. p. 103.

³⁶² “A origem da nomeação, como se sabe, não pode interferir na atuação de quem arbitra, porém, por vezes, há quem, por incompreensão, pense que pode (ou deveria) ter um viés favorável a quem o indicou. Os demais árbitros têm o dever ético de manter a devida cortesia com a pessoa, sem se deixar influenciar de uma ou outra forma.” BAPTISTA, Luiz Olavo. *Ética e Arbitragem*. CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira e MARTINS, Pedro Batista. **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017. p. 113.

³⁶³ “O árbitro deve ser independente e imparcial, isto é, não deve ter vínculo com as partes (independência) e interesse na solução do conflito (imparcialidade). A independência é definida como a manutenção pelo árbitro, num plano de objetividade tal, que no cumprimento de seu mister não ceda a pressões nem de terceiros nem das partes. O árbitro deve decidir a controvérsia exclusivamente com base nas provas produzidas nos autos e no Direito (ou por equidade se assim estiver autorizado pelas partes). A independência do árbitro está vinculada a critérios objetivos de verificação. Já a imparcialidade vincula-se a critérios subjetivos e de difícil aferição, pois externa um estado de espírito (state of mind).” LEMES, Selma Ferreira. *Árbitro, conflito de interesses e o contrato de investidura*. In CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira e MARTINS, Pedro Batista. **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017. p. 275.

³⁶⁴ PINTO, José Emilio Nunes. A importância da ética na arbitragem. **Âmbito Jurídico**. 31 ago. 2003. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-14/a-importancia-da-etica-na-arbitragem/>. Acesso em: 02 fev. 2021.

Assim, como visto anteriormente, os árbitros possuem o dever de revelar³⁶⁵ circunstâncias que possam suscitar questionamentos acerca da sua independência e imparcialidade³⁶⁶, uma vez que o contrato de investidura “está calcado na confiança das partes na figura do julgador, o árbitro”³⁶⁷.

No entanto, pertinente a discussão trazida por João Bosco Lee e Maria Claudia de Assis Procopiak no que tange à obrigação de revelação do árbitro internacional, se esse dever tem natureza universal ou se pode ser influenciado por fatores pessoais ou culturais do árbitro. No plano ideal, informam que “ao cumprir sua obrigação de revelação, o árbitro deve abstrair toda e qualquer ideia ou conceito calcado em aspectos culturais, econômicos, jurídicos ou sociais”³⁶⁸, mas é claro que o árbitro não é um robô e de todo modo tem suas próprias convicções e valores jurídicos e sociais, mas eles não podem ser vistos como verdades absolutas, pois a ausência de neutralidade seria flagrante³⁶⁹. Em conclusão, o

³⁶⁵ “O objetivo da revelação é informar as partes sobre uma determinada situação que, se elas desejarem, podem examinar melhor para apurar se, objetivamente - ou seja, do ponto de vista de um terceiro razoável com conhecimento dos factos e circunstâncias relevantes – existem dúvidas justificáveis quanto à imparcialidade ou independência do árbitro. Se a conclusão for no sentido da inexistência de dúvida justificável, o árbitro poderá exercer a função.” INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **Diretrizes sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional aprovadas por Resolução em 23 de outubro de 2014.** Disponível em <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=EB37DA96-F98E-4746-A019-61841CE4054C>. Acesso em: 29 ago. 2021. “Muitas vezes, o árbitro indicado não tem certeza se deve revelar certo fato, se seria relevante ou desnecessário. Na dúvida, aconselha-se que seja revelado, pois o prejuízo da revelação sempre será menor do que da eventual omissão, já que, se esse fato, aos olhos das partes, for importante e causa de sua rejeição, sua omissão poderá pôr em risco toda a arbitragem.” LEMES, Selma Maria Ferreira. A Independência e a Imparcialidade do Árbitro e o Dever de Revelação. **RBA**, n. 26, p. 21-34, abr.- jun. 2010. p. 27. Ainda, “o dever de revelação é, hoje, a questão central no que diz respeito à independência e à imparcialidade dos árbitros.” LEE, João Bosco e PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. A Obrigação da Revelação do Árbitro – Está Influenciada por Aspectos Culturais ou Existe um Verdadeiro Standard Universal? **RBAr**. N. 14. p. 9-22, abr.- jun. 2007. p. 10.

³⁶⁶ “Princípio Geral n. 1. Todo o árbitro deve ser imparcial e independente em relação às partes no momento da aceitação da sua nomeação, e assim deve permanecer durante todo o processo arbitral até que seja proferida a sentença arbitral final ou o processo termine definitivamente de outra forma.” INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **Diretrizes sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional aprovadas por Resolução em 23 de outubro de 2014.** Disponível em <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=EB37DA96-F98E-4746-A019-61841CE4054C>. Acesso em: 29 ago. 2021.

³⁶⁷ LEMES, Selma Ferreira. Árbitro, conflito de interesses e o contrato de investidura. In CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira e MARTINS, Pedro Batista. **20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz.** São Paulo: Atlas, 2017. p. 276.

³⁶⁸ LEE, João Bosco e PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. A Obrigação da Revelação do Árbitro – Está Influenciada por Aspectos Culturais ou Existe um Verdadeiro Standard Universal? **RBAr**. N. 14. p. 9-22, abr./ jun. 2007. p. 16.

³⁶⁹ LEE, João Bosco e PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. A Obrigação da Revelação do Árbitro – Está Influenciada por Aspectos Culturais ou Existe um Verdadeiro Standard Universal? **RBAr**. N. 14. p. 9-22, abr./ jun. 2007. p. 17.

“dever pode ser universal enquanto obrigatório a todo e qualquer árbitro internacional, porém, a forma como é cumprido está irremediavelmente calcada em uma matriz cultural, inerente ao árbitro, impossível de ser abstraída.”³⁷⁰

Deste modo, no contexto ético, o que não se pode admitir é que partes astuciosas se valham de impugnações frívolas e maliciosas para atrasar ou impedir a formação do tribunal arbitral e o desenvolvimento dos trabalhos³⁷¹.

Significa dizer que o direito de impugnação ou recusa do árbitro deve ser muito bem analisado para que não propicie uma estratégia protelatória conhecida como “tática de guerrilha”. E nesse sentido, a *soft law*³⁷² é muito utilizada para tentar identificar quais seriam os critérios capazes de gerar circunstâncias que suscitem fundadas dúvidas sobre a independência e imparcialidade do árbitro.

Cândido Rangel Dinamarco elucida as virtudes esperadas de um árbitro:

a) a *honestidade*, devendo o árbitro cultivar os valores morais e éticos vigentes na sociedade em que vive e inerentes à sua função; b) a *justiça*, sendo seu dever alinhar-se à verdade dos fatos e decidir com fidelidade aos preceitos jurídicos relacionados com a correta atribuição de bens aos litigantes; c) a *paciência*, a ser cultivada mediante a compreensão das aflições dos sujeitos que estão em busca de uma solução para as crises em que se encontram; d) a *diligência*, não se satisfazendo com o cumprimento meramente burocrático de suas funções, mas buscando sempre os melhores caminhos para se instruir e para conferir efetividade a suas decisões; e) a *independência*, especialmente em relação à parte que o houver nomeado; f) a *imparcialidade*, especialmente em relação ao adversário da parte que o houver nomeado; g) o *respeito* aos litigantes, evitando atitudes truculentas ou de menosprezo à dignidade de cada um; h) a *discrição*³⁷³, que inclui decoro e compostura tanto nos momentos em

³⁷⁰ LEE, João Bosco e PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. A Obrigação da Revelação do Árbitro – Está Influenciada por Aspectos Culturais ou Existe um Verdadeiro Standard Universal? **RBAr**. N. 14. p. 9-22, abr./jun. 2007. p. 22.

³⁷¹ CORDEIRO, António Menezes. **Tratado da Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 153.

³⁷² Como as Guidelines da IBA (International Bar Association): IBA Rules of Ethics for International Arbitrators e as Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration. “Ressalte-se que, com a globalização dos negócios, cada vez mais se faz necessária a transparência do árbitro no ato de revelar fatos importantes que possam comprometer toda a arbitragem, especialmente considerando que os partícipes dos negócios internacionais são grandes grupos com sociedades coligadas em todas as partes do globo, bem como de sociedades de advogados com filiais em todos os continentes. Essas redes são campo fértil para o surgimento de conflitos e poderão redundar no aumento de casos de impugnações de árbitros, especialmente em arbitragens internacionais. Nesta linha, os códigos de ética e as regras de conflito de interesses da IBA podem ser adequadas ferramentas a nortear situações específicas.” LEMES, Selma Maria Ferreira. A Independência e a Imparcialidade do Árbitro e o Dever de Revelação. **RBA**, n. 26, p. 21-34, abr./jun. 2010. p. 34.

³⁷³ “A discrição, como prevista em Lei, se constitui num requisito imposto ao árbitro e independe de ser o procedimento sigiloso ou não, sendo de ressaltar que o processo decisório será sempre restrito aos árbitros não sendo permitido às partes estar presentes a ele.” PINTO, José Emilio Nunes. A importância da ética na arbitragem. **Âmbito Jurídico**. 31 ago. 2003. Disponível em

que atua no processo quanto em suas manifestações fora do ambiente de trabalho; i) a *competência*, que é o resultado do estudo e dedicação aos atos de seu mister. Ao predicado da *competência* associa-se o da *especialização* do árbitro, da qual se espera que decorra sua maior capacidade de bem sentir e entender o litígio, as razões da controvérsia, os valores econômicos em jogo, as praxes vigentes no meio social ou empresarial em que o litígio se insere etc. Ao da *diligência* associa-se o da *disponibilidade* – devendo o árbitro administrar seu tempo de modo a poder aplicar-se com dedicação aos casos que assume.³⁷⁴

De qualquer maneira, o árbitro é o terceiro de confiança das partes que terá o poder-dever de julgar³⁷⁵ com imparcialidade³⁷⁶, independência e neutralidade, correspondendo a sentença arbitral à resposta jurisdicional que deve ser justa, tempestiva e efetiva.

2.5 CLASSIFICAÇÃO DAS FASES DO PROCEDIMENTO ARBITRAL

Muitas são as possibilidades de classificação³⁷⁷ das fases do procedimento arbitral, mas para fins didáticos, adota-se a classificação trazida por Pedro A. Batista Martins³⁷⁸: fase pré-arbitral, fase arbitral e fase pós-arbitral.

<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-14/a-importancia-da-etica-na-arbitragem/>. Acesso em: 02 fev. 2021.

³⁷⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

Disponível em: http://www.arbitrationcertificate.com/wp-content/uploads/2015/07/2014_Annual-Lecture.pdf. Acesso em 04 set. 2021.p. 30.

³⁷⁵ Vide art. 18 Lei n. 9.307/1996: “O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.” BRASIL. **Lei 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: 27 ago 2021.

³⁷⁶ Os deveres de imparcialidade e independência dos árbitros se aplicam igualmente a presidentes de tribunais, árbitros únicos e co-árbitros, seja qual for o modo de nomeação. Estes deveres também obrigam os secretários do Tribunal, secretários administrativos e assistentes, de árbitros únicos ou do Tribunal Arbitral, sendo da responsabilidade do Tribunal Arbitral zelar para que estes deveres sejam respeitados em todas as fases do processo arbitral, conforme o Princípio 5 das Diretrizes IBA sobre Conflitos de Interesses na Arbitragem Internacional. IBA. Commentary on the revised text of the 2020 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. 2021. Disponível em <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=4F797338-693E-47C7-A92A-1509790ECC9D>. Acesso em 28 ago. 2021.

³⁷⁷ CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem**: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas. 7 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 251 apresenta a classificação baseada nos ensinamentos de Fouchard, Gaillard e Goldman: Fase I – Instauração da Arbitragem; Fase II – Organização da arbitragem; Fase III - Desenvolvimento da Arbitragem.

³⁷⁸ MARTINS, Pedro A. Batista. **As três fases da arbitragem**. Disponível em: <http://batistamartins.com/as-tres-fases-da-arbitragem-2/>. Acesso em: 02 fev. 2021.

Luis Fernando Guerrero³⁷⁹ informa que é comum e indicado que os árbitros, ao tomarem conhecimento do litígio e das alegações das partes, adotem um Termo de Arbitragem ou Ata de Missão a fim de pormenorizarem conjuntamente com as partes as demandas trazidas e estabelecerem um cronograma do processo arbitral.

O estudo das fases do procedimento arbitral é importante para identificar a atuação dos atores arbitrais em cada uma delas, para ao final verificar quando há desvio ou abuso, quais são seus impactos sobre o processo arbitral e quais são os mecanismos de controle.

2.5.1 Fase Pré-arbitral

Para Pedro A. Batista Martins³⁸⁰ a fase pré-arbitral começa com a assinatura da convenção de arbitragem e fica dormente até que o conflito surja, terminando apenas com a efetiva aceitação e confirmação da nomeação dos árbitros, o que ocorre após submetido o Termo de Independência às demandantes³⁸¹. Nesta fase ainda não surgiu a jurisdição arbitral, sendo por isso, passível que a parte interessada busque o Poder Judiciário para eventual tutela cautelar e de urgência³⁸².

Já a atividade do árbitro nesta fase é de extrema importância, embora se destaque mais nos bastidores da sua escolha do que na sua atuação. Como já visto, é recomendável que na fase pré-arbitral ocorra uma entrevista³⁸³ com

³⁷⁹ GUERRERO, Luis Fernando. Arbitragem e Processo Arbitral. In: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes e SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem**: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 227-253. p. 241.

³⁸⁰ MARTINS, Pedro A. Batista. **As três fases da arbitragem**. Disponível em: <http://batistamartins.com/as-tres-fases-da-arbitragem-2/>. Acesso em: 02 fev. 2021. p. 2.

³⁸¹ Pedro A. Batista Martins interpreta que o art. 19 da Lei de Arbitragem brasileira se refere à instituição da arbitragem quando aceita a nomeação dos árbitros pelas partes. MARTINS, Pedro A. Batista. **As três fases da arbitragem**. Disponível em: <http://batistamartins.com/as-tres-fases-da-arbitragem-2/>. Acesso em: 02 fev. 2021.

³⁸² Vide art. 22-A da Lei n. 9.307/1996. BRASIL. **Lei 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: 27 ago 2021.

³⁸³ “Considerando-se que muitas vezes os árbitros são nomeados pelas partes, parece-nos lógico que o primeiro contato, no qual a parte pretende saber se o pretense árbitro encontra-se em capacidade de aceitar sua missão e se ele terá a disponibilidade necessária, não cria uma situação de conflito. Mesmo se os primeiros contatos devem ser os mais restritos possíveis, ao menos a natureza do litígio, i.e., qual a matéria envolvida no caso, deve ser informada à pessoa desejada como árbitro, a fim de permitir-lhe avaliar suas capacidades para tratar a questão. Seria mesmo

potenciais candidatos ao cargo de árbitro, onde se discuta sua experiência profissional, possíveis conflitos de interesse e disponibilidade para atuar³⁸⁴.

No entanto, a linha ética é muito tênue, o que incentivou a CI Arb a elaborar a *Guideline 1 - Interviews for Prospective Arbitrators*³⁸⁵. A *guideline* traz instruções sobre o que pode e o que não deve ser discutido nesta reunião a fim de permitir que as partes realmente escolham o árbitro em quem confiam, tanto pelo aspecto ético quanto pelo aspecto técnico, sem macular³⁸⁶ esta etapa pré-arbitral.

A forma como é feito o convite a alguém para ser árbitro, assim como aquilo que pode e deve ser dito por quem o faz, também estão sujeitos a regras éticas. Não se pode sequer pensar em insinuar o resultado ou opinião do convidado sobre a matéria objeto da arbitragem, sob pena de torná-lo impedido, assim como este não pode adiantar nenhum julgamento ou avaliação dos fatos ou direito no caso em que pode vir a atuar.³⁸⁷

A indicação do árbitro é uma das etapas mais estratégicas para o sucesso da arbitragem, uma vez que a especialização, competência profissional e

irresponsável da parte de um árbitro aceitar uma nomeação sem conhecer a natureza da causa.” PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. As Diretrizes do International Bar Association sobre Conflitos de Interesses na Arbitragem Internacional. **RBAr**. N. 16, p. 7-40, Out-Dez/2007. p. 22-23.

³⁸⁴ NUNES, Thiago Marinho. Os bastidores da atividade do árbitro: a fase pré-arbitral. **Migalhas**. 27 out. 2020. Disponível em <https://migalhas.uol.com.br/coluna/arbitragem-legal/335474/os-bastidores-da-atividade-do-arbitro--a-fase-pre-arbitral>. Acesso em: 02 fev. 2021. p. 2.

³⁸⁵ CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS (CI Arb). **Interviews for Prospective Arbitrators**. Disponível em: <https://www.ciarb.org/media/4185/guideline-1-interviews-for-prospective-arbitrators-2015.pdf>. Acesso: 05 fev. 2021. Logo na introdução, a *guideline* explica que fornecerá diretrizes sobre: i) como responder a um pedido de entrevista por uma parte antes da nomeação – princípios gerais (art. 1º); ii) assuntos que podem ser discutidos em uma entrevista antes de um compromisso (art. 2º); iii) assuntos que não são apropriados para discussão em uma entrevista antes da nomeação (art. 3º) e iv) acordos específicos para entrevista com potenciais candidatos a árbitro único ou presidente de tribunal arbitral (art. 4º).

³⁸⁶ O item 4 do Preâmbulo da *Guideline* sobre Entrevistas com potenciais árbitros ressalta justamente o cuidado para que a entrevista não se transforme em argumento para que a parte contrária alegue violação à imparcialidade ou independência do árbitro eventualmente indicado: “4. Even though such an interview would take place before any appointment was made, purely because it involves only one of the parties and the prospective arbitrator present, it carries with it a risk that the absent party may later use the fact of the interview to challenge the arbitrator’s impartiality and independence, assuming they are appointed. Accordingly, prospective arbitrators should take great care when participating in such an interview to ensure that it does not compromise the integrity of the arbitral process or their impartiality and independence.” CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS (CI Arb). **Interviews for Prospective Arbitrators**. Disponível em: <https://www.ciarb.org/media/4185/guideline-1-interviews-for-prospective-arbitrators-2015.pdf>. Acesso: 05 fev. 2021.

³⁸⁷ BAPTISTA, Luiz Olavo. *Ética e Arbitragem*. CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira e MARTINS, Pedro Batista. **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017. p. 107.

disponibilidade do árbitro são fundamentais para a redução dos custos de transação da arbitragem.

O árbitro, ao pretender assumir uma dada causa, deve ter completa percepção e comprometimento com aquilo que poderá vir a decidir. É uma espécie de lealdade na fase pré-contratual (árbitro-partes), o que acompanha, indubitavelmente, o dever anexo da confiança. Então, se se está diante de um complexo caso, que supera seu campo de conhecimento técnico, torna-se inaceitável e contrário à boa fé, que se assuma tal demanda. Não só nesta situação, mas, também, quanto ao empenho de acompanhar-se no agir com a celeridade nos trâmites processuais – talvez seja este o principal elemento da arbitragem. A inteireza de caráter e profissional não deixa o “encarregado da justiça” se desviar do caminho almejado.³⁸⁸

Com a indicação do profissional, em razão do seu dever de revelação, pode ser questionado sobre sua imparcialidade e independência, o que o obrigará a apresentar o *disclosure*³⁸⁹. É um momento delicado da arbitragem, onde devem ser eliminadas as dúvidas acerca das questões éticas envolvendo o árbitro.

Em alguns casos, o árbitro, mesmo tendo apresentado robusto *disclosure* pode ser impugnado. Alguns profissionais, entendem que a mera existência de impugnação lhe causaria desconforto para atuar no caso, e, de imediato, renunciam ao posto. Outros, cientes de que cumpriram seu dever legal e acima de tudo ético de revelar (e ainda que tenham informado questões dispostas em domínio público), respondem “à altura” e permanecem no caso aguardando o julgamento das impugnações, a

³⁸⁸ SANTOS, Adriano Barreto Espíndola. A Boa Fé e a Arbitragem: Um Estudo à Luz do Comércio Internacional Luso-brasileiro. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 3, n. 1, p. 1-41, 2017. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/1/2017_01_0001_0041.pdf. Acesso em: 27 abr. 2021. p. 28.

³⁸⁹ “Princípio Geral 3: Revelação pelo árbitro. (a) Se existirem factos ou circunstâncias que possam, aos olhos das partes, suscitar dúvidas quanto à imparcialidade ou independência do árbitro, cumpre ao árbitro revelá-los às partes, à instituição arbitral ou a outra autoridade responsável pela nomeação (se existir, e se assim for requerido pelas regras institucionais aplicáveis) e aos coárbitros, se os houver, antes de aceitar a sua nomeação ou, se já tiver ocorrido a aceitação, assim que deles tiver conhecimento. (b) Uma declaração antecipada ou renúncia prévia em relação a possíveis conflitos de interesses provenientes de factos e circunstâncias que possam acontecer futuramente não isenta o árbitro do seu permanente dever de revelação de acordo com o Princípio Geral 3(a). (c) Decorre dos Princípios Gerais 1 e 2(a) que o árbitro que tenha feito uma revelação se considera imparcial e independente das partes, apesar dos factos revelados e, assim, capaz de cumprir os seus deveres como árbitro. De outra forma, o árbitro teria recusado a sua indicação ou nomeação logo que ela ocorreu, ou teria renunciado. (d) Qualquer dúvida quanto à necessidade de revelação de determinados factos ou circunstâncias por um árbitro deve ser resolvida em favor da revelação. (e) Ao analisar a existência, ou não, de factos ou circunstâncias passíveis de revelação, o árbitro não deve levar em conta se o processo arbitral está numa fase inicial ou adiantada.” INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **Diretrizes sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional aprovadas por Resolução em 23 de outubro de 2014**. Disponível em <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=EB37DA96-F98E-4746-A019-61841CE4054C>. Acesso em: 29 ago. 2021.

maioria julgada improcedente pelos órgãos formados no âmbito dos centros arbitrais³⁹⁰.

Claro que este acaba sendo também um momento perspicaz para atuação guerrilheira de partes e advogados, que abusam do direito de impugnação para tumultuar e impedir que a arbitragem seja instituída, utilizando, inclusive de ações judiciais para impedir a instauração da arbitragem. Justamente por isso é importante que os candidatos a potenciais árbitros saibam se preparar para uma entrevista antes de eventual nomeação e neste sentido, a *guideline* 1 da CI Arb é bastante útil³⁹¹, enquanto *soft law* que serve de parâmetro internacional, além, é claro, das Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses na Arbitragem Internacional.

Contudo, passada a fase de eventual impugnação dos árbitros, com o aceite deles e a aprovação pelas partes, inicia-se o procedimento de arbitragem, propriamente dito.

2.5.2 Fase Arbitral

A instituição da arbitragem faz surgir a jurisdição privada dos árbitros, afastando a *longa manus* estatal, ou seja, a partir de então só caberá aos árbitros resolverem o conflito definido no Termo de Arbitragem³⁹².

Na fase arbitral, portanto, o Judiciário só poderá atuar se pleiteada a sua cooperação pelo tribunal arbitral³⁹³. Por essa razão “não cabe ao Judiciário cair na

³⁹⁰ NUNES, Thiago Marinho. Os bastidores da atividade do árbitro: a fase pré-arbitral. **Migalhas**. 27 out. 2020, p. 2. Disponível em <https://migalhas.uol.com.br/coluna/arbitragem-legal/335474/os-bastidores-da-atividade-do-arbitro--a-fase-pre-arbitral>. Acesso em: 02 fev. 2021.

³⁹¹ “The selection of arbitrators is one of the most important strategic steps in arbitration. Interviews with prospective arbitrators prior to appointments allow parties to obtain a more complete picture of candidates they are considering appointing. Such a practice undoubtedly carries risks that may be perceived as undermining the arbitrators’ impartiality and independence. This Guideline seeks to highlight best practice so as to inform prospective arbitrators how to prepare for and conduct interviews with a view to reducing the risk of a later challenge as a consequence of the interview.” CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS (CI Arb). **Interviews for Prospective Arbitrators**. Disponível em: <https://www.ciarb.org/media/4185/guideline-1-interviews-for-prospective-arbitrators-2015.pdf>. Acesso: 05 fev. 2021.

³⁹² MARTINS, Pedro A. Batista. **As três fases da arbitragem**. Disponível em: <http://batistamartins.com/as-tres-fases-da-arbitragem-2/>. Acesso em: 02 fev. 2021. p. 4.

³⁹³ Esta cooperação no sistema brasileiro é pelas cartas arbitrais previstas no art. 22-C da Lei 9.307/96 e art. 237, IV, CPC/2015.

tentação de atrair para si a jurisdição”³⁹⁴, nem mesmo para discutir hipóteses de invalidade, ineficácia ou nulidade da convenção arbitral ou qualquer outra que diga respeito à jurisdição arbitral, pois assegurado está o princípio da competência-competência³⁹⁵, ficando a atuação do Judiciário como subsequente, ou seja, ao final do processo arbitral³⁹⁶.

Uma das vantagens da arbitragem sobre a jurisdição estatal é a possibilidade de flexibilidade³⁹⁷ procedimental, inclusive à escolha das partes, num exercício de autonomia da vontade em busca de um procedimento adequado, feito sob medida para elas, por elas.

Porém, por vezes as partes não preveem todas as regras necessárias (arbitragem *ad hoc*), nem tampouco o regulamento arbitral prevê tudo (arbitragem institucional) e o árbitro se vê em situação de ter que construir as regras procedimentais com as partes ou até mesmo aplicar as que achar mais convenientes. Como ensina Carlos Alberto Carmona³⁹⁸, o que não vai se ver é um regulamento aos moldes do código de processo civil, pois isto levaria a instituição ao desaparecimento, já que o objetivo é a simplificação. Aliás, o autor ensina que em caso de lacunas não se deve buscar amparo na lei processual, mas nos princípios processuais, em especial na arbitragem internacional.

³⁹⁴ MARTINS, Pedro A. Batista. **As três fases da arbitragem**. Disponível em: <http://batistamartins.com/as-tres-fases-da-arbitragem-2/>. Acesso em: 02 fev. 2021. p. 4.

³⁹⁵ Vide art. 8, parágrafo único da LA. BRASIL. **Lei 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: 27 ago 2021.

³⁹⁶ MARTINS, Pedro A. Batista. **As três fases da arbitragem**. Disponível em: <http://batistamartins.com/as-tres-fases-da-arbitragem-2/>. Acesso em: 02 fev. 2021. p. 5. Vide também o art. 33 da LA.

³⁹⁷ “A flexibilidade que torna a arbitragem tão atraente reside no **método** de solucionar a controvérsia. Enquanto os juízes estão atrelados às teias do processo, com previsões mais ou menos rígidas, segundo o sistema de cada país, os árbitros têm maior liberdade para flexibilizar formas, fórmulas e atos do procedimento, tudo com o objetivo de facilitar a apuração dos fatos e a aplicação do direito. Este arejamento e esta liberdade são essenciais para quem pretenda resolver com rapidez e eficiência um dado litígio, sendo realçadas tais qualidades quando a disputa for travada nas vastas planícies do comércio internacional”. CARMONA, Carlos Alberto. **Flexibilização do procedimento arbitral. III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial)**. p. 161-180. Coimbra: Almedina, 2010. p. 180.

³⁹⁸ CARMONA, Carlos Alberto. **Flexibilização do procedimento arbitral. III Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial)**. p. 161-180. Coimbra: Almedina, 2010. p. 171.

Esta etapa arbitral vai da instituição da arbitragem até o seu julgamento, podendo dividir-se didaticamente em três sub-fases: fase postulatória, fase instrutória e fase decisória.

A fase postulatória é marcada pela apresentação dos memoriais das partes, ficando a critério originário das partes decidir o que é útil e necessário para a solução do conflito. Assim como no procedimento judicial, o pedido é fundamental para limitação do que será discutido e julgado no procedimento arbitral, sendo a cortesia e lealdade processual fundamental para o bom desenvolvimento do procedimento³⁹⁹.

Quanto à fase instrutória, predomina a autonomia da vontade das partes acerca da produção de provas, porém, de forma alguma o devido processo legal deve ser violado, ou seja, deve ser assegurada a ampla defesa e contraditório na produção de provas, relevando-se ainda, o poder instrutório do árbitro. Além disso, a cooperação das partes é fundamental para o regular desenvolvimento do procedimento arbitral, em especial na fase instrutória, sob pena de atitudes contrárias serem consideradas violadoras da boa-fé e por isso, penalizadas⁴⁰⁰.

E é justamente na fase instrutória que a diferença entre o sistema da *common law* e da *civil law* mais se destaca e interfere no procedimento arbitral.

³⁹⁹ “Aceito o pedido, a retificação ou interpretação – que implica custos – pode acarretar eventual surpresa. Além disso, muitas vezes a inabilidade de advogados que impolidamente ou agressivamente dirigem-se ao Tribunal pode acarretar reação instintiva por parte dos árbitros, que pacientemente já foram provocados por esses advogados, mediante uma linguagem inadequada. Sabidamente, regras de cortesia estão para o comportamento humano assim como regras de higiene estão para a saúde das pessoas.” BAPTISTA, Luiz Olavo. Correção e Esclarecimento de Sentenças Arbitrais, **RBA**, n. 26, p. 7-20, abr./jun. 2010. p. 20.

⁴⁰⁰ “A cooperação diz respeito, sobretudo, a cumprir as determinações do tribunal arbitral, com a entrega de documentos, dentre outras provas pertinentes ou demais requerimentos. Não se concebe a desvalorização do tribunal arbitral para enaltecer quaisquer conveniências de se submeter a demanda ao poder judiciário, vez que, pela declaração livre de vontade, há uma obrigatoriedade da convenção, e uma atitude contrária leva a crer que a prática está eivada de má fé e deve ser, por isso, penalizada”. SANTOS, Adriano Barreto Espíndola. A Boa Fé e a Arbitragem: Um Estudo à Luz do Comércio Internacional Luso-brasileiro. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 3, n. 1, p. 1-41, 2017. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/1/2017_01_0001_0041.pdf. Acesso em: 27 abr. 2021. p. 30.

Emmanuel Gaillard fala sobre a importação⁴⁰¹ das técnicas de produção de provas da *common law*⁴⁰² na arbitragem, trazendo críticas sobre sua repetição de modo a transformar a arbitragem na reprodução do contencioso anglo-americano, com direito à contrainterrogatório (*cross-examination*)⁴⁰³ das testemunhas de fato e dos *experts*, alongando as audiências com intuito de testar a lógica e credibilidade delas, bem como a troca de pedidos de apresentação de documentos⁴⁰⁴ que estão na posse da parte contrária, mesmo que o documento lhe seja desfavorável.

No entanto, para além da divisão clássica entre *common law* e *civil law*, é preciso estar atento às diferenças culturais que permeiam as outras tradições jurídicas que participam deste comércio internacional globalizado. Por exemplo, se a arbitragem ocorrer no Oriente Médio, a *lex loci arbitri* pode desautorizar o poder dos árbitros de ordenarem medidas provisórias, sem o acordo das partes, ou ainda

401 “A importação das técnicas, especialmente as técnicas de apresentação da prova, mostra-se manifesta ao se observar o modo em que uma arbitragem se desdobra, inclusive no continente europeu, a partir do momento que a matéria litigiosa adquire certa importância. Não se trata mais, aqui, de regras específicas da arbitragem, mas de práticas próprias ao contencioso de tradição anglo-americana, cuja aplicação se estende, por um efeito de repetição, ao procedimento arbitral.” GAILLARD, Emmanuel. A contribuição do pensamento jurídico francês à arbitragem internacional. SALLES, Vivian (trad.). In **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 61, abr.- jun. 2019, p. 285 – 302. Disponível em Revista dos Tribunais Online. p. 7.

402 O que se chama de “americanização” da arbitragem internacional será abordada no próximo capítulo.

403 “O contrainterrogatório (*cross-examination*) das testemunhas de fato e dos *experts* de direito apresentados por cada uma das partes faz, atualmente, parte do cotidiano do advogado especializado em matéria de arbitragem. Por essa única razão, as audiências se prolongam, e não é raro que elas cheguem a durar uma semana, duas, às vezes até mais. Após a exposição oral inicial do caso, etapa de tradição mais civilista, as testemunhas e *experts* apresentados por cada parte são ouvidos e interrogados não apenas pelos árbitros, que, naturalmente, conservam o poder de condução da audiência; mas, sobretudo, pelos advogados da parte adversa que os confrontam à documentação e testam a lógica e credibilidade de suas afirmações, conforme uma abordagem digna de uma série de televisão norte-americana”. GAILLARD, Emmanuel. A contribuição do pensamento jurídico francês à arbitragem internacional. SALLES, Vivian (trad.). In **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 61, abr.- jun. 2019, p. 285 – 302. Disponível em Revista dos Tribunais Online. p. 7.

404 “De maneira menos imediatamente espetacular, mas talvez ainda mais relevante, a possibilidade de uma parte requerer a outra a produção de documentos que se encontram em sua posse e que são suscetíveis de causar incidência sobre a resolução da disputa se tornou moeda de troca nas arbitragens internacionais, pouco importando o lugar de tramitação ou do tipo de arbitragem – se comercial ou de investimento. As partes trocam entre si suas respectivas listas de pedidos de produção de documentos em uma tabela cujo nome foi inspirado em um renomado árbitro britânico – a Redfern Schedule. Em seguida, os árbitros devem decidir se é o caso de determinar a produção de determinada categoria de documentos, sendo incontáveis os casos em que a produção de documentos desfavoráveis à parte que os possuía alterou o curso da arbitragem.” GAILLARD, Emmanuel. Sociologia da Arbitragem Internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 45, p. 361-383, jul. -set. 2015, Revista dos Tribunais online. p. 7.

a necessidade de testemunhas fazerem um juramento sobre um livro sagrado, sem o qual a sentença arbitral pode ser anulada⁴⁰⁵.

No caso de arbitragens com partes, testemunhas e especialistas asiáticos, é importante ponderar o tom de voz e de perguntas em razão de serem mais calmos e retraídos, achando agressivo o tipo de interrogatório norte-americano⁴⁰⁶.

Ainda sobre a produção de provas, é fundamental o respeito à boa-fé e à lealdade processual por todos os atores arbitrais, pois, é justamente nesta fase que se encontram em maior número as táticas de guerrilha na arbitragem comercial internacional, como se analisará ao longo da pesquisa.

Quanto à fase decisória, o destaque é para a atuação do árbitro, a quem cabe decidir de forma definitiva o conflito que lhe foi apresentado, ressaltando que, salvo previsão legal e por convenção das partes, não cabe recurso da sentença arbitral. Aqui é de fundamental importância que a sentença respeite toda a principiologia estudada anteriormente, bem como a ordem pública, a fim de que possa, se necessário, ser reconhecida e cumprida perante autoridade judiciária competente. Neste sentido, a grande aceitação da Convenção de Nova Iorque possibilitou a harmonização dos procedimentos de reconhecimento e homologação de sentença arbitral estrangeira.

2.5.3 Fase Pós-Arbitral

A fase pós-arbitral inicia após a prolação da sentença final de arbitragem e/ou após eventual decisão em sede de embargos arbitrais⁴⁰⁷, ou seja, quando a parte perdedora deve cumprir a decisão ou quando presentes os requisitos para

⁴⁰⁵ WAHAB, Mohamed S Abdel. Cultural Considerations in Advocacy: The Arab World - A Recast. **Global Arbitration Review - The Guide to Advocacy**. 4 Ed. 01 out. 2019. Disponível em: <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-advocacy/fourth-edition/article/cultural-considerations-in-advocacy-the-arab-world-recast>. Acesso em: 08 set. 2021.

⁴⁰⁶ YEO SC, Alvin; YU, Chou Sean. Cultural Considerations in Advocacy: East Meets West. 01 out. 2019. **Global Arbitration Review - The Guide to Advocacy**. Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-advocacy/fourth-edition/article/cultural-considerations-in-advocacy-east-meets-west>. Acesso em: 08 set. 2021.

⁴⁰⁷ Em suma, a correção ou o esclarecimento da sentença arbitral só é admissível quando não pretende modificar a essência da decisão. Senão, constituiria o que foi chamado de jus sperniandi no passado.” BAPTISTA, Luiz Olavo. Correção e Esclarecimento de Sentenças Arbitrais, **RBA** N° 26 – Abr-Jun/2010. p 7- 20, p. 20.

eventual ação de nulidade⁴⁰⁸, registrando que a propositura de referida ação de nulidade deve estar fundamentada no seu exercício regular e de boa-fé, sob pena de ser o autor condenado à litigância de má-fé⁴⁰⁹.

Deste modo, a ação de nulidade deve ser manejada com parcimônia e efetivamente dentro dos limites legais, sob pena de ser utilizada como instrumento propício ao protelamento, caracterizando um abuso que para muitos caracteriza um tipo de tática de guerrilha arbitral.

Nesta fase procedimental, resta evidente que o Poder Judiciário tem competência para atuar no controle dos vícios de nulidade da sentença arbitral, mas exige-se cautela a fim de que comportamentos abusivos, infundados e maliciosos não tirem vantagem deste direito apenas com o fito de prolongar, desnecessária e abusivamente, a solução do conflito⁴¹⁰.

Porém, “os juízes não estão habilitados para revisar o mérito da sentença, para dizer se os árbitros julgaram bem ou mal. Só se admite causas de pedir fundamentadas em graves irregularidades”⁴¹¹, como previstas no art. 32-33 da LA, no art. 34.2 da Lei Modelo da UNCITRAL, no art. 22.2 do Acordo de Buenos Aires, nos arts. 1.491-1.493 do CPC francês etc.

Neste sentido tem sido julgado pelos tribunais nacionais, demonstrando que o controle judicial só é exercido mediante provocação e diante de sérias violações ao devido processo legal, à ordem pública e à autonomia da vontade, sob pena do Poder Judiciário ser utilizado como instrumento de manobras guerrilheiras, como se passará a estudar.

408 Vide art. 32 da LA. BRASIL. **Lei 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: 27 ago 2021.

409 MARTINS, Pedro A. Batista. **As três fases da arbitragem**. Disponível em: <http://batistamartins.com/as-tres-fases-da-arbitragem-2/>. Acesso em: 02 fev. 2021. p. 6.

410 MARTINS, Pedro A. Batista. **As três fases da arbitragem**. Disponível em: <http://batistamartins.com/as-tres-fases-da-arbitragem-2/>. Acesso em: 02 fev. 2021. p. 7.

411 FOUCHARD, Philip.e. Aonde Vai a Arbitragem Internacional? Clávio Valença Filho e Gisela Mation (trad.). **RBA**. n. 21, p. 281-297. Jan-Mar. 2009. p. 292.

3 TÁTICAS DE GUERRILHA NA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

Em que pese a arbitragem ser pautada pela autonomia da vontade, esta não é ilimitada. Ela encontra limites nos princípios jurisdicionais que visam garantir a eficácia do seu julgamento e nos princípios éticos que determinam uma conduta de boa-fé, cooperação e confiança, inclusive para manutenção da sua eficiência econômica, social e jurídica.

Deste modo, este capítulo visa abordar as transformações ocorridas no campo da arbitragem comercial internacional com a sua disseminação, para ao final, demonstrar os impactos que a conduta antiética, conhecida como tática de guerrilha, causa na economia da arbitragem comercial internacional.

3.1 TRANSFORMAÇÕES NO CAMPO DE ATUAÇÃO DA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

As transformações ocorridas no campo da arbitragem comercial internacional perpassam por conflito de gerações de arbitralistas, pela inserção de profissionais influenciados pelo sistema norte americano e sua forma de atuação mais agressiva, bem como pelo fenômeno da *due process paranoia*. No cerne destas transformações existe um debate ético, social e jurídico acerca da atuação dos atores da arbitragem comercial internacional que impacta diretamente na economia da arbitragem e na necessidade de implementar mecanismos de identificação, combate e sanção das táticas de guerrilha.

Para Charles Jarrosson a ética é uma moral coletiva⁴¹² que se manifesta frequentemente quando há uma insuficiência do direito, “quer esta seja da esfera da ausência de regra quer da falência das regras existentes por causa da sua aplicação deficiente”⁴¹³.

⁴¹² JARROSSON, Charles. *Ética, Deontologia e Normas Jurídicas na Arbitragem*. KEUTGEN, Guy (org.). **A ética na arbitragem jurídica**. Tradução de João Duarte. Lisboa: Edições Piaget, 2012. p. 18.

⁴¹³ JARROSSON, Charles. *Ética, Deontologia e Normas Jurídicas na Arbitragem*. KEUTGEN, Guy (org.). **A ética na arbitragem jurídica**. Tradução de João Duarte. Lisboa: Edições Piaget, 2012. p. 21.

E assim, a preocupação com a ética na arbitragem não data de hoje⁴¹⁴, mas exige um maior cuidado na medida em que se desenvolve a globalização da economia e se depara com mudanças complexas nos processos sociais⁴¹⁵, tendo a arbitragem como modo de solução dos conflitos econômicos internacionais⁴¹⁶.

Desta forma, com o crescimento da sua utilização⁴¹⁷, a arbitragem transformou-se também em uma atividade econômica atraente e concorrida no “mercado jurídico”, especialmente em razão dos altos valores⁴¹⁸ envolvidos nos conflitos⁴¹⁹, o que “pode encorajar advogados a literalmente passarem dos limites,

414 SUSSMAN, Edna. Can Counsel Ethics Beat Guerrilla Tactics?: Background and Impact of the New IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration. **NYSBA - New York Dispute Resolution Lawyer**. vol. 6, n. 2, p. 47-50, 2013. p. 47.

415 Cf. DEZALAY e GARTH: “As we shall emphasize repeatedly, even the subject of international commercial arbitration is the product of a complex process of social construction. The changing role of arbitration in business dispute resolution cannot be understood without examining that process of social construction”. DEZALAY, Yves e GARTH, Bryant G. **Dealing in virtue: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order**. Chicago: The University of Chicago Press, 1996. p. 5.

416 KEUTGEN, Guy (org.). **A ética na arbitragem jurídica**. Tradução de João Duarte. Lisboa: Edições Piaget, 2012.p. 11. No mesmo sentido, “International arbitration has transformed itself from a “bastard remedy” into the crown prince of international dispute resolution. In its new status, international arbitration needs articulated ethical norms to guide and regulate participating attorneys.” ROGERS, Catherine A.. Fit and Functional in Legal Ethics: Developing a Code of Conduct for International Arbitration. **Michigan Journal of International Law**. v. 23, n. 2, p. 341-423, 2002, Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol23/iss2/5>. Acesso em: 13 mai. 2021.p. 350.

417 “Arbitration is more recognized and enforceable worldwide than court judgments, providing a time- and cost-efficient remedy for businesses caught in international disputes. Although it is not the panacea for all foreign legal problems, it provides an invaluable opportunity to resolve legal conflicts early and get business back on track.” STALLARD, Amanda. Joining the Culture Club: Examining Cultural Context When Implementing International Dispute Resolution. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**. v. 17, n. 2, 2002, p. 463-486. Disponível em: https://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/87131/OSJDR_V17N2_463.pdf. Acesso em: 05 mai. 2021. p. 469.

418 “Two reasons are typically offered for the changes in the practice of arbitration that have made this issue of such pressing concern. First, arbitration has evolved from a forum for a speedy, inexpensive and pragmatic decision on trade disputes to a forum that resolves sophisticated legal disputes with millions of dollars, and often hundreds of millions, at stake. With so much at stake, differences in ethical obligations that give a party an advantage are problematic and the size of the amount at stake can drive counsel over the line from zealous representation to guerrilla tactics. Second, as international arbitration has grown, both counsel and arbitrators new to the practice have become active. With the entry of new practitioners not schooled in the norms of the practice and not part of the former elite international arbitration “club,” there is no shared understanding with the new entrants of how they perceive their role and no in-group induced constraint on their conduct. Whatever the cause, the reality was felt to require action.” SUSSMAN, Edna. Can Counsel Ethics Beat Guerrilla Tactics? Background and Impact of the New IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration. **NYSBA - New York Dispute Resolution Lawyer**. vol. 6, n. 2, p. 47-50, 2013. p. 48.

419 “Todavia, observa-se que as arbitragens internacionais apresentam uma dupla particularidade em relação às arbitragens nacionais: elas são em menos numerosas e envolvem somas, em geral, muito mais elevadas. Estas duas características reunidas tornam as arbitragens internacionais mais atraentes. Por este motivo, uma pessoa regularmente nomeada para arbitragens internacionais será

saindo da zona do zelo profissional para a zona da guerrilha”⁴²⁰. Ou seja, “ironicamente, grande parte dos desafios da arbitragem advém do seu sucesso”⁴²¹.

O uso crescente da arbitragem, seja por modismo, hábito, tendência de mercado, padronização contratual ou heurística de comportamento, tem tornado esse mecanismo um (sic) *opção preferencial* a uma classe crescente de contratos, sem compreensão a respeito das funcionalidades e potencialidades que poderiam advir – às partes, ao contrato e à sociedade – em caso de emprego mais racionalizado do instituto. Essa escolha automática tem comprometido a sinalização contratual pretendida pela previsão de arbitragem, além de também impactar perversamente o grau de confiança e o *ethos* associado à arbitragem.⁴²²

Deste modo, é possível identificar um ponto de colisão entre uma forma de justiça e uma atividade lucrativa de alguns atores arbitrais, como advogados especializados, árbitros recorrentes e instituições de arbitragem com fins lucrativos. Diante deste cenário, a pergunta que Charles Jarrosson⁴²³ faz com propriedade é se o direito aplicável à arbitragem pode responder sozinho a estas necessidades ou se precisará fazer uso de normas morais, éticas, profissionais ou corporativas. A questão é “se continuarmos como está, o sistema pode eventualmente entrar em colapso sob seu próprio peso”⁴²⁴.

Buscando identificar as transformações ocorridas no campo social da arbitragem comercial internacional, partir-se-á do seu contexto sociológico inicial,

também freqüentemente (sic) nomeada para arbitragens internas, embora o inverso não seja necessariamente verdadeiro: um árbitro que atua essencialmente em litígios internos talvez nunca se veja incumbido de uma arbitragem internacional.” CLAY, Thomas. Quem são os árbitros internacionais. Abordagem sociológica. WALD, Arnaldo (org.). **Arbitragem e Mediação**: Elementos da arbitragem e medidas de urgência. p. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1.011-1.032, (Coleção Doutrinas Essenciais; v.2). p. 1.015

⁴²⁰ MENEZES, Caio Campello de. Como barrar as táticas de guerrilha em arbitragens internacionais? **Revista Brasileira de Arbitragem**. Curitiba, v. 12, n. 45, p. 82-107., jan.-mar. 2015. p. 83.

⁴²¹ RIVKIN, David W. Towards a new paradigm in international arbitration. The Town Elder model revisited. **Arbitraje Internacional y Resolución Alternativa de Controversias**. n. 1. Madrid: CEU Ediciones, 2007. Disponível em https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/4159/1/towards_rivkin_2007.pdf. Acesso em: 05 set. 2021. p. 3.

⁴²² PRADO, Maria da Graça Ferraz de Almeida. **Economia da arbitragem**: uma análise dos impactos sobre contratos e políticas de desenvolvimento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 363.

⁴²³ JARROSSON, Charles. Ética, Deontologia e Normas Jurídicas na Arbitragem. Dir. Guy Keutgen. Lisboa: Piaget, D.L., 2014. p. 15-16.

⁴²⁴ RIVKIN, David W. Towards a new paradigm in international arbitration. The Town Elder model revisited. **Arbitraje Internacional y Resolución Alternativa de Controversias**. n. 1. Madrid: CEU Ediciones, 2007. Disponível em https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/4159/1/towards_rivkin_2007.pdf. Acesso em: 05 set. 2021. p. 5.

passando pelo fenômeno da globalização econômica e da inserção dos escritórios norte-americanos, bem como pelo que foi identificado pela pesquisa da *Queen Mary University of London* de 2015 como *due process paranoia* para depois encaminhar a pesquisa para conceituação e categorização das táticas de guerrilha.

3.1.1. Campo Social da Arbitragem Comercial Internacional: as Gerações de Arbitralistas

Yves Dezalay e Bryant Garth, partem das mudanças sociais para explicarem, que no início do sucesso da arbitragem internacional, a partir das décadas de 1970-1980, o critério para fazer parte do seleto grupo de árbitros era *the virtue*, ou seja, o capital simbólico adquirido em razão da carreira pública ou de formação acadêmica, que se transformou em um valor muito apreciado na arbitragem internacional⁴²⁵.

No cenário descrito pelos autores⁴²⁶ são identificados dois grupos atuantes na arbitragem comercial internacional: (i) *grand old men*, que se caracterizam por uma geração sênior e seleta que formava um *country club* e (ii) a geração de jovens advogados, também denominada como *technocrats*⁴²⁷, que seria mais diversificada e pertencente a grandes firmas de advocacia.

O mercado⁴²⁸ do capital simbólico constrói-se pela classe social, educação, carreira e especialização que a pessoa possui, e, portanto, é

⁴²⁵ “Only a very select and elite group of individuals is able to serve as international arbitrators. They are purportedly selected for their “virtue” – judgment, neutrality, expertise – yet rewarded as if they are participants in international deal-making. In more sociological terms, the symbolic capital acquired through a career of public service or scholarship is translated into a substantial cash value in international arbitration”. DEZALAY, Yves e GARTH, Bryant G. **Dealing in virtue: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order**. Chicago: The University of Chicago Press, 1996. p. 8.

⁴²⁶ “We could quite quickly see a senior generation – the “grand old men” of arbitration (which included no women) – and a younger generation of lawyers in their forties (which is characterized by slightly more diversity). And it was clear that this international community was relatively small and linked together pretty closely. Members of the inner circle and outsiders often referred to this group as a “mafia” or a “club.” DEZALAY, Yves e GARTH, Bryant G. **Dealing in virtue: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order**. Chicago: The University of Chicago Press, 1996.. p. 10.

⁴²⁷ DEZALAY, Yves e GARTH, Bryant G. **Dealing in virtue: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order**. Chicago: The University of Chicago Press, 1996. p. 34.

⁴²⁸ “What this means is that arbitration must create a Market in symbolic capital – the social class, education, career, and expertise that is contained within a person” DEZALAY, Yves e GARTH, Bryant

reconhecido como uma espécie de poder⁴²⁹. No entanto, o capital simbólico não é estático, variando de tempos em tempos e de sociedade para sociedade, exigindo um portfólio diversificado⁴³⁰.

Para os *grand old men*⁴³¹, em sua maioria, professores europeus continentais, a arbitragem não pode ser vista como uma carreira profissional, já que se trata de um dever momentâneo diante de determinado caso. Eles geralmente são profissionais que chegaram ao topo⁴³² das suas profissões jurídicas em âmbito nacional e que conquistaram independência financeira antes de serem apontados como árbitros.⁴³³

Esse empoderamento dos árbitros seniores é denominado de *country club*, caracterizado por um pequeno oligopólio⁴³⁴ que atua nos casos grandes e complexos das arbitragens internacionais. Deste modo, vez ou outra o *country club*

G. **Dealing in virtue**: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order. Chicago: The University of Chicago Press, 1996. p.18.

429 Cf. BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

430 “Different kinds of symbolic capital may gain or lose in value over time”. DEZALAY, Yves e GARTH, Bryant G. **Dealing in virtue**: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order. Chicago: The University of Chicago Press, 1996. p. 19. No mesmo sentido, Ugo Draetta ensina que “é preciso admitir que a ética não é uma noção estática e universal, mas evolui em permanência e muda com o tempo e em função do lugar”. DRAETTA, Ugo. Palavras Conclusivas. KEUTGEN, Guy (org.). **A ética na arbitragem jurídica**. Tradução de João Duarte. Lisboa: Edições Piaget, 2012. p. 214.

431 “Se o árbitro internacional é um homem, não é um “homem jovem”. Com efeito, são raros os que têm uma prática regular de árbitro antes dos 40 anos, e, mesmo antes dos 50 anos.” [...] Em acréscimo, “o árbitro internacional é, igualmente, poliglota” e “não tem nacionalidade específica”, mas “tem frequentemente a sede da sua arbitragem em lugar não muito distante de Paris”. CLAY, Thomas. Quem são os árbitros internacionais. Abordagem sociológica. WALD, Arnoldo (org.). **Arbitragem e Mediação**: Elementos da arbitragem e medidas de urgência. p. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1.011-1.032, (Coleção Doutrinas Essenciais; v.2). p. 1.028 e 1.029.

432 “En términos generales, una persona adquiere una reputación exitosa como árbitro internacional cuando ya está establecido en algún otro campo, ya sea en calidad de académico, letrado interno o abogado externo. Nadie se embarca en la profesión de árbitro recién graduado. En ese punto del ejercicio profesional de una persona, los motivos para convertirse en árbitro ya no son económicos.” DEZALAY, Yves e GARTH, Bryant G. **Dealing in virtue**: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order. Chicago: The University of Chicago Press, 1996..p. 114.

433 DEZALAY, Yves e GARTH, Bryant G. **Dealing in virtue**: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order. Chicago: The University of Chicago Press, 1996. p. 34-35.

434 Thomas Clay, ao fazer uma análise sociológica sobre os árbitros internacionais, lembra que “os árbitros internacionais estão longe de formar uma categoria infinita; pode-se inclusive constatar que são sempre os mesmos.” CLAY, Thomas. Quem são os árbitros internacionais. Abordagem sociológica. WALD, Arnoldo (org.). **Arbitragem e Mediação**: Elementos da arbitragem e medidas de urgência. p. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1.011-1.032, (Coleção Doutrinas Essenciais; v.2). p. 1.015.

admite⁴³⁵ novos membros, até mesmo para evitar uma concorrência paralela, mas a verdade é que é extremamente difícil ser escolhido para estes grandes casos internacionais se não for um *grand old man*⁴³⁶.

Por outro lado, com a intensificação do comércio internacional e o crescimento⁴³⁷ da arbitragem, houve a necessidade de novos profissionais adentrarem neste mercado⁴³⁸ reservado, até então. Ocorre que os *technocrats* não

435 “Si el arbitraje efectivamente atraviesa una crisis, no deberíamos olvidar que, paradójicamente, esto podría responder al enorme éxito que el arbitraje ha tenido en la práctica comercial internacional. Mi opinión personal es que, por ejemplo, ese éxito del arbitraje no se ha visto correspondido con un adecuado recambio en la categoría de los árbitros internacionales verdaderamente calificados y que, en la actualidad, hay demasiado pocos para satisfacer la demanda. Como señalo a continuación, tampoco deberíamos dejarnos engañar por las largas listas de árbitros que mantienen algunas de las instituciones arbitrales. En consecuencia, muchos de los árbitros más calificados están sobrecargados de trabajo o están contemplando la posibilidad de jubilarse. En el supuesto de que lo que digo fuera cierto (lo que admito es muy debatible), esto no puede atribuirse a las instituciones arbitrales, que, por el contrario, se dedican intensamente a la capacitación de árbitros.” DRAETTA, Ugo. **La otra cara del arbitraje internacional** María Cecilia Brusa (trad.). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012.p. 98-99.

436 “A existência deste grupo à parte se constata nas regras não escritas que governam o mundo da arbitragem internacional. Esse mundo é, com efeito, constituído por um número reduzido de pessoas que se conhecem e se reconhecem, que se designam como árbitro ou presidente de tribunal arbitral, que permutam casos na existência de conflito de interesses, que sempre recorrem aos mesmos advogados (uns cinqüenta), aos mesmos advogados perante o Conseil de'État e a Cour de cassation (uma meia-dúzia), aos mesmos procuradores (dois ou três), um mundo que tem os seus códigos, os seus pontos de encontro, os seus cocktails, um mundo que tem também as suas revistas onde todos se lêem e onde até mesmo se escrevem por meio de publicações interpostas, um mundo que tem a sua lista de difusão na internet, um mundo que, enfim, algumas vezes, agracia novos eleitos, porque é necessário – mesmo se muito doloroso para alguns.” CLAY, Thomas. Quem são os árbitros internacionais. Abordagem sociológica. WALD, Arnaldo (org.). **Arbitragem e Mediação: Elementos da arbitragem e medidas de urgência**. p. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1.011-1.032, (Coleção Doutrinas Essenciais; v.2). p. 1.023.

437 “However, with the forces of globalization fuelling the explosive growth in international arbitration witnessed over the last several decades, the number of players at the international arbitral table has increased beyond what could reasonably have been imagined.” ROWLEY, J. William. Chapter 1, §1.04: Guerrilla Tactics and Developing Issues, p. 20-30, In HORVATH, Günther, J. e WILSKE, Stephan. **Guerrilla Tactics in international arbitration**. Kluwer Law International. International Arbitration Law Library, v. 28, 2013. p. 20. ARROYO, Diego P. Fernández. Soft law and arbitral procedure: a conditioned but inescapable couple. **European International Arbitration Review**. Vol. 7, n. 2, p. 71-86, 2018. Disponível em http://diegofernandezarroyo.net/wp-content/uploads/2019/10/DPFA-07-arroyo_soft_law_for_eiar_v7_n2.pdf. Acesso em: 01 set. 2021. p. 73.

438 “Este meio é tão reservado que há uma anedota clássica que nele circula, na qual se afirma que a palavra “máfia” é, em realidade, um acrônimo para “Mutual Association For International Arbitration”. O mundo da arbitragem agracia regularmente novos membros. Porém, um espírito maligno encontraria neste fenômeno uma explicação sociológica. A teoria de Bourdieu ensina, com efeito, que, para se auto-protger, um mundo de elite não possui outra escolha senão a de acolher ocasionalmente alguns pretendentes. Uma porta definitivamente fechada correria o risco de favorecer o surgimento de um mundo paralelo e concorrente, e, finalmente, mais perigoso. Uma regra sociológica simples ensina, com efeito, que, se todos os candidatos forem rejeitados de uma destinação promissória, eles se organizam e se tornam ainda mais perigosos para os que já estão lá instalados. É por esta razão que o mundo da arbitragem internacional ocasionalmente entreabre a sua porta e aceita alguns raros novos membros, em número suficiente para acabar com qualquer

tiveram a formação típica e tradicional da arbitragem, estabelecida sobre padrões éticos de capital simbólico, o que possibilitou que trouxessem muita tecnicidade e racionalização⁴³⁹ para o procedimento, beneficiando a advocacia anglo-americana, de cultura litigante, que não mede esforços para alcançar o resultado desejado para os clientes.

Emmanuel Gaillard⁴⁴⁰ relata que nos últimos quarenta anos houve uma mudança no campo da arbitragem internacional, migrando-se de um modelo solidário para um modelo polarizado. No modelo solidário existia um pequeno número de atores ocasionais que exerciam diferentes capacidades, fosse como advogado, árbitro, *expert*, mas cada ator tinha definido claramente o comportamento que era esperado do papel a ser exercido. Já no modelo polarizado, existe um grande número de atores que tendem a exercer funções cada vez mais específicas, principalmente na arbitragem de investimentos.

André de Albuquerque Cavalcanti Abbud⁴⁴¹ reforça a ideia de que a arbitragem passou de um sistema de artesanato europeu, - restrito a um círculo de empresários da Europa Continental, dotados de forças equivalentes, representados por advogados escolhidos dentre um grupo reduzido de profissionais seniores dotados de experiência e sabedoria para resolver as pendências mediante regras simples e de “conhecimento de todos” os participantes do jogo - para se transformar numa indústria global, diante do crescimento dos casos e da inserção de novos participantes, especialmente, os anglo-americanos que passaram a tratar a arbitragem como um serviço especializado a ser prestado pela indústria de grandes escritórios.

Agregue-se a este cenário que aos poucos a arbitragem se expandiu para países em desenvolvimento, atingindo a Ásia, Oriente Médio, América Latina e

veleidade de criação de um mundo concorrente.” CLAY, Thomas. Quem são os árbitros internacionais. Abordagem sociológica. WALD, Arnaldo (org.). **Arbitragem e Mediação**: Elementos da arbitragem e medidas de urgência. p. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1.011-1.032, (Coleção Doutrinas Essenciais; v.2). p. 1.023-1.024.

⁴³⁹ DEZALAY, Yves e GARTH, Bryant G. **Dealing in virtue**: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order. Chicago: The University of Chicago Press, 1996. p. 37.

⁴⁴⁰ GAILLARD, Emmanuel. Sociologia da Arbitragem Internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 45, p. 361-383, jul. -set. 2015, Revista dos Tribunais online, p. 11.

⁴⁴¹ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. O papel da soft law processual no desenvolvimento da arbitragem. CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira e MARTINS, Pedro Batista (coord.) **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017. p. 3.

África, tornando os casos mais numerosos e distribuídos e conseqüentemente a arbitragem tornou-se técnica, global e multipolar⁴⁴².

Novas personagens vindas de contextos diferentes que se encontram no mesmo campo de atuação com perspectivas distintas⁴⁴³ gera conflitos éticos que devem ser pensados a fim de não prejudicar o próprio instituto da arbitragem comercial internacional.

Os *grand old men* criticam dois aspectos da inserção de novos atores na arbitragem internacional sem o devido respeito a sua tradição e ética: (i) o envolvimento e interferência das grandes instituições de arbitragem no trabalho dos árbitros mais jovens, fazendo referência à ICC, que se torna cada vez mais controladora e burocrática e (ii) o aumento da litigiosidade, do confronto, no procedimento arbitral⁴⁴⁴, tornando-se um modelo de negócios aberto e competitivo⁴⁴⁵.

Deste modo, é preciso ponderar as vantagens e desvantagens desta renovação e crescimento da arbitragem. Se por um lado é importante ampliar o número de advogados e árbitros atuantes na arbitragem internacional, bem como estabelecer um padrão de transparência⁴⁴⁶ e governança, por outro, a perda de

⁴⁴² ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. O papel da soft law processual no desenvolvimento da arbitragem. CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira e MARTINS, Pedro Batista (coord.) **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017. p. 4.

⁴⁴³ “New entrants come to the arbitral process not only from different geographical regions and legal cultures, but also from varied professional paths: litigators from law firms; academics who teach contracts or civil procedure; transactional lawyers and in-house counsel; and a host of non-lawyers, including engineers, quantity surveyors, accountants, economists, insurance underwriters and government officials. Increasingly, the world of international arbitration might be compared to a series of merging streams, trickling down from different places, ultimately coming together in a single river. Each of these varied backgrounds arrives in the arbitration community through a different path, with divergent training and perspective. Thus it should not be surprising that the very nature of arbitration, and obligations to be imposed on counsel, appear through different lenses.” PARK, William W. The procedural soft law of international arbitration: non-governmental instruments. In MISTELIS, Loukas A.; LEW QC, Julian David Matheu. (ed.) **Pervasive Problems in International Arbitration**. Kluwer Law International, p. 141-154, 2016. Disponível em <http://www.williamwpark.com/documents/Soft%20Law.pdf>. Acesso em 05 set. 2021.p. 414.

⁴⁴⁴ DEZALAY, Yves e GARTH, Bryant G. **Dealing in virtue**: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order. Chicago: The University of Chicago Press, 1996. p. 38.

⁴⁴⁵ “In the same way, international commercial arbitration is moving from a small, closed group of self-regulating artisans to a more open and competitive business” DEZALAY, Yves e GARTH, Bryant G. **Dealing in virtue**: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order. Chicago: The University of Chicago Press, 1996. p. 39.

⁴⁴⁶ “A resolução de questões com base em parâmetro criado ex post facto, isto é, depois de surgido o problema, aumenta a insegurança e a sensação de arbitrariedade. Fica a aparência de que a regra

coesão e a diluição dos valores éticos, “processualizando” a arbitragem, é muito prejudicial⁴⁴⁷ ao próprio instituto.

A diferença cultural entre os *grand old men* e os *technocrats* demonstra dois pontos de vista sobre o mesmo instituto. Enquanto para a geração senior o carisma dentro de um sistema de contínua troca de papéis, em que se utiliza de cooperação para resolução do conflito é essencial, ou seja, valoriza sua credibilidade⁴⁴⁸ e a legitimidade social da arbitragem, a nova geração vê a arbitragem como uma extensão da litigância, isto é, vale o emprego de táticas⁴⁴⁹ para dificultar o procedimento para os colegas e o tribunal arbitral, a fim de alcançar o resultado que o cliente quer, acreditando que sua credibilidade e ascensão dentro

de decisão foi dirigida a beneficiar um dos lados em conflito. Afinal, depois de ocorrido o evento, já é possível saber qual parte será favorecida e qual será prejudicada pela solução adotada, o que joga uma nuvem de desconfiança sobre a conduta dos árbitros. Por outro lado, a definição ex ante das “regras do jogo” evita esse problema e aumenta a percepção de justiça do processo. Daí a demanda por maior previsibilidade e transparência na arbitragem.” ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. O papel da soft law processual no desenvolvimento da arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira e MARTINS, Pedro Batista (coord.) **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017. p. 9.

⁴⁴⁷ “Competition and rationalization, especially as promoted by U.S. litigators, leads to the judicialization of international commercial arbitration. Some commentators, especially from the senior generation, see in this evolution toward the judicialization of arbitration the preview – and the cause – of its decline.” DEZALAY, Yves e GARTH, Bryant G. **Dealing in virtue**: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order. Chicago: The University of Chicago Press, 1996. p. 57.

⁴⁴⁸ “In the community of the initiated, the proximity and interchangeability of roles makes the advocates comport themselves in a very subtle manner as auxiliaries of the arbitral tribunal. Defending the interests of their clients does not in a case push them to actions that jeopardize their own credibility or, worse still, the social legitimacy of arbitration. Such an attitude would have been equivalent to professional suicide in building the practice of international commercial arbitration.” DEZALAY, Yves e GARTH, Bryant G. **Dealing in virtue**: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order. Chicago: The University of Chicago Press, 1996. p. 56-57. No mesmo sentido, Ugo Draetta: “A reprovação social pode ter um efeito dissuasor pelo menos igual ao das sanções jurídicas, nomeadamente em certos meios profissionais em que a reputação de um indivíduo é determinante para a sua carreira.” DRAETTA, Ugo. **La otra cara del arbitraje internacional** María Cecilia Brusa (trad.). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012. p. 214.

⁴⁴⁹ “But it is not the same for the litigators. Their reference group and their criteria for success are different. While the career for arbitrators is in large part dependent on the goodwill of the grand old men who control access to and prominence in the field of arbitration, litigators depend only on their capacity to satisfy important clients. That is what determines their position in the hierarchy of the law firm (Nelson 1988). In short, where one group is obliged to be quasi-referential with respect to the dogmas and the customs upon which is reposed the collective faith in arbitration, the others have but one ambition – that is, winning a good result. To get that result, they are ready to exploit any procedural tactics and forums available to them. They are willing to create difficulties for their colleagues and the arbitral tribunal and even to damage the image of this justice – which had pretended to be rapid and less costly because informal.” DEZALAY, Yves e GARTH, Bryant G. **Dealing in virtue**: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order. Chicago: The University of Chicago Press, 1996. p. 57.

da firma virá do bom resultado ao cliente e não da sua imagem no *country club*. Neste cenário não há nenhuma preocupação com o instituto da arbitragem.

Thomas J. Stipanowich⁴⁵⁰ adverte que a arbitragem “legalizada” funciona com aproximação dos processos judiciais, não há preocupação com relações subsequentes, mas com o quanto se irá resistir à demanda do outro, o que consome energia, dinheiro e só faz a espiral do conflito aumentar. E por fim, conclui que “a menos que sejam cuidadosamente agilizados e acelerados, os processos de arbitragem tenderão a desviar recursos de esforços mutuamente benéficos e a comprometê-los no combate mútuo”.

Portanto, existe, por um lado, uma especialização de advogados e árbitros que primam pela legitimação e sucesso do instituto e por outro, litigantes que visam ganhar tempo, o que representa um custo de transação que prejudica a arbitragem comercial internacional.

Carlos Alberto Carmona também relata a existência de um *country club* no meio arbitral nacional⁴⁵¹ em entrevista à Flávia Bittar Neves, explicando que a ampliação de *players* trouxe novos desafios à arbitragem.

E agora, com a utilização cada vez mais ampliada e frequente da arbitragem, teremos que lidar com outro problema, o dos “*newplayers*”. A arbitragem quando estava restrita ao “*country club*”, ou seja, quando havia um grupo restrito de praticantes (que se revezavam na função de árbitros e de advogados) girava dentro de um ambiente onde todos se conheciam. O comportamento dos *players* tinha de ser muito sério. Qualquer deslize significava a exclusão do *country club*, ou seja, nunca mais seria chamado para servir como árbitro. E, como advogado, você ficaria em descrédito. Então era muito cuidadoso o comportamento de todos os membros dessa “ordem” de árbitros e advogados que se revezavam nos processos. Hoje não. Hoje você tem novos atores na arbitragem, que nem sempre tem

⁴⁵⁰ STIPANOWICH, Thomas J. Arbitration: the “new litigation”. **University of Illinois Law Review**, Vol. 2010. N. 1, 2010. p. 1- 60. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1297526>. Acesso em: 21 abr. 2021. p. 28. No original “Unless they are carefully streamlined, expedited proceedings, arbitration processes will tend to divert resources away from mutually beneficial efforts and commit them to mutual combat.”

⁴⁵¹ Carlos Alberto Carmona, em 2006, ao conceder entrevista para a pesquisa de Rafael Bicca Machado relatava a existência de um “mundinho” da arbitragem, onde o controle de qualidade era o “boca a boca”. “É claro que é uma coisa muito dispersa, muito suave, muito sutil e nós estamos falando de órgãos arbitrais de alto gabarito. Então nestes, evidentemente, os árbitros basicamente circulam em todas as arbitragens. São os mesmos, os mesmos árbitros e, portanto, a gente comenta: “olha, aquele ali não é uma pessoa que funcione bem; o sujeito é preguiçoso; ou atrasa muito ou então é muito impositivo”. Você vai procurando, também, um grupo melhor, porque os árbitros é que indicam os presidentes. Então normalmente você vai formando certos grupos que tenham uma certa homogeneidade.” MACHADO, Rafael Bicca. **A arbitragem empresarial no Brasil: uma análise pela nova Sociologia Econômica do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 100.

esse compromisso. Usam, às vezes, armas que não são lícitas. Produzem comportamentos que não são esperados. Empregam táticas de guerrilha que são inaceitáveis, intoleráveis. São os novos desafios da arbitragem: como vamos reagir?⁴⁵²

Em pesquisa realizada pelo CBar – Ipsos foi traçado o perfil da arbitragem brasileira. Ao serem questionados sobre as três principais vantagens da arbitragem, os respondentes⁴⁵³ apontaram: o tempo necessário para ter uma solução definitiva para o conflito, em comparação ao Poder Judiciário (73%); o caráter técnico e a qualidade das decisões (62%) seguido da flexibilidade e informalidade do procedimento (34%)⁴⁵⁴. Os entrevistados foram perguntados quanto à existência de alguma desvantagem na arbitragem em relação aos processos judiciais. Cerca de 40% deles responderam que não, mas 97 deles (cerca de 60%) afirmaram que sim, apontando o custo da arbitragem como principal desvantagem (60%)⁴⁵⁵.

No que pertine aos critérios de indicação dos árbitros, restou apurado que 66% dos respondentes buscam por um especialista ou professor no direito ou na matéria submetida à arbitragem, seguido por 56% que prezam pela reputação do profissional e 46% pela experiência como árbitro, tempo de atuação.⁴⁵⁶

Interessante mencionar a pesquisa de Thomas Schultz e Robert Kovacs⁴⁵⁷ que defendem que existe uma terceira geração de árbitros que devem possuir

⁴⁵² CARMONA, Carlos Alberto. Entrevista. NEVES, Flávia Bittar; MAIA NETO, Francisco; MUNIZ, Joaquim de Paiva e RANZOLIN, Ricardo (org.). **Memórias do desenvolvimento da arbitragem no Brasil**. Brasília: OAB, Conselho Federal 2018. p. 40.

⁴⁵³ Dos 158 respondentes, 68% são advogados, 41% são árbitros, 16% são advogados internos e 6% são representante de câmaras de arbitragem, sendo no total, 77% do sexo masculino e 23% do sexo feminino. COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM - CBar. Arbitragem no Brasil – Pesquisa CBar-Ipsos. Relatório elaborado por André de Albuquerque Cavalcanti Abbud, 2013. Disponível em: https://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBar-Ipsos-final.pdf. Acesso em: 19 mai. 2021. p. 5.

⁴⁵⁴ COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM - CBar. Arbitragem no Brasil – Pesquisa CBar-Ipsos. Relatório elaborado por André de Albuquerque Cavalcanti Abbud, 2013. Disponível em: https://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBar-Ipsos-final.pdf. Acesso em: 19 mai. 2021. p. 12-13.

⁴⁵⁵ COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM - CBar. Arbitragem no Brasil – Pesquisa CBar-Ipsos. Relatório elaborado por André de Albuquerque Cavalcanti Abbud, 2013. Disponível em: https://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBar-Ipsos-final.pdf. Acesso em: 19 mai. 2021. p. 14.

⁴⁵⁶ COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM - CBar. Arbitragem no Brasil – Pesquisa CBar-Ipsos. Relatório elaborado por André de Albuquerque Cavalcanti Abbud, 2013. Disponível em: https://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBar-Ipsos-final.pdf. Acesso em: 19 mai. 2021. p. 22.

⁴⁵⁷ “Management capabilities of their designees, that is, we may presume, their organizational skills, their propensity for quickly and accurately identifying the salient issues (which may not only be legal), and their abilities to deal with the underlying emotions”. SCHULTZ, Thomas; KOVACS, Robert. The Rise of a Third Generation of Arbitrators? Fifteen Years after Dezalay and Garth. **Arbitration International**, London, v. 28, n. 2, 2012. p. 161-171. Disponível em <https://doc.rero.ch/record/294787/files/arbint28-0161.pdf>. Acesso 19 mai. 2021. p. 162.

capacidade organizacional, rapidez e precisão na identificação das questões salientes e habilidades para lidar com emoções subjacentes, ou seja, alguém com conhecimento e organização.

Pois bem, diante de todo o exposto, não parece que o *country club* tenha, exatamente, perdido sua coesão. O pequeno e seletivo núcleo de advogados e árbitros que se revezam nos papéis da arbitragem continua unido, inclusive pleiteando por mais ética e cooperação no meio arbitral.

A realidade ensina que a arbitragem internacional é um meio restrito a poucas pessoas, os grandes árbitros internacionais, o que, inclusive, favorece críticas e questionamentos a respeito da independência e imparcialidade⁴⁵⁸. Nesse sentido, Thomas Clay⁴⁵⁹ relata que o conteúdo da declaração de independência envolve dois aspectos, sendo o primeiro, a natureza da relação entre árbitro e uma parte que deve ser revelada, e o segundo, que é o mais complicado, que trata da relação existente entre as pessoas atuantes na arbitragem, uma vez que o universo da arbitragem internacional é bastante restrito, exemplificando a relação entre árbitro e advogado ou árbitro e co-árbitro, já que existe uma constante troca nestes papéis e todos se conhecem. Some-se a isso a questão de que as partes sempre querem árbitros experientes, o que restringe ainda mais a indicação de novos nomes, favorecendo o *country club*.

Assim, não é o fato de se ampliarem os *players* envolvidos com a arbitragem, diminuindo ou diluindo o *country club* que preocupa, mas sim, a perda da essência da arbitragem fundada em valores éticos, o que pode vir a inviabilizá-la, na medida em que se aproximaria de um “Judiciário privado”, criando a

⁴⁵⁸ PROCOPIAK, Maria Cláudia de Assis. As Diretrizes do International Bar Association sobre Conflitos de Interesses na Arbitragem Internacional. **RBAr**. N. 16, p. 7-40, Out-Dez/2007. p. 8.

⁴⁵⁹ CLAY, Thomas. Quem são os árbitros internacionais. Abordagem sociológica. WALD, Arnaldo (org.). **Arbitragem e Mediação**: Elementos da arbitragem e medidas de urgência. p. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1.011-1.032, (Coleção Doutrinas Essenciais; v.2). p. 1.024-1.025.

necessidade de busca de outros mecanismos de solução de conflitos, como a mediação⁴⁶⁰ e o *dispute boards*⁴⁶¹.

Considerando o contexto relatado por Yves Dezalay e Bryan Garth, Thomas Clay e outros já citados, discute-se se a maior influência dos anglo-americanos na arbitragem internacional seria a responsável pela sua “processualização” e maior litigância que tem impactado na eficiência temporal e econômica da arbitragem.

3.1.2 Americanização da Arbitragem Comercial Internacional?

O que significa dizer que existe uma “americanização” da arbitragem internacional? Significa dizer que o comportamento litigante dos tribunais americanos tomou conta do, até então, ambiente cooperativo europeu da arbitragem? Significa dizer que é apenas um efeito direto da grandeza econômica dos EUA repercutindo no aumento da influência jurídica das grandes firmas de advogados no campo da arbitragem?

Roger Alford⁴⁶² questionava a razão de não se discutir abertamente sobre a tendência da americanização da arbitragem comercial internacional, tecendo as seguintes hipóteses: i) os arbitralistas preferem discutir questões redundantes e supérfluas a expor questões mais difíceis; ii) a arrogância norte-americana ou a demonstração de ressentimento dos não-americanos; iii) reflexo da apatia da

⁴⁶⁰ “Mediation also holds out a realistic promise of a reduction in dispute cycle time and related costs, coupled with more creative, durable solutions and relatively minor risks. In short, mediation is the most popular and successful form of “thin-slicing” in conflict resolution. In the current “toolbox” of approaches to conflict, mediation is the equivalent of a multifunctional Swiss Army knife. It is not surprising that in head-to-head comparisons with arbitration, mediation is usually perceived more positively by business persons and their counsel on several grounds. Indeed, some of the starkest contrasts between mediation and arbitration point out the ways in which mediation may be more effective in serving the ends traditionally associated with arbitration, and more. Mediation is generally viewed more favorably with respect to cost savings, speed of resolution, and general satisfaction. It typically entails significantly less preparation than adjudication on the merits and may help to minimize or forego substantial information exchange and discovery.” STIPANOWICH, Thomas J. *Arbitration: the “new litigation”*. **University of Illinois Law Review**, Vol. 2010. N. 1, 2010. p. 1- 60. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1297526>. Acesso em: 21 abr. 2021. p. 27.

⁴⁶¹ Vide ROVEDA, Jerônimo Pinotti. A redução das disputas arbitrais e judiciais em face da existência das cláusulas de *dispute boards* nos contratos de construção. **RJLB**, a. 5, n. 1, p. 1.131-1.161, 2019. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2019/1/2019_01_1131_1161.pdf. Acesso em: 28 abr. 2021.

⁴⁶² ALFORD, Roger P. The American Influence on International Arbitration. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**. Vol. 19, 2003, p. 69-88. Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/562 Acesso em: 22 abr. 2021. p. 69.

comunidade arbitral que não é dada à autorreflexão; ou ainda; iv) o reflexo de uma comunidade unida que não deseja expor publicamente as questões que a dividem, demonstrando suas fraquezas.

A presente pesquisa visa analisar esse fenômeno, para identificar se realmente existe uma “americanização” da arbitragem e quais são os seus efeitos na arbitragem comercial internacional.

Susan L. Karamanian compreende que há uma grande influência americana sobre a arbitragem internacional, ressaltando que americanos ou não-americanos influenciados pela *common law* participam desde a elaboração da cláusula compromissória até o final do procedimento arbitral.

Muitos escritórios de advocacia globais têm escritórios nos Estados Unidos ou em outros países de *common law*. Estes escritórios de advocacia estão envolvidos em todos os aspectos do processo de arbitragem internacional, seja através da elaboração das cláusulas de arbitragem ou atuando como consultores de uma parte em um processo. Alguns árbitros receberam treinamento jurídico nos Estados Unidos ou podem estar ou ter estado afiliados a um escritório de advocacia dos EUA. Os centros de arbitragem, embora localizados em vários países, empregam, sem dúvida, advogados treinados no sistema adversarial.⁴⁶³

Para Thomas J. Stipanowich⁴⁶⁴ o modelo “legalizado”⁴⁶⁵ de arbitragem norte americano reverberou na arbitragem internacional, o que influenciou no aumento dos custos da arbitragem, tornando-a tão cara quanto um litígio estatal.

Roger Alford também reconhece que esta influência crescente do estilo, técnica e modo de atuar dos escritórios norte-americanos na arbitragem

⁴⁶³ KARAMANIAN, Susan L.. Overstating the "Americanization" of International Arbitration: Lessons from ICSID. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, vol. 19, n. 1, 2003, p. 5-34. Disponível em <https://kb.osu.edu/handle/1811/77163>. Acesso em: 22 abr. 2021. p. 10. No original “Many global law firms have home offices in the United States or other common law countries. These law firms are involved in all aspects of the international arbitration process, whether by drafting the arbitration clauses or acting as counsel to a party in a proceeding. Some arbitrators have received legal training in the United States or they may be or have been affiliated with a U.S. law firm. The arbitration centers, although located in various countries, no doubt employ lawyers trained in the adversarial system.”

⁴⁶⁴ STIPANOWICH, Thomas J. Arbitration: the “new litigation”. **University of Illinois Law Review**, Vol. 2010. N. 1, 2010. p. 1- 60. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1297526>. Acesso em: 21 abr. 2021. P. 23.

⁴⁶⁵ Americanização da arbitragem comercial internacional também vai ser chamada de judicialização ou legalização, em razão da sua aproximação com o sistema judicial, na busca de maior previsibilidade em detrimento da flexibilidade. Assim, o processo fica mais formal e legalizado, mas menos eficiente. HELMER, Elena V. International Commerical Arbitration: Americanized, Civilized, or Harmonized. **Ohio St. J. on Disp. Resol.**, v. 19, p. 35-68, 2003, p. 36. Disponível em: <https://kb.osu.edu/handle/1811/77162>. Acesso em: 17 abr. 2021

internacional se dá pela importância dos EUA no mercado global⁴⁶⁶, ressaltando que esta influência não significa o triunfo da *praxis* americana sobre a arbitragem internacional, pois ela não é unipolar, pelo contrário, é multipolar⁴⁶⁷, com crescimento exponencial na Ásia e América Latina.

Aliás, Eric Bergsten⁴⁶⁸ relembra que historicamente a arbitragem se desenvolveu na Europa⁴⁶⁹. Os EUA iniciaram sua participação no mundo da arbitragem após a segunda guerra mundial, especialmente, depois do período de descolonização, onde surgiram diversos conflitos decorrentes da exploração de petróleo em países que conquistaram sua independência e questionavam as concessões de petróleo. Foi neste momento que os advogados americanos iniciaram na arbitragem. E é claro que houve um choque cultural⁴⁷⁰ entre europeus

⁴⁶⁶ “Having said that, it is indisputable that the American influence is growing in international arbitration. The principal instrument for that influence is the meteoric rise of the American law firm in the global market place. The style, technique, and training of lawyers based in these firms dramatically influences the manner in which international arbitration is conducted. It is the soft-power of these firms that is one of the defining features of international arbitration as we know it today. ALFORD, Roger P. The American Influence on International Arbitration”. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**. Vol. 19, 2003, p. 69-88. Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/562_ Acesso em: 22 abr. 2021. p. 70.

⁴⁶⁷ ALFORD, Roger P. The American Influence on International Arbitration”. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**. Vol. 19, 2003, p. 69-88. Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/562_ Acesso em: 22 abr. 2021. p. 77.

⁴⁶⁸ BERGSTEN, Eric. Americanization of International Arbitration. **Pace International Law Review**. v. 18. abr. 2006. p. 289-301. Disponível em <https://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1081&context=pilr> Acesso em: 22 abr. 2021. p. 293-294.

⁴⁶⁹ “It is widely recognized that, for some time after World War II, arbitral procedures were based on civil law litigation. Parties submitted written memorials to argue the facts and the law. Witness statements were used in lieu of live, direct testimony. And, if witnesses were to be questioned, it was most often done by the arbitrators. The arbitrators also initiated limited requests for the production of specific pieces of evidence—in much the same way that law suits are heard by civil law judges. The reason for this civil law focus was that most practitioners were civil law lawyers. By the 1980’s, that had started to change. American law firms were becoming more involved. This was due to the increasing globalization of business disputes, the Iran-United States Claims Tribunal and, later, the sharp increase in bilateral investment treaty cases”. VON MEHREM, George M.; JOCHUM, Alana C. Is International Arbitration Becoming Too American?, 2 **Global Bus. L. Rev.** 47 (2011). Disponível em <https://engagedscholarship.csuohio.edu/gblr/vol2/iss1/6>. Acesso em: 23 abr. 2021. p. 49-50.

⁴⁷⁰ HELMER, Elena V. International Commerical Arbitration: Americanized, Civilized, or Harmonized. **Ohio St. J. on Disp. Resol.**, v. 19, p. 35-68, 2003, p. 36-37. Disponível em: <https://kb.osu.edu/handle/1811/77162>. Acesso em: 17 abr. 2021.

e americanos, pois até então, os *grand old men* não conheciam a advocacia norte-americana, considerada mais agressiva⁴⁷¹ e minuciosa na produção de provas.⁴⁷²

Os advogados americanos tendem a ver os tribunais e a arbitragem como dois fóruns diferentes para o litígio de disputas comerciais, mas muitas vezes eles utilizam as mesmas técnicas de litígio em ambos. Por outro lado, os europeus tendem a litigar perante os tribunais e a arbitrar perante um árbitro.

Embora a abordagem europeia do "Grand Old Men" à arbitragem de cinquenta anos atrás não seja mais predominante, há um sentimento geral de que as técnicas de litígio, em particular os litígios processuais, não pertencem à arbitragem. No entanto, a tendência na arbitragem internacional é de avançar para o estilo americano de litígio.⁴⁷³

Os advogados americanos possuem um estilo de advocacia como negócio e os europeus e latinos, por exemplo, apreciam o relacionamento que se estabelece e conseqüentemente a confiança⁴⁷⁴. É evidente que os escritórios de direito anglo-

⁴⁷¹ “Cabe afirmar, además, que los abogados formados en la tradición jurídica del common law suelen ser más agresivos durante el contrainterrogatorio que los colegas formados en la tradición jurídica romano-germánica, ya que han tenido más experiencia en esta práctica.” DRAETTA, Ugo. **La otra cara del arbitraje internacional** María Cecilia Brusa (trad.). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012. p. 26.

⁴⁷² “American lawyers participating in international commercial arbitration brought and used American litigation skills. The Americans utilized a more aggressive form of advocacy than the continental Europeans were used to in international commercial arbitration.” BERGSTEN, Eric. Americanization of International Arbitration. **Pace International Law Review**. v. 18. abr. 2006. p. 289-301. Disponível em <https://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1081&context=pilr> Acesso em: 22 abr. 2021. p. 294. No mesmo sentido: “The proliferation of international arbitration as a means of dispute resolution in recent years has led to even greater diversity among the parties and their counsel. This welcome development, however, may result in a clash of cultures and expectations. Routine practices for some may appear inappropriate or even unethical to others.” KLÄSENER, Amy; LOFTI, Courtney. Party and Counsel Ethics in the Taking of Evidence. **Global Arbitration Review - The Guide to Evidence in International Arbitration**. 3 set. 2021. Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-evidence-in-international-arbitration/1st-edition/article/party-and-counsel-ethics-in-the-taking-of-evidence>. Acesso em: 06 set. 2021.

⁴⁷³ BERGSTEN, Eric. Americanization of International Arbitration. **Pace International Law Review**. v. 18. abr. 2006. p. 289-301. Disponível em <https://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1081&context=pilr> Acesso em: 22 abr. 2021. p. 300-301. No original “American lawyers tend to see the courts and arbitration as two different forums for the litigation of commercial disputes, but often they use the same litigation techniques in both. On the other hand, the Europeans tend to litigate before the courts and arbitrate before an arbitrator. While the European "Grand Old Men's" approach to arbitration from fifty years ago is no longer prevalent, there is a general feeling that litigation techniques, in particular procedural-disputes, do not belong in arbitration. Nevertheless, the trend in international arbitration is to move towards the American style of litigation”.

⁴⁷⁴ “American attorneys, for instance, have a very direct style and usually treat business as business, not as part of a larger social relationship. Many other cultures view the relationship as more important than the business itself, however, and simply will not conduct business—or dispute resolution—with a person they mistrust, do not understand, or do not like”. STALLARD, Amanda. Joining the Culture Club: Examining Cultural Context When Implementing International Dispute Resolution. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**. v. 17, n. 2, 2002, p. 463-486. Disponível

americanos cresceram junto com a economia americana e acabaram expandindo sua influência e atuação por todo o mundo, exercendo um *soft-power game*⁴⁷⁵ inegável e amparado em diversas pesquisas sobre escritórios de advocacia com atuação na arbitragem internacional⁴⁷⁶.

Deste modo, os advogados americanos trouxeram consigo as ferramentas e métodos de produção de provas que conheciam, o que não encontrava formalmente nenhuma proibição na arbitragem internacional⁴⁷⁷, só era diferente do que vinha sendo feito. Neste sentido, Catherine Rogers⁴⁷⁸ ressalta que os europeus reclamam dos excessos americanos, mas não estão isentos de críticas por parte dos asiáticos que os acusam de negociarem buscando o resultado soma zero, sendo inflexíveis. Ou seja, existem diferenças culturais e jurídicas que devem ser consideradas sem que necessariamente se possa dizer que uma está correta em detrimento da outra, mas é preciso achar os pontos de convergência e se estabelecer padrões.

em: https://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/87131/OSJDR_V17N2_463.pdf. Acesso em: 05 mai. 2021. p. 466.

⁴⁷⁵ “So too we might add that the Anglo-American law firms are in a class by themselves in the soft-power game. The muscle of all of the other law firms of the world put together cannot match the attractive allure of these firms. It is their soft power—a power that rests on the magnetic attraction these firms hold on legal service providers and consumers—that will ensure that they will be the defining feature in the future of international arbitration.” ALFORD, Roger P. *The American Influence on International Arbitration*. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**. Vol. 19, 2003, p. 69-88. Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/562 Acesso em: 22 abr. 2021. p. 80-81.

⁴⁷⁶ Vide ALFORD, Roger P. *The American Influence on International Arbitration*. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**. Vol. 19, 2003, p. 69-88. Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/562 Acesso em: 22 abr. 2021. p. 81-82. Vide também BERGSTEN, Eric. *Americanization of International Arbitration*. **Pace International Law Review**. v. 18. abr. 2006. p. 289-301. Disponível em <https://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1081&context=pilr> Acesso em: 22 abr. 2021. p. 300: “By 2005, the American business and legal communities accepted arbitration as the preferred method of settlement of international commercial disputes. Consequently, American lawyers and parties have become significant actors in international arbitration.” Ainda, “With the worldwide presence of the U.S. “multinationals of law,” it is not uncommon for both parties in international commercial arbitration to be represented by U.S. law firms or their overseas branches. And, the increase in arbitration-related services transforms into an increase in profits.” HELMER, Elena V. *International Commercial Arbitration: Americanized, Civilized, or Harmonized*. **Ohio St. J. on Disp. Resol.**, v. 19, p. 35-68, 2003, p. 41. Disponível em: <https://kb.osu.edu/handle/1811/77162>. Acesso em: 17 abr. 2021.

⁴⁷⁷ VON MEHREM; George M.; JOCHUM, Alana C. *Is International Arbitration Becoming Too American?*, 2 **Global Bus. L. Rev.** 47 (2011). Disponível em <https://engagedscholarship.csuohio.edu/gblr/vol2/iss1/6>. Acesso em: 23 abr. 2021. p. 51.

⁴⁷⁸ ROGERS, Catherine. 'Chapter 5: Guerrilla Tactics and Ethical Regulation', in HORVATH, Günther J. and WILSKE, Stephan (eds), **Guerrilla Tactics in International Arbitration**, International Arbitration Law Library, Volume 28, Kluwer Law International; 2013, p. 313 – 340, p. 333.

Susan L. Karamanian⁴⁷⁹ categoriza a “americanização” da arbitragem internacional em três níveis: suave (*mild*); moderada (*moderate*) e extrema (*extreme*). A americanização *mild* se concretiza em três aspectos da influência do modelo adversarial da *common law* sobre a arbitragem internacional, por meio da utilização da “(a) interrogatório de testemunhas⁴⁸⁰; (b) *discovery* de documentos; e (c) o uso das partes ou de seus representantes como testemunhas”⁴⁸¹. O grau da americanização moderada inclui o uso de depoimentos pré-julgamentos (*pre-trial deposition*) e o reconhecimento e aplicação dos princípios e práticas básicas de provas aos moldes do modelo americano.⁴⁸² Por último, um grau de americanização extremo divide-se em atos que a lei restringe ou proíbe e atos que se traduzem em condutas indesejáveis ou inadequadas, como ausência de cooperação com a parte contrária ou excesso de objeções⁴⁸³.

Roger Alford⁴⁸⁴ conclui que existe sim uma “americanização” da arbitragem internacional que tende a continuar crescendo nas próximas décadas⁴⁸⁵, seja em

479 KARAMANIAN, Susan L. Overstating the "Americanization" of International Arbitration: Lessons from ICSID. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, v. 19, n. 1, 2003, p. 5-34. Disponível em <https://kb.osu.edu/handle/1811/77163>. Acesso em: 22 abr. 2021. p. 10.

480 “Cross-examination also allows the development of facts that could challenge the witness's credibility. In international arbitrations, "American and English advocates nearly always want to cross-examine witnesses" and possibly "attack their credibility or the quality of their recollections. Arbitrators from civil law countries find attacks on witnesses "embarrassing (if not barbaric)" because in civil law systems, the tribunal "takes the lead in questioning the witnesses.” KARAMANIAN, Susan L. Overstating the "Americanization" of International Arbitration: Lessons from ICSID. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, v. 19, n. 1, 2003, p. 5-34. Disponível em <https://kb.osu.edu/handle/1811/77163>. Acesso em: 22 abr. 2021. p. 11.

481 KARAMANIAN, Susan L. Overstating the "Americanization" of International Arbitration: Lessons from ICSID. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, v. 19, n. 1, 2003, p. 5-34. Disponível em <https://kb.osu.edu/handle/1811/77163>. Acesso em: 22 abr. 2021. p. 10.

482 “The moderate acts include the use of depositions and the recognition and application of basic U.S. evidentiary principles and practices”. KARAMANIAN, Susan L. Overstating the "Americanization" of International Arbitration: Lessons from ICSID. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, v. 19, n. 1, 2003, p. 5-34. Disponível em <https://kb.osu.edu/handle/1811/77163>. Acesso em: 22 abr. 2021. p. 15.

483 KARAMANIAN, Susan L.. Overstating the "Americanization" of International Arbitration: Lessons from ICSID. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, v. 19, n. 1, 2003, p. 5-34. Disponível em <https://kb.osu.edu/handle/1811/77163>. Acesso em: 22 abr. 2021. p. 17-19.

484 ALFORD, Roger P. The American Influence on International Arbitration”. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**. Vol. 19, 2003, p. 69-88. Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/562 Acesso em: 22 abr. 2021. p. 80-88.

485 “Today we are experiencing the dawn of the golden age of the Anglo-American law firm. While the elder statesmen of international arbitration are largely European, the Anglo-American juggernaut we know as the modern international law firm is the defining feature affecting the industry today. With their tight organizational structure, integrated services, global network of offices, and team mentality, these firms dominate international legal practice, including international arbitration. Not surprisingly, much of the greatest young arbitration talent from across the globe aspires-or at least is sorely

razão da língua, do estilo de advocacia que se expandiu pelo mundo todo, do modo de produção de provas (*discovery*), da lei aplicável, da importância dos EUA no comércio internacional, pela ocupação de americanos em instituições de arbitragem etc.

No entanto, Susan Karamanian⁴⁸⁶ adverte que o estigma criado como “americanização” da arbitragem internacional é exagerado e que o sistema legal norte-americano contribui para o bom desenvolvimento do processo arbitral, sugerindo que a comunidade arbitral deixe os rótulos de lado e se concentre na construção de um sistema melhor que se adapte às necessidades vigentes. Eric Bergsten⁴⁸⁷ compara a chegada dos norte-americanos na arbitragem ao processo de imigração, resumindo que os imigrantes (norte-americanos) precisam se adaptar ao novo país (arbitragem), mas o país também precisa mudar para acomodar os imigrantes⁴⁸⁸.

tempted-to affiliate with these firms. And it is this aspiration, and its realization, that will result in the Anglo-American law firm being the dominant force in international arbitration in the coming decades. And with it, we will see the Americanization of international arbitration reach its highwater mark.” ALFORD, Roger P. The American Influence on International Arbitration. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**. v. 19, n. 1, 2003, p. 69-88. Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/562 Acesso em 22 abr. 2021. p. 88.

⁴⁸⁶ “The fundamental problem with the claim that international arbitration has become Americanized is that it is based on misperceptions about the U.S. legal system. This Article has attempted to clarify the American process. Second, as the analysis demonstrates, the charge of Americanization does not completely pass the reality test. Aspects of the American judicial system have made their way into the international arbitration process, or at least into ICSID arbitrations. These American aspects, which tend to promote the full development of the facts within an orderly environment, benefit the process and promote the truth. While some of the negative aspects of Americanization have also surfaced, their role and effect have been exaggerated. Those involved in international commercial arbitration should now set aside the labels and instead focus on building a system that best suits the needs of those it serves.” KARAMANIAN, Susan L. Overstating the “Americanization” of International Arbitration: Lessons from ICSID. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, v. 19, n. 1, 2003, p. 5-34. Disponível em <https://kb.osu.edu/handle/1811/77163>. Acesso em: 22 abr. 2021. p. 34.

⁴⁸⁷ “The international commercial arbitration experience during the last fifty years is analogous to the experience of immigration into a country. Immigrants must adjust to their new country, but the country will also change to accommodate them. This is what happened to international commercial arbitration when the Americans arrived, and things have been evolving ever since.” BERGSTEN, Eric. Americanization of International Arbitration. **Pace International Law Review**. v. 18. abr. 2006. p. 289-301. Disponível em <https://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1081&context=pilr> Acesso em: 22 abr. 2021. p. 301.

⁴⁸⁸ No mesmo sentido, George M. von Mehrem e Alana C. Jochum também defendem que houve adaptações tanto dos americanos quanto da arbitragem nos últimos quarenta anos. “During the past 40 years or so, those compromises have tended to introduce important American procedural tools because of increasing American involvement in the process. But, at the same time, those compromises have often modified and altered American procedure for use in arbitration so that it will better fit the expectations of civil law parties. This process is illustrated by the way in which document disclosure has been incorporated into international arbitration.” VON MEHREM; George M.;

Em arremate sobre a “americanização”, George M. von Mehrem e Alana C. Jochum⁴⁸⁹ argumentam que houve readequações tanto para a *common law* quanto para a *civil law*, porque é mais cômodo que partes e advogados advindos de cada um desses sistemas prezem por um procedimento mais próximo à sua cultura jurídica. E com isso, defendem um ponto de vista interessante e otimista de que o cenário arbitral está mudando, pois os advogados americanos já tiveram tempo suficiente para se adaptar à realidade arbitral. Além disso, houve uma grande miscigenação de advogados de todas as partes do mundo em escritórios americanos e vice-versa, o que trará uma nova perspectiva, inclusive, para influência de culturas jurídicas que foram subjugadas (asiática, sul-americana, leste europeu), mas que tem impactado no comércio; então, o foco no futuro será a redução de custos e a eficiência na resolução do conflito – que é o verdadeiro problema.

E, finalmente, o mercado de especialistas em arbitragem está se tornando mais maduro, o que significa que a concorrência aumentou entre as principais empresas que atuam nesta área. Isso, juntamente com as pressões dos clientes sobre o custo e a eficiência que ganharam um impulso significativo durante a última recessão, produziu um compromisso real para encontrar maneiras de tornar a arbitragem internacional menos cara e mais rápida. Muitas vezes, as críticas à “americanização” não se concentraram no que os americanos introduziram no processo. Pelo contrário, as críticas se concentram no aumento do custo e do tempo devido à forma como a panóplia de ferramentas disponíveis é utilizada em casos específicos - respeitando a “origem nacional” dessas ferramentas e independentemente da nacionalidade dos advogados que as utilizam ou usam indevidamente. ⁴⁹⁰

JOCHUM, Alana C. Is International Arbitration Becoming Too American? 2 **Global Bus. L. Rev.** 47 (2011). Disponível em <https://engagedscholarship.csuohio.edu/gblr/vol2/iss1/6>. Acesso em: 23 abr. 2021. p. 53.

⁴⁸⁹ VON MEHREM; George M.; JOCHUM, Alana C. Is International Arbitration Becoming Too American? 2 **Global Bus. L. Rev.** 47 (2011). Disponível em <https://engagedscholarship.csuohio.edu/gblr/vol2/iss1/6>. Acesso em: 23 abr. 2021. p. 55-56.

⁴⁹⁰ No original “And, finally, the market for arbitration specialists is becoming somewhat mature—meaning that competition has increased among the major firms that act in this area. That, together with client pressures on cost and efficiency that gained significant momentum during the last recession, has produced a real commitment to find ways to make international arbitration less expensive and quicker. Often criticism of “Americanization” has not focused on what Americans have introduced into the process. Rather, the criticism focuses on the increased cost and time due to how the panoply of available tools are used in specific cases—irrespective of the “national origin” of those tools and irrespective of the nationality of the lawyers who use or misuse them.” VON MEHREM; George M.; JOCHUM, Alana C. Is International Arbitration Becoming Too American? 2 **Global Bus. L. Rev.** 47 (2011). Disponível em <https://engagedscholarship.csuohio.edu/gblr/vol2/iss1/6>. Acesso em: 23 abr. 2021. p. 57.

Há de se concordar que os *players* devem compreender que é possível utilizar o melhor dos dois mundos (*common law* e *civil law*)⁴⁹¹, pois é impensável que em um contexto comercial tão globalizado se admita que um sistema preponderará sobre o outro, sem sofrer adaptações, inclusive com influência de outras culturas jurídicas, como a asiática, a latina ou a africana⁴⁹². Aliás, deve-se admitir que a arbitragem sempre cultivou um ambiente propício para adaptações⁴⁹³ às necessidades comerciais, jurídicas e sociais próprias da sua natureza *sui generis*.

Bem, chegou-se até aqui verificando que muitas foram as transformações passadas no campo social, econômico e jurídico da arbitragem com a inserção de novos *players* e *status* de principal método de solução dos conflitos comerciais internacionais. Embora transformações fossem esperadas, o problema é que trouxeram impactos éticos e econômicos negativos sobre o instituto. Então se passa ao questionamento, será que o estágio atual realmente se justifica pela *due process paranoia*?

3.1.3 *Due Process Paranoia*: Realidade ou Fantasia?

O que seria o devido processo no contexto da arbitragem comercial internacional? E por quê se fala em paranoia do devido processo?

491 “Many prominent practitioners and academics in the field agree that the complex processes currently taking place in international commercial arbitration can be best characterized as “harmonization”, “homogenization”, “convergence”, or a “hybrid” of the two great legal traditions. International commercial arbitration practice is developing new ways of conducting arbitral Proceedings in “cross-cultural” arbitrations”. HELMER, Elena V. *International Commercial Arbitration: Americanized, Civilized, or Harmonized*. **Ohio St. J. on Disp. Resol.**, v. 19, p. 35-68, 2003, p. 56-57. Disponível em: <https://kb.osu.edu/handle/1811/77162>. Acesso em: 17 abr. 2021. Vide também VON MEHREM; JOCHUM, op. cit. p. 54-55.

492 Kidane, apoiado no pensamento de Leon Trakman, entende que resumir a arbitragem às duas culturas jurídicas ocidentais (*common law* e *civil law*), embora predominantes, é a confirmação de um estereótipo. KIDANE, Won L. **The culture of international arbitration**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2017. p. 17.

493 “The use of American trial techniques and procedures in international arbitration is widespread. Nevertheless, international commercial arbitration has not become “Americanized”; nor has it become “Civilized.” Arbitration is opting for the middle ground and tends to encompass the best of both legal traditions. In order to be an effective mechanism for resolving international economic disputes, arbitration cannot be dominated by any particular legal tradition. Arbitration must maintain its flexibility and adaptability to the needs of parties from various countries of the world.” HELMER, op. cit. p. 66.

O devido processo faz parte da principiologia jurisdicional da arbitragem. Por sua importância está previsto e garantido nos principais documentos de direitos humanos⁴⁹⁴, tratados⁴⁹⁵, *soft law* e nas normas constitucionais e infraconstitucionais dos Estados⁴⁹⁶ a fim de resguardar que todos partícipes de um processo judicial ou extrajudicial tenham garantidos o tratamento justo, igualitário, imparcial do seu julgador, com respeito ao contraditório e à ampla defesa. Assim, o devido processo exige que os árbitros conduzam os procedimentos e redijam suas sentenças de tal forma que sejam executáveis, não se permitindo levar por ameaças de pedidos de nulidade e/ou impugnação à execução perante tribunal estrangeiro caso não ajam como os advogados querem⁴⁹⁷.

A questão que se põe não diz respeito à aplicação do devido processo na arbitragem, pois isso é inegável⁴⁹⁸, mas sim, se existe uma paranoia na argumentação de possível e eventual nulidade do processo arbitral em razão de alegações infundadas de violação ao devido processo, como ficou conhecido na Pesquisa de 2015 da *Queen Mary University*⁴⁹⁹.

⁴⁹⁴ Vide art. 6 da Convenção para a proteção dos direitos do homem e das liberdades fundamentais; art. 10 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e o art. 8 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

⁴⁹⁵ Cabe anotar a importância da Convenção de Nova Iorque para o entendimento do que seria o devido processo internacional, pois a sentença arbitral só terá executoriedade se cumprir com os requisitos propostos na Convenção. E neste sentido, a Convenção reza em seu art. 5.1 e 5.2 sobre as hipóteses em que o reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos.

⁴⁹⁶ Como já foi feito referência anteriormente no item 2.3.2 desta tese.

⁴⁹⁷ CREMADES, Bernardo M. The Use and Abuse of Due Process in International Arbitration. *ARBITRAJE. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*. vol. IX, n. 3, 2016, p. 661–676. Disponível em <https://arbitrajeraci.files.wordpress.com/2018/07/the-use-and-abuse-of-e2809cdue-processe2809d-in-international-arbitration.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2021. p. 665.

⁴⁹⁸ “O devido processo legal é assim um princípio síntese, uma cláusula de fechamento, uma regra de encerramento, que congrega, resume, condensa em si, todos os demais princípios e garantias. Serve ele, portanto, como um guia, como um farol. Devido processo legal não é seguir de forma estrita o procedimento instituído em lei. Se fosse isso, não poderia sequer ser discutida a flexibilidade procedimental. Devido processo legal é aquele que, seguindo o procedimento previsto em lei, ou sendo esse flexibilizado, respeita as balizas (limites, garantias mínimas) compostas pelos demais princípios processuais constitucionais, sempre tendo em vista as eventuais peculiaridades do direito material em disputa.

A Lei 9.307/96 não menciona expressamente a necessidade de se respeitar o devido processo legal. Contudo, ele se aplica sim na arbitragem. Mas faz-se a ressalva de que o princípio do devido processo legal não acarreta a aplicação dos ritos e regras do CPC na arbitragem, e nem que prejudica flexibilidade do procedimento arbitral.” MONTORO, Marcos André Franco. **Flexibilidade do procedimento arbitral**. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 364-365. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082011-161411/pt-br.php>. Acesso em: 19 dez. 2019.

⁴⁹⁹ MISTELIS, Loukas A., Efficiency. **What Else? Efficiency as the Emerging Defining Value of International Arbitration**: between Systems theories and party autonomy (April 15, 2019). Queen

É notório que a parte tem o direito de apresentar seus argumentos em busca da defesa dos seus interesses. No entanto, sendo um processo, haverá o momento adequado para apresentação destes argumentos. A questão processual diz respeito ao prazo de manifestação a fim de que se tenha um julgamento célere que resulte em uma sentença eficaz⁵⁰⁰, o que é de interesse da parte e do tribunal arbitral que deve ser firme na condução do processo.

Neste sentido, o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL traz em seu art. 17.1 que “[...] o tribunal arbitral conduz a arbitragem do modo que considerar apropriado, desde que as partes sejam tratadas com igualdade e que, em todas as fases do processo, tenham a oportunidade razoável de fazer valer o seu caso. [...]”⁵⁰¹. E na parte final do referido artigo afirma o poder do tribunal na condução do processo visando a eficiência na resolução do litígio.

Mas a dificuldade é identificar quando indeferimentos a pedidos das partes são razoáveis e quando violam o devido processo. Esta paranoia do devido processo “abre margem para o abuso do devido processo, isto é, pedidos alicerçados no devido processo, mas que, na verdade, visam atrapalhar o andamento do processo arbitral, tais como o emprego de práticas dilatórias.”⁵⁰²

Mary School of Law. **Legal Studies Research**. Paper n. 313/2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3372341>. Acesso em: 6 mai. 2021. p. 18-19.

⁵⁰⁰ “Essa qualidade que se espera alcançar - a produção de uma sentença executável e consoante ao devido processo legal - é mais um fundamento de causa do - due process paranoia. Tal paranoia é resultante de diversas demandas recebidas ao mesmo tempo pelo tribunal arbitral, como: i) administrar o procedimento para não aumentar custos e tempo; ii) atender ao critério de flexibilidade da arbitragem de forma a não engessar o procedimento e respeitar a vontade das partes; e iii) acima de tudo, levar sempre em consideração o devido processo de modo que a sentença não abra possibilidades de impugnação.” MONTEIRO, Gustavo Becker. **Arbitragem Comercial Internacional e Devido Processo Legal: efeitos e limites do “due process paranoia” na condução de procedimentos arbitrais**. Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, 2019, Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/219186>. Acesso em: 24 abr. 2021. p. 56.

⁵⁰¹ “Artigo 17.º 1. Sob reserva do disposto no presente Regulamento, o tribunal arbitral conduz a arbitragem do modo que considerar apropriado, desde que as partes sejam tratadas com igualdade e que, em todas as fases do processo, tenham a oportunidade razoável de fazer valer o seu caso. O tribunal arbitral, no exercício do seu poder discricionário, deve conduzir o processo de forma a evitar atrasos e despesas desnecessárias e a garantir um processo justo e eficiente de resolução do litígio entre as partes.” DIREÇÃO GERAL DA POLÍTICA DE JUSTIÇA. **Regulamentos da UNCITRAL: Regulamento de Arbitragem e Regulamento sobre Transparência na Arbitragem entre Investidores e Estados Baseada em Tratados**. Disponível em: <https://dgpj.justica.gov.pt/Portals/31/Edi%E7%F5es%20DGPJ/Regulamento%20Uncitral%20pages.pdf>. Acesso em: 18 mai. 2021.

⁵⁰² SOUZA, Hellen Luana; COSTA, Patrícia Ayub. Devido processo legal na arbitragem comercial internacional: desafios ante táticas de guerrilha. In: Wagner Menezes (Org.). **Direito internacional em expansão: anais do XIX Congresso Brasileiro de Direito Internacional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, v. XIX, p. 226-242, 2020, p. 232.

A realidade é que essa paranoia do devido processo torna o árbitro refém do guerrilheiro, que por receio, concede tempo adicional, aceita a introdução tardia de novos documentos ou argumentos, realiza audiências desnecessariamente longas, mesmo sendo contrário ao princípio da eficiência⁵⁰³.

Considerando que uma sentença arbitral, em regra, é anulada apenas se não possibilitar que as partes apresentem seu caso de forma completa, sejam tratadas de forma diferente ou em caso de violação das convenções estabelecidas pelas partes, para Berger e Jensen⁵⁰⁴, resta infundada a *due process paranoia*, pois, apresentar o caso de forma completa nunca significou sacrificar a eficiência do processo arbitral para acomodar pedidos irrazoáveis das partes.

E deste modo, a fim de preservar a eficiência da arbitragem, o árbitro deve exercer a gestão do processo de forma a fazer respeitar o devido processo, mas também enfrentar os obstáculos causados pelas partes de forma motivada. A própria pesquisa da *Queen Mary* de 2015 demonstrou a insatisfação dos usuários da arbitragem internacional com a ausência de firmeza dos árbitros na condução do processo.

E por que isso se daria? Existe mesmo um movimento dos tribunais nacionais a anularem as decisões arbitrais? Os árbitros se rendem porque tem medo de que suas decisões sejam anuladas e manchem sua reputação? Ou os árbitros têm receio de não serem indicados em novas arbitragens?

Em relação ao primeiro questionamento, parece que não. Os tribunais nacionais tendem a interferir minimamente nas decisões arbitrais, só as anulando se houver uma grave violação ao devido processo⁵⁰⁵. Neste sentido, as pesquisas

⁵⁰³ FLORESCU, Cristina Ioana. Emerging tools to attract and increase the use of international arbitration. **Juridical Tribune**. v. 10, n. 2, jun. 2020. p. 256-278, p. 259.

⁵⁰⁴ BERGER, Klaus Peter; JENSEN, J. Ole. Due process paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators. **Arbitration International**, 2016, n. 32, p. 415-435. Disponível em: <https://praguerules.com/upload/iblock/882/88256e5a0d39997b4d6ec9be17303671.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2021. p. 421.

⁵⁰⁵ “When it comes to the submission of new arguments or new evidence it seems that only egregious cases would lead to the annulment of the award. Indeed, the general tendency of national courts is to confirm the decisions of arbitral tribunals unless there has been an egregious violation of the right to be heard on the part of the tribunals.” MISTELIS, Loukas A., Efficiency. What Else? Efficiency as the Emerging Defining Value of International Arbitration: between Systems theories and party autonomy (April 15, 2019). Queen Mary School of Law. **Legal Studies Research**. Paper n. 313/2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3372341>. Acesso em: 6 mai. 2021. p. 21. No mesmo sentido, “The relevant circumstance they consider in this test is whether in light of the arbitrators’ prerogative to conduct the proceedings there was a serious violation of a party’s right

nacionais⁵⁰⁶ e estrangeiras⁵⁰⁷ apontam para a conclusão de que as cortes nacionais tendem a confirmar as sentenças arbitrais, o que confirmaria que se trata realmente de uma falsa abordagem sobre o tema, inclusive como contestado na pesquisa de 2018 da *Queen Mary*.

Claro que para tanto, é necessário que o tribunal arbitral conheça “os riscos advindos do indeferimento a um pedido que prejudica o bom andamento da arbitragem ser interpretado como descumprimento ao devido processo” e isso é possível na medida em que o tribunal arbitral conheça a postura dos tribunais estatais onde a sentença arbitral possa vir a ser impugnada⁵⁰⁸.

Cabe ao tribunal arbitral, dentro dos seus poderes-deveres, analisar se a conduta é protelatória, infundada e desnecessária e assim, fundamentar sua decisão de indeferimento de pedidos desarrazoados.

resulting in a blatant case of refusal of due process by the tribunal, which amounts to a clear misuse of its procedural discretion.” BERGER, Klaus Peter; JENSEN, J. Ole. Due process paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators. **Arbitration International**, 2016, n. 32, p. 415-435. Disponível em: <https://praguerules.com/upload/iblock/882/88256e5a0d39997b4d6ec9be17303671.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2021. p. 429.

⁵⁰⁶ O CBar em parceria com a ABEARB realizou pesquisa sobre a relação da arbitragem com o Poder Judiciário em 2016 e constatou que “em apenas 2 dos 11 casos analisados, a decisão dos tribunais superiores manteve a anulação da sentença arbitral em exame – o que representa apenas cerca de 18% dos casos analisados. Destaca-se que, em nenhum caso, o STF e o STJ reverteram decisões de cortes ordinárias para o fim de anular a sentença arbitral. Nos dois casos em que a sentença arbitral foi anulada, tal anulação havia sido determinada pelos TJs estaduais, tendo o STJ e o STF, em ambos os casos, negado conhecimento ou provimento aos recursos excepcionais. Ademais, o resultado da PESQUISA 2016 demonstra que o STF e o STJ têm pouca interferência na anulação de sentenças arbitrais. Em mais de 50% dos casos os recursos excepcionais não foram admitidos pelos tribunais superiores, seja pela impossibilidade de revisão de matéria de fato – que constitui grande parte dos casos – seja pela ausência de violação à norma constitucional (nos recursos interpostos perante o STF).” COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM - CBar. **Projeto de Pesquisa Arbitragem e Poder Judiciário**. 2 ed., 2016. LUÍS, Daniel Tavela Luís et al. (coord.) Disponível em <https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2018/04/2-introduccca7acc83o-03-08.pdf>. Acesso em: 19 jun. 2021. p. 11.

⁵⁰⁷ Exemplos trazidos na pesquisa de Loukas Mistelis de que os tribunais nacionais raramente interferem nas sentenças arbitrais: *Triulzi Cesare SRL v XinyiGroup (Glass) Co Ltd* [2014] SGHC 220; XXXIV YB Comm Arb 522 (OLG Dresden 2008); 35 ASA Bull 428 (Swiss Federal Tribunal 2017); XXXIV YB Comm Arb 536 (OLG Hamm 2008); *Pacific China Holdings Ltd (In Liquidation) v Grand Pacific Holdings Ltd* [2012] 4 HKLRD 1; *Ispat Industries Ltd v. Western Bulk Pte Ltd* [2011] EWHC 93 (Comm.); *ASM Ship.ing Ltd of India v TTMI Ltd of England* [2005] EWHC 2238 (Comm); *PT Reasuransi Umum Indonesia v Evanston Ins Co*, XIX YB Comm Arb 788, 790 (US District Court, SDNY 1992). MISTELIS, Loukas A., Efficiency. What Else? Efficiency as the Emerging Defining Value of International Arbitration: between Systems theories and party autonomy (April 15, 2019). *Queen Mary School of Law. Legal Studies Research*. Paper n. 313/2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3372341>. Acesso em: 6 mai. 2021.

⁵⁰⁸ MONTEIRO, Gustavo Becker. **Arbitragem Comercial Internacional e Devido Processo Legal**: efeitos e limites do “due process paranoia” na condução de procedimentos arbitrais. Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, 2019, Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/219186>. Acesso em: 24 abr. 2021. p. 96-97.

Ugo Draetta⁵⁰⁹ alerta que o presidente do tribunal arbitral deve ser o gestor do processo e não se pode deixar levar pelo temor infundado de não cumprir o devido processo se considera as testemunhas e *experts* irrelevantes, pois ele goza de amplas faculdades para isso, ele deve ter “a coragem de decidir”⁵¹⁰.

No mesmo sentido, Berger e Jensen⁵¹¹ relatam que em situações cinzentas, onde não é tão simples saber se os pedidos são apenas protelatórios ou se são justificados, os árbitros ficam entre agir de forma simplificada e célere ou permitir atos processuais com receio de violar o devido processo⁵¹². É óbvio que é preciso respeitar o devido processo, mas não de forma cega, sob pena da arbitragem ficar famosa como um processo em que as partes podem atrasar o procedimento de forma indeterminada. Isto não é bom para as partes e nem para o instituto da arbitragem.

Ou seja, o medo que os árbitros possuem de que as cortes estatais anulem suas decisões em razão de suposta violação ao devido processo, embora seja infundada, já que a experiência demonstra que os tribunais nacionais não anulam ou deixam de reconhecer as sentenças arbitrais por motivos que dizem respeito às regras de julgamento do tribunal arbitral, é, na verdade, um risco real à eficiência da arbitragem internacional⁵¹³.

⁵⁰⁹ “El presidente no debería permitir que el temor infundado por cumplir con el principio del debido proceso le impida excluir a aquellos testigos o expertos cuyas declaraciones escritas considere irrelevantes. El presidente goza de amplias facultades en ese aspecto, tal como se establece expresamente, por ejemplo, en el art. 8.2 de las Reglas de la Asociación Internacional de Abogados (IBA) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje.” DRAETTA, Ugo. *Palavras Conclusivas*. KEUTGEN, Guy (org.). **A ética na arbitragem jurídica**. Tradução de João Duarte. Lisboa: Edições Piaget, 2012. p. 65.

⁵¹⁰ DRAETTA, Ugo. *Palavras Conclusivas*. KEUTGEN, Guy (org.). **A ética na arbitragem jurídica**. Tradução de João Duarte. Lisboa: Edições Piaget, 2012. p. 66.

⁵¹¹ BERGER, Klaus Peter; JENSEN, J. Ole. Due process paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators. **Arbitration International**, 2016, n. 32, p. 415-435. Disponível em: <https://praguerules.com/upload/iblock/882/88256e5a0d39997b4d6ec9be17303671.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2021. p. 418.

⁵¹² “In arbitral practice, examples of such conduct include: i. requests for the extension of a deadline, ii. submission of an unsolicited but ‘unavoidable’ brief, iii. submissions of document(s) after a cut-off date, iv. the last minute introduction of a new claim, and v. requests for rescheduling of a hearing ‘at the eleventh hour’.” BERGER, Klaus Peter; JENSEN, J. Ole. Due process paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators. **Arbitration International**, 2016, n. 32, p. 415-435. Disponível em: <https://praguerules.com/upload/iblock/882/88256e5a0d39997b4d6ec9be17303671.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2021. p. 419.

⁵¹³ BERGER, Klaus Peter; JENSEN, J. Ole. Due process paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators. **Arbitration International**, 2016, n. 32, p. 415-435. Disponível em:

No que diz respeito ao receio dos árbitros em terem maculada sua reputação ou medo⁵¹⁴ de não serem indicados novamente, tem-se que estas questões são mais reais que a própria *due process paranoia*, considerando que a arbitragem é um campo social, como estudado anteriormente, o que exige a coragem de decidir do árbitro.

Deste modo, o emprego de diversos expedientes protelatórios ou abusivos pelas partes e seus advogados gera, para além de uma paranoia do devido processo, um problema ético e econômico à arbitragem, por meio do que a doutrina vai qualificar como táticas de guerrilha.

3.1.4 Novos Tempos: uma Comunidade Arbitral mais Diversificada

Outras discussões e constatações crescem na arbitragem do século XXI, tais como a inserção de *players* advindos de outras localidades e culturas, bem como a inclusão de grupos minoritários, como as mulheres e etnias advindas da África, América Latina e Ásia no campo social da arbitragem, o que leva Fidelis Oditah⁵¹⁵ a questionar onde o poder reside na geografia da arbitragem internacional.

Interessante pesquisa foi liderada por Susan Franck⁵¹⁶ com integrantes da ICCA, em que se concluiu pela predominância de advogados e árbitros de países desenvolvidos, do sexo masculino e com idade média de 53 anos para árbitros e 46 anos para advogados.

No que tange à geografia da arbitragem, ela tem sofrido alterações como demonstram a preferência de centros e instituições arbitrais, mas isso não significa que seus *players* tenham se diversificado, tendo ainda uma predominância

<https://praguerules.com/upload/iblock/882/88256e5a0d39997b4d6ec9be17303671.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2021. p. 420.

⁵¹⁴ BATES JR. Albert; TORRES-FOWLER, R. Zachary. Abuse of due process in international arbitration: is due process paranoia irrational? **American Journal of Construction Arbitration & ADR** (AJCA). v. 1, n. 2, p. 245-272, 2017. p. 251.

⁵¹⁵ ODITAH, Fidelis. 'Chapter 17: Geography of International Arbitration: Where Does the Power Lie?'. In: BREKOULAKIS; Stavros, LEW, Julian David Mathew, et al. (eds), **The Evolution and Future of International Arbitration**, International Arbitration Law Library, Volume 37, Kluwer Law International, 2016, p. 287 – 298.

⁵¹⁶ FRANCK, Susan D., FREDA, James, LAVIN, Kellen, LEHMANN, Tobias, AAKEN, Anne Van. The Diversity Challenge: Exploring the “Invisible College” of International Arbitration. **Columbia Journal of Transnational Law**. n. 53, 2015. p. 429-506. Disponível em <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1488&context=wlufac>. Acesso em: 12 set. 2021.

masculina, branca, com idade superior a quarenta anos, e vinda de países desenvolvidos, com conhecimento jurídico da *common law*.

Com a ampliação do comércio internacional e o grande crescimento econômico do continente asiático, despontado pela China, houve uma desterritorialização de centros de arbitragem da Europa-EUA para alcançar o Pacífico Sul. E além do fator econômico, não é coincidência que China, Índia, Coreia do Sul, Tailândia, Filipinas, Malásia, Cingapura e Hong Kong atualizaram sua legislação arbitral mediante a adoção da Lei Modelo da UNCITRAL⁵¹⁷. Convém ressaltar, ainda, que “Hong Kong e Cingapura são centros de serviços estáveis e avançados no sudeste asiático com um sistema jurídico de *common law* confiável”⁵¹⁸.

Neste sentido, os dados da *Queen Mary University of London & White Case*⁵¹⁹ demonstram esta realidade. A arbitragem efetivamente buscou novos ares. Em termos de local da arbitragem, há uma “dança das cadeiras” entre Londres, Paris, Hong Kong, Cingapura e Genebra, variando as posições a cada pesquisa⁵²⁰. Estes locais são bem avaliados em razão da neutralidade e imparcialidade do sistema jurídico, por sua lei nacional, pelos antecedentes em

⁵¹⁷ ODITAH, Fidelis. 'Chapter 17: Geography of International Arbitration – Where Does the Power Lie?', in BREKOULAKIS, Stavros, LEW, Julian David Mathew, et al. (eds), **The Evolution and Future of International Arbitration**, International Arbitration Law Library, Volume 37, Kluwer Law International, 2016, p. 287 – 298. SCHÄFER, Jan K. Borrowing and Cross-Fertilising Arbitration Laws - A Comparative Overview of the Development of Hong Kong and Singapore Legislation for International Commercial Arbitration. **Journal of International Arbitration**. Kluwer Law International, 1999, Volume 16, Issue 4, p. 41 – 100, p. 45.

⁵¹⁸ SCHÄFER, Jan K. Borrowing and Cross-Fertilising Arbitration Laws - A Comparative Overview of the Development of Hong Kong and Singapore Legislation for International Commercial Arbitration, **Journal of International Arbitration**, Kluwer Law International 1999, Volume 16, Issue 4, p. 41 – 100, p. 44.

⁵¹⁹ QUEEN MARY UNIVERSITY AND WHITE & CASE. **2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration**. Disponível em: http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf. Acesso em: 10 set. 2021. QUEEN MARY UNIVERSITY AND WHITE & CASE. **2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration**. Disponível em <https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/qmul-international-arbitration-survey-2018-19.pdf>. Acesso em: 10 set. 2021. QUEEN MARY UNIVERSITY AND WHITE & CASE. **2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world**. Disponível em: <https://www.whitecase.com/publications/insight/2021-international-arbitration-survey>. Acesso em: 10 set. 2021.

⁵²⁰ Em 2015: Londres, Paris, Hong Kong, Cingapura e Genebra; em 2018 Londres, Paris, Cingapura, Hong Kong e Genebra e em 2021: Londres, Cingapura, Hong Kong, Paris e Genebra, ressaltando que houve empate entre Londres e Cingapura com 54% das respostas. Ver QUEEN MARY UNIVERSITY AND WHITE & CASE, 2015, 2018 e 2021.

fazer cumprir as convenções de arbitragem e as sentenças arbitrais, o que gera confiança e previsibilidade.

Se analisada sob um ponto de vista mais regionalizado, a pesquisa de 2021 também traz boas notícias de que tem surgido uma busca por locais mais próximos geograficamente e culturalmente, destacando São Paulo para a América Latina e Caribe, por exemplo. Fidelis Oditah⁵²¹ lembra da importância de DUBAI (*Dubai International Arbitration Centre* – DIAC) e do Cairo (*Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration* - CRCICA) para o mundo arbitral árabe, destacando Lagos, na Nigéria (*Lagos Regional Centre for International Commercial Arbitration*) e Mauritius (*LCIA-Mauritius International Arbitration Centre* -LCIA-MIAC) na África.

Em relação às cinco instituições arbitrais de preferência dos players internacionais, é notável o crescimento das instituições asiáticas, superando as tradicionais, como a LCIA na última pesquisa. Neste sentido, em 2015, o ranking era ICC (International Chamber of Commerce), LCIA (London Court of International Arbitration), HKIAC (Hong Kong International Arbitration Centre), SIAC (Singapore International Arbitration Centre) e SCC (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce), passando em 2018 a ser ICC, LCIA, SIAC, HKIAC e SCC. Em 2021 o cenário muda bastante: ICC, SIAC, HKIAC, LCIA e CIETAC (China International Economic and Trade Arbitration Commission). Ou seja, na última pesquisa, a SIAC e a HKIA ultrapassam a LCIA e a CIETAC tomou o lugar da SCC, demonstrando a força da Ásia com três instituições de arbitragem dentre as cinco favoritas. Note-se, que nestes rankings de locais e instituições arbitrais, os EUA estão atrás da Europa e Ásia, apesar da importância norte-americana no campo da arbitragem⁵²².

Por outro lado, é importante entender as razões destas mudanças, inclusive no contexto pandêmico do COVID-19 e a resposta parece ser a adaptação das

⁵²¹ ODITAH, Fidelis. 'Chapter 17: Geography of International Arbitration – Where Does the Power Lie?', in BREKOULAKIS, Stavros, LEW, Julian David Mathew, et al. (eds), **The Evolution and Future of International Arbitration**, International Arbitration Law Library, Volume 37, Kluwer Law International, 2016, p. 287 – 298, p. 291-292.

⁵²² QUEEN MARY UNIVERSITY AND WHITE & CASE. **2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world.** Disponível em: <https://www.whitecase.com/publications/insight/2021-international-arbitration-survey>. Acesso em: 10 set. 2021.

instituições para as audiências virtuais e a oferta de uma maior diversidade de árbitros⁵²³.

Ainda sobre diversidade, existe uma preocupação com a representatividade feminina na arbitragem internacional e a Pesquisa de 2021 traçou um prognóstico de que mais da metade dos entrevistados concorda que houve progresso em termos de diversidade de gênero nos tribunais arbitrais nos últimos três anos, mas que o mesmo ainda não ocorre com relação à questão étnica⁵²⁴ dos tribunais arbitrais, embora 56% dos respondentes afirmem que a diversidade tem um efeito positivo em sua percepção sobre os árbitros⁵²⁵.

Dentre as iniciativas para a maior participação feminina na arbitragem, tem-se a Equal Representation in Arbitration (ERA Pledge)⁵²⁶, que consiste em um Compromisso firmado em 2015, por diversos atores da arbitragem, com objetivos de melhorar o perfil e a representação da mulher na arbitragem e nomear mulheres como árbitros em uma base de igualdade de oportunidades. Outra organização importante é a Arbitral Women⁵²⁷ que visa promover as mulheres e a diversidade

⁵²³ “Respondents chose ‘administrative/logistical support for virtual hearings’ as their top choice adaptation that would make other sets of arbitration rules or arbitral institutions more attractive, followed by ‘commitment to a more diverse pool of arbitrators’.” QUEEN MARY UNIVERSITY AND WHITE & CASE. **2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world.** Disponível em: <https://www.whitecase.com/publications/insight/2021-international-arbitration-survey>. Acesso em: 10 set. 2021.

⁵²⁴ “Analyzing the development status of international arbitration specialists also reflected diversity was complex. Recognizing that developing world arbitrators were less likely to identify diversity problems in international arbitration, two aspects were noteworthy. The first was the demographic data reflecting that OECD and/or high-income arbitrators made up more than 75% of the arbitrators in our sample. The second was, irrespective of how development status was defined, developing world arbitrators experienced statistically lower numbers of appointments than their developed world colleagues. Even counting developing world arbitrators’ own appointments, approximately 40% of arbitrators reported never having sat on a tribunal with a developing world arbitrator; and 59.4% of counsel reported never having worked with a tribunal containing multiple arbitrators from developing countries. Those findings must be contextualized against tests demonstrating that counsel from developing countries were much more likely to experience tribunals comprised of developing world arbitrators.” FRANCK, Susan D., FREDA, James, LAVIN, Kellen, LEHMANN, Tobias, AAKEN, Anne Van. *The Diversity Challenge: Exploring the “Invisible College” of International Arbitration.* **Columbia Journal of Transnational Law.** n. 53, 2015. p. 429-506. Disponível em: <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1488&context=wlufac>. Acesso em: 12 set. 2021. p. 504.

⁵²⁵ QUEEN MARY UNIVERSITY AND WHITE & CASE. **2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world.** Disponível em: <https://www.whitecase.com/publications/insight/2021-international-arbitration-survey>. Acesso em: 10 set. 2021.

⁵²⁶ EQUAL REPRESENTATION IN ARBITRATION. **About the Pledge.** Disponível em: <http://www.arbitrationpledge.com/about-the-pledge>. Acesso em: 12 set. 2021.

⁵²⁷ ARBITRATION WOMEN. Disponível em: <https://www.arbitralwomen.org/>. Acesso em: 12 set. 2021.

na resolução alternativa de disputas internacionais por meio de uma rede internacional, organização de eventos, publicação de documentos, patrocínio de jovens estudantes, capacitação profissional, apoio nas redes sociais etc. No âmbito da América Latina, uma iniciativa importante é a WWA LATAM – Women Way in Arbitration América Latina⁵²⁸ que busca promover a participação de mulheres na arbitragem, partindo do princípio de que a convergência e complementaridade de concepções geram melhores resultados, beneficiando a atividade de resoluções de conflitos.

A *International Council for Commercial Arbitration* emitiu o Relatório ICCA n. 8 apresentando recomendações da Força Tarefa Institucional sobre Diversidade de Gênero em Nomeações Arbitrais e Procedimentos⁵²⁹ a fim de lidar com a falta de diversidade de gênero nos tribunais arbitrais, passando pela apresentação das organizações representativas, pelo compromisso de partes e advogados em procurar mulheres em igualdade de qualificação para nomeação como árbitras, compromisso das instituições de arbitragem e outras organizações para garantir maior diversidade em painéis e listas de árbitros, maior transparência⁵³⁰ com a publicação de estatísticas a respeito do assunto, incentivo às mulheres para que sejam proativas e se relacionem com as instituições arbitrais e com a rede de apoio à diversidade de gênero etc.

Em relação às nomeações como árbitros, as mulheres e indivíduos de países em desenvolvimento estão maciçamente sub-representados nas arbitragens comerciais e de investimento internacionais, mesmo com candidatas(os) bastante qualificados, o que exige que as instituições arbitrais, quando chamadas a nomear árbitros, reflitam sobre a diversidade das partes para a seleção dos árbitros⁵³¹.

⁵²⁸ WWA LATAM. Disponível em <http://www.wwarb.org/index.php>. Acesso em: 12 set. 2021.

⁵²⁹ Opportunities to Address Gender Diversity in Arbitrator Apointments', ICCA Reports No. 8: Report of the Cross- Institutional Task Force on Gender Diversity in Arbitral Apointments and Proceedings, ICCA Reports Series, Volume 8 (© Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International 2020) p. 61 – 114.

⁵³⁰ Neste sentido também é a conclusão da pesquisa de Lucy Greenwood and C. Mark Baker, 'Is the balance getting better? An update on the issue of gender diversity in international arbitration', in PARK, William W. (ed). **Arbitration International**, Oxford University Press 2015, Volume 31, Issue 3, p. 413 – 423.

⁵³¹ ODITAH, Fidelis. 'Chapter 17: Geography of International Arbitration – Where Does the Power Lie?', in Stavros Brekoulakis, Julian David Mathew Lew, et al. (eds), **The Evolution and Future of International Arbitration**, International Arbitration Law Library, Volume 37, Kluwer Law International, 2016, p. 287 – 298, p. 298. No mesmo sentido, "The demographics of key actors in international arbitration reflected bright spots but likewise reflected areas for improvement.

Corroborando esse entendimento, a maioria dos entrevistados da Queen Mary University & White Case⁵³² enfatizam a responsabilidade das instituições arbitrais em promover a diversidade em suas listas, mas também destacam o papel dos advogados ao indicarem os candidatos a árbitros ao cliente. Outro ponto para aumentar a diversidade é a promoção de educação, formação e desenvolvimento da arbitragem em jurisdições menos desenvolvidas, bem como a criação de oportunidades para que novos atores com menos experiência possam ter visibilidade em congressos e associações, já que ser conhecido é fundamental neste meio.

Acredita-se ainda, que a diversidade possibilite melhores resultados e benefícios para a eficiência da arbitragem e sua reputação enquanto meio de solução de conflito democrático e ético. Compreender as diferenças é um exercício fundamental para a pacificação social, o que também contribui para a redução de comportamentos tidos como abusivos ou antiéticos, como as táticas de guerrilha.

3.2 CONCEITO E CATEGORIZAÇÃO DAS TÁTICAS DE GUERRILHA NA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

Ao contrário do comportamento ético esperado no procedimento arbitral, cresce a incidência de abusos e comportamentos antiéticos, denominados de *táticas de guerrilha*, que não são apenas objeto de trabalhos acadêmicos e falas subjetivas em conferências de arbitragem internacional, mas infelizmente é uma

International arbitration has moved past historic Cold War divides. The data demonstrated that arbitrators and counsel comprised a broad spectrum of nationalities, continents, and languages. Nevertheless, the data reflected disproportionate levels of representation by men from states in North America and Europe, which have high levels of economic development. Only 24% of counsel and 17.6% of arbitrators were women. Meanwhile, 68.6% of counsel and 76% of arbitrators were from Europe and North America; 75.2% of counsel and 82.4% of arbitrators were from OECD states, and 76.5% of counsel and 84.8% of arbitrators were from high-income countries. The data supported claims that international arbitration is a “white male game.”” FRANCK, Susan D., FREDA, James, LAVIN, Kellen, LEHMANN, Tobias, AAKEN, Anne Van. *The Diversity Challenge: Exploring the “Invisible College” of International Arbitration.* **Columbia Journal of Transnational Law.** n. 53, 2015. p. 429-506. Disponível em <https://scholarlycommons.law.wlu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1488&context=wlufac>. Acesso em: 12 set. 2021. p. 503.

⁵³² QUEEN MARY UNIVERSITY AND WHITE & CASE. **2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world.** Disponível em: <https://www.whitecase.com/publications/insight/2021-international-arbitration-survey>. Acesso em: 10 set. 2021.

realidade da prática arbitral internacional⁵³³, que exige reflexão e ação para não minar a eficiência da arbitragem comercial internacional⁵³⁴.

Deste modo, é preciso contextualizar, conceituar e categorizar estas táticas a fim de compreender como preveni-las, combatê-las e sancioná-las.

3.2.1 Contexto e Conceito de Táticas de Guerrilha na Arbitragem Comercial Internacional

Por quê a utilização do termo “táticas de guerrilha” na arbitragem comercial internacional? Porque o termo guerrilha⁵³⁵ vem sendo empregado usual e historicamente como estratégias dos menos fortes para minar a força e a vantagem dos mais fortes, por meio de ataques surpresas, emboscadas e até terrorismo⁵³⁶. Credita-se o termo “tática de guerrilha” na arbitragem à Michael Hwagn⁵³⁷ em seu

⁵³³ WILSKE, Stephan. Sanctions against counsel in international arbitration – possible, desirable or conceptual confusion? **Contemporary Asia Arbitration Journal**, v. 8, n. 2, p. 141-184, nov. 2015. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2699476. Acesso em: 06 set. 2021. p. 144. Veja também MCEVOY, Dermont. **Guerrilla tactics: resulting in indemnity costs awards?** 23 mar. 2017. Disponível em: https://www.eversheds-sutherland.com/global/en/what/articles/index.page?ArticleID=en/Construction_And_Engineering/Guerrilla_tactics_Resulting_in_indemnity_costs_awards. Acesso em: 06 set. 2021.

⁵³⁴ “As táticas de guerrilha não são alheias às arbitragens árabes, e representam uma ameaça para a condução eficiente e adequada dos procedimentos de arbitragem.” (trad. livre) WAHAB, Mohamed S Abdel. *Cultural Considerations in Advocacy: The Arab World - A Recast*. **Global Arbitration Review - The Guide to Advocacy**. 4 Ed. 01 out. 2019. Disponível em: <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-advocacy/fourth-edition/article/cultural-considerations-in-advocacy-the-arab-world-recast>. Acesso em: 08 set. 2021.

⁵³⁵ “The word ‘guerrilla’ means ‘little war’ in Spanish. It emerged during the Peninsular War (1808-1814), during which irregular Spanish militia regularly attacked Napoleon’s invading forces, ultimately leading to their defeat. It has since been used to refer to the “warfare of harassment through surprise” that is, warfare carried out by militants through unconventional means, including ambushes, hit and run attacks, sabotage and terrorism”. HORVATH, Günther J. e NEIL, Amanda. *Guerrilla Tactics in International Arbitration*. in WEERAMANTRY, J. Romesh and CHOONG, John (eds). **Asian Dispute Review**. Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), 2017. vol. 2017. issue 3, p. 131.

⁵³⁶ PFEIFFER, Robert; WILSKE, Stephan. Chapter 1, §1.01: An etymological and historical overview. In HORVATH, Günther, J. e WILSKE, Stephan (coord.). **Guerrilla Tactics in international arbitration**. Kluwer Law International. p. 1 - 3, 2013. p. 1-2.

⁵³⁷ “These are Respondents who are not interested in playing the game by the rules, usually because they have a bad case. They will try and exploit the procedural rules for their own advantage, seeking to delay the hearing and (if they get any opportunity) ultimately to derail the arbitration so that it becomes abortive or ineffective. Their first strategy will be to try and find a technical objection to the Tribunal’s jurisdiction so that, hopefully, they will be able the Tribunal to self-destruct by declaring that it has no jurisdiction over the dispute.” HWANG, Michael. *Why is there still resistance to arbitration in Asia?* **The International Arbitration Club**, 2007. p. 4-15. Disponível em: https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/media012232972346990why_is_there_still_resistance_to_arbitration_in_asia.pdf. Acesso em: 02 set. 2020, p. 4

texto *Why is there still resistance to arbitration in Asia?*, de 2007, onde ele expõe que existem players que não estão interessados em jogar de acordo com as regras e por isso vão explorar aspectos procedimentais vantajosos para eles, como atrasar audiências, criar objeções ao tribunal a fim de inviabilizarem a solução do conflito. Eleonora Coelho vai arrematar explicando que as táticas de guerrilha são “comportamentos de diferentes graus de reprovabilidade, e sua inventividade não se confunde com sua ilegalidade.”⁵³⁸

Pfeiffer e Wilske⁵³⁹ defendem que é muito adequada a analogia das “táticas de guerrilha” aos meios não convencionais empregados pelos atores da arbitragem que visam obstruir o procedimento, prejudicar, enganar e desgastar a parte e/ou o advogado adverso e/ou o tribunal arbitral, prejudicando o próprio mecanismo.

Emmanuel Gaillard⁵⁴⁰ ressalta que, especialmente nas últimas décadas, as partes e os advogados foram desenvolvendo táticas para prejudicarem seus oponentes e que este comportamento está ameaçando⁵⁴¹ minar a reputação da arbitragem internacional como um meio eficiente e confiável de resolução dos conflitos comerciais internacionais⁵⁴².

⁵³⁸ COELHO, Eleonora. As táticas de guerrilha e a ética na arbitragem internacional. **Revista Brasileira da Advocacia**, vol. 5, ano 2. p. 35-55. São Paulo: RT, abr-jun. 2017. p. 36.

⁵³⁹ PFEIFFER, Robert; WILSKE, Stephan. Chapter 1, §1.01: An etymological and historical overview. In HORVATH, Günther, J. e WILSKE, Stephan (coord.). **Guerrilla Tactics in international arbitration**. Kluwer Law International. p. 1 - 3, 2013. p. 3.

⁵⁴⁰ “Over the past decades, parties to arbitrations and their lawyers have developed an unprecedented array of procedural tactics designed to undermine and prejudice their opponents and to increase the chances that their claims prevail. The past five years in particular have witnessed the emergence of litigation strategies of the very worst kind, which threaten to undermine the reputation of international arbitration as an effective and reliable means of resolving international disputes.” GAILLARD, Emmanuel. Abuse of process in international arbitration. **ICSID Review**, 2017. p. 1–21. Disponível em https://www.shearman.com/~/_/media/Files/NewsInsights/Publications/2017/01/icsidreviewsiw036full.pdf. Acesso em: 30 mai. 2019, p. 1.

⁵⁴¹ Ugo Draetta revela em seu livro *La outra cara del arbitraje internacional* os bastidores da arbitragem internacional com base em sua vasta experiência, narrando comportamentos que lhe causaram estranheza e incômodo, ensinando que é preciso identificar estes comportamentos profissionais estúpidos que são contraproducentes para a arbitragem, uma vez que apenas servem para abalar sua efetividade e credibilidade. DRAETTA, Ugo. **La otra cara del arbitraje internacional** María Cecilia Brusa (trad.). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012.

⁵⁴² Interessante a crítica de Kidane de que houve uma escolha pela arbitragem como meio de resolução dos conflitos comerciais internacionais como se ela fosse isenta dos problemas dos Judiciários, como incompetência, conflitos, violações éticas, preconceito, parcialidade, negligência, ganância, medo e até mesmo corrupção, em que pese não haver razão lógica para isso, especialmente porque ela não está submetida a um sistema de checks and balances como o

Para Günther J. Horvath, Stephan Wilske, Harry Nettlau e Niamh Leinwather⁵⁴³, as táticas de guerrilha sempre serão antiéticas porque visam criar obstáculos ao procedimento arbitral, embora nem sempre representem uma violação à lei.

Philippe Fouchard⁵⁴⁴ explica que os abusos praticados pelos protagonistas da arbitragem (partes, advogados e árbitros) revelam-se pela adoção de estratégias contenciosas bem definidas com a finalidade de: (i) paralisar a arbitragem, por manobras protelatórias, para impedir que se alcance a prolação e execução da sentença em prazo razoável e (ii) transformar o procedimento em algo complicado e pesado.

Assim, as táticas de guerrilha podem ser desde atos de intimidação de testemunhas, escutas telefônicas ilegais a impugnações frívolas do(s) árbitro(s) ou qualquer conduta aparentemente legal, mas que objetive atrapalhar o bom andamento do procedimento arbitral.

As táticas de guerrilha começam onde uma parte não usa mais estas salvaguardas como um escudo, mas como uma espada para atacar a integridade do processo arbitral. O uso contínuo e sistemático de impugnações aos árbitros, pedidos de prorrogação de tempo e apresentação de quantidades excessivas de documentos com o único propósito de obstruir o procedimento arbitral, pode resultar na inversão das regras e na derrota de seu propósito. Tal abuso antiético das regras também pode ser, por si só, uma tática de guerrilha. Portanto, o propósito por trás da ação de uma parte pode influenciar a categorização da tática em si.⁵⁴⁵

Judiciário. (tradução livre) KIDANE, Won L. **The culture of international arbitration**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2017. p. 131.

⁵⁴³ “Guerrilla tactics', while always unethical, may not in every instance amount to a violation of law or written procedural rules. Nonetheless, such behaviour always constitutes a hindrance to arbitral proceedings”. HORVATH, Günther J.; WILSKE, Stephan; NETTLAU, Harry e LEINWATHER, Niamh. Chapter 1, §1.02: Categories of Guerrilla Tactics. In HORVATH, Günther, J. e WILSKE, Stephan. **Guerrilla Tactics in international arbitration**. Kluwer Law International. vol. 28, p. 3 - 16, 2013. p. 3.

⁵⁴⁴ FOUCHARD, op. cit., p. 59. No mesmo sentido, HWANG, Michael. **Why is there still resistance to arbitration in Asia?** The International Arbitration Club, 2007. p. 4-15. Disponível em: https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/media012232972346990why_is_there_still_resistance_to_arbitration_in_asia.pdf. Acesso em: 02 set. 2020, p. 5. “Assuming that these jurisdictional objections and applications for anti-arbitration injunctions fail, these Respondents will then adopt a campaign of guerilla warfare, trying to delay the arbitration hearing indefinitely and, if that proves unsuccessful, adopting provocative measures designed to produce over-reaction by the Tribunal, hoping that the Tribunal will take one or more mis-steps, so that the subsequent award becomes capable of challenge, either in setting aside or enforcement proceedings.”

⁵⁴⁵ No original “Guerrilla tactics begin where a party no longer uses these safeguards as a shield, but as a sword to attack the integrity of the arbitral proceedings. A continuous and systematic use of

Maurício Gomm F. dos Santos⁵⁴⁶ ressalta a inserção de *new players* advindos de sistemas diversos como fator de ocorrência de comportamentos abusivos, como visto anteriormente.

De fato, no passado eram poucos os atores da arbitragem que gravitavam ao redor de um mesmo habitat comportamental, enquanto a realidade hoje revela uma prática global na qual os usuários provêm de diversos sistemas jurídicos e ambientes legais, sociais, econômicos e culturais distintos.

Deste modo, diversos⁵⁴⁷ são os fatores que podem ter influenciado o crescimento das táticas de guerrilhas nas arbitragens internacionais, como elenca Caio Campello de Menezes.

A pressão por vencer uma arbitragem, o avanço de ferramentas tecnológicas, a falta de recursos financeiros e a inserção no mercado de arbitragem de “novos” usuários também poderia justificar o uso, muitas vezes indiscriminado, de condutas antiéticas e antiprofissionais ao longo de uma arbitragem. Talvez outro fator que possa ter contribuído para o crescimento desse fenômeno seja justamente a ausência de regras de conduta aplicáveis mundialmente e, ao mesmo tempo, a existência de uma variedade incrível de regras locais, com conceitos, parâmetros e padrões desconhecidos.⁵⁴⁸

arbitrator challenges, requests for extension of time, and submitting excessive amounts of documents with the sole purpose of obstructing the arbitral proceedings, can result in the rules being turned on their head, and their intended purpose being defeated. Such unethical abuse of the rules can also amount to a guerrilla tactic in itself. Therefore, the purpose behind a party's action can influence the categorization of the tactic itself”. HORVATH, Günther J.; WILSKE, Stephan; NETTLAU, Harry e LEINWATHER, Niamh. Chapter 1, §1.02: Categories of Guerrilla Tactics. In HORVATH, Günther, J. e WILSKE, Stephan. **Guerrilla Tactics in international arbitration**. Wolters Kluwer Law & Business, vol. 28, p. 3 - 16, 2013. p. 4-5.

⁵⁴⁶ SANTOS, Mauricio Gomm F. dos. Táticas de guerrilha na arbitragem internacional. **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira e MARTINS, Pedro Batista (coords.). São Paulo: Atlas, 2017. p. 334.

⁵⁴⁷ “O aparecimento recente de suporte financeiro pelas instituições de crédito às partes do processo arbitral para financiar os custos pode constituir um risco adicional de aumento da litigiosidade também no domínio da guerrilha.” BARROCAS, Manuel Pereira. **Processo arbitral correto ou guerrilha arbitral?** O mau exemplo de maus profissionais. p. 1.085-1.094, dez. 2012. Disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7Bde1acbda-94cf-4653-a3b3-3bac4029ab52%7D.pdf>. Acesso em: 13 mai 2018, p. 1.092.

⁵⁴⁸ MENEZES, Caio Campello de. Como barrar as táticas de guerrilha em arbitragens internacionais? **Revista Brasileira de Arbitragem**. Curitiba, v. 12, n. 45, p. 82-107, jan.- mar. 2015. p. 83.

Muitas vezes estes padrões diversificados⁵⁴⁹, derivados de culturas e ordenamentos jurídicos distintos, dificultam a identificação das táticas de guerrilha, proporcionam uma lacuna preocupante que possibilita uma interpretação aberta para quem as pratica e para quem as julga, gerando insegurança e imprevisibilidade nas relações comerciais encaminhadas para arbitragem. Esse contexto de indefinição do que seja tática de guerrilha na arbitragem internacional explica “porque a conduta identificada por alguns advogados como “tática de guerrilha” seria defendida por outros como estratégia legítima, ou mesmo como parte da obrigação de um advogado de representar diligentemente os interesses do cliente”⁵⁵⁰. Hermes Marcelo Huck⁵⁵¹ também ressalta que é muito tênue a linha que divide o comportamento zeloso de um advogado ao defender os interesses do seu cliente e a condenável utilização das táticas de guerrilha.

Todo esse contexto pesa sobre o árbitro que com uma “possibilidade diminuta de aplicação de medidas compulsórias imediatas e eficazes, fica relativamente à mercê de partes pouco escrupulosas”⁵⁵² que i) se utilizam de expedientes que objetivam retardar a constituição do tribunal arbitral ou o seu prosseguimento criando incidentes processuais múltiplos e sem fundamento; ii) recusam árbitros por alegações infundadas de imparcialidade e independência no

⁵⁴⁹ “This is hardly surprising, given that universal norms do not exist as to many areas of behaviour. And whilst some basic rules are accepted almost anywhere (e.g., courtesy and respect for the tribunal and opposing counsel, honesty and integrity and the avoidance of unnecessary conflicts), precepts of what is and what is not ethical vary greatly from state to state.” ROWLEY, J. William. Chapter 1, §1.04: Guerrilla Tactics and Developing Issues, p. 20-30, In HORVATH, Günther, J. e WILSKE, Stephan. **Guerrilla Tactics in international arbitration**. Kluwer Law International. v. 28, 2013. p. 21.

⁵⁵⁰ AJOGWU, Fabian. **Dealing with Guerrilla Tactics in International Arbitration**: which tools for Counsel and Arbitrators? p.3. Disponível em <http://kennapartners.com/sandbox/wp-content/uploads/2016/11/Dealing-with-Guerilla.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2017.

⁵⁵¹ “É tênue, quase invisível, a linha que divide, no curso de um processo arbitral, a aguerrida combatividade do advogado em defesa dos interesses de seu cliente e a condenável prática de guerrilha chicaneira, cujo objetivo, longe de exercer o regular contraditório ou postular com bons argumentos, busca apenas transtornar o procedimento, retardar o curso do feito, confundir a parte contrária e os árbitros. De maneira apressada ou superficial, poder-se-ia resumir o tema com a afirmação de que a atuação agressiva do patrono, porém legítima e dentro dos marcos de comportamento aceitável no processo, termina quando os movimentos antiéticos da guerrilha começam.” HUCK, Hermes Marcelo. As táticas de guerrilha na arbitragem. **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira e MARTINS, Pedro Batista (coords.). São Paulo: Atlas, 2017. p. 311.

⁵⁵² BARROCAS, Manuel Pereira. **Processo arbitral correto ou guerrilha arbitral? O mau exemplo de maus profissionais**. p. 1.085-1.094, dez. 2012. Disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7Bde1acbda-94cf-4653-a3b3-3bac4029ab52%7D.pdf>. Acesso em: 13 mai 2018, p. 1.091.

decorso do processo; iii) ameaçam injustificadamente se utilizarem de meios impugnatórios da atividade arbitral e da sentença; iv) ameaçam responsabilizarem civilmente os árbitros⁵⁵³.

Deste modo, observa-se que embora não haja nada de errado em defender uma estratégia para o alcance dos seus interesses no processo arbitral, as partes e os advogados não podem se valer destes expedientes de forma abusiva e antiética a fim de retardar, obstruir ou prejudicar a contraparte, os árbitros e o próprio instituto da arbitragem.

3.2.2 Categorias de Táticas de Guerrilha na Arbitragem Comercial Internacional

Pela variedade de possibilidades e da criatividade humana para guerrear, nem sempre é fácil identificar uma tática de guerrilha. E neste sentido vale a observação de William Park de que “como pornografia e elefantes, abuso na arbitragem é frequentemente fácil de reconhecer, mas difícil de definir”⁵⁵⁴, o que acaba por frustrar tentativas rigorosas de identificar critérios rígidos, em especial no que diz respeito às táticas dilatórias.

Assim, a fim de identificar, por meio de categorias, as táticas de guerrilha, para melhor compreender como previni-las, combatê-las, regê-las e sancioná-las, passa-se a adotar a categorização⁵⁵⁵ trazida por Günther J. Horvath *et al.*, considerando a natureza e a gravidade da conduta, dividindo-as em: i) má conduta sutil (*rough riding*), ii) *black arts* ou iii) *hardball arbitration*. Para tanto, enumeram algumas características capazes de distinguir tais tipos de práticas: (i) a má

⁵⁵³ BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2013. p. 1.091.

⁵⁵⁴ PARK, William W. Arbitration's Discontents: Of Elephants and Pornography. **Arbitration International**, v. 17, n. 3, p. 263–274, set. 2001, p. 264.

⁵⁵⁵ “A potential method of categorizing guerrilla tactics is to consider the nature and gravity of the conduct. It is important in this regard to distinguish between subtle misconduct – so-called rough riding, Black Arts, or hardball arbitration –, and actual – what are referred to in this book as – guerrilla tactics. ‘Rough riding’ presides at, or before, a type of ethical borderline, whereas guerrilla tactics most definitely cross that border. Accordingly, one can distinguish between these types of practices as follows: (i) the most ‘common’ forms of guerrilla tactics, which amount to obvious misconduct; (ii) ‘extreme’ guerrilla tactics: severe criminal acts and blatant abuse of state authority; and (iii) so-called rough riding, which cannot be categorized as guerrilla tactics at all.” HORVATH, Günther J.; WILSKE, Stephan; NETTLAU, Harry e LEINWATHER, Niamh. Chapter 1, §1.02: Categories of Guerrilla Tactics. In HORVATH, Günther, J. e WILSKE, Stephan. **Guerrilla Tactics in international arbitration**. Wolters Kluwer Law & Business, vol. 28, p. 3 - 16, 2013. p. 4.

conduta, que é a forma mais comum; (ii) táticas extremas, como, atos criminosos e abuso flagrante de autoridade do Estado; e (iii) as chamadas *rough riding*⁵⁵⁶, que não podem ser classificadas como táticas de guerrilha, por serem meros atos grosseiros.

A título de exemplificação, Günter Horvath *et al.*⁵⁵⁷, apresentam algumas das táticas de guerrilha mais comuns no âmbito da arbitragem internacional: (i) suborno; (ii) intimidação e assédio de árbitros e testemunhas, geralmente por meio de chantagens; (iii) escutas telefônicas e outros métodos de vigilância da parte ou advogado contrário; (iv) fraude, incluindo declarações falsas ou a negação de fatos que a parte conheça sua veracidade, mas, de modo intencional, não as divulga no momento em que tem esse dever; (v) táticas de dilação ou protelatórias, como a recusa em prosseguir com a arbitragem, apresentação tardia de documentos ou cancelamento de audiências de forma injustificada e de última hora, recusa em assinar termos ou a realizar pagamento das custas⁵⁵⁸, requerimentos de dilação de prazo, apresentação de quantidades excessivas de documentos, nomeações, substituições e demissões de advogados, etc.; (vi) impugnações frívolas de árbitros com objetivo de frustrar o processo ou para reverter alguma decisão considerada desfavorável.

Em que pese as táticas de guerrilha geralmente serem praticadas pelas partes e seus advogados, também há casos de táticas de guerrilha dentro do tribunal arbitral, ou seja, um árbitro sendo tendencioso a uma das partes, revelando

⁵⁵⁶ “In the course of arbitral proceedings (or the preparation thereof), a counsel may resort to methods ranging from the simply irritable to the somewhat questionable. This kind of behaviour, or so-called rough riding, is technically still legal, if it is not taken too far. Lacking one or more of the characteristic elements of a guerrilla tactic, it cannot feasibly be categorized as one. Often, however, such ‘rough riding’ violates the very spirit of international arbitration, basic rules of professional courtesy and even ‘fair play’. Accordingly, the fact that such behaviour might not qualify as ‘guerrilla tactics’ should by no means encourage arbitration practitioners to resort to such methods.” HORVATH, Günter, J. e WILSKE, Stephan. **Guerrilla Tactics in international arbitration**. Wolters Kluwer Law & Business, vol. 28, p. 3 - 16, 2013, p. 14.

⁵⁵⁷ HORVATH, Günter, J. e WILSKE, Stephan. **Guerrilla Tactics in international arbitration**. Wolters Kluwer Law & Business, vol. 28, p. 3 - 16, 2013, p. 6-11.

⁵⁵⁸ “It is increasingly common for a respondent to refuse to pay its share of the advance on costs in an attempt to frustrate the arbitration. Such a strategy may risk negatively influencing a tribunal’s views of the defaulting party.” SIM, Christine. Chapter 14: Advance on Costs under the SIAC Rules, in OLIVEIRA, Leonardo V. P. de and HOURANI, Sara (eds), **Access to Justice in Arbitration: Concept, Context and Practice**, Kluwer Law International, 2020, p. 295 – 318, p. 301.

a ela informações sigilosas deliberadas pelo tribunal arbitral ou ainda renunciando ao seu encargo depois da audiência para beneficiar a parte que lhe escolheu⁵⁵⁹.

Assim, as táticas de guerrilha podem ocorrer dentro ou fora do processo, sendo as últimas as mais difíceis de serem reconhecidas pelo advogado da parte contrária e árbitros, como indução de testemunhas. Huck elenca comportamentos de guerrilha: i) que discutem de forma descabida a inarbitrabilidade; ii) que se negam a pagar as taxas administrativas e honorários dos árbitros, iii) que fazem pedidos descabidos com a intenção de que a outra parte os negue e o tribunal tenha que se manifestar sobre o dissenso; iv) apresentações de impugnações frívolas ao(s) árbitro(s); v) imposição de quesitos fúteis; vi) requerimento de documentos inúteis ou repetidos; vii) comportamento mal educado durante as audiências; viii) desrespeito ao tempo concedido etc.⁵⁶⁰

Edna Sussman e Solomon Ebere⁵⁶¹, analisando os resultados de uma pesquisa da *Internacional Bar Association*, compilaram dez grupos de comportamentos que foram considerados táticas de guerrilha e foram exemplificados pelos que responderam ao questionário: (i) Produção excessiva de documentos/inclusão de documentos relevantes em meio a muitos documentos desnecessários (*Document Production/Disclosure*); (ii) Táticas dilatórias (*Delay Tactics*) com alegações de mentiras sobre estado de saúde ou disponibilidade dos clientes para audiência; (iii) Criação de Conflitos de interesses entre os atores arbitrais (*Creating Conflicts*); (iv) Oposições frívolas aos árbitros (*Frivolous Challenges of the Arbitrators*); (v) Surpresas de último minuto (*Last-Minute Surprise*), como introdução de argumentos e documentos em estágio avançado do procedimento, nomeação extemporânea de testemunhas, juntada de documentos intempestivos; (vi) Ajuizamento de medidas antiarbitragem (*Anti-arbitration*

⁵⁵⁹ HORVATH, Günther J.; WILSKE, Stephan; NETTLAU, Harry e LEINWATHER, Niamh. Chapter 1, §1.02: Categories of Guerrilla Tactics. In HORVATH, Günther, J. e WILSKE, Stephan. **Guerrilla Tactics in international arbitration**. Wolters Kluwer Law & Business, vol. 28, p. 3 - 16, 2013. p. 11-12.

⁵⁶⁰ HUCK, Hermes Marcelo. As táticas de guerrilha na arbitragem. **20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. In CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira e MARTINS, Pedro Batista (coords.). São Paulo: Atlas, 2017. p. 311-312.

⁵⁶¹ SUSSMAN, Edna e EBERE, Solomon. All's fair in love and war – or is it? Reflections on ethical standards for counsel in international arbitration. **The American Review of International Arbitration**. Vol. 22, n. 4, 2011. p. 611-623. Disponível em <https://sussmanadr.com/docs/COounsel%20ethics%20Columbia%20ARIA%206-2012.pdf>. Acesso em: 19 out. 2017. p. 613-615.

Injunction and other approaches to courts); (vii) Comunicações unilaterais com os árbitros na tentativa de suscitar conflitos de interesses (*Ex-parte Communications*); (viii) Comunicação com testemunhas e experts da parte contrária a fim de desencorajá-las a depor (*Witness Tampering*); (ix) Tratamento desrespeitoso com os árbitros e advogados (*Lack of respect, courtesy towards Tribunal and opposing counsel*); (x) Frustrar a ordem da audiência, criando tumultos (*Frustrating an Orderly and Fair Hearing*).

No Brasil, Pedro Batista Martins⁵⁶² em entrevista a Joaquim de Paiva Muniz critica a banalização da impugnação ao árbitro⁵⁶³ como tática de guerrilha que não se vê em outros países, na tentativa de buscar uma anulação no futuro e ele elenca que “isso faz parte um pouco da cultura latina, mais, notada e infelizmente, da cultura brasileira.”

Philippe Fouchard⁵⁶⁴ elenca como manobra protelatória das partes a não designação do “seu” árbitro ou obstar a designação do árbitro comum ou terceiro árbitro. Também são possíveis alegações de circunstâncias insignificantes ou notórias para recusar árbitro. Como medida de proteção, ele elenca a intervenção de um regulamento de instituição de arbitragem que preveja estas manobras e dê solução. Caso não haja, a via será judicial, o que mina os incentivos econômicos da arbitragem, como se estudará adiante.

Mas, para além destas táticas de guerrilha com intuito protelatório, existem as táticas mais pesadas que envolvem atos criminosos, especialmente com ameaça ou emprego de violência e abuso flagrante da autoridade estatal⁵⁶⁵.

⁵⁶² MARTINS, Pedro Batista. Entrevista. IN: NEVES, Flávia Bittar; MAIA NETO, Francisco; MUNIZ, Joaquim de Paiva e RANZOLIN, Ricardo (org.). **Memórias do desenvolvimento da arbitragem no Brasil**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018. p. 253.

⁵⁶³ No mesmo sentido, João Bosco Lee, em entrevista à Flávia Bittar Neves se preocupa com o caminho que as táticas de guerrilha estão tomando, especialmente em casos de ataques pessoais aos árbitros. LEE, João Bosco. Entrevista. IN: NEVES, Flávia Bittar; MAIA NETO, Francisco; MUNIZ, Joaquim de Paiva e RANZOLIN, Ricardo (org.). **Memórias do desenvolvimento da arbitragem no Brasil**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018. p. 161.

⁵⁶⁴ FOUCARD, Philippe. Os desafios da Arbitragem Internacional. In **Revista Brasileira de Arbitragem**. Vol. 1, n. 1, jul.-out. 2003. Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2004, p. 60-61.

⁵⁶⁵ Os autores não diferenciam a arbitragem comercial da arbitragem de investimentos, mas ao longo da pesquisa, resta claro que as táticas de guerrilha consideradas “black arts” tem como exemplos casos envolvendo Estados, podendo-se afirmar que não é tão comum na arbitragem comercial internacional, objeto deste trabalho, o que justifica a escolha pelo recorte metodológico de fundamentar a pesquisa utilizando as táticas de guerrilha dilatórias, mais comuns nos casos comerciais.

Nestes casos, Günter Horvath *et al.* relatam situações como a imposição de dano físico a alguma das partes ou a seus entes queridos, ameaça, transporte de uma pessoa contra a sua vontade, prisão e, na pior das hipóteses, homicídio. Também há condutas – abusivas - da autoridade nacional que podem caracterizar táticas de guerrilha, como quando há apreensão de computadores do escritório de advocacia de uma parte por uma agência estatal com o pretexto de uma investigação criminal, ou uma detenção arbitrária etc.⁵⁶⁶ Stephan Wilske⁵⁶⁷ deixa claro que essas táticas de guerrilha que envolvam crimes sejam punidas na seara criminal⁵⁶⁸, e por isso, não serão objeto desta pesquisa.

Assim, cresce o movimento pela regulação da ética na arbitragem internacional a fim de esclarecer quais são os comportamentos tolerados e manter sua promessa de eficiência. Edna Sussman e Solomon Ebere⁵⁶⁹ defendem um código de conduta que resolva as questões éticas, promova a cooperação e a eficiência a fim de devolver a civilidade e melhorar a justiça.

Como visto, existe uma grande gama de possibilidades de condutas antiéticas na arbitragem comercial internacional que são influenciadas por

⁵⁶⁶ HORVATH, Günther J.; WILSKE, Stephan; NETTLAU, Harry e LEINWATHER, Niamh. Chapter 1, §1.02: Categories of Guerrilla Tactics. In HORVATH, Günther, J. e WILSKE, Stephan. **Guerrilla Tactics in international arbitration**. Wolters Kluwer Law & Business, vol. 28, p. 3 - 16, 2013. p. 12-13.

⁵⁶⁷ "It seems rather evident that in cases of extreme guerrilla tactics – also described by this author as "arbitration Taliban tactics" – the call for a public prosecutor is appropriate. This should be reserved for severe criminal acts, especially involving violence or the threat of violence and a blatant abuse of state authority. Parties and, of course also their counsel, may be subject to criminal prosecution for fraudulent activities and statements under the law of the place of arbitration (and probably elsewhere). Indeed, in extreme cases where a counsel engages in guerrilla tactics that rise to the level of a crime, he or she should face possible criminal conviction." WILSKE, Stephan. Sanctions against counsel in international arbitration – possible, desirable or conceptual confusion? **Contemporary Asia Arbitration Journal**, v. 8, n. 2, p. 141-184, nov. 2015. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2699476. Acesso em: 06 set. 2021. p. 149.

⁵⁶⁸ "Parties and – of course also – their counsel may be subject to criminal prosecution for fraudulent activities and statements made under the law of the place of arbitration. In extreme cases, counsel should consider filing criminal complaints against opposing counsel who indulges in guerrilla tactics that could rise to the level of a crime." HORVATH, Günther J., WILSKE, Stephan, et al., 'Chapter 2, §2.01: Countering Guerrilla Tactics at the Outset, Throughout and at the Conclusion of the Arbitral Proceedings', in Günther J. Horvath and Stephan Wilske (eds), **Guerrilla Tactics in International Arbitration**, Kluwer Law International, 2013, p. 33 – 54, p. 47-48.

⁵⁶⁹ SUSSMAN, Edna e EBERE, Solomon. All's fair in love and war – or is it? Reflections on ethical standards for counsel in international arbitration. **The American Review of International Arbitration**. v. 22, n. 4, 2011, p. 611-623. Disponível em <https://sussmanadr.com/docs/COounsel%20ethics%20Columbia%20ARIA%2006-2012.pdf>. Acesso em 19 out. 2017.p. 618.

interesses divergentes, bem como por culturas diversas e neste sentido é preciso entender o papel dos atores da arbitragem.

3.3 O COMPORTAMENTO GUERRILHEIRO DOS ATORES DA ARBITRAGEM

Horvath, Wilske e Leinwalther, ensinam que saber quando uma tática de guerrilha será empregada na arbitragem é muito difícil, mas é absolutamente necessário se preparar para o pior cenário possível⁵⁷⁰. Deste modo, faz-se necessário identificar o comportamento guerrilheiro de cada ator arbitral frente aos deveres éticos e à principiologia arbitral estudada anteriormente.

3.3.1 O Comportamento Guerrilheiro das Partes

Ao escolher a arbitragem, a parte deve saber que seu procedimento é mais flexível, cooperativo e que não haverá recurso da sentença arbitral. Portanto, exige-se delas um comportamento de boa-fé para que o tribunal arbitral possa cumprir sua função. As partes, entre si e para com o tribunal arbitral, devem agir com lealdade, “abstendo-se de expedientes tumultuários e procrastinatórios.”⁵⁷¹

Embora exista limitação à liberdade das partes, “esse procedimento não prejudica o caráter litigioso da disputa e a liberdade das partes de escolher a melhor estratégia na defesa dos seus direitos e interesses”⁵⁷². No entanto, não é possível confundir estratégia de defesa com comportamentos guerrilheiros, antiéticos, abusivos, com intuito de prejudicar o andamento do procedimento ou o direito da parte adversa.

⁵⁷⁰ “Whether a party or its counsel intends to engage in guerrilla tactics is of course difficult to predict but preparing for the worst-case scenario is an absolute must”. HORVARTH, Günther J.; WILSKE, Stephan, et al., 'Chapter 2, §2.01: Countering Guerrilla Tactics at the Outset, Throughout and at the Conclusion of the Arbitral Proceedings'. IN: HORVARTH, Günther J.; WILSKE, Stephan (eds), **Guerrilla Tactics in International Arbitration**, International Arbitration Law Library, Volume 28 Kluwer Law International, 2013, p. 33 – 54, p. 33.

⁵⁷¹ GIUSTI, Gilberto. A Ética das Instituições de Arbitragem. **RBA**. n 40, p. 78-85, Out-Dez. 2013. p. 78.

⁵⁷² BARROCAS, Manuel Pereira. **Processo arbitral correto ou guerrilha arbitral? O mau exemplo de maus profissionais**. p. 1.085-1.094, dez. 2012. Disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7Bde1acbda-94cf-4653-a3b3-3bac4029ab52%7D.pdf>. Acesso em: 13 mai 2018, p. 1.088.

Michael Hwang⁵⁷³ ao cunhar o termo táticas de guerrilha, exemplificou comportamentos guerrilheiros praticados pelas partes e seus advogados, tais como descumprir ordens do tribunal, deixar de recolher custas necessárias, dispensar o advogado para solicitar o adiamento da audiência para poder nomear outro, pedir adiamento de audiências na véspera em razão de motivos variados (testemunha não localizada, feriados, eventos políticos), fazer pedidos ao tribunal sabendo que serão indeferidos para cavar pedidos posteriores de parcialidade, esclarecendo que muitos outros podem surgir em razão da engenhosidade humana.

A flexibilidade procedimental, tida como um dos principais incentivos econômicos da arbitragem tem um lado reverso, qual seja, se a arbitragem não for bem administrada pelo tribunal arbitral, ela pode propiciar táticas de guerrilha protelatórias às partes.

Esta flexibilidade faz com que cada procedimento arbitral seja único, a fim de atender as necessidades impostas ao caso, porém, ao retirar a previsibilidade característica do procedimento judicial previsto em códigos, abre caminho para pedidos de dilação de prazos, juntada de novos documentos a destempo, produção de provas, adiamento de audiências etc. Está certo que autorizar ou não, fica à critério do tribunal arbitral, mas este se vê refém da parte que quer dilatar o procedimento arbitral, sob a justificativa de lesão ao devido processo legal. Desta forma, o incentivo se transforma em aumento do custo de transação⁵⁷⁴.

As partes tem o poder de escolha e toda escolha implica em responsabilidade. As partes escolhem se submeter à arbitragem, escolhem seus advogados, os árbitros e as regras do jogo. A escolha de bons advogados e árbitros

⁵⁷³ HWANG, Michael. **Why is there still resistance to arbitration in Asia?** The International Arbitration Club, 2007. p. 4-15. Disponível em: https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/media012232972346990why_is_there_still_resistance_to_arbitration_in_asia.pdf. Acesso em: 02 set. 2020, p. 5-6.

⁵⁷⁴ “Assim, o binômio —procedimento flexível/custo-benefício, que se configura como a grande vantagem da arbitragem internacional e fez com que ela se tornasse a alternativa mais viável aos imbróglios das cortes estatais, pode acabar se tornando uma desvantagem, dado que os procedimentos se tornam cada vez mais longos e financeiramente custosos”. MONTEIRO, Gustavo Becker. **Arbitragem Comercial Internacional e Devido Processo Legal: efeitos e limites do “due process paranoia” na condução de procedimentos arbitrais.** Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, 2019, Disponível em <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/219186>. Acesso em: 24 abr. 2021. p. 56.

suprem procedimentos inadequados, mas “ineffective advocates and arbitrators may undermine the best-crafted procedural program.”⁵⁷⁵

E assim, quando as partes querem, elas assumem a responsabilidade por um procedimento eficiente, pois na arbitragem, elas são protagonistas. E o contrário também é verdadeiro, quando elas tem como intuito protelar, enganar, prejudicar seu parceiro comercial, o tribunal arbitral ou burlar a norma, o resultado é um processo arbitral mais caro, ineficiente e longo.

O Estado enquanto parte do processo arbitral traz peculiaridades ao processo, pois os Estados possuem burocracias maiores que partes privadas, além de interesses tidos como públicos ou de interesse nacional. Por tudo isso, Noah Rubins⁵⁷⁶ sugere que os Estados podem se utilizar com mais facilidade de táticas de guerrilha na arbitragem internacional, tornando dramático⁵⁷⁷ o desenvolvimento do procedimento arbitral com eventual uso de violência, pressão sobre testemunhas nacionais, obstrução a documentos de interesse da segurança nacional, influência de agências reguladoras, criação de normas internas com a finalidade de alegá-las contra os interesses que envolvem o caso arbitral.

Outra característica guerrilheira do Estado é no cumprimento da sentença arbitral. Enquanto o cumprimento voluntário da sentença arbitral alcança um percentual em torno de 90% nas arbitragens comerciais internacionais, o mesmo não ocorre quando se tem um Estado como devedor, o que pode levá-lo a criar obstruções para o cumprimento da sentença, já que seu incentivo no cumprimento não é tão simples quanto da empresa privada. O Estado, diferente da empresa privada, possui imunidade de execução e dificilmente terá ativos ou bens passíveis de constrição fora do seu território⁵⁷⁸.

⁵⁷⁵ STIPANOWICH, Thomas J. Arbitration: the “new litigation”. **University of Illinois Law Review**, Vol. 2010. N. 1, 2010. p. 1- 60. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1297526>. Acesso em: 21 abr. 2021. p. 55.

⁵⁷⁶ RUBINS, Noah. 'Chapter 2, §2.03: Particularities when Dealing with State Entities', in Günther J. Horvath and Stephan Wilske (eds), **Guerrilla Tactics in International Arbitration**, International Arbitration Law Library, Volume 28, Kluwer Law International 2013) p. 69 – 93, p. 69-70.

⁵⁷⁷ RUBINS, Noah. 'Chapter 2, §2.03: Particularities when Dealing with State Entities', in Günther J. Horvath and Stephan Wilske (eds), **Guerrilla Tactics in International Arbitration**, International Arbitration Law Library, Volume 28, Kluwer Law International 2013) p. 90.

⁵⁷⁸ RUBINS, Noah. 'Chapter 2, §2.03: Particularities when Dealing with State Entities', in Günther J. Horvath and Stephan Wilske (eds), **Guerrilla Tactics in International Arbitration**, International Arbitration Law Library, Volume 28, Kluwer Law International 2013) p. 69 – 93, p. 93.

As partes não possuem um código de conduta arbitral, mas delas espera-se um comportamento de boa-fé, que vise a efetiva e eficiente resolução do conflito. Qualquer comportamento distinto poderá ser considerado guerrilheiro, inclusive, exigir do advogado um comportamento protelatório, chantagear árbitros e/ou instituições arbitrais.

3.3.2 O Comportamento Guerrilheiro dos Advogados

A estratégia da solução do conflito deve começar ainda na negociação contratual, mas existe um certo temor de certos advogados de negociarem a cláusula de solução de conflitos porque muitas vezes pode parecer impróprio⁵⁷⁹ para o momento de negociações. Porém, a omissão ou negligência na redação da cláusula de solução de conflitos pode custar a eficiência do próprio negócio ao final, sem contar que pode abrir “portas” para as táticas de guerrilha arbitrais, desde a fase pré-arbitral.

Dito isto, imperativos comerciais, legais e éticos significativos tornam necessário o cuidado na seleção e adaptação de cláusulas de arbitragem e resolução de disputas. Os casos publicados e a literatura estão repletos de exemplos de partes cujas expectativas de arbitragem foram descarrilhadas por questões como a falta de precisão na descrição do processo; falha em esclarecer as consequências do não cumprimento de etapas ou procedimentos pré-arbitragem especificados; incapacidade de aderir ou de obter *discovery* de terceiros; um árbitro nomeado pela parte que funciona de forma inconsistente com as expectativas; falha em proteger adequadamente os segredos comerciais; e incapacidade de aplicar e implementar uma disposição para a revisão judicial ampliada da sentença.⁵⁸⁰

⁵⁷⁹ STIPANOWICH, Thomas J. Arbitration: the “new litigation”. **University of Illinois Law Review**, Vol. 2010. N. 1, 2010. p. 1- 60. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1297526>. Acesso em: 21 abr. 2021. p. 53.

⁵⁸⁰ STIPANOWICH, Thomas J. Arbitration: the “new litigation”. **University of Illinois Law Review**, Vol. 2010. N. 1, 2010. p. 1- 60. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1297526>. Acesso em: 21 abr. 2021. p. 54. No original “That said, significant business, legal, and ethical imperatives make it necessary to exercise care in selecting and tailoring arbitration and dispute resolution clauses. The published cases and literature are filled with examples of parties whose expectations of arbitration were derailed by issues such as lack of precision in describing the process; failure to clarify the consequences of noncompliance with specified pre-arbitration steps or procedures; the inability to join or to obtain discovery from third parties; a party-appointed arbitrator who functions inconsistently with expectations; failure to adequately protect trade secrets; and inability to enforce and implement a provision for expanded judicial review of award.”

Muitas são as possibilidades de táticas de guerrilha dilatórias que os advogados podem utilizar, como impugnar frivolumente a nomeação dos árbitros durante a constituição do tribunal arbitral, requerer juntada de documentos e produção de provas desnecessárias⁵⁸¹, protestar o tempo todo contra as decisões do tribunal arbitral, discordar repetida e infundadamente dos pedidos da parte contrária. Considera-se desonesta “a atitude do advogado que esconde documentos para se recusar a cumprir uma ordem de produção de documento que pode ser prejudicial a sua parte.”⁵⁸² A apresentação de fatos ou prova falsa é considerada tática de guerrilha que atenta contra o dever de lealdade processual.

Depois de iniciado o procedimento, a substituição⁵⁸³ do advogado pode ser uma tática de guerrilha com a finalidade de obstruir a continuidade do procedimento ou criar um conflito de interesse.

No entanto, existem diretrizes a esse respeito, como as Diretrizes da IBA⁵⁸⁴ e a LCIA Rulles⁵⁸⁵ que aconselham o advogado a não aceitar a representação da

⁵⁸¹ “O Representante da Parte não deve apresentar um Requerimento para Apresentação de Documentos, ou impugnar o pedido feito pela outra Parte, quando tal requerimento ou impugnação vise unicamente a perturbar o procedimento, protelá-lo desnecessariamente, ou obter Documentos para fins estranhos à arbitragem (Diretriz 13)”. INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. Diretrizes da IBA para a Representação de Partes em Arbitragens Internacionais. Adotadas por resolução do Conselho da IBA em 25 de maio de 2013. Disponível em <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=17BA0784-36C8-40CF-B207-8B50409C5308>. Acesso em: 28 ago. 2021.

⁵⁸² DRAETTA, Ugo. **The dark side of arbitration**. JurisNet, Huntington, New York, 2018. p. 246-247. Neste sentido, as Diretrizes 12 a 17 da IBA sobre Representação das Partes em Arbitragem Internacional.

⁵⁸³ DRAETTA, Ugo. **The dark side of arbitration**. JurisNet, Huntington, New York, 2018.p. 279.

⁵⁸⁴ Diretriz 4. Os Representantes das Partes devem identificar-se à(s) outra(s) Parte(s), bem como ao Tribunal Arbitral, na primeira oportunidade possível. Uma Parte deve prontamente comunicar ao Tribunal Arbitral e à(s) outra(s) Parte(s) a respeito de qualquer eventual mudança em sua representação. Diretriz 5. Uma vez constituído o Tribunal Arbitral, um indivíduo que possua uma relação com um dos Árbitros que geraria um conflito de interesses não deve aceitar representar uma Parte no procedimento arbitral em questão, a menos que nenhuma das Partes se oponha a tal representação, após sua adequada revelação. Diretriz 6. O Tribunal Arbitral poderá, em caso de violação da Diretriz 5, adotar medidas apropriadas a fim de salvaguardar a integridade do procedimento arbitral, incluindo a proibição do novo Representante da Parte de participar do procedimento arbitral, parcial ou integralmente. INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **Diretrizes da IBA para a Representação de Partes em Arbitragens Internacionais**. Adotadas por resolução do Conselho da IBA em 25 de maio de 2013. Disponível em <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=17BA0784-36C8-40CF-B207-8B50409C5308>. Acesso em: 28 ago. 2021.

⁵⁸⁵ Article 18.3 of the LCIA Annex provides that following the tribunal's formation, any intended change or addition by a party to its legal representatives shall be notified to the tribunal and to the other parties and 'shall only take effect in the arbitration subject to the approval of the Arbitration Tribunal.' LCIA. **LCIA Arbitration Rules**. Disponível em:

parte, pois “um advogado leal e honesto pode evitar esses problemas renunciando à nomeação no devido tempo”⁵⁸⁶ e autorizam ao tribunal mecanismos de afastamento do advogado para garantir a integridade do procedimento.

Ugo Draetta relata que muitas vezes se deparou com advogados, ao exercerem sua função, agindo como verdadeiros litigantes, deixando de lado todas as negociações anteriores, como se “a solicitação de uma arbitragem fosse uma declaração de guerra”⁵⁸⁷. O autor também manifesta o quanto o comportamento dos advogados pode ser desnecessário e irritante para os árbitros, e isso se manifesta tanto na audiência⁵⁸⁸ quanto na redação das petições, em tons gratuitamente agressivos, exagerando nos seus argumentos e criticando os da outra parte, caracterizando um erro trazer alegações demasiadas, muitas delas irrelevantes ou claramente infundadas, lembrando que tudo isso vai pesar nos custos da arbitragem, assim como a apresentação de documentação excessiva sem qualquer organização, que servirá apenas para aumentar o tempo dispendido em sua análise inútil.⁵⁸⁹

Da mesma forma, Haig Oghigian⁵⁹⁰ elenca 8 maneiras de irritar um árbitro, colocando todo o caso em jogo, pois o comportamento do advogado pode comprometer seriamente a arbitragem: 1. Venha para audiência despreparado (estar preparado é fundamental, conhecer os fatos, a lei, a estratégia, os documentos); 2. Faça um debate com o advogado da parte contrária ignorando o tribunal; 3. Discuta com o árbitro depois de uma decisão; 4. Seja agressivo com uma testemunha; 5. Blefe (dê informações incompletas ao tribunal); 6. Invente tantos argumentos quanto possíveis, mesmo que irrelevantes; 7. Faça contato com

https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx#Article%2018. Acesso em: 30 set 2021.

⁵⁸⁶ DRAETTA, Ugo. **The dark side of arbitration**. JurisNet, Huntington, New York 2018. p. 280.

⁵⁸⁷ DRAETTA, Ugo. **La otra cara del arbitraje internacional** María Cecilia Brusa (trad.). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012. p. 14.

⁵⁸⁸ “[...] los abogados deberían ser capaces de superar su animosidad hacia las partes contrarias y adoptar una conducta calma y respetuosa. Es la fuerza de los argumentos la que cambia las opiniones de los árbitros y no la agitada polémica en la que los abogados se embarquen.” DRAETTA, op. cit. p. 26.

⁵⁸⁹ Ver DRAETTA, Ugo. **La otra cara del arbitraje internacional** María Cecilia Brusa (trad.). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012. p. 21-29.

⁵⁹⁰ OGHIGIAN, Haig. Eight Ways to Irritate an Arbitrator. **McGill Journal of International Dispute Resolution**. 2014. Disponível em: <https://mjrdr-rrdm.ca/eight-ways-to-irritate-an-arbitrator/>. Acesso em: 08 mai. 2021.

um árbitro sobre um caso em andamento; 8. Mostre desrespeito ao processo ou com as pessoas.

Neste sentido, não apenas o tribunal arbitral, mas também o advogado adverso deve ficar atento às táticas de guerrilha e informar explicitamente⁵⁹¹, o quanto antes, o tribunal arbitral para que tome as medidas necessárias.

Quanto mais o advogado insistir em objeções infundadas ou desnecessárias, em dilações de cunho formal, em pedidos exorbitantes, juntada de documentos a destempo com intuito protelatório, tons agressivos com a contraparte e/ou com o tribunal, mais cara se torna a arbitragem e mais irritados os árbitros ficam, o que não costuma ser bom para o cliente, porque demonstra aos julgadores que sua tese de argumentação é fraca⁵⁹², além de possibilitar uma maior divisão das custas na sentença em desfavor do guerrilheiro.

Draetta⁵⁹³ também informa que é inadequada a relação entre árbitro e parte que o nomeou, sendo admitido apenas o contato preliminar à indicação e com fim de conhecer sua disponibilidade, conflito de interesse e conhecimento sobre a matéria, sendo igualmente inadequado que o árbitro expresse sua opinião sobre o caso.

Em razão de diferenças ético-jurídicas envolvendo advogados de sistemas jurídicos advindos da *common law* e da *civil law* serem impactantes, ressalte-se que erram todos eles na medida em que prezam por serem litigantes contundentes em vez de agentes cooperativos.

⁵⁹¹ “Highlighting the continued sequence of guerrilla tactics implemented by opposing counsel gives the arbitral tribunal the opportunity to make negative inferences. However, counsel can never be sure whether the arbitral tribunal will of its own accord draw negative or adverse inferences from such behaviour. Thus, it is wise for counsel to explicitly request the arbitral tribunal to do so.” HORVATH, Günther J.; WILSKE, Stephan; et al., 'Chapter 2, §2.01: Countering Guerrilla Tactics at the Outset, Throughout and at the Conclusion of the Arbitral Proceedings'. IN: HORVATH, Günther J.; WILSKE, Stephan (eds), **Guerrilla Tactics in International Arbitration**, International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 33 – 54, p. 43.

⁵⁹² DRAETTA, Ugo. **The dark side of arbitration**. JurisNet, Huntington, New York 2018. p. 284.

⁵⁹³ “Además, en estas reuniones preliminares con el árbitro, los abogados deben limitarse a obtener información pertinente de dicho árbitro acerca de su disponibilidad, posibles conflictos de intereses y competencia específica con relación al objeto de la controversia. Todo debate sobre la materia de la disputa sería inadecuado. Cabe tener en cuenta, asimismo, que resulta evidente que el hecho de que un árbitro exprese su opinión preliminar acerca del fondo de la controversia durante el proceso de designación sería gravemente inadecuado y redundaría en la pérdida de imparcialidad, que constituye un requisito preliminar que todo árbitro debe cumplir.” DRAETTA, Ugo. **La otra cara del arbitraje internacional** María Cecilia Brusa (trad.). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012. p. 29.

O sistema jurídico da *common law* preza pelo *zealous advocate*, que seria uma forma de se referir ao dever de zelo que o advogado deve ter com o seu cliente dentro dos limites legais. No entanto, como alerta Hagit Muriel Elul⁵⁹⁴, alguns advogados acabaram perdendo a civilidade⁵⁹⁵, nascendo o conceito, nos Estados Unidos, do advogado “Rambo”, com conduta agressiva, onde a vitória é buscada a qualquer custo⁵⁹⁶.

E como dito anteriormente, esse comportamento acabou sendo levado para a arbitragem comercial internacional na medida em que advogados da *common law* passaram a atuar com maior intensidade neste campo jurídico.

Porém, existe luz no fim do túnel com um movimento no Judiciário americano para sancionar os advogados que atuam desta forma, inclusive, no processo arbitral⁵⁹⁷, seja por meio de condenação pecuniária dos advogados ou extinguindo os processos estatais que visam questionar as sentenças arbitrais⁵⁹⁸.

⁵⁹⁴ “The conclusion that many lawyers seemed to reach was that the bounds of the law did not mandate civility. Members of the bar and the bench lamented the decline of civility in lawyering and the birth of what came to be known in the United States as ‘Rambo’ lawyering (after the fictional soldier always looking for a fight and played by actor Sylvester Stallone in a series of Hollywood blockbusters).” ELUL, Hagit Muriel, 'Chapter 3, §3.02: Guerrilla Tactics and How-to-Counter Them in National Litigation: [A] Experiences from the Common Law System', in HORVATH, Günther J.; WILSKE, Stephan (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**, International Arbitration Law Library, Volume 28, Kluwer Law International, 2013, p. 121.

⁵⁹⁵ “Ocasionalmente, o advogado age como se estivesse em uma batalha contra o oponente, onde tudo é permitido, em desacordo com as regras mais elementares de respeito mútuo, cortesia e padrões profissionais. Muitas das atitudes que os advogados das partes exibiram e que são discutidas aqui encontram sua raiz nesta abordagem inaceitável para litígios de arbitragem.” DRAETTA, Ugo. **The dark side of arbitration**. JurisNet, Huntington: New York, 2018. p. 281-282.

⁵⁹⁶ “In a nutshell, it is overly aggressive conduct aimed at gaining a tactical advantage in a dispute. The specific tactics employed can include refusal to reach an agreement with opposing counsel on even mundane matters, refusal to accommodate opposing counsel's schedule, name-calling, abusive motion and discovery practice, judge baiting, wholesale fabrication of facts or misstatement of law.” ELUL, Hagit Muriel, 'Chapter 3, §3.02: Guerrilla Tactics and How-to-Counter Them in National Litigation: [A] Experiences from the Common Law System', in HORVATH, Günther J.; WILSKE, Stephan (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**, International Arbitration Law Library, Volume 28, Kluwer Law International, 2013. p. 123.

⁵⁹⁷ “The use of sanctions in support of the arbitration process is of particular relevance. Courts appear quite willing to impose sanctions for abusive practice in relation to arbitrations, due in large part to the US judiciary's view that arbitration should be a convenient and expedient alternative to litigation.” ELUL, Hagit Muriel, 'Chapter 3, §3.02: Guerrilla Tactics and How-to-Counter Them in National Litigation: [A] Experiences from the Common Law System', in HORVATH, Günther J.; WILSKE, Stephan (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**, International Arbitration Law Library, Volume 28, Kluwer Law International, 2013, p.133-134.

⁵⁹⁸ “Significantly, United States courts have also affirmed the authority of an arbitral tribunal to issue sanctions for bad faith conduct during the course of arbitration. ELUL, Hagit Muriel, 'Chapter 3, §3.02: Guerrilla Tactics and How-to-Counter Them in National Litigation: [A] Experiences from the Common Law System', in HORVATH, Günther J.; WILSKE, Stephan (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**, International Arbitration Law Library, Volume 28; Kluwer Law International, 2013, p. 134.

No sistema da *civil law* é comum a aplicação de medidas coercitivas para a manutenção da ordem processual, que tem como gestor, o juiz. Nesse sentido, o direito civil preza pela boa-fé processual e pelo devido processo, mas o exercício desse direito quando excessivo, se torna abusivo, o que possibilita ao juiz combater as táticas de guerrilha processual, cuja experiência pode ser aproveitada também pela jurisdição arbitral.⁵⁹⁹

Ressalte-se que não se trata de incorporar de forma indistinta os procedimentos, mecanismos e sanções que os juízes nacionais tem ao seu dispor na jurisdição estatal à arbitragem, mas buscar inspiração, adequação e fundamentação para sua aplicação na arbitragem. Os árbitros internacionais não tem ao seu dispor o poder coercitivo estatal nem acesso facilitado aos conselhos de classe, mas não há razão para acreditar que ficam impotentes diante das táticas de guerrilha. Nesse sentido, os árbitros podem ser criativos e as instituições arbitrais podem auxiliar nessa função.

Embora a falta de autoridade coercitiva e a disciplina da Ordem dos Advogados local dificultem significativamente os árbitros em sua luta contra as táticas de guerrilha, os árbitros e as instituições não são impotentes. Os árbitros podem usar sanções criativas de envergonhamento, sanções de custos, exclusão do advogado ou até mesmo arquivamento de casos para desencorajar má conduta. As instituições podem desempenhar um papel de apoio através da suspensão de advogados ou da colocação desses advogados em listas negras. Com o uso perspicaz de táticas anti-conflito, os árbitros e instituições podem atuar como defensores da linha de frente contra táticas de guerrilha.⁶⁰⁰

Também é preciso ponderar que as fontes normativas, a autoridade e as sanções são distintas com relação aos mecanismos aplicáveis pelo tribunal arbitral

⁵⁹⁹ MEYER-HAUSER, Bernard F. and AEPLI-WIRZ. 'Chapter 3, §3.02: Guerrilla Tactics and Howto-Counter Them in National Litigation: [B] Experiences from the Civil Law System', HORVATH, Günther J.; WILSKE, Stephan (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**, International Arbitration Law Library, Volume 28, Kluwer Law International, 2013, p. 145.

⁶⁰⁰ No original "Although the lack of coercive authority and local bar association discipline significantly hamper arbitrators in their fight against guerrilla tactics, arbitrators and institutions are not powerless. Arbitrators may use creative shaming sanctions, cost sanctions, exclusions of counsel, or even dismissal of cases to discourage bad conduct. Institutions might play a supporting role through suspension of lawyers or by blacklisting these attorneys. With the shrewd use of litigation-inspired counter tactics, arbitrators and institutions are able to act as front-line defenders against guerrilla tactics." HORVATH, Günther J.; WILSKE, Stephan et al. 'Chapter 3, §3.04: Lessons to Be Learned for International Arbitration?'. IN: HORVATH, Günther J.; WILSKE, Stephan (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**, International Arbitration Law Library, Volume 28, Kluwer Law International, 2013, p. 283-284.

e pelo conselho nacional de advogados⁶⁰¹, mas caberá aos árbitros manterem a integridade do processo arbitral aplicando os *standards* acordados pelas partes, podendo preencher as lacunas com *soft law*⁶⁰².

Neste ponto, Carmona⁶⁰³ chama a atenção para o fato de que o advogado faz escolhas e traça estratégias, analisa documentos e faz alegações, e por isso, ele dirige o processo, não a parte, devendo ser responsável por seus atos, servindo as Diretrizes da IBA sobre representação da parte como um código de conduta.

E por fim, é dever⁶⁰⁴ do advogado, independentemente de estar prestando serviços em seu país ou fora dele, agir de acordo com o decoro, a boa-fé e a ética que se espera dele perante a jurisdição, seja estatal ou privada, nacional, estrangeira ou internacional.

3.3.3 O Comportamento Guerrilheiro dos Árbitros

Os árbitros têm o dever de agir com imparcialidade e independência. É deles a atribuição de prevenir e combater as táticas de guerrilha, assegurar o devido

⁶⁰¹ “Reporting the misconduct of attorneys to their home bar association should for actions in international arbitration be done only after careful consideration and analysis of the applicable rules. Premature or unnecessary notification could, in some instances, be considered a guerrilla tactic in itself. Furthermore, such notification during the course of the proceedings is likely to create a tense atmosphere in the pending proceedings which could, in itself, serve to delay or even derail proceedings.” HORVATH, Günther J.; WILSKE, Stephan et al. ‘Chapter 2, §2.01: Countering Guerrilla Tactics at the Outset, Throughout and at the Conclusion of the Arbitral Proceedings’. IN: HORVATH, Günther J.; WILSKE, Stephan et al (eds), **Guerrilla Tactics in International Arbitration**, International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 33 – 54, p. 47.

⁶⁰² PARK, William W. The procedural soft law of international arbitration: non-governmental instruments. In MISTELIS, Loukas A.; LEW QC, Julian David Matheu. (ed.) **Pervasive Problems in International Arbitration**. Kluwer Law International, p. 141-154, 2016. Disponível em <http://www.williamwpark.com/documents/Soft%20Law.pdf>. Acesso em 05 set. 2021. p. 425.

⁶⁰³ CARMONA, Carlos Alberto. Breves considerações críticas acerca das diretrizes da International Bar Association sobre a representação de parte na arbitragem internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 40, jan. 2014, RT online.

⁶⁰⁴ 5º Mandamento do Advogado. “Sê leal. Leal para com o teu cliente, a quem não deves abandonar até que compreendas que é indigno de ti. Leal para com o adversário, ainda que ele seja desleal contigo. Leal para com o juiz, que ignora os fatos e deve confiar no que tu lhes dizes; e que quanto ao direito, alguma outra vez, deve confiar no que tu lhe invocas.” COUTURE, Eduardo. **Os mandamentos do Advogado**. Tradução: Ovídio A. B. da Silva e Carlos O. Athayde. 3 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987, p. 45.

processo⁶⁰⁵ e gerenciar de forma eficiente⁶⁰⁶ e ética o procedimento de arbitragem, evitando atrasos desnecessários⁶⁰⁷.

Ousa-se afirmar que o sucesso e a utilização freqüente da arbitragem dependem da qualidade moral, ética e técnica daqueles que irão desempenhar o papel de árbitros, pois na lisura de seu comportamento do árbitro e na seriedade do julgamento que proferirem repousam a segurança e confiança dos cidadãos na eficácia da arbitragem como forma alternativa de solução de conflitos.⁶⁰⁸

O árbitro é escolhido pelas partes, em regra, por sua especialização e reputação, levando anos para formar seu capital simbólico, que pode ser perdido em função de um único erro, e, uma vez perdido, dificilmente pode ser recuperado, já que a notícia corre “de boca em boca pelos círculos que importam (fundamentalmente, os advogados externos e internos, outros árbitros e instituições arbitrais)”⁶⁰⁹.

Em razão do contrato de árbitro, ele possui tanto deveres quanto direitos peculiares à relação jurídica que o vincula à prestação de uma sentença arbitral passível de cumprimento e que atenda à demanda das partes. Dentre os deveres contratuais do árbitro, para além da boa-fé, tem-se o dever de disponibilidade e assiduidade às audiências ou sessões internas do tribunal, dever de organização e condução eficiente do procedimento com controle do tempo, discrição e

⁶⁰⁵ “Indeed, the protection of due process rights among with the legitimacy of arbitration is part of the arbitrator’s role as a guardian of the system. Therefore, it is within the limits established by the need to protect due process rights that arbitrators have to exercise their discretion in managing the arbitral proceedings.” MISTELIS, Loukas A., Efficiency. What Else? Efficiency as the Emerging Defining Value of International Arbitration: between Systems theories and party autonomy (April 15, 2019). Queen Mary School of Law. **Legal Studies Research**. Paper n. 313/2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3372341>. Acesso em: 6 mai. 2021. p. 15.

⁶⁰⁶ “There is not doubt that arbitrators can play an essential role in assessing and improving the efficiency of the arbitral proceedings.” MISTELIS, Loukas A., Efficiency. What Else? Efficiency as the Emerging Defining Value of International Arbitration: between Systems theories and party autonomy (April 15, 2019). Queen Mary School of Law. **Legal Studies Research**. Paper n. 313/2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3372341>. Acesso em: 6 mai. 2021. p. 15.

⁶⁰⁷ Art. 17 das Regras da UNCITRAL. UNCITRAL. **Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration**. 1985, UN Doc A/CN.9/264. Disponível em <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/CN.9/264> Acesso em 24 abr. 2021. p. 44-47.

⁶⁰⁸ ANDRIGHI, Fátima Nancy. Perfil do Árbitro e a Regência de sua Conduta pela Lei da Arbitragem. **Themis**. v. 2, n. 2, Fortaleza, p. 39-45, 1999. Disponível em <http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/417/413>. Acesso em: 19 jun. 2021. p. 39.

⁶⁰⁹ DRAETTA, Ugo. **La otra cara del arbitraje internacional**. María Cecilia Brusa (trad.). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012. p. 53-54.

conhecimento dos pedidos formulados. Por outro lado, dentre os direitos estão o direito à cooperação leal e de boa-fé das partes e os direitos inerentes à prolação da sentença arbitral⁶¹⁰.

A liberdade de escolha do árbitro exige parcimônia para que não seja irresponsável designando um árbitro que carece das qualificações necessárias, como tempo, conhecimento, formação, experiência ou habilidade para administrar o processo, ou pior, “a nomeação de um árbitro tóxico que promete lealdade e “assegura” o resultado do processo, alegando a favor de quem o nomeou ou bloqueando a arbitragem”.⁶¹¹ Não existe árbitro da parte, o árbitro é indicado pela parte, mas em sua função jurisdicional deve atuar com imparcialidade e independência. É totalmente inaceitável que o árbitro indicado por uma parte represente seus interesses⁶¹², sequer é ético que a parte “despache” com o árbitro, tudo deve ser feito na maior transparência possível e com a participação de todos⁶¹³.

Os árbitros devem ser imparciais e independentes para a validade do processo arbitral, porém, não são totalmente isentos de opinião própria, de pré-conceitos ou valores influenciados por sua cultura. Até mesmo o dever de revelação sofre influência de fatores pessoais e culturais⁶¹⁴, porém as particularidades, a opinião pessoal e os valores culturais e de crença não devem prevalecer sobre a norma jurídica e a vontade acordada pelas partes.

⁶¹⁰ BARROCAS, Manuel Pereira. **Processo arbitral correto ou guerrilha arbitral? O mau exemplo de maus profissionais.** p. 1.085-1.094, dez. 2012. Disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7Bde1acbda-94cf-4653-a3b3-3bac4029ab52%7D.pdf>. Acesso em: 13 mai 2018, p. 1.087.

⁶¹¹ PLAZA, José María de la Jara; HUAMÁN, Julio Olórtégui. La Pandemia Arbitral. Los Árbitros Tóxicos y la Contaminación de las Deliberaciones. **RBA**. n. 51. p. 133-141. Jul-Set/2016, p. 134.

⁶¹² “Una manifestación extrema de parcialidad de un coárbitro de parte ocurre cuando, al ver que el procedimiento no está siendo favorable a la parte que lo designó, recurre a lo que solo puede describirse como técnicas obstruccionistas, diseñadas para demorar el dictado del laudo, mediante su falta de disponibilidad o, de otro modo, su falta de cooperación. Los coárbitros que hacen eso deshonran su cargo.” DRAETTA, Ugo. op. cit.. p. 61.

⁶¹³ “First of all, arbitrators have always to respect expressed agreements between the parties concerning the management of the proceedings. Secondly, they have to respect the parties’ rights to present their case and be treated equally.” MISTELIS, Loukas A., Efficiency. What Else? Efficiency as the Emerging Defining Value of International Arbitration: between Systems theories and party autonomy (April 15, 2019). QUEEN MARY SCHOOL OF LAW. **Legal Studies Research**. Paper n. 313/2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3372341>. Acesso em: 6 mai. 2021. p. 18.

⁶¹⁴ LEE, João Bosco e PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. A Obrigação da Revelação do Árbitro – Está Influenciada por Aspectos Culturais ou Existe um Verdadeiro Standard Universal? **RBAr**. n. 14. p. 9-22, abr.- jun. 2007.

Cabe ressaltar que se está trabalhando com o comportamento excepcional ao se discutir táticas de guerrilha na arbitragem internacional, mas por mais que ainda seja excepcional, não tem sido rara, o que leva à pertinência e atualidade da pesquisa. Draetta ressalta a honra e a responsabilidade que é ser árbitro, pois isso representa a confiança depositada na pessoa.

Um árbitro não "ganha" ou "perde". Sua enorme gratificação vem do fato de que uma parte, ou um advogado que conhece e respeita aquela pessoa, confia nele não para representar sua posição, mas para decidir sobre os méritos, às vezes até mesmo como único árbitro. É uma grande honra, uma honra que creio inspirar orgulho em todos os árbitros dignos desse nome, ainda mais quando o árbitro é selecionado por uma instituição arbitral ou outra autoridade de nomeação, pois isso é um reflexo da estima e do respeito que a pessoa conquistou. As partes, advogados e instituições arbitrais tendem a ser conservadores; portanto, ninguém é nomeado como árbitro por acaso. Tal honra, no entanto, traz consigo obrigações: nobre obrigação.⁶¹⁵

Por outro lado, Plaza e Huamán⁶¹⁶ identificam dez perfis de árbitros tóxicos, sendo que alguns se excedem por querer agradar⁶¹⁷ ambas as partes ou a parte que lhe indicou, alguns possuem um ego inflado⁶¹⁸ que prejudica o andamento do procedimento, outros são arraigados às formalidades, outros vão muito além de um

⁶¹⁵ DRAETTA, Ugo. **La otra cara del arbitraje internacional**. María Cecilia Brusa (trad.). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012. p. 115.

⁶¹⁶ PLAZA, José María de la Jara; HUAMÁN, Julio Olórtégui. La Pandemia Arbitral. Los Árbitros Tóxicos y la Contaminación de las Deliberaciones. **RBA**. n. 51. p. 133-141. Jul-Set/2016, p. 135. São eles: 1. Salomónico; 2. Procesalosaurio; 3. Justiciero; 4. Fantasma; 5. Delivery; 6. Blandengue; 7. Egocêntrico (Super-litigante, Bully); 8. Informante; 9. Kamikaze; 10. Gangster.

⁶¹⁷ “Los árbitros conscientes deben recordar que si las partes hubieran querido soluciones salomónicas, podrían haber llegado a un acuerdo, teniendo en cuenta que tales soluciones son típicas de acuerdos entre las partes que desean poner sus intereses comerciales en primer lugar y evitar un arbitraje. Habitualmente, el hecho de que las partes hayan recurrido al arbitraje se debe precisamente a que ese tipo de solución es inaceptable para una de ellas o para ambas. Las partes tienen que hacer frente a gastos importantes, a fin de obtener un laudo arbitral, y los árbitros también perciben honorarios que pueden parecer insuficientes para algunos que, no obstante, después de todo, constituyen una retribución por la prestación de un servicio que los árbitros no estaban obligados a aceptar. Las partes de un arbitraje tienen derecho a recibir una verdadera decisión de parte de los árbitros, y los árbitros tienen la obligación de brindárselas.” DRAETTA, Ugo. **La otra cara del arbitraje internacional**. María Cecilia Brusa (trad.). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012. p. 94.

⁶¹⁸ “Dos árbitros, além do inexorável respeito ao devido processo legal, espera-se que atuem com a ética do bom julgador, que envolve não apenas as fundamentais exigências da independência e imparcialidade, mas também o desprendimento das atitudes autoritárias que às vezes, por apego excessivo à investidura judicante, obnubilam-lhes a visão de que, em última análise, são prestadores de serviços remunerados pelas partes.” GIUSTI, Gilberto. A Ética das Instituições de Arbitragem. **RBA**. n 40, p. 78-85, Out-Dez. 2013. p. 78-79.

comportamento desleixado ou egocêntrico e passam a agir com ausência e ética e até mesmo de forma ilícita⁶¹⁹.

Ugo Draetta⁶²⁰ elenca os comportamentos dos árbitros que irritam os advogados, prejudicam a reputação dos árbitros e a eficiência do processo arbitral. Ele coloca o despreparo do árbitro como um erro fatal, já que conhecer o processo, os argumentos e os documentos juntados pelas partes é fundamental para uma boa condução do processo e uma sentença correta. Outro erro é a discussão entre os árbitros na frente das partes e seus advogados, se precisam decidir algo na audiência, o ideal é que se retirem e retornem à sala com a decisão. Da mesma forma, os árbitros devem ser respeitosos com os advogados e com as testemunhas, atitudes arrogantes ou inadequadas são um erro grosseiro que podem caracterizar abuso de autoridade, o que é totalmente prejudicial ao instituto da arbitragem. O autor alerta que o árbitro não deve se comportar como se fosse superior ao advogado ou faltar com respeito ao processo, bem como é inconcebível que o árbitro não faça a verificação oportuna da existência de conflitos de interesses. E por fim, ele ainda aconselha que o árbitro não sucumba à síndrome de *prima donna*, ou seja, que se faça o centro das atenções.

Acredita-se⁶²¹ que um bom presidente de tribunal arbitral⁶²² é capaz de neutralizar árbitros tóxicos, por meio de fixação de data para iniciar a deliberação, organizando o procedimento, promovendo a participação dos co-árbitros e garantindo que todos os pontos controvertidos sejam discutidos. O comportamento abusivo ou desleal do árbitro impacta diretamente no resultado da arbitragem e diferentemente da jurisdição estatal, não há controle correccional nem instância recursal, cabendo aos próprios árbitros, partes e instituições de arbitragem

619 “Los árbitros tóxicos contaminan el sistema arbitral. Traicionan la voluntad de las partes con su irresponsabilidad, falta de experiencia y desidia; y en los casos más graves, corrompen el proceso vendiendo decisiones al mejor postor.” PLAZA, José María de la Jara; HUAMÁN, Julio Olórtegui. La Pandemia Arbitral. Los Árbitros Tóxicos y la Contaminación de las Deliberaciones. **RBA**. n. 51. p. 133-141. Jul-Set/2016, p. 141.

620 DRAETTA, Ugo. **La otra cara del arbitraje internacional**. María Cecilia Brusa (trad.). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012. p. 53-59.

621 PLAZA, José María de la Jara; HUAMÁN, Julio Olórtegui. La Pandemia Arbitral. Los Árbitros Tóxicos y la Contaminación de las Deliberaciones. **RBA**. n. 51. p. 133-141. Jul-Set/2016, p. 139-140.

622 “Few anti-abuse mechanisms are more effective than an experienced and capable arbitral tribunal.” PARK, William W. PARK, William W. Arbitration’s Discontents: Of Elephants and Pornography. **Arbitration International**, v. 17, n. 3, p. 263–274, set. 2001, p. 272.

controlarem⁶²³ as condutas tóxicas, a fim de evitar a nulidade da sentença e a ineficiência da arbitragem.

Em caso de conduta ilegal, inobservância das questões procedimentais ou deslealdade por parte do árbitro, ele pode estar sujeito à responsabilidade pessoal, “tanto na esfera de responsabilidade contratual – em havendo violação à regra previamente acordada – como extracontratual, uma vez que há uma série de deveres procedimentais previstos em texto expreso de lei.”⁶²⁴

Por outro lado, as grandes instituições de arbitragem como a International Chamber of Commerce (CCI), a London Court of International Arbitration (LCIA), a American Arbitration Association (AAA) e a Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) buscam restringir em seus documentos a responsabilização de árbitros, dos membros e funcionários da instituição ou quaisquer outras pessoas que atuem no procedimento⁶²⁵, o que encontra limite “nos dispositivos legais de ordem pública” ⁶²⁶ conforme a lei aplicável.

De qualquer modo, os comportamentos protelatórios, desleixados e parciais de árbitros devem ser controlados e vigiados pelos demais atores arbitrais, a fim de manter a lisura do processo e a eficácia da sentença arbitral que deve ser justa e efetiva.

3.4 IDENTIFICAÇÃO DOS COMPORTAMENTOS GUERRILHEIROS EM CADA ETAPA DO PROCEDIMENTO ARBITRAL

As táticas de guerrilha podem ocorrer a qualquer momento, antes, durante ou depois do procedimento arbitral, sendo necessário preveni-las, combatê-las e sancioná-las.

⁶²³ GREBLER, Eduardo. A ética dos árbitros. **RBA**. n 40, p. 72-77, Out-Dez. 2013. p. 72.

⁶²⁴ CORREIA, Marcelo dos Santos Barradas. A Responsabilidade Civil do Árbitro. **RBA**. N. 39, p. 7-24, Jul-Set. 2013. p. 20.

⁶²⁵ CORREIA, Marcelo dos Santos Barradas. A Responsabilidade Civil do Árbitro. **RBA**. N. 39, p. 7-24, Jul-Set. 2013. p. 22.

⁶²⁶ CORREIA, Marcelo dos Santos Barradas. A Responsabilidade Civil do Árbitro. **RBA**. N. 39, p. 7-24, Jul-Set. 2013. p. 29.

Horvath, Wilske e Leinwather⁶²⁷ explicam que na fase pré-arbitral é essencial se dedicar à elaboração de uma cláusula compromissória precisa e completa e estabelecer preferencialmente um código de conduta entre as partes e o tribunal. Durante o procedimento, é fundamental a elaboração de um cronograma processual para evitar delongas e pedidos de adiamentos a destempo; conhecer e distinguir as diferentes tradições jurídicas das partes e advogados; recomendar aos advogados que ajam de acordo com a boa-fé, inclusive no trato com as testemunhas e durante a produção de provas, sob pena de sanções às condutas guerrilheiras.

Assim, faz-se necessária a identificação dos comportamentos guerrilheiros em cada fase arbitral para melhor aplicação dos mecanismos de prevenção e sanção.

3.4.1 Identificação das Táticas de Guerrilha na Fase Pré-Arbitral

Na fase pré-arbitral, as táticas de guerrilha mais comuns são as impugnações frívolas aos árbitros indicados a fim de impedir a instituição da arbitragem ou ainda a alegação de invalidade da convenção arbitral e consequentemente a incompetência do juízo arbitral.

É preciso ter muito cuidado com a redação da cláusula compromissória para não se tornar refém do guerrilheiro arbitral. Costuma-se dizer que a cláusula compromissória é uma *midnight clause*, aquela para qual os negociadores não dão tanta importância, preocupando-se mais com as negociações referentes às cláusulas substantivas do contrato⁶²⁸. E pode ser neste descuido que a cláusula compromissória venha a se tornar patológica ou se demonstrar incompleta/vazia. Este é um dos piores cenários para aquele que, no futuro, necessitar iniciar o

⁶²⁷ HORVATH, Günther J.; WILSKE, Stephan; LEINWATHER, Niamh. Dealing with Guerrilla Tactics at Different Stages of na Arbitration. In: HORVATH, Günther J.; WILSKE, Stephan. (eds). Guerrilla Tactics in International Arbitration. Wolters Kluwer Law & Business, 2013. p. 33-54.

⁶²⁸ HORVARTH, Günther J.; WILSKE, Stephan, et al., 'Chapter 2, §2.01: Countering Guerrilla Tactics at the Outset, Throughout and at the Conclusion of the Arbitral Proceedings'. IN: HORVARTH, Günther J.; WILSKE, Stephan (eds), **Guerrilla Tactics in International Arbitration**, International Arbitration Law Library, Volume 28; Kluwer Law International, 2013, p. 35.

procedimento arbitral, pois se não houver cooperação para integrar a cláusula compromissória, será preciso um compromisso arbitral⁶²⁹.

Portanto, os advogados precisam estar atentos à redação da cláusula compromissória para viabilizar que a mesma seja completa e possibilite o início e desenvolvimento do procedimento arbitral, bem como para que o tribunal arbitral possua poderes suficientes para controlar e combater as táticas de guerrilha⁶³⁰.

Outra forma utilizada de tática de guerrilha é a impugnação frívola ou injustificada e repetitiva de um árbitro ou da constituição de um tribunal arbitral, o que atrasa substancialmente o processo arbitral, gerando custos maiores e desgaste emocional aos envolvidos. Claro que em sua maioria, são os advogados e representantes das partes que constroem estas impugnações com intuito protelatório, mas também cabe ao árbitro evitar que estas questões se prolonguem no tempo, recusando nomeação se houver dúvidas sobre a sua capacidade de ser imparcial ou independente, nos termos do Princípio 2.1 das Diretrizes IBA sobre Conflitos de Interesses na arbitragem internacional.

Em que pese existirem prazos para impugnação dos árbitros, é muito difícil impedir que um advogado guerrilheiro faça uso desta artimanha antes e durante o procedimento arbitral por várias vezes, esperando que a paciência do(s) árbitro(s) acabe e com isso sejam mais enfáticos ou menos simpáticos com a aquela parte guerrilheira, o que a levará a insistir na oposição àquele árbitro. Por isso, é necessário que tanto o advogado adverso quanto os árbitros estejam atentos a estas manobras, sobressaltando a relevância do dever de revelação dos árbitros, já que “qualquer sigilo inadvertido de fatos inofensivos podem fornecer munição para os guerrilheiros arbitrais”⁶³¹.

Toda vez que se busca a jurisdição estatal a fim de impedir o início ou desenvolvimento do processo arbitral, pode-se estar diante de uma tática de

⁶²⁹ Que pode resultar na necessidade de um compromisso arbitral judicial, nos termos, por exemplo, do art. 7º da Lei de Arbitragem brasileira. BRASIL. **Lei 9.307 de 23 de setembro de 1996**. Dispõe sobre a Arbitragem. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm. Acesso em: 27 ago 2021.

⁶³⁰ “By taking the requisite time to ensure that the arbitration clause will properly serve the purposes intended, counsel can also ensure that guerrilla tactics do not begin at such an early stage.” HORVARTH, Günther J.; WILSKE, Stephan; op. cit. p. 36.

⁶³¹ HORVARTH, Günther J.; WILSKE, Stephan, et al., 'Chapter 2, §2.01: Countering Guerrilla Tactics at the Outset, Throughout and at the Conclusion of the Arbitral Proceedings'. IN: HORVARTH, Günther J.; WILSKE, Stephan (eds), **Guerrilla Tactics in International Arbitration**, International Arbitration Law Library, Volume 28, Kluwer Law International, 2013, p. 42.

guerrilha, conhecida como *anti-suit injunctions*, originadas nos sistemas de *common law*.

Interessante ressaltar que as *anti-suit injunctions* podem ser utilizadas tanto a favor quanto contra a arbitragem. São favoráveis quando permitem que um juiz estatal determine o cumprimento da convenção arbitral, impedindo sua violação por parte astuciosa que visa obstruir ou impedir o procedimento arbitral, ou seja, as “*anti-suit injunctions* constituem um instrumento de vital importância para a eficácia do procedimento arbitral, garantindo a sua efetividade”⁶³². Por outro lado, infelizmente, tem crescido a utilização das *anti-suit injunctions* contra a arbitragem a fim de “criar um obstáculo ao curso do procedimento arbitral, para impedir a outra parte de iniciar ou dar continuidade a um procedimento arbitral ou para proibi-la de executar a sentença arbitral.”⁶³³

As *anti-suit injunctions* contra a arbitragem violam tanto a autonomia da convenção arbitral quanto o princípio da competência-competência⁶³⁴. Como dito anteriormente, o Judiciário só pode analisar “uma eventual incompetência do tribunal arbitral na fase de controle da sentença arbitral”⁶³⁵, inclusive seguindo orientação do art. 2.3 da Convenção de Nova Iorque sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras que estabelece que o tribunal de um Estado signatário, quando de posse de ação sobre matéria à qual as partes tenham estabelecido se submeter à arbitragem, deverá encaminhá-las à arbitragem, a menos que constate que tal acordo é nulo e sem efeitos, inoperante ou inexecutável.

Deste modo, as táticas dilatórias na fase pré-arbitral objetivam prejudicar a formação do tribunal, impugnar a validade da convenção de arbitragem e buscar o judiciário estatal para impedir a arbitragem.

⁶³² NUNES, Thiago Marinho. A Prática das Anti-Suit Injunctions no Procedimento Arbitral e seu Recente Desenvolvimento no Direito Brasileiro. **RBAr**. n. 5, Jan-Mar. 2005, p. 16.

⁶³³ NUNES, Thiago Marinho. A Prática das Anti-Suit Injunctions no Procedimento Arbitral e seu Recente Desenvolvimento no Direito Brasileiro. **RBAr**. n. 5, Jan-Mar. 2005, p. 16.

⁶³⁴ “Essa autonomia terá duas conseqüências: a primeira, uma conseqüência direta, consistirá numa indiferença em relação ao objeto do contrato principal, assim como na possibilidade de a convenção de arbitragem ser regida por um direito distinto. Além disso, a autonomia da convenção de arbitragem terá um efeito direto, qual seja, o princípio da Kompetenz-Kompetenz.” NUNES, Thiago Marinho. A Prática das Anti-Suit Injunctions no Procedimento Arbitral e seu Recente Desenvolvimento no Direito Brasileiro. **RBAr**. n. 5, Jan-Mar. 2005, p. 28-29.

⁶³⁵ NUNES, Thiago Marinho. A Prática das Anti-Suit Injunctions no Procedimento Arbitral e seu Recente Desenvolvimento no Direito Brasileiro. **RBAr**. n. 5, Jan-Mar. 2005, p. 29.

Nestes casos, a prevenção é o melhor remédio, seja pela redação de uma convenção arbitral completa, seja pela atenção à nomeação dos árbitros e escolha adequada do advogado, bem como da opção pela arbitragem institucional que forneça ferramentas que salvaguardem a integridade do procedimento e combatam às táticas de guerrilha⁶³⁶.

3.4.2 Identificação das Táticas de Guerrilha na Fase Arbitral

A etapa probatória da fase arbitral pode ser campo fértil para utilização de táticas de guerrilhas, em especial as dilatórias.

O devido processo legal no contexto da arbitragem internacional não se coaduna com táticas de guerrilha, principalmente com as praticadas sob o argumento de o preservar, como táticas dilatórias voltadas ao suposto exercício do contraditório e da ampla defesa, empregadas deliberada e injustificadamente para retardar a solução do conflito submetido à arbitragem, a fim de provocar o atraso da prolação de sentença de mérito quando há indícios de que lhe será desfavorável.⁶³⁷

Uma forma de minimizar as táticas dilatórias é a calendarização da arbitragem⁶³⁸, já prevendo que o tribunal poderá aplicar sanção em caso de

⁶³⁶ WAHAB, Mohamed S Abdel. Cultural Considerations in Advocacy: The Arab World - A Recast. **Global Arbitration Review - The Guide to Advocacy**. 4 Ed. 01 out. 2019. Disponível em: <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-advocacy/fourth-edition/article/cultural-considerations-in-advocacy-the-arab-world-recast>. Acesso em: 08 set. 2021.

⁶³⁷ SOUZA, Hellen Luana; COSTA, Patrícia Ayub. Devido processo legal na arbitragem comercial internacional: desafios ante táticas de guerrilha. In: Wagner Menezes (Org.). **Direito internacional em expansão**: anais do XIX Congresso Brasileiro de Direito Internacional. Belo Horizonte: Arraes Editores, v. XIX, p. 226-242, 2020, p. 236.

⁶³⁸ "It is at least these authors' personal experience that experienced arbitrators are rather lenient in the negotiation of the procedural timetable but turn increasingly strict when it comes to enforcement of its schedule. It seems to be an emerging standard that deadlines once agreed between the parties and the arbitral tribunal and incorporated in a procedural timetable may only be extended when an unforeseeable event prevents a party from meeting them." HORVARTH, Günther J.; WILSKE, Stephan, et al., 'Chapter 2, §2.01: Countering Guerrilla Tactics at the Outset, Throughout and at the Conclusion of the Arbitral Proceedings'. IN: HORVARTH, Günther J.; WILSKE, Stephan (eds), **Guerrilla Tactics in International Arbitration**, International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 38. Neste sentido, também "Similar issues arise when parties submit a brief without being invited to do so by the arbitral tribunal, introducing completely new arguments or a new piece of evidence just before the oral hearing. The decision whether to admit such a brief into the record becomes particularly difficult if it is of material relevance to the outcome of the case. Nevertheless, ignoring the unsolicited brief will not lead to the annulment of the award." BERGER, Klaus Peter; JENSEN, J. Ole. Due process paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators. **Arbitration International**, 2016, n. 32, p. 415-435. Disponível em:

descumprimento, salvo se comprovado motivo de força maior ou caso fortuito. Ou seja, pode até haver um espaçamento consensual entre os atos procedimentais, mas uma vez, agendados, devem ser cumpridos.

A fase probatória pode ser propícia aos guerrilheiros porque é bastante difícil implementar um padrão de produção de provas na arbitragem internacional, se sua característica é exatamente a flexibilidade. Não se pode descartar, ainda, que a produção de prova na *common law* é distinta da *civil law*⁶³⁹.

Exemplo clássico é o tratamento⁶⁴⁰ e comunicação com a testemunha antes da audiência, o que é admitido na *common law* e proibido na *civil law*⁶⁴¹, mas

<https://praguerules.com/upload/iblock/882/88256e5a0d39997b4d6ec9be17303671.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2021. p. 425.

⁶³⁹ “This same formal procedural context does not exist in the world of international arbitration, which is a strength (flexibility) and a weaknesses (lack of universal procedural rules) of the arbitral process. Therein lies the crux of the problem.” [...] “The CCIAG working group agrees that the key concern raised by Discovery is “uncertainty”. Uncertainty in relation to discovery is a particularly acute concern for the civil law party. Common law parties are more prepared for discovery and understand the concept and the consequences. As a result, a civil law party may have to spend more resources to comply with common law style discovery. Should common law style discovery be adopted, civil law user would be exposed to the risk of unfair results. For the common law party, a civil law party’s approach to discovery may also be perceived to lead to unfair results as the civil law party may not undertake the detailed search that a common law party would expect.” CORPORATE COUNSEL INTERNATIONAL ARBITRATION GROUP -CCIAG. **Report to the CCIAG from the discovery working group**. 30 out. 2009. Acesso em: <https://www.cciag.com/wp-content/uploads/2013/07/DISCOVERY-REPORT.pdf> Acesso em: 21 abr. 2021. p. 7.

⁶⁴⁰ “Accordingly, a common tactic of guerrilla-influenced opposing counsel is to target the opposing parties’ witnesses. Tactics can range from making witnesses that have a crucial influence on the outcome of a case conveniently unavailable at the last minute, to witness intimidation, witness tampering or lack of respect or courtesy or even abusive behaviour toward witnesses in cross-examination. Counsel may request the arbitral tribunal to issue a recommendation or even an order on how to treat witnesses and on related matters such as witness accessibility, communication and contact with witnesses.” HORVARTH, Günther J.; WILSKE, Stephan, et al., ‘Chapter 2, §2.01: Countering Guerrilla Tactics at the Outset, Throughout and at the Conclusion of the Arbitral Proceedings’. IN: HORVARTH, Günther J.; WILSKE, Stephan (eds), **Guerrilla Tactics in International Arbitration**, International Arbitration Law Library, Volume 28, Kluwer Law International, 2013, p. 39. Convém lembrar as Diretrizes da IBA sobre Representação das partes na arbitragem internacional: “O Representante da Parte poderá, ainda, auxiliar a Testemunha ou Perito na preparação de sua Declaração de Testemunha ou de seu Laudo Pericial, respectivamente. Além disso, o Representante da Parte poderá auxiliar a Testemunha na preparação de seu depoimento nos casos de inquirição direta, pelo seu próprio representante, ou cruzada, pelo representante da parte contrária, inclusive por meio de perguntas e respostas preparatórias (Diretriz 24). Essa preparação poderá incluir uma revisão dos procedimentos nos quais a testemunha será demandada e a preparação de testemunhos para inquirição direta ou cruzada. Tais contatos não devem, contudo, alterar a autenticidade da Prova testemunhal ou pericial, a qual deverá sempre refletir a perspectiva das Testemunhas acerca dos fatos pertinentes, eventos ou circunstâncias, ou a análise e opinião do próprio Perito.” INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **Diretrizes da IBA para a Representação de Partes em Arbitragens Internacionais**. Adotadas por resolução do Conselho da IBA em 25 de maio de 2013. Disponível em <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=17BA0784-36C8-40CF-B207-8B50409C5308>. Acesso em: 28 ago. 2021.

⁶⁴¹ “The paradigmatic example of conflicting national ethical rules in international arbitration is pre-testimonial communication with witnesses. The conflict is often distilled into a simple dichotomy: Civil

Catherine Rogers⁶⁴² chama atenção para a profundidade da questão que vai muito além da dicotomia da permissão ou proibição do contato com a testemunha, que é o que pode ou não ser dito, comunicado, situações que as Diretrizes da IBA⁶⁴³ sobre produção de provas não responde ainda, permitindo apenas a comunicação, sem especificar seus limites.

Joaquim Tavares de Paiva Muniz⁶⁴⁴ recomenda três iniciativas para tornar a prova testemunhal mais eficiente: i) que as partes apresentem declarações escritas⁶⁴⁵ das testemunhas antes da audiência para que a contra-inquirição baseie-se nelas; ii) que os árbitros limitem o tempo de oitiva de testemunhas e deneguem⁶⁴⁶ oitivas desnecessárias, evitando que a audiência se prolongue por dias; iii) que os árbitros esclareçam com precisão os temas controvertidos que

law systems generally prohibit pre-testimonial communication; common law systems generally permit such communication.” ROGERS, Catherine, 'Chapter 5: Guerrilla Tactics and Ethical Regulation'. IN: HORVARTH, Günther J. and WILSKE, Stephan (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**, International Arbitration Law Library, Volume 28, Kluwer Law International 2013, p. 322.

⁶⁴² ROGERS, Catherine, 'Chapter 5: Guerrilla Tactics and Ethical Regulation'. IN: HORVARTH, Günther J. and WILSKE, Stephan (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**, International Arbitration Law Library, Volume 28, Kluwer Law International, 2013, p. 323.

⁶⁴³ Art. 4.3 da IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration 2010: “It shall not be improper for a Party, its officers, employees, legal advisors or other representatives to interview its witnesses or potential witnesses and to discuss their prospective testimony with them.”

⁶⁴⁴ MUNIZ, Joaquim Tavares de Paiva. Guia Politicamente Incorreto da Arbitragem VIII - Arbitragem e provas. **Migalhas de peso**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/224470/guia-politicamente-incorreto-da-arbitragem-viii---arbitragem-e-provas>. Acesso em: 16 ago. 2021.

⁶⁴⁵ “Creio que o depoimento escrito é ferramenta interessante no âmbito da arbitragem, especialmente no que toca a arbitragem comercial internacional. Em um primeiro momento, o depoimento escrito evitaria a locomoção do depoente, muitas vezes residente em território distante da localidade em que se desenvolve a arbitragem; em segundo lugar, penso que o depoimento escrito tende a concentrar observações, focando-se o depoente sobre as questões efetivamente interessantes para o deslinde da causa; por último, ainda que seja facultado às partes interrogar posteriormente o autor do depoimento escrito, o método continua a ser valioso, na medida em que o depoimento será circunscrito ao que foi declarado por escrito, evitando longos e desnecessários circunlóquios, típicos dos depoimentos testemunhais tradicionais.” CARMONA, Carlos Alberto. Flexibilização do Procedimento Arbitral. **RBA**. n. 24, p. 7-21, out./dez. 2009. p. 20.

⁶⁴⁶ “Além disso, os tribunais arbitrais frequentemente mostram uma preocupação desproporcional com o respeito ao devido processo legal e relutam em negar solicitações de produção de documentos, temendo arriscar contestar a sentença.” (tradução livre) DRAETTA, Ugo. **The dark side of arbitration**. JurisNet, Huntington, New York 2018. p. 257-258. No mesmo sentido, “Arbitrators, intent upon striking a balance between fundamental fairness and efficiency, may be reluctant to push parties to limit such practices or to keep to schedule. Arbitrators’ concerns about having their award subjected to a motion to vacate likely reinforce these tendencies, especially among arbitrators who lack the confidence of long experience. The reluctance to limit discovery may also reflect an arbitrator’s desire to avoid offending anyone in the hope of securing future appointments.” STIPANOWICH, Thomas J. Arbitration: the “new litigation”. **University of Illinois Law Review**, Vol. 2010. N. 1, 2010. p. 1- 60. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1297526>. Acesso em: 21 abr. 2021. p. 12-13.

devem ser provados e como os depoimentos podem contribuir para tais esclarecimentos.

Outra situação que pode contribuir para as táticas de guerrilha referem-se ao dever ou não da parte entregar ou omitir documentos que lhe prejudiquem. No contexto da *common law*⁶⁴⁷ o advogado deve entregar os documentos mesmo que prejudiquem seu cliente, enquanto na *civil law*⁶⁴⁸ o advogado pode omitir o documento, o que gera um conflito ético que possibilita táticas de guerrilha⁶⁴⁹.

A produção de documentos envolve tempo e altos custos, por isso seu custo-benefício deve ser bem pensado pelos advogados, permitindo as regras da IBA que “uma parte solicite a produção de documentos que sejam “relevantes e materiais” para o resultado de questões em disputa e que comprovadamente não estejam em posse da parte solicitante.”⁶⁵⁰

⁶⁴⁷ “A produção de documento é considerada como um instrumento processual indispensável nos litígios de common law. Isso encontra sua razão na natureza oral do procedimento de common law e no legítimo desejo de ambas as partes de evitar surpresas desagradáveis nos argumentos da outra parte no julgamento do júri. Na verdade, geralmente não há necessidade de alegar fatos probatórios nas alegações trocadas antes do julgamento. Os articulados normalmente contêm apenas uma declaração dos fatos finais que constituem cada causa de ação ou de defesa. Os fatos probatórios não são apresentados até o julgamento, quando as testemunhas são interrogadas.” (tradução livre) DRAETTA, Ugo. **The dark side of arbitration**. JurisNet, Huntington, New York 2018. p. 238.

⁶⁴⁸ “No contencioso de civil law esta necessidade não é sentida devido à natureza escrita do processo, onde os factos são esclarecidos através da troca de múltiplas alegações escritas pelas partes. Não há julgamentos com júri em litígios de civil law. Compete à parte o ônus da prova e os documentos em que se baseia como prova dos fatos em causa, normalmente devem vir acompanhados das respectivas alegações. Se questões factuais permanecerem em disputa após as alegações, o tribunal normalmente ouvirá as testemunhas e obterá outras provas.” (tradução livre) DRAETTA, Ugo. **The dark side of arbitration**. JurisNet, Huntington, New York 2018. p. 238-239.

⁶⁴⁹ “Not surprisingly, international arbitration practice heightens the conflicting national ethical traditions regarding document exchange, and has led to allegations of guerrilla tactics. As one civil law trained commentator explains, a ‘Latin American jurist ... feel[s] legitimately proud of retaining those [documents] which in one way or another may harm him’. Retaining those documents, however, is regarded by common-law-trained attorneys so egregious that it is as if ‘parties or their counsel ... commit[ted] perjury or otherwise ma[de] misrepresentations to the arbitrators’. For these reasons, differences over ethical obligations regarding document exchanges would need to be addressed by ethical standards or rules developed for international arbitration. In fact, as described above, this is another area in which the IBA Task Force has provided important guidance.” Catherine Rogers, ‘Chapter 5: Guerrilla Tactics and Ethical Regulation’, in Günther J. Horvath and Stephan Wilske (eds), *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 313 – 340, p. 326.

⁶⁵⁰ DRAETTA, Ugo. **The dark side of arbitration**. JurisNet, Huntington, New York 2018. p. 243-244.

A intenção é evitar que os guerrilheiros solicitem numerosos documentos de forma injustificada e aleatória, o chamado *fishing expedition*⁶⁵¹, pois esse comportamento gera altos custos e tem caráter protelatório.

A alegação de novos fatos e a juntada de novos documentos também devem ser avaliados com muito cuidado pelo tribunal arbitral, pois garantir o devido processo não significa ser complacente com a desídia das partes ou dos seus advogados⁶⁵² e muito menos com objetivos meramente dilatórios e obstrutivos do procedimento arbitral⁶⁵³.

Novamente, mostra-se importante que o árbitro ou o tribunal arbitral esteja atento a estes comportamentos guerrilheiros com caráter dilatório, pois o tempo é um ônus maior para quem tem razão e menores condições financeiras⁶⁵⁴.

⁶⁵¹ “Além disso, por vezes estes pedidos são inadequados por se tratarem de documentos irrelevantes para a decisão sobre disputa, e visam apurar fatos sobre os quais o oponente tem o ônus da prova, ou têm como objetivo coletar informações sobre os documentos internos do oponente, na esperança de encontrar um documento em apoio à reivindicação da parte solicitante que, de outra forma, não seriam as evidências necessárias.” (tradução livre) DRAETTA, Ugo. **The dark side of arbitration**. JurisNet, Huntington, New York 2018. p. 245-246. No mesmo sentido, “The issue of discovery and the admissibility of evidence can open up an unending number of possibilities for destructive counsel to revel in guerrilla antics. This usually materializes in such a manner that a party simply refuses to comply with an order for document production, arguing that the documents no longer exist or counsel drafts burdensome document production requests that clearly cannot be met – the infamous fishing expeditions – or counsel attacks the document production requests of the opposing party. This can ultimately result in the proceedings being considerably delayed.” HORVARTH, Günther J.; WILSKE, Stephan; et al., 'Chapter 2, §2.01: Countering Guerrilla Tactics at the Outset, Throughout and at the Conclusion of the Arbitral Proceedings'. IN: Günther J. Horvath and Stephan Wilske (eds), **Guerrilla Tactics in International Arbitration**, International Arbitration Law Library, Volume 28, Kluwer Law International, 2013, p. 41.

⁶⁵² BERGER, Klaus Peter; JENSEN, J. Ole. Due process paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators. **Arbitration International**, 2016, n. 32, p. 415-435. Disponível em: <https://praguerules.com/upload/iblock/882/88256e5a0d39997b4d6ec9be17303671.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2021. p. 426.

⁶⁵³ Neste sentido, vale a leitura do Comentário da Lei Modelo da UNCITRAL, em especial o do art. 19, que em resumo determina as regras do procedimento arbitral ressaltando a liberdade das partes em estabelecer o procedimento que será conduzido pelo tribunal arbitral conforme lhe parecer mais apropriado, garantindo-se, em cada caso, que as partes sejam tratadas com igualdade de oportunidades para apresentação do seu caso. Porém, o art. 19.3 não é uma autorização para que a parte obstrua o procedimento por meio de táticas dilatórias. UNCITRAL. **Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration**. 1985, UN Doc A/CN.9/264. Disponível em <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/CN.9/264> Acesso em: 24 abr. 2021. p. 44-47.

⁶⁵⁴ “Hearings are also likely to be prolonged by the tendency of arbitrators to proceed cautiously in order to avoid even colorable grounds for vacatur of award; these motivations may cause arbitrators to avoid dispositive rulings, to accept the estimates of counsel regarding hearing schedules, and to be very liberal in the admission of evidence. As a result, arbitration may be no less costly or lengthy than litigation.” STIPANOWICH, Thomas J. Arbitration: the “new litigation”. **University of Illinois**

Por outro lado, o dever de cooperação não é uma via de mão única. As partes devem ser cooperativas entre si, para com o tribunal arbitral e o tribunal arbitral para com as partes. Assim, surpresas devem ser evitadas por todos, as regras do jogo devem ser claras e objetivas. Como bem ensina Carlos Alberto Carmona⁶⁵⁵, “cumpre aos árbitros, portanto, sempre que entenderem necessária a adaptação ou adequação de regras procedimentais previamente escolhidas, avisar as partes sobre as mudanças”, bem como “franquear às partes a utilização de certos meios de prova não convencionados (e não convencionais)” a fim de evitar surpresas e alegações de cerceamento de direito de defesa e participação no processo.

Graças à flexibilidade procedimental do processo arbitral, as eventuais diferenças culturais e jurídicas entre os atores da arbitragem, podem ser supridas com uma atuação cooperativa, pois o objetivo é manter a flexibilidade e a autonomia das partes na escolha do melhor procedimento para resolver suas disputas.⁶⁵⁶ E como bem ensina Ugo Draetta, “a prática internacional de arbitragem comercial harmonizou os dois procedimentos”⁶⁵⁷, ou seja, conseguiu extrair o melhor da *common law* e da *civil law*.

Portanto, como remédios combativos das táticas de guerrilha nesta fase procedimental, tem-se: observância ao código de ética escolhido na primeira ordem processual; elaboração de um cronograma processual rigoroso e detalhado; eliminação de ambiguidades e estabelecimento de padrões a respeito das provas; busca por medidas provisórias de tribunais arbitrais ou tribunais nacionais para preservar provas ou frustrar táticas desonestas; requerimento de indenização por danos e custos advindos da má conduta da parte e de seu advogado⁶⁵⁸.

Deste modo, em que pese a fase probatória ser campo fértil para os guerrilheiros, não há o que temer, pois existem respostas para o seu combate.

Law Review, Vol. 2010. N. 1, 2010. p. 1- 60. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1297526>. Acesso em: 21 abr. 2021. p. 15.

⁶⁵⁵ CARMONA, Carlos Alberto. Flexibilização do Procedimento Arbitral. **RBA**. n. 24, p. 7-21, out./dez. 2009. p. 21.

⁶⁵⁶ CORPORATE COUNSEL INTERNATIONAL ARBITRATION GROUP -CCIAG. **Report to the CCIAG from the discovery working group**. 30 out. 2009. Acesso em: <https://www.cciag.com/wp-content/uploads/2013/07/DISCOVERY-REPORT.pdf> Acesso em: 21 abr. 2021. p. 8.

⁶⁵⁷ DRAETTA, Ugo. **The dark side of arbitration**. New York: JurisNet2018. p. 239.

⁶⁵⁸ WAHAB, Mohamed S Abdel. Cultural Considerations in Advocacy: The Arab World - A Recast. **Global Arbitration Review - The Guide to Advocacy**. 4 Ed. 01 out. 2019. Disponível em: <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-advocacy/fourth-edition/article/cultural-considerations-in-advocacy-the-arab-world-recast>. Acesso em: 08 set. 2021.

3.4.3 Identificação das Táticas de Guerrilha na Fase Pós-Arbitral

Na fase pós-arbitral também são identificados comportamentos guerrilheiros, especialmente pelas tentativas de anulação das sentenças arbitrais na via judicial.

Como ressaltado nos comportamentos guerrilheiros na fase pré-arbitral, as *anti-suit injunctions* também podem ser utilizadas na fase pós-arbitral com o intuito de anular as sentenças arbitrais, sejam por alegações de irregularidade na convenção de arbitragem, seja no procedimento ou ainda por violação à ordem pública.

Porém, a Convenção de Nova Iorque⁶⁵⁹ e a Lei Modelo da UNCITRAL⁶⁶⁰ deixam bastante claro que o Judiciário nacional só pode interferir se realmente houver um vício grave de consentimento ou de procedimento.

Trazendo estas questões para o âmbito da sentença estrangeira a ser reconhecida e executada no Brasil, cabe ressaltar que a lei de arbitragem brasileira, o CPC e a LINDB impõem a homologação da sentença arbitral estrangeira pelo Superior Tribunal de Justiça para que esta sentença passe a ser título executivo judicial passível de execução no território nacional. Porém, não caberá ao STJ rejulgar ou rever o mérito da referida sentença, mas sim fazer um juízo de delibação, sendo taxativas as hipóteses de denegação do pedido de homologação, conforme arts. 38 e 39 da Lei n. 9.307/96.⁶⁶¹

É preciso lembrar que a execução desta sentença não se dará perante o STJ, mas sim “perante o juiz do domicílio do devedor, na mesma forma da execução de qualquer outro julgado nacional”⁶⁶², o que possibilita que o devedor com intuito procrastinatório deduza todas as defesas previstas no ordenamento processual

⁶⁵⁹ art. V (2) (b) da Convenção de Nova York (conferir). BRASIL. **Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014**. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda de Mercadorias – Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8327.htm. Acesso em: 06 abr. 2021.

⁶⁶⁰ UNCITRAL. **Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration**. 1985, UN Doc A/CN.9/264. Disponível em <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/CN.9/264> Acesso em 24 abr. 2021. p. 44-47.

⁶⁶¹ GUERRERO, Luis Fernando. Arbitragem e Jurisdição: Premissa à homologação de sentença arbitral estrangeira. **Revista de Processo**. vol. 159, p. 9 – 34, maio 2008. RT online.

⁶⁶² GREBLER, Eduardo. Controle Judicial da Sentença Arbitral. **RBAr**. n.5. jan-mar/2005. p. 55.

brasileiro, mesmo sabendo-as improcedentes, a fim de retardar a satisfação do crédito⁶⁶³.

Esta realidade leva Eduardo Grebler⁶⁶⁴ a defender que não é admissível que depois de passar por homologação, a sentença arbitral estrangeira, agora nacionalizada, ainda seja submetida novamente “às mesmas intempéries do processo de execução aplicável aos títulos executivos judiciais em geral”, sugerindo i) a eliminação da etapa de homologação, concentrando no juízo da execução o exame das causas que invalidariam a sentença estrangeira ou ii) alternativamente a introdução de alterações na lei processual a fim de aumentar as restrições de impugnações à sentença que já houver sido homologada pelo STJ, tornando praticamente automático o seguimento do processo executivo.

É preciso criar mecanismos, inclusive de *hard law*, para evitar as táticas de guerrilha na fase pós-arbitral, o que exige uma cooperação ainda maior entre a jurisdição pública e privada.

Outra situação que pode ocorrer é a alegação de ofensa à ordem pública, pois “não há praticamente quem lhe recuse a condição de fluida, imprecisa e mutante, cujos contornos não se deixam aprisionar em uma conceituação unívoca”, o que exige cuidados especiais⁶⁶⁵ em sua interpretação e aplicação, “desempenhando a função de guardião última da *lex fori*”, garantindo seu conhecimento oficioso.⁶⁶⁶

Ou seja, a alegação de que determinada sentença arbitral fere a ordem pública pode ser analisada de ofício ou a requerimento da parte, mas exige uma hermenêutica⁶⁶⁷ cuidadosa para não se possibilitar aos guerrilheiros de plantão

⁶⁶³ GREBLER, Eduardo. Controle Judicial da Sentença Arbitral. **RBAr**. n.5. jan-mar/2005. p. 55

⁶⁶⁴ GREBLER, Eduardo. Controle Judicial da Sentença Arbitral. **RBAr**. n.5. jan-mar/2005. p. 55-56.

⁶⁶⁵ “Ora, embora a arbitragem seja fruto de uma atividade jurisdicional, a sentença arbitral é uma norma jurídica estrangeira ao ordenamento jurídico do Estado, cuja introdução e permanência só são admitidas após o necessário controle de compatibilidade entre a sentença e a ordem pública do Estado em que se pretende introduzir a sentença. Vale dizer, a ordem pública aparece como um dos obstáculos para a inserção da sentença arbitral num determinado ordenamento jurídico.” DELUIGGI, Marco. O Controle de Conformidade da Sentença Arbitral Estrangeira à Ordem Pública Material: a Contribuição da Experiência Francesa e Internacional para Prática Brasileira. **RBAr**. n. 20, out-dez/2008, p. 7-37, p. 9.

⁶⁶⁶ MATEOS, Antônio César Barreiro e COSTA, José Augusto Fontoura. Obrigatoriedade de motivação e o reconhecimento das sentenças arbitrais no direito brasileiro e hispano-americano. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 30, p. 61 – 100, Jul - Set 2011. RT online.

⁶⁶⁷ “[...] a definição do conteúdo da ordem pública material é imprecisa. Em verdade, a qualificação de uma regra ou de um valor, como sendo de ordem pública, ficará a cargo do juiz quando

que se utilizem de conceitos abstratos e abertos para procrastinar até as últimas instâncias judiciais nacionais em detrimento da segurança e eficiência arbitral. Mais uma vez, prima-se por uma atuação responsável de árbitros, advogados e juízes estatais. Aliás, a cooperação da jurisdição estatal é fundamental para segurança jurídica da arbitragem, salvaguardando as sentença de táticas guerrilheiras sob o falso pretexto de proteção ao devido processo legal (*due process paranoia*)

Diante de todo o exposto, faz-se necessário identificar quais são os impactos econômicos que as táticas de guerrilha exercem sobre a arbitragem internacional e se os mecanismos de controle existentes são suficientes ou se é preciso implantar novas opções.

3.5 IMPACTO DAS TÁTICAS DE GUERRILHA NOS INCENTIVOS ECONÔMICOS DA ARBITRAGEM

As táticas de guerrilha podem ser consideradas, segundo a *New Institutional Economics* (NEI), como comportamentos oportunistas que “tendem a destruir o excedente contratual, por gerarem concorrência e tentativa de apropriação sobre o percentual de receita contratual que seria devida ao outro contratante”⁶⁶⁸.

Portanto, a conduta antiética impacta diretamente nos custos de transação da arbitragem internacional, pois ao se exigir medidas de coerção e execução forçadas das obrigações, reduzem-se os incentivos econômicos da contratação, tornando-a menos eficiente.

E além disto, esse comportamento antiético gera efeitos para o futuro, aumentando os custos de completude contratual a fim de se evitar os danos do passado, ou seja, haverá uma preocupação com a prevenção de novos oportunismos, aumentando os custos de transação⁶⁶⁹ das negociações e

confrontado com o caso concreto.” DELUIGGI, Marco. O Controle de Conformidade da Sentença Arbitral Estrangeira à Ordem Pública Material: a Contribuição da Experiência Francesa e Internacional para Prática Brasileira. **RBAr**. n. 20, out-dez/2008, p. 7-37, p. 9.

⁶⁶⁸ PRADO, Maria da Graça Ferraz de Almeida. **Economia da arbitragem**: uma análise dos impactos sobre contratos e políticas de desenvolvimento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 220.

⁶⁶⁹ MILGRON, Paul; ROBERTS, John. **Economics, Organization & Management**. New Jersey: Prentice Hall Inc., 1992, p. 263. “In the world of business, a reputation for honesty can be valuable because it can attract trading partners. In addition, if it is possible but costly to write detailed

monitoramento das informações, “reforçando cláusulas e gastando mais recursos na tentativa de planificar toda a relação contratual”⁶⁷⁰.

Ronald H. Coase já ministrava que os custos de transação positivos tornam as relações contratuais mais caras, especialmente quando aqueles que agem mal não são responsabilizados.

Com custos de transação positivos, a efetivação de alguns ou todos esses acordos contratuais se torna demasiado onerosa. Desaparecem os incentivos para realizar algumas ações que teriam maximizado o valor de produção. Que incentivos estarão faltando dependerá de qual é a norma vigente, uma vez que é esta que determina que acordos contratuais terão de ser feitos para induzir aos atos que maximizam o valor de produção. O resultado provocado por diferentes regras jurídicas não é intuitivamente óbvio e depende das circunstâncias de cada caso particular. Existe a possibilidade, por exemplo, como foi mostrado anteriormente nesta seção, de que o valor de produção seja maior se aqueles que produziram efeitos nocivos não forem responsáveis por indenizar aqueles que sofrem os danos que causam.⁶⁷¹

Para o funcionamento do mercado perfeito – e lembre-se que aqui a arbitragem internacional está sendo tratada também como um mercado – as transações são fortemente regulamentadas, o que não quer dizer que sejam regulamentações governamentais, mas necessidades do próprio mercado para reduzir os custos de transação e aumentar o volume de negócios⁶⁷².

Desta forma, se não houver uma forte regulamentação que garanta um comportamento cooperativo⁶⁷³ na arbitragem internacional para diminuir o impacto das táticas de guerrilha, os custos de transação aumentarão e o instituto poderá se tornar ineficiente, “caindo em desuso”.

contracts, a good reputation can often allow the decision maker to avoid that expense as well as the use of costly and error-prone legal contract enforcement mechanisms”.

⁶⁷⁰ PRADO, Maria da Graça Ferraz de Almeida. *Economia da arbitragem: uma análise dos impactos sobre contratos e políticas de desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. , p. 221.

⁶⁷¹ COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução Heloisa Gonçalves Barbosa. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017. p. 179-180.

⁶⁷² COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução Heloisa Gonçalves Barbosa. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017. p. 9-10.

⁶⁷³ “Se a arbitragem não mais se traduziria em um método de confiança, o capital social e a comunidade de interesses que dela poderiam resultar tendem a se esvaziar, com a arbitragem passando a se associar apenas a um método tradicional de coerção social, distante da ideia de cooperação, coordenação e aprendizado visto em Alanya.” PRADO, Maria da Graça Ferraz de Almeida. **Economia da arbitragem: uma análise dos impactos sobre contratos e políticas de desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 301.

Loukas Mistelis⁶⁷⁴ relata que não há um conceito universal de eficiência, variando muito conforme a formação jurídica, a cultura, as expectativas e experiências dos diversos atores da arbitragem internacional. E neste sentido, a arbitragem foi tida como um meio eficiente de solução de conflitos no âmbito do comércio internacional por muitos anos, mas esta afirmação passou a ser questionada nos últimos tempos em razão da duração do processo arbitral e dos custos.

Nestes termos, “uma conduta contratual cooperativa pode estimular o aumento do excedente contratual disponibilizado às partes e trazer mais eficiência aos contratos”⁶⁷⁵, já que o *enforcement* é garantido de forma mais simbólica, sendo desnecessário o consumo de recursos para o adimplemento.

Por outro lado, a perda de confiança emanada da escolha pela arbitragem traz consequências práticas, como a mudança progressiva no seu *ethos*, que em teoria estimularia a boa-fé, lealdade e *correttezza* para aproximar as partes ao redor de um micro-cosmos que propiciasse o adimplemento das obrigações, mas ao contrário, o que se tem visto são traços menos cooperativos na execução do contrato, a ponto de anular as vantagens da arbitragem⁶⁷⁶.

Essa mudança de paradigma da arbitragem se faz notar por uma advocacia mais confrontacional e na adoção das táticas de guerrilha, o que resulta em uma maior processualização da arbitragem, o que impacta na celeridade e flexibilidade do procedimento. A eficiência, por sua vez, exige cooperação e confiança entre as partes e seus advogados e destes para com o tribunal arbitral. Neste sentido a

⁶⁷⁴ MISTELIS, Loukas A., Efficiency. What Else? Efficiency as the Emerging Defining Value of International Arbitration: between Systems theories and party autonomy (April 15, 2019). Queen Mary School of Law. **Legal Studies Research**. Paper n. 313/2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3372341>. Acesso em: 6 mai. 2021.

⁶⁷⁵ PRADO, Maria da Graça Ferraz de Almeida. **Economia da arbitragem**: uma análise dos impactos sobre contratos e políticas de desenvolvimento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 223.

⁶⁷⁶ PRADO, Maria da Graça Ferraz de Almeida. Economia da arbitragem: uma análise dos impactos sobre contratos e políticas de desenvolvimento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. , p. 342-343. Neste sentido, STIPANOWICH, Thomas J. Arbitration: the “new litigation”. **University of Illinois Law Review**, Vol. 2010. N. 1, 2010. p. 1- 60. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1297526>. Acesso em: 21 abr. 2021. p. 5. “Yet for a variety of reasons arbitration often falls short of popular expectations. Despite repeated evidence that business lawyers tend to view arbitration more favorably than litigation in key categories (fairness, speed to resolution, and cost), the literature frequently focuses on various perceived shortcomings, including unqualified arbitrators, uneven administration, difficulties with arbitrator compromise, and limited appeal. There are, moreover, frequent complaints regarding delay and high cost. In spite of efforts by national institutions to enhance arbitrator quality and provide guidance for improved practice, it appears that discontent with commercial arbitration has never been more palpable if not more widespread.”

transparência inicial do procedimento arbitral é fundamental para evitar surpresas desagradáveis e protelatórias ao longo do procedimento⁶⁷⁷.

Com a perda da confiança, aumenta-se o custo de transação e encarece-se a via arbitral, o que muitas vezes beneficia a própria parte oportunista.

Essa mudança de parâmetro ético não se reflete apenas sobre o grau de cooperação contratual esperado das partes. Toda a economia prevista à arbitragem também é afetada em razão disso: o cumprimento contratual se torna mais oneroso, a preservação de laços contratuais se compromete, a previsibilidade e calculabilidade contratual se tornam mais inseguras e o excedente contratual é perdido em meio a disputas infundadas e gastos com a verificação e monitoramento do desempenho das partes. Isso sem mencionar as perdas sociais em termos de falta de coordenação entre os agentes econômicos e o desperdício de recursos com atividades não produtivas e em razão da conflituosidade social não resolvida. Em suma, funcionalidades contratuais e institucionais tornam-se meramente simbólicas diante de uma confiança comprometida.⁶⁷⁸

Este cenário diminui o *by-pass* da arbitragem em relação ao poder judiciário⁶⁷⁹, a fim de se ponderar se ainda há eficiência prática na arbitragem. Carlos Alberto Carmona ressalta que os advogados querem impor ao processo arbitral o mesmo ritmo do processo judicial, do qual optaram em não participar, e que muitas vezes os árbitros se veem envoltos nessa processualização criada pelos advogados, que querem aplicar o CPC, mesmo que o regulamento de arbitragem diga expressamente o contrário.⁶⁸⁰

Muitos advogados atuam na arbitragem com o mesmo grau de litigiosidade da jurisdição estatal e querem trazer uma procedimentalização para a

⁶⁷⁷ BERGER, Klaus Peter; JENSEN, J. Ole. Due process paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators. **Arbitration International**, 2016, n. 32, p. 415-435. Disponível em: <https://praguerules.com/upload/iblock/882/88256e5a0d39997b4d6ec9be17303671.pdf>. Acesso em 10 mai. 2021.p. 430.

⁶⁷⁸ PRADO, Maria da Graça Ferraz de Almeida. **Economia da arbitragem**: uma análise dos impactos sobre contratos e políticas de desenvolvimento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 343-344.

⁶⁷⁹ PRADO, Maria da Graça Ferraz de Almeida. Economia da arbitragem: uma análise dos impactos sobre contratos e políticas de desenvolvimento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. , p. 302, ensina que a aproximação da arbitragem com a prática judiciária “pode sugerir uma redução tanto na voz processual das partes, quanto no grau de complementaridade institucional, visto que as duas instituições passam a reger-se por valores idênticos e não mais por uma dialética de reforço e compensação capaz de gerar aprimoramento institucional das duas instituições.”

⁶⁸⁰ CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do árbitro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo: RT, n. 28, jan.-mar. 2011. p. 53.

arbitragem⁶⁸¹, inclusive com possibilidade de recurso, o que só contribui para a paranoia do devido processo e para a redução dos incentivos econômicos da arbitragem.

Neste sentido, Jan Paulsson⁶⁸² observa que enquanto os Estados buscam adotar processos mais cooperativos, típicos do ambiente arbitral, por outro lado, tem-se a arbitragem sendo invadida por comportamentos confrontacionais, típicos da jurisdição estatal. O autor então resume que o processo substitui a confiança e a empatia e os tribunais são encorajados a utilizarem outros mecanismos de solução de conflitos, frequentemente os autocompositivos, como a mediação⁶⁸³.

Deste modo, embora se festeje a flexibilidade, a cooperação e a informalidade da arbitragem, estes são incentivos cada vez menos encontrados⁶⁸⁴, em razão da própria burocracia e procedimentalização criada pelos tribunais arbitrais e pelas instituições a fim de não se invalidar o procedimento e/ou a sentença arbitral.

Em contraposição Loukas Mistelis defende que a maior regulamentação das instituições de arbitragem não pode ser caracterizada como negativa⁶⁸⁵, pois

681 “The fact remains, however, that many lawyers have the general view that arbitration is “too much like litigation”; some wish it included additional litigation features, particularly judicial review and some harbor both perspectives. Moreover, it is reasonable to assume that perspectives and expectations vary with the client and the circumstances.” STIPANOWICH, Thomas J. Arbitration: the “new litigation”. **University of Illinois Law Review**, Vol. 2010. N. 1, 2010. p. 1- 60. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1297526>. Acesso em: 21 abr. 2021. p. 51.

682 PAULSSON, Jan. **The idea of arbitration**. The impulse to arbitrate. Oxford: Oxford University Press, 2013. p. 27.

683 “It is no wonder that corporate counsel appear to be increasingly drawn away from arbitration toward mediation and other approaches that tend to be more successful in achieving business’ goals”. STIPANOWICH, Thomas J. Arbitration: the “new litigation”. **University of Illinois Law Review**, Vol. 2010. N. 1, 2010. p. 1- 60. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1297526>. Acesso em: 21 abr. 2021. p. 25.

684 “They are willing to create difficulties for their colleagues and the arbitral tribunal and even to damage the image of this justice – which had pretended to be rapid and less costly because informal. One understands the irritation of the founding fathers confronted by these newcomers who permit themselves to transform the nature of arbitration by multiplying the incidents and technical appeals.” DEZALAY, Yves e GARTH, Bryant G. **Dealing in virtue: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order**. Chicago: The University of Chicago Press, 1996. p. 57.

685 “However, the introduction of clear procedural rules have positive effects on international arbitration. Of course, it would depend on the rules. However, this paper has shown that the introduction of procedural rules either by arbitrators during the proceedings or in general by institutions might lead to improvement of the efficiency of arbitrations. Thus, a more sophisticated procedure would not lead necessarily to delays and increasing costs. In the same way that a very strict and inflexible procedural framework may amount to dissatisfaction of the parties and several applications before, during and after the arbitration.” MISTELIS, Loukas A., Efficiency. What Else? Efficiency as the Emerging Defining Value of International Arbitration: between Systems theories and party autonomy (April 15, 2019). QUEEN MARY SCHOOL OF LAW. **Legal Studies Research**.

quanto mais claras são as regras, mais eficiente o jogo se torna, mas é claro que “como” o jogo será jogado depende dos seus *players*, por isso o foco desta pesquisa fundamenta-se na atuação deles e nos seus deveres éticos.

Existe uma grande reclamação em relação ao tempo, custo e eficiência da arbitragem⁶⁸⁶, o que parece uma contradição aos incentivos da arbitragem comercial internacional e por isso exigem pronta resposta.

A fim de propor sugestões de como os árbitros, advogados e instituições de arbitragem podem contribuir para diminuir estes custos de transação, João Marçal Rodrigues Martins da Silva⁶⁸⁷ elenca pontos que impactam no custo, tempo e eficiência da arbitragem: i) a (in)disponibilidade dos árbitros; ii) a falha em limitar as questões controvertidas, produção de provas e argumentos; e iii) a preocupação excessiva com o devido processo legal. Em relação à disponibilidade, ele sugere que as instituições de arbitragem abordem a questão da disponibilidade do árbitro na sua Declaração de Independência – a exemplo da CCI- onde ele teria que declarar sua atuação em outras arbitragens e seu comprometimento em se dedicar aquele caso nos próximos 24 meses, o que poderia persuadir os árbitros assoberbados a não aceitarem novos casos a fim de não alongar o tempo e custo das arbitragens. Neste sentido, ele também sugere que o pagamento dos honorários dos árbitros sejam realizados de acordo com o cumprimento do calendário arbitral a fim de incentivá-los a serem mais eficientes. Quanto ao problema da longa duração da fase probatória, o autor sugere que se racionalize o tempo das audiências pela utilização de declarações escritas de testemunhas, pois isso possibilita aos árbitros e advogados saberem até que ponto a testemunha pode contribuir, bem como chama atenção ao dever do tribunal arbitral de limitar o tempo e quantidade de testemunhas que falarão sobre as mesmas questões, evitando práticas guerrilheiras dilatórias e por fim, que se verifique a viabilidade de sentenças

Paper n. 313/2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3372341>. Acesso em: 6 mai. 2021. p. 35-36.

⁶⁸⁶ “In particular, costs and duration have been identified as the factors that might put in danger the existence of international arbitration itself.” MISTELIS, Loukas A., Efficiency. What Else? Efficiency as the Emerging Defining Value of International Arbitration: between Systems theories and party autonomy (April 15, 2019). QUEEN MARY SCHOOL OF LAW. **Legal Studies Research**. Paper n. 313/2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3372341>. Acesso em: 6 mai. 2021. p. 9.

⁶⁸⁷ SILVA, João Marçal Rodrigues Martins da. An Answer to Criticisms Against the Lack of Efficiency in Arbitration: Measures to Reduce Time and Costs. **RBA**. n. 56, p.23-34, Out.- Dez. 2017. p. 27-34.

arbitrais parciais a fim de ir resolvendo as pendências, evitando que se prolongue discussões acerca de questões que podem ser facilmente resolvidas.

Não se pode perder de vista que os usuários da arbitragem querem “um meio eficiente e previsível (e não muito caro) de resolver seus conflitos”⁶⁸⁸. Contudo, diante da dilação probatória e do aumento dos custos da arbitragem, a Corporate Counsel International Arbitration Group (CCIAG) sugere algumas soluções como: prever um limite em torno da *discovery* nas cláusulas contratuais; fazer lobby para que as instituições arbitrais sejam mais rigorosas sobre as regras de *discovery* em seus regulamentos; utilização das regras da IBA; posicionamento claro do tribunal arbitral a respeito das regras de *discovery* que serão toleradas e utilizadas; previsão clara entre as partes a respeito do assunto com implementação de sanções em caso de descumprimento e utilização de uma *Discovery Clause*⁶⁸⁹ sugerida por eles no relatório⁶⁹⁰.

No mesmo sentido, Loukas Mistelis⁶⁹¹ também propõe alternativas que tornariam o processo arbitral mais eficiente, por meio da proatividade do tribunal arbitral, como a limitação de páginas das petições⁶⁹², limitação das rodadas orais,

⁶⁸⁸ CORPORATE COUNSEL INTERNATIONAL ARBITRATION GROUP -CCIAG. **Report to the CCIAG from the discovery working group**. 30 out. 2009. p. 5, Acesso em: <https://www.cciag.com/wp-content/uploads/2013/07/DISCOVERY-REPORT.pdf> Acesso em: 21 abr. 2021. p. 10.

⁶⁸⁹ Apêndice 2: "The parties agree that disclosure of documents shall be implemented by the arbitral tribunal consistently with Mode [1,2,3 or 4 - which must be selected] of the attached Mode of Disclosure Schedule which shall govern disclosure of documents in any arbitration commenced by either party to this Agreement. Only upon mutual agreement of the parties may the selected Mode of Disclosure be changed upon initiation of any arbitration proceeding." CORPORATE COUNSEL INTERNATIONAL ARBITRATION GROUP -CCIAG. **Report to the CCIAG from the discovery working group**. 30 out. 2009. p. 5, Acesso em: <https://www.cciag.com/wp-content/uploads/2013/07/DISCOVERY-REPORT.pdf> Acesso em: 21 abr. 2021. p. 14.

⁶⁹⁰ CORPORATE COUNSEL INTERNATIONAL ARBITRATION GROUP -CCIAG. **Report to the CCIAG from the discovery working group**. 30 out. 2009. p. 5, Acesso em: <https://www.cciag.com/wp-content/uploads/2013/07/DISCOVERY-REPORT.pdf> Acesso em: 21 abr. 2021. p. 11.

⁶⁹¹ MISTELIS, Loukas A., Efficiency. What Else? Efficiency as the Emerging Defining Value of International Arbitration: between Systems theories and party autonomy (April 15, 2019). Queen Mary School of Law. **Legal Studies Research**. Paper n. 313/2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3372341>. Acesso em: 6 mai. 2021. p. 21.

⁶⁹² "Of course, such a rule should be agreed by the parties in the terms of reference or in any other similar document setting out procedural directions and its purpose would be to avoid the repetition by parties of arguments more than once. In fact, even though at a first glance some might say that this solution would jeopardise the right to be heard and present the case, the truth is that it would allow parties to focus on good arguments rather than put forward the hopeless ones." MISTELIS, Loukas A., Efficiency. What Else? Efficiency as the Emerging Defining Value of International Arbitration: between Systems theories and party autonomy (April 15, 2019). Queen Mary School of

identificação das principais questões de direito material logo no início do procedimento, sanções às táticas dilatórias, maior emprego de tecnologias da informação na arbitragem, de vídeoconferência⁶⁹³ e de inteligência artificial. A autora também elenca que as Regras de Praga devem contribuir para a eficiência do processo arbitral, uma vez que traz o modelo inquisitorial e uma maior proatividade ao tribunal arbitral⁶⁹⁴.

Uma boa notícia vem da Pesquisa da Queen Mary University & White Case de 2021, em que os entrevistados relataram que estavam dispostos a diminuir as alegações escritas ilimitadas, a produção de prova documental e as oitivas de testemunhas e especialistas sobre documentos, se isso tornasse as arbitragens mais baratas e rápidas⁶⁹⁵, o que pode se espera ver concretizar para a retomada da eficiência da arbitragem e a diminuição das táticas de guerrilha.

Law. **Legal Studies Research**. Paper n. 313/2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3372341>. Acesso em: 6 mai. 2021. p. 25-28.

⁶⁹³ “In fact, they pointed out that the most relevant advantage of using technology is the possibility to conduct hearings and meetings through means of communication that do not require the physical presence of parties and arbitrators.¹²⁸ Thus, they would result in substantial savings in terms of money and time that would be spent otherwise on reaching a given location for a meeting between parties and arbitrators. Use of technology and, most importantly, the dematerialisation of written submissions and exhibits can also contribute to cost saving and more efficient conduct of proceedings: instead of dozens of boxes, parties may be required to submit a tablet or to upload everything on a cloud system.” MISTELIS, Loukas A., Efficiency. What Else? Efficiency as the Emerging Defining Value of International Arbitration: between Systems theories and party autonomy (April 15, 2019). QUEEN MARY SCHOOL OF LAW. **Legal Studies Research**. Paper n. 313/2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3372341>. Acesso em: 6 mai. 2021. p. 28. Interessante notar que neste sentido, a pandemia do covid-19 acabou por contribuir para o emprego cada vez maior de tecnologias, especialmente de comunicação, para as audiências virtuais, o que pode ser constatado pela modificação de diversos regulamentos de câmaras de mediação e arbitragem pelo mundo, inclusive, aqui no Brasil.

⁶⁹⁴ “The launch of the Prague Rules¹³² in December 2018 aims also at bringing about a higher degree of efficiency by adopting a more inquisitorial approach. Specifically, Article 2 refers to proactive tribunals, Article 7 to the concept of *jura novit curiae*¹³³ and Articles 11 and 12 to adverse inferences a tribunal may draw when a party refuses to co-operate and allocation of costs in accordance with efficiency and cooperation of disputing parties. Whether a inquisitorial approach is the solution to the lack of efficiency is ultimately a question of legal culture. It may well be argued that arbitration is culturally and by design consensual and hence more moderate adversarial processes allowing for party autonomy ought to be preferred over inquisitorial models. However, it is undisputed that the objectives of the Rules are positive and practice will confirm whether this soft law codification achieves its objectives.” MISTELIS, Loukas A., Efficiency. What Else? Efficiency as the Emerging Defining Value of International Arbitration: between Systems theories and party autonomy (April 15, 2019). QUEEN MARY SCHOOL OF LAW. **Legal Studies Research**. Paper n. 313/2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3372341>. Acesso em: 6 mai. 2021. p. 29.

⁶⁹⁵ “Arbitration users would be most willing to do without ‘unlimited length of written submissions’, ‘oral hearings on procedural issues’ and ‘document production’, if this would make their arbitrations cheaper or faster.” QUEEN MARY UNIVERSITY AND WHITE & CASE. **2021 International Arbitration Survey**: Adapting arbitration to a changing world. Disponível em: <https://www.whitecase.com/publications/insight/2021-international-arbitration-survey>. Acesso em: 10 set. 2021.

No contexto da tecnologia, a pandemia do novo coronavírus (COVID-19), acabou por acelerar a utilização de tecnologias de informação e comunicação na arbitragem doméstica e internacional, contribuindo para criação de diretrizes de soft law⁶⁹⁶ e alterações em regulamentos⁶⁹⁷ de instituições de arbitragem.

Aliás, diante das mudanças necessárias durante a pandemia do COVID-19, especialmente das audiências virtuais, os entrevistados da Pesquisa Queen Mary University & White Caso de 2021⁶⁹⁸, avaliaram seus benefícios e dificuldades. Dentre os benefícios estão a maior disponibilidade de datas para audiências, maior eficiência pelo uso da tecnologia, flexibilidade processual e logística e menor impacto ambiental, mas por outro lado, trouxe desafios como acomodação de fusos horários diferentes, a dificuldade de comunicação entre advogados e clientes durante a sessão de audiência, a preocupação em controlar e avaliar a credibilidade da testemunha, a falibilidade da tecnologia, a fadiga da tela e a preocupação com a confidencialidade e cibersegurança. Estima-se que no futuro haja uma mistura dos formatos virtuais e presenciais, guardando este último para audiências de produção de prova oral, deixando as processuais para as virtuais.

Não há dúvidas de que profundas transformações estão ocorrendo no campo da arbitragem, positivas como a maior utilização de meios tecnológicos para auxiliar no procedimento arbitral, mas negativas como as táticas de guerrilhas que visam obstruir o desenvolvimento da solução do conflito, criando óbices descabidos ou infundados. Ou seja, existem impactos significativos das táticas de guerrilha sobre a utilização, credibilidade e eficiência da arbitragem.

⁶⁹⁶ O CI Arb lançou um guia para auxiliar os principais ADRs no universo online. O Guia contempla desde as ferramentas tecnológicas disponíveis até as melhores práticas que devem ser seguidas pelos players. CI Arb. **Guidance note on remote dispute resolution proceedings**. Disponível em: <https://www.ciarb.org/media/8967/remote-hearings-guidance-note.pdf>. Acesso em: 17 maio 2021. A International Bar Association (IBA) também lançou um guia para auxiliar as partes no mundo online das audiências arbitrais. Diga-se, um guia interessante e que cria verdadeiras diretrizes que as instituições podem, inclusive, adotar pra criar uma uniformidade na utilização da tecnologia. Disponível em: IBA. **Technology Resources for Arbitration Practitioners**. <https://www.ibanet.org/technology-resources-for-arbitration-practitioners.aspx>. Acesso em: 17 maio 2021.

⁶⁹⁷ Vide: AUSTRALIAN CENTRE FOR INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION. **Arbitration Rules of the Australian Centre for International Commercial Arbitration**. 2021 edition. Disponível em https://acica.org.au/wp-content/uploads/2021/04/ACICA_Rules_2021-WFF3.pdf. Acesso em: 17 mai. 2021.

⁶⁹⁸ QUEEN MARY UNIVERSITY AND WHITE & CASE. **2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world**. Disponível em: <https://www.whitecase.com/publications/insight/2021-international-arbitration-survey>. Acesso em: 10 set. 2021.

Enquanto no século XX a arbitragem era vista como mais eficiente, menos custosa e formal, no século XXI é comum se referir a ela como “judicializada”, formal, custosa, demorada e sujeita a uma advocacia guerrilheira⁶⁹⁹.

Deste modo, “o mercado da arbitragem, a profissionalização e a institucionalização da prática não precisam desaparecer para que o *ethos* de confiança se restabeleça”⁷⁰⁰. O que se aponta como necessária é a “recalibração de finalidades a evitar engessamento do instituto às custas de sua própria *utilidade e vocação originais*, para empregar expressão de Oppetit.”⁷⁰¹

Em resumo, Maria da Graça Ferraz de Almeida Prado ensina que:

Para não ser vítima de seu próprio sucesso, perdendo espaço a outros meios ou iniciando sua rota rumo ao declínio, a arbitragem precisa ser, então, re-funcionalizada, voltando a servir a seus propósitos originais de pacificação de conflitos segundo predicados de *tempestividade, adequação e efetividade*.⁷⁰²

Portanto, o cuidado com a ética na arbitragem não é apenas uma retórica do politicamente correto, mas sim, a própria sobrevivência do instituto. Por esta razão, faz-se necessário analisar quais são os possíveis mecanismos de controle das condutas oportunistas e antiéticas no campo da arbitragem internacional para a confirmação dos seus incentivos econômicos, jurídicos e sociais.

⁶⁹⁹ “Arbitration was popularly touted as a more efficient, less costly, and more final method for resolving disputes; there was little or no discovery, motion practice, judicial review, or other trap.ings of litigation. By the beginning of the twenty-first century, however, it was common to speak of U.S. business arbitration in terms similar to civil litigation— “judicialized,” formal, costly, time-consuming, and subject to hardball advocacy.” STIPANOWICH, Thomas J. Arbitration: the “new litigation”. **University of Illinois Law Review**, Vol. 2010. N. 1, 2010. p. 1- 60. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1297526>. Acesso em: 21 abr. 2021. p. 8

⁷⁰⁰ PRADO, Maria da Graça Ferraz de Almeida. **Economia da arbitragem**: uma análise dos impactos sobre contratos e políticas de desenvolvimento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 357.

⁷⁰¹ PRADO, Maria da Graça Ferraz de Almeida. **Economia da arbitragem**: uma análise dos impactos sobre contratos e políticas de desenvolvimento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 357.

⁷⁰² PRADO, Maria da Graça Ferraz de Almeida. **Economia da arbitragem**: uma análise dos impactos sobre contratos e políticas de desenvolvimento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 355.

4 REGULAMENTAÇÃO DA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL: PREVENÇÃO E CONTROLE DAS TÁTICAS DE GUERRILHA

Diante de um cenário de crescimento da arbitragem e junto com ela, das táticas de guerrilha e dos seus custos de transação, há um grande movimento para uma maior regulamentação, especialmente ética⁷⁰³.

Catherine Rogers⁷⁰⁴ entende que a ausência de clareza sobre a regulamentação ética arbitral pode encorajar alguns a seguirem por caminhos desleais, o que a levou a defender padrões éticos mais claros, inclusive com um Código de Conduta Universal para a arbitragem internacional. A partir da sua constatação de que a ética na arbitragem internacional é “terra de ninguém”⁷⁰⁵, passou-se a discutir sobre a necessidade de uma regulamentação ética da arbitragem internacional a fim de preservar o próprio instituto diante das mudanças pelas quais vem passando⁷⁰⁶.

⁷⁰³ “Para atender a essas pressões, inúmeras vezes passaram a demandar mais regulação na arbitragem, seja em matéria de ética e conflitos de interesses dos vários atores, seja em matéria de condução do procedimento e provas.” ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. O papel da soft law processual no desenvolvimento da arbitragem. CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira e MARTINS, Pedro Batista (coord.) **20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. São Paulo: Atlas, 2017. p. 4. Neste sentido, “One may wonder whether such counsel misconduct is a consequence of increasing stakes in international arbitration or growing nonchalance with respect to (sometimes) even minimum standards of ethics. At the very least counsel caught in particularly egregious conduct should experience – in order to protect the integrity of the system of international arbitration – that such conduct triggers consequences.” WILSKE, Stephan. Sanctions against counsel in international arbitration – possible, desirable or conceptual confusion? **Contemporary Asia Arbitration Journal**, v. 8, n. 2, p. 141-184, nov. 2015. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2699476. Acesso em: 06 set. 2021. p. 144.

⁷⁰⁴ To the extent, the absence of clear ethics creates an anything-goes atmosphere, it may encourage attorneys to follow their worst, rather than their best, professional instincts. Conversely, a body of clearer ethical standards will help develop a collective understanding of what constitutes proper conduct and development and promotion of clearer shared notions of professional civility. ROGERS, Catherine. 'Chapter 5: Guerrilla Tactics and Ethical Regulation'. IN: HORVARTH, Günther J.; WILSKE, Stephan (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28, Kluwer Law International, 2013. p. 334-335.

⁷⁰⁵ “ethical no-man’s land”

⁷⁰⁶ ROGERS, Catherine A. Fit and Functional in Legal Ethics: Developing a Code of Conduct for International Arbitration. **Michigan Journal of International Law**. v. 23, n. 2, p. 341-423, 2002, Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol23/iss2/5>. Acesso em: 13 mai. 202, p. 341-342.

Edna Sussman e Solomon Ebere⁷⁰⁷ defendem que o dilema ético do advogado na arbitragem deve servir para refrear as táticas de guerrilha a fim de reduzir custos, torná-la mais célere e equitativa para as partes do processo, ajudando ainda a “preservar a arbitragem como um mecanismo de resolução de litígios que é respeitado e utilizado com entusiasmo”.

Stephan Wilske⁷⁰⁸ arremata que a ética enquanto controle dos guerrilheiros, especialmente os advogados, tornou-se uma das questões mais importantes da arbitragem comercial internacional e que sua discussão não se tornará obsoleta, devendo permanecer na lista de tarefas da comunidade arbitral.

Manuel Pereira Barrocas⁷⁰⁹ defende várias medidas para preservação da arbitragem, iniciando por leis arbitrais nacionais que autorizem ao árbitro valorar e sancionar a conduta das partes; estatutos disciplinadores que imponham normas éticas para os advogados assim como os regulamentos éticos das instituições arbitrais; remissão por acordo das partes às Guidelines da IBA; cooperação do judiciário estatal para que se atente às táticas de guerrilha arbitrais evitando contribuir para o comportamento desleal que visa anular o processo ou a sentença arbitral; a atenção dos árbitros para que informem desde a Ata de Missão que as atitudes guerrilheiras serão consideradas na análise da prova dos fatos e por último; ressalta a importância do dever de revelação dos árbitros e a manutenção de um comportamento ético, evitando relações de natureza social com as partes, seus representantes ou com os interesses em jogo.

⁷⁰⁷ SUSSMAN, Edna e EBERE, Solomon. All's fair in love and war – or is it? Reflections on ethical standards for counsel in international arbitration. **The American Review of International Arbitration**. v. 22, n. 4, 2011, p. 611-623. Disponível em <https://sussmanadr.com/docs/COounsel%20ethics%20Columbia%20ARIA%206-2012.pdf>. Acesso em: 19 out. 2017. p. 623.

⁷⁰⁸ WILSKE, Stephan. Sanctions against counsel in international arbitration – possible, desirable or conceptual confusion? **Contemporary Asia Arbitration Journal**, v. 8, n. 2, p. 141-184, nov. 2015. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2699476. Acesso em: 06 set. 2021. p. 171-172.

⁷⁰⁹ BARROCAS, Manuel Pereira. **Processo arbitral correto ou guerrilha arbitral? O mau exemplo de maus profissionais**. p. 1.085-1.094, dez. 2012. Disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7Bde1acbda-94cf-4653-a3b3-3bac4029ab52%7D.pdf>. Acesso em: 13 mai 2018. p. 1.093-1.094.

Deste modo, a ética⁷¹⁰ e a economia da arbitragem formam um caminho de mão dupla guiados pelo devido processo legal⁷¹¹. Acredita-se na necessidade de equilíbrio do tripé principiológico exposto no capítulo segundo desta tese (principiologia ética, contratual e jurisdicional) para que a arbitragem continue sendo um método adequado, justo, tempestivo e eficiente para solução dos conflitos comerciais internacionais.

Neste sentido, é preciso investigar o que existe de regulamentação da arbitragem comercial internacional e o quanto funcionam como mecanismos⁷¹² adequados e eficientes de prevenção e combate às táticas de guerrilha, considerando as diferenças culturais e jurídicas existentes.

A análise passará pela *hard law*⁷¹³, pela *soft law*⁷¹⁴ e pelos regulamentos das principais instituições arbitrais em nível global⁷¹⁵ e a principal

710 “[...] ethical canons are not an unnecessary add-on but a critical tool in safeguarding the reputation of arbitration.” KLÄSENER, Amy; LOFTI, Courtney. Party and Counsel Ethics in the Taking of Evidence. **Global Arbitration Review - The Guide to Evidence in International Arbitration**. 3 set. 2021. Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-evidence-in-international-arbitration/1st-edition/article/party-and-counsel-ethics-in-the-taking-of-evidence>. Acesso em: 06 set. 2021.

711 “[...] para além da relação tempo e custo, a eficiência da arbitragem também deve ser pensada sob a ótica do devido processo, isto é, no sentido de que precisa estar alinhada ao atendimento do padrão mínimo de devido processo, pois, eventual desrespeito, afetará negativamente a executoriedade da sentença arbitral. Portanto, a eficiência da arbitragem deve atender a relação tempo-custo e devido processo, sendo o ponto convergente dessas duas direções a necessidade de inibir as táticas guerrilheiras dilatórias.” SOUZA, Hellen Luana; COSTA, Patrícia Ayub. Devido processo legal na arbitragem comercial internacional: desafios ante táticas de guerrilha. In: Wagner Menezes (Org.). **Direito internacional em expansão: anais do XIX Congresso Brasileiro de Direito Internacional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, v. XIX, p. 226-242, 2020, p. 236.

712 Vide PFEIFFER, Robert, WILSKE, Stephan. 'Chapter 1, §1.03: The Emergence of the Guerrilla Tactics Phenomenon in International Arbitration'. IN: HORVARTH, Günther J.; WILSE, Stephan (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28, Kluwer Law International, 2013, p. 16 - 20.

713 São as normas de cunho obrigatório, vinculativo, como tratados internacionais e leis nacionais.

714 ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti, KULESZA, Gustavo Santos. The shining city on a hill: a lei modelo da UNCITRAL pode servir de inspiração ao Judiciário brasileiro? IN: **Lei modelo UNCITRAL sobre arbitragem comercial internacional: estudos e perspectivas**. GREBLER, Eduardo, LOPES, Christian Sahb Batista, POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 5, conceitua soft law como “conjunto de atos não obrigatórios como diretrizes, protocolos, guias, standards, práticas, códigos de conduta e recomendações, elaborados por órgãos não estatais como associações profissionais, câmaras de comércio, instituições arbitrais e organismos supranacionais, destinados a regular questões atinentes ao processo arbitral, se e na medida em que as partes e os árbitros queiram”.

715 Considerando as 5 instituições de arbitragem mais votadas na Pesquisa da Queen Mary University e White & Case de 2021. QUEEN MARY UNIVERSITY AND WHITE & CASE. **2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world**. Disponível em: <https://www.whitecase.com/publications/insight/2021-international-arbitration-survey>. Acesso em: 10 set. 2021.

instituição de arbitragem nacional⁷¹⁶. Considera-se que essa abordagem será suficiente para ao final compreender se os mecanismos são suficientes e adequados.

4.1 *HARD LAW* E SUAS MANIFESTAÇÕES NA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

Em razão da característica autonomia da vontade que rege a arbitragem comercial internacional, são poucas as regulamentações vindas da *hard law* sobre o assunto. Em que pese existirem tratados internacionais regulamentando a arbitragem internacional, nenhum deles trata direta e especificamente de questões éticas. Porém, é possível fazer inferência de que a boa-fé deve reger a arbitragem em diversos documentos vinculantes, tais como tratados e leis nacionais, como já abordado no ponto 2.3.3.

O processo de elaboração da *hard law* é mais lento e rígido que da *soft law* e tem caráter obrigatório e vinculativo, o que não é interessante para a arbitragem, especialmente porque é um campo social em constante transformação.

Enquanto o processo de criação e alteração da *hard law* é relativamente lento, o da *soft law* é bastante dinâmico e mais apto a acompanhar as necessidades atuais e em constante modificação da arbitragem. Além disso, enquanto a *hard law* é rígida e aplica-se uniformemente a todos os casos, a *soft law* é flexível e aplicável apenas nas situações e na forma em que for útil para o caso concreto. Ainda, a *soft law* costuma ser mais técnica, resultado do trabalho de *experts* internacionais diretamente envolvidos com a realidade da arbitragem, enquanto a *hard law* recebe o influxo da atuação de profissionais menos versados na matéria (legisladores e diplomatas), atentos a interesses estatais e movidos por objetivos políticos. No entanto, a principal razão da preferência pela *soft law* talvez seja outra: os usuários da arbitragem querem evitar a criação de regras vinculantes, cujo cumprimento possa ser questionado perante órgãos judiciais.⁷¹⁷

⁷¹⁶ Considerando a pesquisa da Profa. Selma Lemes. LEMES, Selma. **Arbitragem em Números e Valores**. 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/1/8d798318f697fe_analise-pesquisa-arbitragensns.pdf. Acesso em: 10 ago. 2021.

⁷¹⁷ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti, KULESZA, Gustavo Santos. The shining city on a hill: a lei modelo da UNCITRAL pode servir de inspiração ao Judiciário brasileiro? In **Lei modelo UNCITRAL sobre arbitragem comercial internacional**: estudos e perspectivas. GREBLER, Eduardo, LOPES, Christian Sahb Batista, POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 60-81. p. 6.

De qualquer modo, cumpre verificar o que existe e seria aplicável de *hard law* à arbitragem internacional que possa contribuir para a prevenção e combate das táticas de guerrilha.

O exemplo de maior sucesso de *hard law* é a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, denominada “Convenção de Nova Iorque de 1958”⁷¹⁸, que conta atualmente com 168 Estados signatários⁷¹⁹.

Note-se que a Convenção de Nova Iorque de 1958 impõe obrigações aos Estados signatários a fim de que eles cumpram o disposto no seu texto e com isso harmonizem o entendimento acerca do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras, possibilitando efetividade e eficácia às sentenças arbitrais.

Art. 3. Cada Estado signatário reconhecerá as sentenças como obrigatórias e as executará em conformidade com as regras de procedimento do território no qual a sentença é invocada, de acordo com as condições estabelecidas nos artigos que se seguem. Para fins de reconhecimento ou de execução das sentenças arbitrais às quais a presente Convenção se aplica, não serão impostas condições substancialmente mais onerosas ou taxas ou cobranças mais altas do que as impostas para o reconhecimento ou a execução de sentenças arbitrais domésticas.

Corroborando que são limitadas as possibilidades de não reconhecimento de uma sentença arbitral estrangeira, a Convenção estabelece estas hipóteses no art. 5.1, determinando que se faça prova no sentido de que as partes não eram capazes ou a convenção não era válida (art. 5.1.a); a parte não foi devidamente notificada da designação do árbitro ou do processo arbitral, ou ainda que lhe foi impossível apresentar seus argumentos (art. 5.1.b); a sentença ultrapassa os termos da convenção de arbitragem (art. 5.1.c); a composição do tribunal arbitral não ocorreu conforme o acordado ou com a lei aplicável (art. 5.1.d); a sentença não se tornou obrigatória, foi anulada ou suspensa (art. 5.1.e).

⁷¹⁸ BRASIL. **Decreto n. 4.311/2002 que promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, firmada em Nova Iorque, em 1958.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm. Acesso em: 09 jul. 2019.

⁷¹⁹ NEW YORK ARBITRATION CONVENTION. **Contracting States - List of Contracting States.** Disponível em: <https://www.newyorkconvention.org/list+of+contracting+states>. Acesso em: 10 set. 2021.

No art. 5.2 a Convenção estabelece que uma sentença arbitral poderá ser recusada pela autoridade competente do país se constatar que segundo a sua lei, aquele objeto não era arbitrável (art. 5.2.a) ou que fere a ordem pública (art. 5.2.b).

De qualquer modo, a importância da Convenção de Nova Iorque é justamente assegurar que um Estado signatário não crie barreiras maiores para as sentenças estrangeiras que as previstas no seu ordenamento interno para execução das sentenças arbitrais domésticas e estipular critérios mais objetivos de recusa ao reconhecimento e execução da sentença arbitral estrangeira, o que dá mais segurança ao instituto da arbitragem internacional.

Deste modo, a Convenção de Nova Iorque não dispõe explicitamente⁷²⁰ sobre aspectos éticos, mas impõe padrões objetivos do que pode ser alegado para recusar o cumprimento de uma sentença arbitral, o que por via indireta, previne e combate a utilização de táticas de guerrilha protelatórias na fase pós-arbitral.

No âmbito regional americano, tem-se a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional firmada no Panamá em 1975⁷²¹, bem como a Convenção Interamericana sobre Eficácia Extraterritorial das Sentenças e Laudos Arbitrais Estrangeiros, firmada em Montevideu em 1979⁷²². Na Europa, a Convenção Europeia sobre Arbitragem Comercial Internacional (Convenção de Genebra de 1961)⁷²³ visa reger a arbitragem comercial entre pessoas naturais ou jurídicas dos Estados europeus, com o intuito de desenvolver o comércio entre eles.

Todas estas convenções internacionais se apoiam a obrigatoriedade dos Estados-partes de não rejeitarem as sentenças arbitrais discricionariamente,

⁷²⁰ PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. As Diretrizes do International Bar Association sobre Conflitos de Interesses na Arbitragem Internacional. **RBAr**. N. 16, p. 7-40, Out-Dez/2007. p. 26.

⁷²¹ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Departamento de Assuntos Jurídicos Internacionais**. Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional firmada no Panamá em 1975. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-35.htm>. Acesso em: 20 set. 2021.

⁷²² ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Departamento de Assuntos Jurídicos Internacionais**. Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional firmada no Panamá em 1975. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-35.htm>. Acesso em: 20 set. 2021.

⁷²³ EUROPEAN Convention on International Commercial Arbitration of 1961 done at Geneva, April 21, 1961. Disponível em <http://www.sloarbitration.eu/Portals/0/Arbitrazno-pravo/Evropska-konvencija-o-mednarodni-trgovinski-arbitrazi-iz-leta-1961.pdf>. Acesso em: 13 set. 2021.

regulamentando os parâmetros necessários para o seu reconhecimento e eficácia, o que previne táticas de guerrilhas que intencionem impugnar sentenças arbitrais estrangeiras com intuito meramente protelatório.

No campo da arbitragem internacional de investimentos, tem-se a Convenção sobre a Resolução de Disputas de Investimento entre Estados e nacionais de outros Estados, denominada Convenção de Washington de 1965⁷²⁴. A Convenção de Washington criou o Centro Internacional para Resolução de Disputas de Investimento⁷²⁵ (ICSID), prezando pela conciliação e arbitragem como métodos eficientes de solução dos conflitos e pela boa-fé para reger as relações, interpretação e conduta das partes (art. 34).

A Convenção de Washington traz diversas regras sobre nacionalidade dos árbitros (art. 39), competência (art. 41), poderes do tribunal arbitral (art. 43), medidas provisórias (art. 47), critérios para pedidos de anulação da sentença e o procedimento para apuração (art. 52), bem como determina que o Estado contratante reconheça e execute a sentença arbitral como se fosse uma sentença final do próprio Estado (art. 54), medidas que auxiliam a limitar as possibilidades de táticas de guerrilha.

Interessante anotar que, preocupados com as questões éticas da arbitragem de investimentos, o ICSID e a UNCITRAL, elaboraram um Projeto⁷²⁶ de Código de Conduta para Julgadores (árbitros e juízes) de Disputas sobre

⁷²⁴ INTERNATIONAL Centre for Settlement of Investment Disputes. Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. **ICSID Convention, Regulations and Rules.** Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20English.pdf>. Acesso em: 18 set. 2021. Importante anotar que a Convenção já foi ratificada por 155 Estados e que o Brasil não faz parte do referido tratado até o momento. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **Overview.** Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/resources/rules-and-regulations/convention/overview>. Acesso em: 18 set. 2021.

⁷²⁵ A ICSID é uma instituição internacional, ligada ao grupo do Banco Mundial que visa ofertar a estrutura necessária para a solução de disputas sobre investimentos internacionais, sendo a arbitragem um destes métodos, inclusive com Regras próprias. International Centre for Settlement of Investment Disputes. **Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (Arbitration Rules).** Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/ICSID%20Convention%20English.pdf>. Acesso em: 18 set. 2021.

⁷²⁶ INTERNATIONAL Centre for Settlement of Investment Disputes. **ICSID and UNCITRAL Release Version Two of the Draft Code of Conduct for Adjudicators in International Investment Disputes.** 19 abr. 2021. Disponível em: <https://icsid.worldbank.org/news-and-events/icsid-and-uncitral-release-version-two-draft-code-conduct-adjudicators>. Acesso em: 18 set. 2021.

Investimentos Internacionais⁷²⁷ que está em discussão. O projeto de Código de Conduta⁷²⁸ fornece princípios essenciais para uma regular condução do procedimento arbitral, como independência e imparcialidade dos árbitros, dever de conduzir o procedimento com diligência, dedicação de tempo, integridade, justiça, competência, eficiência, civilidade e confidencialidade, além do dever de revelação.

Assim, diante do exposto, é possível concluir que não há um tratado específico sobre aspectos éticos da arbitragem ou modo de conduta dos atores arbitrais ou previsão de sanção para condutas impróprias, mas os tratados sobre reconhecimento de sentença arbitral estrangeira fornecem parâmetros para atuação procedimental, o que auxilia tanto o tribunal arbitral que deve se pautar nestes parâmetros para prolatar uma sentença que seja executável, quanto o tribunal estatal para reconhecer a eficácia da sentença arbitral conforme estabelecido previamente em tratados internacionais. Este ambiente de previsibilidade previne a atuação de advogados e partes guerrilheiras na fase pós-arbitral.

4.2 *SOFT LAW* ENQUANTO INSTRUMENTO DE HARMONIZAÇÃO DA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

Soft law é considerada uma expressão nebulosa⁷²⁹, concebida originalmente no direito internacional público, representada por normas e

⁷²⁷ “Several justifications have been advanced in support of this initiative, namely the different role and impact of adjudicators in ISDS, questions of democratic accountability, and an aversion to pro-investor or pro-state bias”. PEREIRA, Laura, DESAI, Zara. **A binding code of conduct for adjudicators in investor-state disputes: a step forward?** 26 mai. 2020. Disponível em: <http://arbitrationblog.practicallaw.com/a-binding-code-of-conduct-for-adjudicators-in-investor-state-disputes-a-step-forward/>. Acesso em: 18 set. 2021.

⁷²⁸ INTERNATIONAL Centre for Settlement of Investment Disputes. **Draft Code of Conduct for Adjudicators in International Investment Disputes**. 19 abr. 2021. Disponível em: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/draft_code_of_conduct_v2_en_final.pdf. Acesso em: 18 set. 2021.

⁷²⁹ “Não existe consenso sobre a exata definição de soft law. Esse conceito abrange um amplo leque de instrumentos regulatórios dotados de força normativa limitada: em princípio, não são vinculantes, não criam obrigações jurídicas, mas ainda assim podem produzir certos efeitos concretos sobre seus destinatários, a depender de seu grau de aceitação.” ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti, KULESZA, Gustavo Santos. *The shining city on a hill: a lei modelo da UNCITRAL pode servir de inspiração ao Judiciário brasileiro?* IN: **Lei modelo UNCITRAL sobre arbitragem comercial internacional: estudos e perspectivas**. GREBLER, Eduardo, LOPES, Christian Sahb Batista, POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 62.

princípios que são adotados, mas que permanecem não obrigatórios. Seu *status* não-vinculativo facilita a aceitação progressiva ao longo do tempo, podendo transformar-se em *hard law*, mediante incorporação em um texto de lei ou por costume⁷³⁰.

Ugo Draetta⁷³¹ defende que uma norma de *soft law*, como um código de boa conduta, mesmo não sendo obrigatório, não é desprovido de alcance jurídico, pois representa a convicção partilhada por uma determinada comunidade que pode convencionar expressamente por sua aplicação, integralizando por completo seu caráter jurídico⁷³². Assim, os objetivos normativos de uma *soft law* são “desenhados de modo pragmático, economicamente orientados e confinados a uma comunidade epistêmica de atores bem delimitados”⁷³³.

Em que pese o instrumento mais óbvio para a demanda regulatória fosse a norma jurídica vinculante (*hard law*), ela não é a preferida e nem a mais adequada à arbitragem⁷³⁴. Cada procedimento arbitral dependerá da natureza

⁷³⁰ HODGES, Paula. Equality of Arms in International Arbitration: Who Is the Best Arbiter of Fairness in the Conduct of Proceedings? in Andrea Menaker (ed), **International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity**, ICCA Congress Series, Volume 19, ICCA & Kluwer Law International 2017) p. 599 – 633, p. 618. No mesmo sentido, POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. 30 anos da Lei Modelo da UNCITRAL sobre arbitragem comercial internacional e as transformações dos sistemas jurídicos domésticos. IN: **Lei modelo UNCITRAL sobre arbitragem comercial internacional: estudos e perspectivas**. GREBLER, Eduardo, LOPES, Christian Sahb Batista, POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. (orgs.) Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 9.

⁷³¹ DRAETTA, Ugo. **La otra cara del arbitraje internacional**. María Cecilia Brusa (trad.). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012. p. 214.

⁷³² DRAETTA, op. cit. p. 215. O autor complementa em outro texto “It is this corpus of constantly evolving transnational procedural rules applicable to arbitration which one may, in an empirical and non-dogmatic sense, call *lex mercatoria processualis*. It is a corpus of delocalized and a-national rules because they are the spontaneous product of the international arbitration community and do not relate to any particular State legal system.” DRAETTA, Ugo. The transnational procedural rules for arbitration and the risks of overregulation and bureaucratization. **ASA Bulletin**. v. 33, n. 2, 2015. p. 327-342.

Disponível em: http://www.arbitrationcertificate.com/wp-content/uploads/2015/07/2014_Annual-Lecture.pdf. Acesso em: 04 set. 2021.

⁷³³ POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. 30 anos da Lei Modelo da UNCITRAL sobre arbitragem comercial internacional e as transformações dos sistemas jurídicos domésticos. In **Lei modelo UNCITRAL sobre arbitragem comercial internacional: estudos e perspectivas**. GREBLER, Eduardo, LOPES, Christian Sahb Batista, POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 8.

⁷³⁴ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti, KULESZA, Gustavo Santos. The shining city on a hill: a lei modelo da UNCITRAL pode servir de inspiração ao Judiciário brasileiro? In **Lei modelo UNCITRAL sobre arbitragem comercial internacional: estudos e perspectivas**. GREBLER, Eduardo, LOPES, Christian Sahb Batista, POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 60-81. p. 5.

da disputa, da lei aplicável, das regras institucionais adotadas, da composição do tribunal, das expectativas das partes e seus advogados, o que garante a autonomia da vontade e a flexibilidade procedimental, mas por outro lado, também gera insegurança pela inexistência de um sistema codificado. Estas incertezas apresentam riscos de batalhas processuais, aumento de custos e até mesmo injustiças⁷³⁵. E é aí que se destacam as normas de *soft law*.

As diretrizes ou códigos de conduta apresentam vantagens sobre a *hard law* porque são elaboradas e consentidas pelos usuários do sistema, pessoas especializadas e de diferentes culturas jurídicas, o que potencializa sua recepção e seu valor persuasivo. Outro ponto a se considerar é que estabelecem princípios gerais altamente aceitáveis, oferecendo previsibilidade e segurança jurídica para a condução do procedimento de arbitragem, ajudando na gestão processual pelos árbitros, o que garante legitimidade do processo arbitral e auto-regulamentação⁷³⁶.

Deste modo, uma regulamentação internacional por *soft law* possibilita um controle interno da arbitragem, sem interferência da jurisdição estatal, ao mesmo tempo que incentiva adoção de regramentos éticos, assegurando transparência, previsibilidade⁷³⁷ e estabilidade ao sistema, a fim de evitar uma crise de confiança⁷³⁸, extremamente prejudicial ao próprio instituto da arbitragem.

⁷³⁵ HODGES, Paula. Equality of Arms in International Arbitration: Who Is the Best Arbiter of Fairness in the Conduct of Proceedings?' in Andrea Menaker (ed), **International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity**, ICCA Congress Series, Volume 19, ICCA & Kluwer Law International, 2017, p. 599 – 633, p. 600.

⁷³⁶ FLORESCU, Cristina Ioana. Emerging tools to attract and increase the use of international arbitration. **Juridical Tribune**. v. 10, n. 2, jun. 2020. p. 256-278, p. 263-264.

⁷³⁷ "So it is not at all surprising that litigants expect ordered arbitral proceedings. Few business managers want a lottery of inconsistent results. When cases are won or lost, rather than negotiated away, procedural rights inevitably become an object of concern. By providing sign posts to these rights, procedural soft law enhances the prospect that similar cases will be treated in similar ways." PARK, William W. The procedural Soft Law of International Arbitration: non-governmental instruments. In **Pervasive Problems in International Arbitration**. MISTELIS, Loukas A; LEW, Julian D M. (ed.), p. 141-154, 2006. Disponível em <http://www.williamwpark.com/documents/Soft%20Law.pdf>. Acesso em: 02 set. 2021. p. 147.

⁷³⁸ COELHO, Eleonora. As táticas de guerrilha e a ética na arbitragem internacional. **Revista Brasileira da Advocacia**, vol. 5, ano 2. p. 35-55. São Paulo: RT, abr-jun. 2017. p. 42-43. No mesmo sentido, HODGES, Paula. Equality of Arms in International Arbitration: Who Is the Best Arbiter of Fairness in the Conduct of Proceedings?' in Andrea Menaker (ed), **International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity**, ICCA Congress Series, Volume 19, ICCA & Kluwer Law International, 2017, p. 599 – 633, p. 601.

Importante lembrar que as *guidelines* tem sido muito úteis para orientar os “tribunais nacionais na elaboração de decisões judiciais sobre arbitragem internacional”⁷³⁹, funcionando como “verdadeira *fonte de inspiração* ao julgador”⁷⁴⁰. Assim, a *soft law* incentiva a paridade de armas, na medida em que gera um senso de tratamento igualitário diante de regras pré-determinadas e de tratamento similar para casos semelhantes⁷⁴¹.

Para Diego Arroyo⁷⁴², a *soft law* otimiza o procedimento de arbitragem de forma previsível e justa, ficando a critério das partes escolherem o conjunto de regras elaboradas por uma instituição. E ele lembra que depois de aceita pelas partes e pelo tribunal, tais regras se tornam *hard law*, pois passam a vinculá-las. Porém, ainda assim não são engessadas, pois são padrões de conduta que podem ser complementadas por outra *soft law* e que ficam à disposição para serem usadas ou não, mantendo a flexibilidade e a liberdade típicas da arbitragem.

Como contraponto⁷⁴³, qualquer regulamentação é um limitador da flexibilidade e da autonomia da vontade, além de se correr o risco de uma super

⁷³⁹ PARK, William. The procedural Soft Law of International Arbitration: non-governmental instruments. In **Pervasive Problems in International Arbitration**. MISTELIS, Loukas A; LEW, Julian D M. (ed.), p. 141-154, 2006. Disponível em <http://www.williamwpark.com/documents/Soft%20Law.pdf>. Acesso em: 02 set. 2021. p. 418. Instrumentos de soft law “servem de base interpretativa para os tribunais judiciais e arbitrais, sobretudo quando inexistem normas legisladas específicas sobre determinado tema (ou o “direito aplicável”, desempenhando uma função de integração de lacunas (“gap fillers”). A partir delas, legisladores e tribunais recorrem a sentidos normativos para estabelecer determinado regime legal, disciplina jurídica ou mesmo a solução de litígios”. POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. 30 anos da Lei Modelo da UNCITRAL sobre arbitragem comercial internacional e as transformações dos sistemas jurídicos domésticos. In **Lei modelo UNCITRAL sobre arbitragem comercial internacional: estudos e perspectivas**. GREBLER, Eduardo, LOPES, Christian Sahb Batista, POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 11.

⁷⁴⁰ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti, KULESZA, Gustavo Santos. The shining city on a hill: a lei modelo da UNCITRAL pode servir de inspiração ao Judiciário brasileiro? In **Lei modelo UNCITRAL sobre arbitragem comercial internacional: estudos e perspectivas**. GREBLER, Eduardo, LOPES, Christian Sahb Batista, POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 67.

⁷⁴¹ PARK, William W. The procedural Soft Law of International Arbitration: non-governmental instruments. In **Pervasive Problems in International Arbitration**. MISTELIS, Loukas A; LEW, Julian D M. (ed.), p. 141-154, 2006. Disponível em <http://www.williamwpark.com/documents/Soft%20Law.pdf>. Acesso em: 02 set. 2021. p. 146.

⁷⁴² ARROYO, Diego P. Fernández. Soft law and arbitral procedure: a conditioned but inescapable couple. **European International Arbitration Review**. Vol. 7, n. 2, p. 71-86, 2018. Disponível em http://diegofernandezarroyo.net/wp-content/uploads/2019/10/DPFA-07-arroyo_soft_law_for_eiar_v7_n2.pdf. Acesso em: 01 set. 2021. p. 75-76.

⁷⁴³ “Tentar harmonizar comportamentos pode, em certa medida, produzir efeito inverso ao desejado pelos idealizadores destas diretrizes. Temo que se multipliquem e ampliem de tal modo estas iniciativas de regulamentação que em pouco tempo teremos tentativas de impor modelos

regulamentação (*overregulation*), aumento do formalismo e processualização da arbitragem⁷⁴⁴, o que pode aproximá-la da jurisdição estatal e com isso minimizar seus incentivos econômicos. Por isso, existe um alerta de *overregulation* e de parcimônia na elaboração destas normas⁷⁴⁵, o que recomenda seu uso com moderação.

Há um consenso de que as *guidelines* não são perfeitas⁷⁴⁶, mas trazem parâmetros para equilibrar o jogo, possibilitando aos atores arbitrais, experientes ou não, *standards* de conduta e de regras de procedimento, essenciais para o bom cumprimento do objetivo último da arbitragem, que é a efetiva, célere e eficiente pacificação do conflito.

E assim, uma maneira eficaz do advogado frustrar, ou ao menos, mitigar as táticas de guerrilha seria elaborar com mais cuidado a convenção arbitral já prevendo um código de conduta ou, ao menos, solicitando ao tribunal arbitral,

de petições, estruturas de sentenças e fórmulas de apresentação de depoimentos escritos. Nada disso engrandece a arbitragem, e faz prever que sejam cortadas rentes as asas da imaginação, que tem feito evoluir este meio adequado de solução de controvérsias. Se isso acontecer, será melhor abandonar a arbitragem e inventar outro meio de solução de litígios.” CARMONA, Carlos Alberto. Breves considerações críticas acerca das diretrizes da International Bar Association sobre a representação de parte na arbitragem internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 40, jan. 2014. RT online. “Unfortunately, experience shows that quantity impacts quality: The more expert groups, task forces and drafting committees jostle for members and attention, the lower the active participation of experienced practitioners tends to be – the result often being non-representative and/or poorly drafted documents that receive insufficient reviews by the larger community.” DASSER, Felix. 'Equality of Arms in International Arbitration: Do Rules and Guidelines Level the Playing Field and Properly Regulate Conduct? – Can They? Will They? Should They? The Example of the IBA Guidelines on Party Representation', in Andrea Menaker (ed), **International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity**, ICCA Congress Series, Volume 19, ICCA & Kluwer Law International 2017) p. 634 – 672, p. 640-641. DRAETTA, Ugo. The transnational procedural rules for arbitration and the risks of overregulation and bureaucratization. **ASA Bulletin**. v. 33, n. 2, 2015. p. 327-342. Disponível em: http://www.arbitrationcertificate.com/wp-content/uploads/2015/07/2014_Annual-Lecture.pdf. Acesso em: 04 set. 2021.

⁷⁴⁴ FLORESCU, Cristina Ioana. Emerging tools to attract and increase the use of international arbitration. **Juridical Tribune**. v. 10, n. 2, jun. 2020. p. 256-278, p. 264.

⁷⁴⁵ DASSER, Felix. 'Equality of Arms in International Arbitration: Do Rules and Guidelines Level the Playing Field and Properly Regulate Conduct? – Can They? Will They? Should They? The Example of the IBA Guidelines on Party Representation', in Andrea Menaker (ed), **International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity**, ICCA Congress Series, Volume 19; ICCA & Kluwer Law International 2017) p. 634 – 672, p. 640-641.

⁷⁴⁶ “The various rules and guidelines considered are not perfect, but they provide a useful benchmark to stakeholders in arbitration proceedings as to what is expected. Ultimately, what these rules and guidelines require, in order to level the playing field, is a competent tribunal able to interpret the rules fairly and consistently. They are reference points in the hands of counsel, whether experienced or new to the market, and a tool in the hands of arbitrators and institutions.” HODGES, Paula. Equality of Arms in International Arbitration: Who Is the Best Arbiter of Fairness in the Conduct of Proceedings?’ in Andrea Menaker (ed), **International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity**, ICCA Congress Series, Volume 19 ; ICCA & Kluwer Law International, 2017, p. 599 – 633, p. 628.

logo na primeira oportunidade, que implemente um código de conduta do que é aceitável ou não e quais serão as consequências pelo não cumprimento de tal código de ética auto-imposto⁷⁴⁷. Esse código pode ser específico do setor relacionado ao conflito, de instituições internacionais, associações de advogados, de códigos de ética nacionais ou daqueles advindos de instituições de arbitragem⁷⁴⁸.

Diante da diversidade cultural e jurídica que permeia a arbitragem, “a obtenção de soluções coerentes e aplicáveis à realidade da prática arbitral é tarefa árdua”⁷⁴⁹. A *soft law* minimiza as diferenças culturais e por meio de “*standards* verdadeiramente transculturais (*cross-cultural*)”, proporcionando, em vez de um modelo uniforme, um “cardápio” de soluções postas à escolha de árbitros e partes em cada caso, considerando a necessidade e peculiaridade⁷⁵⁰.

A fim de compreender esse “cardápio” de soluções, faz-se necessário estudar a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional, as Diretrizes da Associação Internacional de Advogados (IBA) e as Regras de Praga.

4.2.1 Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional

A Lei Modelo da UNCITRAL⁷⁵¹ sobre Arbitragem Comercial Internacional, de 1985, alterada em 2006, é um típico exemplo de *soft law* que deu certo, pois

⁷⁴⁷ HORVATH, Günther J., WILSKE, Stephan, et al. 'Chapter 2, §2.01: Countering Guerrilla Tactics at the Outset, Throughout and at the Conclusion of the Arbitral Proceedings'. IN: HORVATH, Günther J., WILSKE, Stephan (eds), **Guerrilla Tactics in International Arbitration**, International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 33 – 54, p. 36.

⁷⁴⁸ HORVATH, Günther J., WILSKE, Stephan, et al. 'Chapter 2, §2.01: Countering Guerrilla Tactics at the Outset, Throughout and at the Conclusion of the Arbitral Proceedings'. IN: HORVATH, Günther J., WILSKE, Stephan (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 33 – 54, p. 36-37.

⁷⁴⁹ COELHO, Eleonora. As táticas de guerrilha e a ética na arbitragem internacional. **Revista Brasileira da Advocacia**, vol. 5, ano 2. p. 35-55. São Paulo: RT, abr-jun. 2017. p. 43.

⁷⁵⁰ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti, KULESZA, Gustavo Santos. The shining city on a hill: a lei modelo da UNCITRAL pode servir de inspiração ao Judiciário brasileiro? In **Lei modelo UNCITRAL sobre arbitragem comercial internacional: estudos e perspectivas**. GREBLER, Eduardo, LOPES, Christian Sahb Batista, POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 11.

⁷⁵¹ Em inglês: United Nations Commission on International Trade Law.

embora não seja vinculativa, é adotada por 85 Estados⁷⁵² para regulamentar a arbitragem nacional e internacional⁷⁵³.

A UNCITRAL é a Comissão das Nações Unidas sobre o Direito Comercial Internacional (UNCITRAL), criada em 1966 pela Assembleia-Geral das Nações Unidas com a finalidade de promover a progressiva harmonização e a unificação do direito comercial internacional⁷⁵⁴. Para Guido F. S. Soares⁷⁵⁵, a UNCITRAL tem um papel de extrema relevância para elaboração de *jus gentium mercatorum*, ou seja, de regular o comércio internacional, que tende a ser uniformizado, não por força de tratados internacionais, mas por sua vocação de ultrapassar fronteiras.

A Assembleia Geral das Nações Unidas em 1985, quando da adoção da Lei Modelo, enfatizou o valor da arbitragem como um método de resolução de litígios advindos das relações comerciais internacionais; justificou que a lei modelo contribui para o desenvolvimento de relações econômicas internacionais harmoniosas e por fim, recomendou que os Estados deem a devida importância à Lei Modelo, considerando a conveniência de uniformidade da lei de procedimentos arbitrais e as necessidades específicas da prática de arbitragem comercial internacional⁷⁵⁶.

⁷⁵² UNCITRAL. **Model Law on International Commercial Arbitration**. Disponível em: https://uncitral.un.org/es/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status. Acesso em: 14 set. 2021.

⁷⁵³ “A escolha de elaborar uma lei modelo, em vez de uma convenção facilitou sua adoção. O processo de incorporação é mais simples, pode ser parcial e permite que os Estados façam alterações para que o texto seja compatível com sua legislação.” CAVALIERI, Joan. Lei Modelo Uncitral – relevância história e conceitual. In **Lei modelo UNCITRAL sobre arbitragem comercial internacional: estudos e perspectivas**. GREBLER, Eduardo, LOPES, Christian Sahb Batista, POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 39.

⁷⁵⁴ Vide Art. 8º da Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas, [XXI] de 17/12/1966. “A UNCITRAL é um órgão legislativo, criada com o objetivo de modernizar e reduzir disparidades existentes entre as legislações nacionais aplicáveis ao comércio internacional. Seus diferentes grupos de trabalho elaboram convenções, leis-modelos, guias e recomendações práticas, e auxiliam reformas de projetos de lei.” CAVALIERI, Joan. Lei Modelo Uncitral – relevância história e conceitual. In **Lei modelo UNCITRAL sobre arbitragem comercial internacional: estudos e perspectivas**. GREBLER, Eduardo, LOPES, Christian Sahb Batista, POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 32.

⁷⁵⁵ SOARES, Guido Fernando Silva. Arbitragem comercial internacional e o projeto da UNCITRAL (lei-modelo). **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, [S. l.], v. 82, p. 28-88, 1987. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67092>. Acesso em: 14 set. 2021. p. 30

⁷⁵⁶ UNCITRAL. **Model Law on International Commercial Arbitration**. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf. Acesso em: 14 set. 2021.

A UNCITRAL tem papel fundamental na arbitragem comercial internacional, atuando tanto na elaboração de normas de *hard law* (Convenção de Nova Iorque de 1958) quanto de *soft law* (Lei Modelo de Arbitragem Comercial Internacional e Regulamento de Arbitragem)⁷⁵⁷. Nesse sentido, em um mundo interdependente economicamente, relações saudáveis são importantes para a paz global, o que justifica que as Nações Unidas estejam a frente do desenvolvimento de uma lei modelo sobre arbitragem comercial internacional⁷⁵⁸.

O objetivo da Lei Modelo é unificar⁷⁵⁹ a aplicação e o entendimento sobre arbitragem comercial internacional e com isso reduzir os custos do comércio internacional. A questão é se a Lei Modelo alcançou seu objetivo.

Como bem ensina Denian Lewis⁷⁶⁰, enquanto lei modelo e não tratado, ela nunca alcançará uniformidade textual absoluta, mas o “teste para uniformidade não é, portanto, se a uniformidade absoluta foi alcançada, mas se um grau aceitável de uniformidade foi” e neste teste a Lei Modelo passou⁷⁶¹.

⁷⁵⁷ “Recognizing the value of arbitration and its importance in the context of international trade law, UNCITRAL has undertaken a number of significant projects in the field of commercial dispute resolution. In 1976 it completed the UNCITRAL Arbitration Rules, which have been widely accepted and extensively used throughout the world. Four years later came the UNCITRAL Conciliation Rules, which not only establish flexible modern procedures to assist parties in settling disagreements but also integrate those procedures with a potential arbitration of the dispute if the conciliation fails to resolve the problem. UNCITRAL has also undertaken successful activities to promote the recognition and enforcement of arbitration awards in international cases. Thus, its resolutions and educational programs calling attention to the importance of the New York Convention have been influential factors in achieving adherence to the Convention by more than seventy States, while its searching studies of the application and interpretation of the Convention have helped to increase its effectiveness. UNCITRAL's work in developing the Model Law was thus a logical step forward in an area in which it had already made substantial contributions.” HOLTZMANN, Howard M., NEUHAUS, Joseph. **A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary**. Kluwer Law International, 1989, p. 5.

⁷⁵⁸ HOLTZMANN, Howard M., NEUHAUS, Joseph. **A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary**. Kluwer Law International, 1989, p. 4.

⁷⁵⁹ “The method of achievement of the similarity is the textual uniformity of the transnational instrument or norm governing relationships and the applied uniformity of the norm.” LEWIS, Dean. **The Interpretation and Uniformity of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Australia, Hong Kong and Singapore**. Kluwer Law International, 2016. p. 187. “The object of such a model law or code is to indirectly harmonize the law in a particular area by providing a standard text which can be adopted or modified by individual countries as part of their domestic law.” EISELEN, Sieg. The Adoption of UNCITRAL Instruments to Fast Track Regional Integration of Commercial Law. **RBA** n. 46, abr./jun. 2015. p. 87.

⁷⁶⁰ LEWIS, Dean. **The Interpretation and Uniformity of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Australia, Hong Kong and Singapore**. Kluwer Law International. 2016. p. 188.

⁷⁶¹ “Trinta anos após sua adoção, pode-se afirmar com tranquilidade que a Lei Modelo representa um exemplo bem-sucedido de instrumento de soft law criado para auxiliar os Estados

Na revisão da Lei Modelo em 2006, foi incorporado o art. 2-A equivalendo à preocupação do art. 7º da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos para a Compra e Venda Internacional de Mercadorias - CISG no que tange à promoção da uniformidade, internacionalidade e respeito à boa-fé nas relações comerciais internacionais⁷⁶².

Em relação às táticas de guerrilha, a Lei Modelo não faz menção a elas explicitamente, mas auxilia na sua prevenção e combate na medida em que estabelece regras procedimentais aplicáveis de forma harmonizada, tais como, recepção de comunicações escritas (art. 3), renúncia ao direito de impugnar (art. 4), alcance da intervenção de tribunais estatais (art. 5), definição e requisitos da convenção arbitral (arts. 7 e 8), regras para nomeação, recusa e substituição de árbitros (arts. 11 a 15), sendo dever do árbitro revelar “todas as circunstâncias que possam suscitar dúvidas fundamentadas sobre sua imparcialidade ou independência” (art. 12.1) e determinando que “um árbitro só pode ser rejeitado se existirem circunstâncias que possam suscitar dúvidas fundamentadas sobre sua imparcialidade ou independência ou se não possuir as qualificações que as partes acordaram” (art. 12.2).

A Lei Modelo também reconhece a autonomia da cláusula compromissória e competência do tribunal arbitral para julgar sua competência (art. 16), aplicação de medidas cautelares (art. 17), previsão de tratamento igualitário (art. 18), poderes às partes para determinar as regras de procedimento (art. 19.1) e poderes ao tribunal arbitral para dirigir o processo arbitral do modo que considerar apropriado, inclusive para determinar a admissibilidade, pertinência e valor das provas (art. 19.2), regras sobre apresentação da inicial e defesa (art. 23), necessidade de audiências e juntada de documentos (art. 24), nomeação de peritos pelo tribunal (art. 26), requisitos (art. 31), correção (art. 32) e possibilidades de impugnação à sentença arbitral (art. 34) e corroborando a Convenção de Nova Iorque sobre Reconhecimento de sentença arbitral

na modernização de sua legislação interna.” ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti, KULESZA, Gustavo Santos. The shining city on a hill: a lei modelo da UNCITRAL pode servir de inspiração ao Judiciário brasileiro? IN: **Lei modelo UNCITRAL sobre arbitragem comercial internacional: estudos e perspectivas**. GREBLER, Eduardo, LOPES, Christian Sahb Batista, POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 66.

⁷⁶² LEWIS, Dean. **The Interpretation and Uniformity of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration**: Australia, Hong Kong and Singapore. Kluwer Law International, 2016. p. 28.

estrangeira, a Lei Modelo prevê o caráter vinculante da sentença arbitral (art. 35) e as hipóteses de recusa do seu reconhecimento no art. 36⁷⁶³.

Deste modo, a Lei Modelo da UNCITRAL é um importante instrumento de harmonização da arbitragem comercial internacional⁷⁶⁴, inclusive por seu alcance em diferentes tradições jurídicas⁷⁶⁵. Mesmo Estados que não fizeram uso da Lei Modelo em sua legislação interna, como é o caso do Brasil, apresentam harmonia com seus dispositivos.

Em relação ao Regulamento de arbitragem da UNCITRAL (de 1976, revisto em 2010 e 2013) cabe destacar seu prestígio para as arbitragens *ad hoc*, como se constata na Pesquisa Queen Mary University e White & Case de 2021⁷⁶⁶.

O Regulamento de arbitragem da UNCITRAL expressa a preocupação em suavizar conflitos potenciais entre tradições jurídicas distintas, tornando o regime procedimental neutro e flexível, inclusive permitindo ao tribunal arbitral a

⁷⁶³ UNCITRAL **Model Law on International Commercial Arbitration**. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf. Acesso em: 14 set. 2021.

⁷⁶⁴ A nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006 afirma: “2. La Ley Modelo constituye un fundamento sólido para la armonización y el perfeccionamiento deseados de las leyes nacionales. Regula todas las etapas del proceso arbitral, desde el acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral, y refleja un consenso mundial sobre los principios y aspectos más importantes de la práctica del arbitraje internacional. Resulta aceptable para Estados de todas las regiones y para los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos del mundo. Desde su aprobación por la CNUDMI, la Ley Modelo ha pasado a representar la pauta legislativa internacional aceptada de toda ley moderna de arbitraje, y un número significativo de países han promulgado leyes en la materia tomándola como base.” UNCITRAL. **Model Law on International Commercial Arbitration**. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/07-87001_ebook.pdf. Acesso em: 14 set. 2021.

⁷⁶⁵ “A Lei Modelo não foi inspirada em um sistema jurídico específico. Houve uma cooperação universal para reduzir as diferenças, principalmente entre as formas de procedimento das tradições civil law e common law. O texto preza pela equidade e o devido processo legal, bem como a autonomia da vontade. Foi dada especial atenção para que o texto estivesse em consonância com a Convenção de Nova Iorque e o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL, para dar clareza e reforçar a implementação da Convenção de 1958, e harmonizar as regras para a condução da arbitragem comercial internacional.” CAVALLIERI, Joan. **Lei Modelo Uncitral – relevância história e conceitual**. IN: **Lei modelo UNCITRAL sobre arbitragem comercial internacional: estudos e perspectivas**. GREBLER, Eduardo, LOPES, Christian Sahb Batista, POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018. p. 35.

⁷⁶⁶ Ele tem a preferência de 76% dos entrevistados para casos de arbitragem *ad hoc*. QUEEN MARY UNIVERSITY AND WHITE & CASE. **2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world**. Disponível em: <https://www.whitecase.com/publications/insight/2021-international-arbitration-survey>. Acesso em: 10 set. 2021. Vale ressaltar que as arbitragens *ad hoc* tem sido muito utilizadas em setores específicos, com regulação própria, como a indústria marítima e o mercado de commodities.

condução da arbitragem da maneira que considerar apropriada. O seu sucesso se manifesta tanto pela ampla adoção em arbitragens *ad hoc* quanto por grandes centros de arbitragem, como Hong Kong e Cingapura.⁷⁶⁷

Por todo o exposto, conclui-se pela relevância da Lei Modelo da UNCITRAL como *soft law* amplamente difundida, aplicada e inspiradora que contribui para a harmonização da arbitragem comercial internacional por diversas tradições jurídicas, o que torna o sistema arbitral mais previsível e seguro e por isso, mais eficiente e ético.

4.2.2A importância das Diretrizes da Associação Internacional de Advogados (IBA)

A Associação Internacional de Advogados⁷⁶⁸ (IBA) foi criada em 1947, com objetivo de reunir advogados, associações de advogados e escritórios do mundo todo e com isso contribuir com a estabilidade e paz mundial por meio da administração da justiça⁷⁶⁹. Seu papel na discussão ética é fundamental desde 1956 com o marco inicial do “Código de Ética Internacional”⁷⁷⁰ que tratava de um modo genérico sobre a ética da advocacia internacional.

⁷⁶⁷ HELMER, Elena V. International Commercial Arbitration: Americanized, Civilized, or Harmonized. **Ohio St. J. on Disp. Resol.**, v. 19, p. 35-68, 2003, p. 58-59. Disponível em: <https://kb.osu.edu/handle/1811/77162>. Acesso em: 17 abr. 2021; LEWIS, Dean. **The Interpretation and Uniformity of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration**: Australia, Hong Kong and Singapore. Kluwer Law International, 2016.

⁷⁶⁸ Em inglês: International Bar Association.

⁷⁶⁹ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **About the IBA**. Disponível em <https://www.ibanet.org/About-the-IBA>. Acesso em: 28 ago. 2021.

⁷⁷⁰ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **International Code of Ethics**. 1956. Disponível em: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=DAD036E7-AF03-4BFC-806B-6A5CA4A0775A>. Acesso em: 14 set. 2021. O Código de Ética Internacional da IBA para advogados que atuam no âmbito internacional determina que o advogado deve respeitar tanto aos padrões éticos de onde ele foi admitido quanto do local onde estiver exercendo sua atividade (Regra 1), mantendo a honra e a dignidade de sua profissão (Regra 2), preservando sua independência (Regra 3), tratando os colegas com a máxima cortesia e justiça (Regra 4), mantendo a confidencialidade (Regra 5), respeitando o tribunal (Regra 6), sendo considerado impróprio que se comunique com alguém sobre um caso onde esta pessoa é representada por outro advogado, sem o consentimento deste (Regra 7). Além disso, um advogado só pode fazer propaganda dentro das regras determinadas no país (Regra 8) e deve tomar cuidado ao aceitar um caso, interferindo apenas quando autorizado pelo cliente, órgão competente, encaminhado por outro advogado ou conforme as leis locais (Regra 9), deve ser diligente e franco em sua opinião jurídica ao cliente (Regra 10), esforçando-se para uma solução extrajudicial (Regra 11), abstendo-se de adquirir um interesse financeiro ou bem litigioso do caso (Regra 12). Também não devem representar interesses conflitantes em litígios (Regra 13), mantendo o sigilo profissional em relação ao cliente

Com o desenvolvimento da arbitragem em um cenário multicultural e multifacetado, a IBA compreendeu que as questões éticas necessitavam de respostas e que precisavam ser tão dinâmicas quanto o próprio comércio internacional e seus *players*, até mesmo porque elas impactam nas questões procedimentais e econômicas da arbitragem.

Dentre as normativas da IBA, três são essenciais para o presente estudo, Regras da IBA sobre a Obtenção de Provas em Arbitragem Internacional, Diretrizes da IBA sobre Representação das Partes em Arbitragem Internacional e Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesse em Arbitragem Internacional e por isso serão analisadas separadamente com o intuito de demonstrar seus pontos de conexão com a prevenção e combate às táticas de guerrilha na arbitragem internacional.

4.2.2.1 Regras da IBA sobre a Obtenção de Provas em Arbitragem Internacional⁷⁷¹

As Regras da IBA sobre a Obtenção de Provas em Arbitragem Internacional⁷⁷² (Regras da IBA), adotada em 1999, atualizada em 2010 e recentemente, em 2020⁷⁷³ é conhecida e reconhecida pela comunidade arbitral internacional como um importante instrumento de regulamentação à disposição

mesmo depois de terminado o vínculo (Regra 14), bem como ser responsável e diligente financeiramente com valores que não são seus (Regra 15), podendo exigir antecipação ou pagamento de suas despesas, dentro do que for correto (Regra 16). A Regra 17 determina que os interesses financeiros do advogado não podem ser superiores à assistência do cliente e a administração da justiça. O contrato de honorários deve ser justo, de acordo com as circunstâncias do caso (Regra 18) e a Regra 19 diz que o advogado que contrata um colega estrangeiro para lhe assessorar, fica responsável pelo seu pagamento. Os advogados não podem permitir o exercício irregular da profissão com seu nome (Rule 20), mas não é considerado antiético que eles limitem ou se excluam de responsabilidade profissional, desde que de acordo com as regras, estatutos e normas constitucionais (Rule 21).

⁷⁷¹ Em inglês: IBA Rules on the taking of evidence in international arbitration.

⁷⁷² INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **IBA Rules on the taking of evidence in international arbitration.** 2020. Disponível em <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b>. Acesso em: 04 set. 2021.

⁷⁷³ Cabe lembrar que a IBA adotou, em 1983, o Regulamento Complementar de Apresentação de Provas em Arbitragem Comercial Internacional (as “Regras de 1983”), demonstrando que o tema da prova em arbitragem internacional é de grande relevância e impacto para o desenvolvimento da arbitragem.

dos atores arbitrais⁷⁷⁴, em especial para o tribunal arbitral que tem a difícil tarefa de “determinar quais regras processuais e probatórias são mais justas para aplicar, de modo a não prejudicar ou beneficiar uma parte em detrimento da outra.”⁷⁷⁵.

O campo da produção de provas é bastante desigual em razão das diferenças jurídicas existentes entre os atores de arbitragens internacionais, o que possibilita condutas desleais, abusivas e antiéticas a variar da criatividade guerrilheira. Esse cenário bagunçado gera instabilidade⁷⁷⁶ e necessidade de regulamentação, mesmo em um universo marcado pela autonomia da vontade e pela flexibilidade.

As Regras da IBA são abrangentes visando representar “normas geralmente aceitas” que reflitam as “melhores práticas” com objetivo de fornecer uma forma eficiente e justa de obtenção de provas, complementando disposições legais e normas institucionais, aplicáveis tanto à arbitragem comercial quanto de investimentos, no todo ou em parte, podendo ou não vincular as partes, conduzida pela boa-fé⁷⁷⁷.

A reforma de 2020⁷⁷⁸ foi bastante pontual e esclarecedora a fim de atualizar questões referentes à cibersegurança (art. 2.2), audiência remota⁷⁷⁹ (art. 8.2) e exclusão de provas ilícitas (art. 9.3).

⁷⁷⁴ “As Regras da IBA sobre Produção de Provas preenchem o espaço deixado pelas leis nacionais e pelos regulamentos com recomendações que procuram combinar o que há de melhor nos vários sistemas, verbalizando a harmonia emergente sobre as práticas internacionais ao permitir a exibição forçada de documentos de modo limitado”

⁷⁷⁵ HODGES, Paula. Equality of Arms in International Arbitration: Who Is the Best Arbiter of Fairness in the Conduct of Proceedings?’ in Andrea Menaker (ed), **International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity**, ICCA Congress Series, Volume 19 (© Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International, 2017) p. 599 – 633, p. 609.

⁷⁷⁶ HODGES, Paula. Equality of Arms in International Arbitration: Who Is the Best Arbiter of Fairness in the Conduct of Proceedings?’ in Andrea Menaker (ed), **International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity**, ICCA Congress Series, Volume 19 (© Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International, 2017) p. 599 – 633, p. 609.

⁷⁷⁷ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **IBA Rules on the taking of evidence in international arbitration**. 2020. Disponível em <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b>. Acesso em: 04 set. 2021.

⁷⁷⁸ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **Commentary on the revised text of the 2020 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration**. 2021. Disponível em <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=4F797338-693E-47C7-A92A-1509790ECC9D>. Acesso em: 28 ago. 2021.

⁷⁷⁹ ‘Evidentiary Hearing’ means any hearing, whether or not held on consecutive days, at which the Arbitral Tribunal, whether in person, by teleconference, videoconference or other method, receives oral or other evidence. ‘Remote Hearing’ means a hearing conducted, for the entire

De forma geral e breve, as Regras da IBA⁷⁸⁰ incentivam que o tribunal arbitral e as partes estabeleçam as regras que serão adotadas para obtenção das provas de forma eficiente, econômica e justa (art. 2.1), tratando do objeto, tempo e forma da sua produção, incluindo preparação e apresentação de declarações de testemunhas e peritos, tomada de depoimento oral, produção de prova documental, confidencialidade, cibersegurança⁷⁸¹ e proteção de dados (art. 2.2), bem como questões que considerem relevantes ao caso e/ou determinações preliminares que possam ser apropriadas (art. 2.3).

As Regras da IBA determinam que as partes devem apresentar as provas disponíveis ao tribunal no prazo ordenado (art. 3.1), podendo ser solicitado documentos à parte contrária (art. 3.2), descrevendo-os a fim de que possam ser identificados e analisada sua relevância, acompanhados de uma declaração de que não estão em posse, custódia ou controle da parte solicitante (art. 3.3.). Este detalhamento é importante para minimizar a *fishing expedition*⁷⁸², “altamente indesejável na arbitragem internacional”⁷⁸³ que acaba por atrasar o procedimento arbitral⁷⁸⁴, podendo caracterizar um exemplo de tática de guerrilha dilatória.

hearing or parts thereof, or only with respect to certain participants, using teleconference, videoconference or other communication technology by which persons in more than one location simultaneously participate. INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **IBA Rules on the taking of evidence in international arbitration.** 2020. Disponível em <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b>. Acesso em: 04 set. 2021.

⁷⁸⁰ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **IBA Rules on the taking of evidence in international arbitration.** 2020. Disponível em <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b>. Acesso em: 04 set. 2021.

⁷⁸¹ “Among the resources that parties and tribunals may find useful in considering these issues are the ICCA-IBA Roadmap to Data Protection in International Arbitration and the ICCA-NYC Bar-CPR Protocol on Cybersecurity in International Arbitration.” INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **Commentary on the revised text of the 2020 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration.** 2021. Disponível em <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=4F797338-693E-47C7-A92A-1509790ECC9D>. Acesso em: 28 ago. 2021.

⁷⁸² Fishing expedition pode ser definida como “solicitações de produção de documentos que são muito gerais por natureza e têm como objetivo provar ou fundamentar uma alegação específica que é plausível ou altamente provável nas circunstâncias” (trad. livre). DRAETTA, Ugo. **The dark side of arbitration.** JurisNet, Huntington, New York, 2018. p. 258.

⁷⁸³ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional.** São Paulo: Atlas, 2014. p. 128.

⁷⁸⁴ JUN, Jung Won. A critical look at the Prague rules: rules on the efficient conduct of proceedings in international arbitration. **Journal of Arbitration Studies**, v. 29, p. 53-74, 2019. Disponível em: <https://www.koreascience.or.kr/article/JAKO201931262478691.pdf>. Acesso em 27 ago. 2021. p. 62.

A produção de prova é considerada um ponto de discórdia entre advogados da *civil law* e da *common law* e as Regras da IBA já foram muito criticadas⁷⁸⁵ por se aproximarem do sistema da *common law*, por não firmar a proatividade do tribunal arbitral em razão da sua abordagem adversarial que confere protagonismo às partes em detrimento do tribunal arbitral.

No entanto, André de Albuquerque Cavalcanti Abbud entende que foi encontrado um “meio caminho” entre as práticas da *common law* e da *civil law*, ao reconhecer “aos árbitros o poder de ordenar à parte a entrega de bem delimitados documentos, desde que relevantes e materiais para o julgamento da arbitragem”⁷⁸⁶, ou seja, “a parte não tem o direito automático de dirigir-se diretamente à outra parte para a obtenção de documentos em posse desta”⁷⁸⁷, como ocorre no sistema adversarial norte-americano.

As Regras da IBA sobre Produção de Provas preenchem o espaço deixado pelas leis nacionais e pelos regulamentos com recomendações que procuram combinar o que há de melhor nos vários sistemas, verbalizando a harmonia emergente sobre as práticas internacionais ao permitir a exibição forçada de documentos de modo limitado.⁷⁸⁸

Eleonora Coelho⁷⁸⁹ também identifica uma aproximação entre os sistemas da *common law* e da *civil law* na arbitragem com objetivo de encontrar soluções mais eficazes, como a submissão de depoimentos escritos de testemunhas (*witness statement*) antes da sua oitiva e posterior *cross examination* a fim de otimizar a inquirição, bem como a negativa à produção de

⁷⁸⁵ JUN, Jung Won. A critical look at the Prague rules: rules on the efficient conduct of proceedings in international arbitration. **Journal of Arbitration Studies**, v. 29, p. 53, 2019, p. 65. Disponível em: <https://www.koreascience.or.kr/article/JAKO201931262478691.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2021; MENDEZ, Hector Oscar; MENDEZ, Agustina Mercedes. **Las Reglas de Praga: Recuperación de la tradición jurídica del derecho continental en el procedimiento del arbitraje comercial internacional**, 2019, n.p. Disponível em: <https://www.pragerules.com/upload/iblock/d46/d4602401bb93bcb350a06183c737be4e.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2021.

⁷⁸⁶ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 129.

⁷⁸⁷ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 129.

⁷⁸⁸ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 126.

⁷⁸⁹ COELHO, Eleonora. As táticas de guerrilha e a ética na arbitragem internacional. **Revista Brasileira da Advocacia**, vol. 5, ano 2. p. 35-55. São Paulo: RT, abr-jun. 2017. p. 46.

provas por *discovery*⁷⁹⁰, em razão de sua duração gerar um alto custo, aproximando-se mais da produção de documentos de forma específica e restrita, típica da *civil law*.

Outro ponto polêmico é a produção de prova oral⁷⁹¹, a título de exemplo, as Regras da IBA autorizam a entrevista das testemunhas, o que não quer dizer que seja obrigatória, mas pode parecer uma circunstância bem diferente para um advogado vindo da *civil law*, onde a prática geralmente é proibida pelos códigos processuais ou de ética profissional.

Art. 4.3. Não é impróprio para a parte, seus dirigentes, funcionários, advogados ou outros representantes entrevistarem suas testemunhas ou testemunhas potenciais e discutirem com elas seus possíveis testemunhos.⁷⁹² (tradução livre)

Por outro lado, há quem diga⁷⁹³ que é uma vantagem das Regras da IBA autorizar a entrevista, isentando o advogado de uma prática antiética e possibilitando a paridade de armas entre advogados de sistemas jurídicos distintos e, até contraditórios⁷⁹⁴.

Como se vê, as Regras da IBA enfrentam pontos importantes para as “melhores práticas” para produção de provas na arbitragem internacional, o que certamente pode servir de parâmetro procedimental ético, especialmente,

⁷⁹⁰ “O termo *discovery* é empregado nos Estados Unidos para designar o conjunto de mecanismos de que os litigantes podem se valer no processo judicial, ou mesmo antes dele, para obter da outra parte ou de terceiros o máximo de informações relativas aos fatos em disputa.” ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 127.

⁷⁹¹ A produção de prova oral em audiência deve ser controlada pelo tribunal arbitral, de acordo com seus poderes instrutórios, limitando e excluindo provas irrelevantes, desnecessárias, excessivamente onerosas ou repetidas (art. 8.3 e art. 9).

⁷⁹² No original: “It shall not be improper for a Party, its officers, employees, legal advisors or other representatives to interview its witnesses or potential witnesses and to discuss their prospective testimony with them.” INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **IBA Rules on the taking of evidence in international arbitration**. 2020. Disponível em <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b>. Acesso em: 04 set. 2021.

⁷⁹³ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 145-146.

⁷⁹⁴ “Essa disparidade pode gerar choques culturais na arbitragem internacional. Enquanto um advogado suíço pode considerar comprometida a testemunha e antiético o comportamento do colega que manteve conversas prévias com ela, o patrono norte-americano da parte contrária pode não compreender como seria dado aos advogados conhecerem os fatos do caso e defenderem seus clientes sem entrevistarem testemunhas.” ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 144.

quando o tribunal e as partes detalham “as regras do jogo” logo no início do procedimento. Caso isso não aconteça, os termos abertos que garantem a flexibilidade ao procedimento, também garantirão possibilidades de interpretações⁷⁹⁵ e manobras guerrilheiras.

Por isso, é importante um exercício cooperativo entre os atores arbitrais para que a fase probatória flua de acordo com o devido processo, a boa-fé e eficiência.

4.2.2.2. Diretrizes da IBA sobre a Representação das Partes na Arbitragem Internacional⁷⁹⁶

A escolha do representante da parte é fundamental para seu desempenho, garantia do devido processo e eficiência na solução do conflito. No entanto, nem sempre o representante da parte está comprometido com a ética arbitral.

Embora o debate teórico fosse antigo sobre os limites éticos do advogado, pouco se tinha estabelecido em documentos internacionais. Gary Born⁷⁹⁷, em 2010, refletiu que a “relutância dos praticantes de arbitragem internacional em enfrentar o assunto de suas obrigações éticas seria um mau presságio”, pois o papel do advogado é fundamental para o processo arbitral. Independente das dificuldades, o autor defendeu que era hora de debater a respeito de um código

⁷⁹⁵ HODGES, Paula. Equality of Arms in International Arbitration: Who Is the Best Arbiter of Fairness in the Conduct of Proceedings?' in Andrea Menaker (ed), **International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity**, ICCA Congress Series, Volume 19 (© Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International, 2017) p. 599 – 633, p. 610-611.

⁷⁹⁶ Em inglês: IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration.

⁷⁹⁷ BORN, Gary B. A Code of Conduct for Counsel in International Arbitration. **Kluwer Arbitration Blog**. 16 nov. 2010. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2010/11/16/a-code-of-conduct-for-counsel-in-international-arbitration/>. Acesso em: 07 set. 2021.

de conduta⁷⁹⁸, até mesmo para que o “processo arbitral mantenha seu *status* de preferido em resolução de disputas internacionais”⁷⁹⁹.

Assim, a partir de 2013 tem-se um novo rumo⁸⁰⁰ com a criação das Diretrizes da IBA sobre a Representação das Partes que tratou da conduta profissional dos advogados e da representação das partes em arbitragens internacionais que estivessem sujeitas ou afetadas por regras e normas diversas e potencialmente conflitantes. Estas Diretrizes inspiram-se no dever de integridade e honestidade, bem como na atuação de advogados e representantes que não resulte em demora ou custos desnecessários por meio de táticas que visem a obstaculizar o procedimento arbitral⁸⁰¹.

Importante ressaltar que naquele momento não se cunhou a nomenclatura “táticas de guerrilha”, mas se infere que as Diretrizes visam

⁷⁹⁸ KLÄSENER, Amy; LOFTI, Courtney. Party and Counsel Ethics in the Taking of Evidence. **Global Arbitration Review - The Guide to Evidence in International Arbitration**. 3 set. 2021. Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-evidence-in-international-arbitration/1st-edition/article/party-and-counsel-ethics-in-the-taking-of-evidence>. Acesso em: 06 set. 2021. Importante anotar que os Princípios de Haia (The Hague Principles on Ethics Standards for Counsel Appearing before International Courts and Tribunals) de 2010 já trazia parâmetros para uma atuação ética perante tribunais ou cortes internacionais. Os Princípios de Haia não incluem quaisquer orientações em termos de sanções ou aplicação da lei.

⁷⁹⁹ BORN, Gary B. A Code of Conduct for Counsel in International Arbitration. **Kluwer Arbitration Blog**. 16 nov. 2010. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2010/11/16/a-code-of-conduct-for-counsel-in-international-arbitration/>. Acesso em: 07 set. 2021.

⁸⁰⁰ Felix Dasser critica a forma com que foi feito o debate as pressas da IBA sobre representação das partes, resumindo que as Diretrizes são “bem intencionadas, mas elaboradas com muita pressa” (2017. p. 661). “This was not a public hearing as would have befitted such a seminal document intended to change international arbitration as we know it in many, if not most parts of the world. Few people bothered to look at the draft given that the topic, as it was generally perceived to be at the time, – i.e. minimum ethical standards for counsel conduct – seemed uncontroversial and definitely not something that could be problematic for all self-respecting members of the IBA Arbitration Committee. Most arbitration specialists only realized much later what was really in the final draft, including members of the Task Force itself. By then it was already too late to stop the formal adoption of the Guidelines by the IBA, which took place just three months later. The take from this is quite simple: The IBA Guidelines have to be judged on their own merit, they cannot be propagated as the combined wisdom of the global arbitration community. It is not the famous wisdom of the crowd that informed this product of the IBA, as is sometimes suggested.” DASSER, Felix. ‘Equality of Arms in International Arbitration: Do Rules and Guidelines Level the Playing Field and Properly Regulate Conduct? – Can They? Will They? Should They? The Example of the IBA Guidelines on Party Representation’, in Andrea Menaker (ed), **International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity**, ICCA Congress Series, Volume 19 (© Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International 2017) p. 634 – 672, p. 638-639.

⁸⁰¹ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **Diretrizes da IBA para a Representação de Partes em Arbitragens Internacionais**. Adotadas por resolução do Conselho da IBA em 25 de maio de 2013. Disponível em <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=17BA0784-36C8-40CF-B207-8B50409C5308>. Acesso em: 28 ago. 2021.

preveni-las e combatê-las na medida em que elencam as condutas éticas esperadas dos profissionais. Nos comentários às Diretrizes da IBA sobre a Representação das Partes é ressaltado que o representante age em nome da parte e por isso, a parte responde pelas consequências de eventual conduta imprópria do seu representante⁸⁰².

A dificuldade em responsabilizar o advogado estrangeiro no procedimento arbitral é bem explicada por Carmona⁸⁰³ que reconhece o auxílio das *Guidelines* da IBA.

Faço um teste para raciocínio: imagine-se uma arbitragem em São Paulo envolvendo uma parte brasileira representada por advogado brasileiro e uma parte estrangeira representada por advogado estrangeiro. Ainda que a lei escolhida seja a brasileira, eventual conduta inadequada do advogado estrangeiro não poderá ser submetida ao regramento da Lei 8.906/1994 (Estatuto da Advocacia), muito menos ao controle da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), já que o representante da parte, estrangeiro, não está submetido ao controle do órgão de classe brasileiro. Assim, nem a lei aplicável à arbitragem, nem a *lex fori* (se for diferente da lei aplicável à arbitragem) resolverão o problema de má conduta do representante, hipótese em que os dispositivos das *Guidelines* poderão sem dúvida alguma auxiliar os árbitros na solução do problema.

Tanto no preâmbulo⁸⁰⁴ quanto na Diretriz n. 3⁸⁰⁵ fica evidenciado que seu objetivo não é “substituir normas cogentes, regras profissionais ou disciplinares,

802 “O Representante da Parte, atuando de acordo com os poderes que lhe foram outorgados, atua em nome da Parte a quem representa. Desta forma, uma obrigação ou dever do Representante da Parte é uma obrigação ou dever da Parte representada, a qual pode vir, em último caso, a sofrer as consequências da conduta imprópria de seu Representante.” INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **Diretrizes da IBA para a Representação de Partes em Arbitragens Internacionais**. Adotadas por resolução do Conselho da IBA em 25 de maio de 2013. Disponível em <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=17BA0784-36C8-40CF-B207-8B50409C5308>. Acesso em: 28 ago. 2021. “o representante de parte não precisa ser advogado (aliás, não precisa ter qualquer qualificação especial), nada impedirá que a parte faça-se representar por um de seus gerentes ou diretores ou por alguém que não esteja ligado a seus quadros” CARMONA, Carlos Alberto. Breves considerações críticas acerca das diretrizes da International Bar Association sobre a representação de parte na arbitragem internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 40, jan. 2014. RT online.

803 CARMONA, Carlos Alberto. Breves considerações críticas acerca das diretrizes da International Bar Association sobre a representação de parte na arbitragem internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 40, jan. 2014. RT online.

804 INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **Diretrizes da IBA para a Representação de Partes em Arbitragens Internacionais**. Adotadas por resolução do Conselho da IBA em 25 de maio de 2013. Disponível em <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=17BA0784-36C8-40CF-B207-8B50409C5308>. Acesso em: 28 ago. 2021.

805 Diretriz 3. “As Diretrizes não se destinam a substituir normas cogentes, regras profissionais ou disciplinares, ou regras de arbitragem acordadas, em questões de representação de Partes. As Diretrizes tampouco se destinam a derogar a cláusula de arbitragem ou prejudicar o dever

ou regras de arbitragem acordadas entre as partes”, nem “conferir aos tribunais arbitrais poderes reservados aos órgãos de representação da classe dos advogados ou outros órgãos profissionais”, mas sim ressaltar sua natureza contratual, ou seja, que podem ser utilizadas em sua totalidade ou em parte, a depender da vontade das partes e/ou do tribunal arbitral, sem limitar a flexibilidade inerente às arbitragens internacionais.

Em uma breve análise das Diretrizes para Representação das partes, tem-se: i) a condenação de criação de conflitos de interesses, prevendo a possibilidade dos árbitros excluïrem o novo advogado da parte, cuja representação viole as Diretrizes (Diretrizes 5 e 6); ii) a proibição de comunicações *ex parte* (Diretrizes 7 e 8)⁸⁰⁶; iii) a proibição de apresentação de fatos e provas falsas (Diretrizes 9 a 11); iv) a vedação à destruição de provas e o dever de apresentação de documentos (Diretrizes 12 a 17)⁸⁰⁷; v) proibição de

primário de lealdade do Representante da Parte com o cliente que representa ou a obrigação principal do Representante da Parte de apresentar o caso de referida Parte ao Tribunal Arbitral.” INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **Diretrizes da IBA para a Representação de Partes em Arbitragens Internacionais.** Adotadas por resolução do Conselho da IBA em 25 de maio de 2013. Disponível em <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=17BA0784-36C8-40CF-B207-8B50409C5308>. Acesso em: 28 ago. 2021.

⁸⁰⁶ “Comunicações Ex Parte com um possível Árbitro (Co-Árbitro, ou Árbitro Presidente) devem limitar-se a uma descrição geral da disputa e à obtenção de informações a respeito da adequação do potencial Árbitro à arbitragem, como será detalhado abaixo. O Representante da Parte não deve aproveitar a oportunidade para buscar a visão do possível Árbitro a respeito do objeto da disputa. Os seguintes tópicos de discussão são apropriados nas comunicações de pré-nomeação, a fim de avaliar a experiência, capacidade, disponibilidade e disposição do potencial Árbitro, bem como a existência de potenciais conflitos de interesse: (a) as publicações do potencial Árbitro, incluindo livros, artigos, apresentações em congressos e conferências/palestras; (b) qualquer atividade do potencial Árbitro e de seu escritório de advocacia ou organização em que atua, que possa levantar dúvidas razoáveis em relação à sua independência ou imparcialidade; (c) a descrição acerca da natureza geral da disputa; (d) os termos da convenção de arbitragem, e, em particular, qualquer acordo quanto à sede, língua, lei aplicável e regras de arbitragem; (e) a identidade das Partes, Representantes das Partes, testemunhas, peritos e partes interessadas; e (f) o calendário previsto e a condução geral do procedimento.” INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **Diretrizes da IBA para a Representação de Partes em Arbitragens Internacionais.** Adotadas por resolução do Conselho da IBA em 25 de maio de 2013. Disponível em <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=17BA0784-36C8-40CF-B207-8B50409C5308>. Acesso em: 28 ago. 2021.

⁸⁰⁷ Estas diretrizes são características da influência da produção de provas da common law sobre as Regras da IBA. Ao exemplificar sua crítica às Diretrizes da IBA, Felix Dasser ensina que diante da Diretriz 13, em vez do tribunal entrar no embate com os advogados se a juntada de prova é abusiva e causaria um atraso desnecessário, a estratégia seria negá-la por ser exagerada ou prematura e assim restaria claro aos advogados que esse tipo de comportamento não será tolerado. “A prime example is Guideline 13, which prohibits requests to produce documents that are made “for an improper use, such as to harass or cause unnecessary delay”. If counsel requests twenty additional email boxes, he or she will naturally not argue that this is a move simply meant to harass. Instead, he or she would submit that this measure might be helpful in finding the truth – in pursuit of a well-established “leave-no-stoneuntuned” strategy. How can

que advogados encorajem falsos depoimentos e laudos periciais (Diretrizes 18 a 25)⁸⁰⁸; e por fim vi) a fixação de medidas contra a má-conduta durante o procedimento arbitral (Diretrizes 26 e 27).

Quanto ao polêmico tema do preparo das testemunhas, a exemplo das Regras da IBA (art. 4.3), a Diretriz 24 esclarece que o representante da parte pode encontrar, interagir, discutir e preparar os futuros depoimentos da testemunha, desde que a prova reflita a perspectiva da testemunha. Com isso, por mais estranho que pareça para um advogado oriundo da *civil law*, proporciona-se paridade de armas, acabando com a “notória desvantagem em relação aos litigantes provenientes dos países anglo-saxônicos”⁸⁰⁹.

A Diretriz 26 determina que após notificar as partes e lhes conceder oportunidade razoável de serem ouvidas, o tribunal poderá entender que o representante teve conduta imprópria e lhe aplicar sanções⁸¹⁰, considerando os parâmetros previstos na Diretriz 27.

Assim, as Diretrizes são responsáveis por delinearem os *standards* esperados em um processo arbitral, de modo que autorizem aos árbitros não só a identificação e avaliação destas condutas, mas também a aplicação de possíveis sanções, o que é fundamental para controlar as táticas de guerrilha na arbitragem internacional. E mais, permitem às partes optarem por diretrizes de

a tribunal ever expect to prove the contrary? An arbitral tribunal does not, however, need to label a document production request as “harassing” and filed “for an improper purpose”; it would simply dismiss such a request as overly broad or untimely, and get on with the proceedings. At best, it would indicate to the parties that it will be unlikely to accept any further similar requests, thereby sending the same message without entering into hopeless discussions about harassment and improper purposes.” DASSER, Felix. 'Equality of Arms in International Arbitration: Do Rules and Guidelines Level the Playing Field and Properly Regulate Conduct? – Can They? Will They? Should They? The Example of the IBA Guidelines on Party Representation', in Andrea Menaker (ed), **International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity**, ICCA Congress Series, Volume 19, ICCA & Kluwer Law International 2017) p. 634 – 672, p. 649.

⁸⁰⁸ “Conforme previsto na Diretriz 20, o Representante da Parte poderá auxiliar na elaboração da Declaração de Testemunhas e Laudos Periciais, mas deverá assegurar que a Declaração de Testemunha reflita a versão da própria testemunha acerca dos fatos pertinentes, eventos e circunstâncias (Diretriz 21), e que qualquer Laudo Pericial reflita os entendimentos, análises e conclusões do próprio Perito (Diretriz 22). O Representante da Parte não deverá propor ou incentivar a Testemunha a prestar falso depoimento. (Diretriz 23).” INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **Diretrizes da IBA para a Representação de Partes em Arbitragens Internacionais**. Adotadas por resolução do Conselho da IBA em 25 de maio de 2013. Disponível em <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=17BA0784-36C8-40CF-B207-8B50409C5308>. Acesso em: 28 ago. 2021.

⁸⁰⁹ CARMONA, Carlos Alberto. Breves considerações críticas acerca das diretrizes da International Bar Association sobre a representação de parte na arbitragem internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 40, jan. 2014. RT online.

⁸¹⁰ Serão objeto de estudo no capítulo 5.

conduta que tragam benefícios ao seu propósito de um processo justo e efetivo⁸¹¹ e que as instituições arbitrais desempenhem um papel mais ativo na garantia da integridade do processo, uma vez que elas têm capacidade de estabelecer regimes éticos que amparem os tribunais na árdua tarefa de conduzir o processo arbitral dentro de parâmetros éticos, eficientes e seguros juridicamente, aplicando sanções aos guerrilheiros⁸¹².

Contudo, apesar do considerável avanço, as Diretrizes da IBA sobre a Representação da Parte não possuem alcance universal⁸¹³ porque não são vinculativas e nem isentas de críticas⁸¹⁴.

Felix Dasser⁸¹⁵, um ferrenho crítico das Diretrizes da IBA, classificam-nas de inócuas por serem contratuais, isto é, só vincular aqueles que a contratarem como padrão de conduta. E para ele, o mau advogado não vai contratá-la para

⁸¹¹ PARK, William W. The procedural soft law of international arbitration: non-governmental instruments. In MISTELIS, Loukas A.; LEW QC, Julian David Matheu. (ed.) **Pervasive Problems in International Arbitration**. Kluwer Law International, p. 141-154, 2016. Disponível em <http://www.williamwpark.com/documents/Soft%20Law.pdf>. Acesso em 05 set. 2021.p. 419.

⁸¹² SUSSMAN, Edna. Can Counsel Ethics Beat Guerrilla Tactics? Background and Impact of the New IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration. **NYSBA - New York Dispute Resolution Lawyer**. vol. 6, n. 2, p. 47-50, 2013, p. 47.

⁸¹³ “Although the IBA Guidelines on Party Representation may represent views that have obtained some currency in the international community, they are by no means universally accepted. The text of Guideline 16 provides that a party representative should not suppress or conceal, or advise a Party to suppress or conceal, ‘documents that have been requested by another Party or that the Party whom he or she represents has undertaken, or been ordered, to produce.’ The legitimacy of this provision will not be self-evident to counsel from jurisdictions where loyalty to the client transcends duty to a tribunal as to information shared with the other side of a lawsuit.” PARK, William W. The procedural soft law of international arbitration: non-governmental instruments. In MISTELIS, Loukas A.; LEW QC, Julian David Matheu. (ed.) **Pervasive Problems in International Arbitration**. Kluwer Law International, p. 141-154, 2016. Disponível em <http://www.williamwpark.com/documents/Soft%20Law.pdf>. Acesso em 05 set. 2021.p. 418-419.

⁸¹⁴ Felix Dasser, em 2017, informava que havia uma divisão entre advogados norte-americanos que defendiam as Diretrizes IBA e uma frente de oposição que se formava especialmente por advogados da civil law, liderados pela Associação Suíça de Arbitragem (Association Suisse de l'Arbitrage, ASA), mas de forma alguma limitada à comunidade de arbitragem europeia continental. De fato, houve essa divisão, que culminou nas Regras de Praga, como se comentará adiante. DASSER, Felix. 'Equality of Arms in International Arbitration: Do Rules and Guidelines Level the Playing Field and Properly Regulate Conduct? – Can They? Will They? Should They? The Example of the IBA Guidelines on Party Representation', in Andrea Menaker (ed), **International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity**, ICCA Congress Series, Volume 19 (© Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International 2017) p. 634 – 672, p. 639 e 640.

⁸¹⁵ DASSER, Felix. 'Equality of Arms in International Arbitration: Do Rules and Guidelines Level the Playing Field and Properly Regulate Conduct? – Can They? Will They? Should They? The Example of the IBA Guidelines on Party Representation', in Andrea Menaker (ed), **International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity**, ICCA Congress Series, Volume 19 (© Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International 2017). p. 645-649.

ser sancionado posteriormente, ou seja, não terá utilidade prática para a finalidade de controlar as táticas de guerrilha. E, continua o autor, se o problema é a má-conduta do advogado, então, as Diretrizes da IBA são uma fachada, pois não tornarão árbitros fracos em fortes ou árbitros passivos em gestores do processo arbitral. Ele completa “árbitros fortes não precisam sancionar, árbitros fracos não se atrevem a sancionar.”⁸¹⁶

E assim, longe de ser unânime, as Diretrizes da IBA preservam a livre escolha⁸¹⁷ dos atores arbitrais, o que respeita a autonomia da vontade e a flexibilidade procedimental, mas exige boa vontade e postura para atuar com boa-fé, cooperação e lealdade processual.

Seu propósito não é tornar rígida a conduta dos advogados, mas trazer parâmetros para evitar abusos e de certa forma, protegê-los de surpresas quanto ao que se espera deles. Este cuidado, inclusive, é em decorrência da diversidade de normas e culturas a que os profissionais estão expostos quando atuam perante uma arbitragem internacional (por ex. convenção arbitral, regulamento da instituição de arbitragem, código de ética profissional de onde está inscrito, lei do local da arbitragem, lei de onde a sentença será executada etc).

Gary Born⁸¹⁸ aconselha que o advogado esteja familiarizado com as diversas exigências e expectativas éticas para identificar e tentar resolver tais conflitos potenciais, tanto para assegurar a integridade e justiça do processo arbitral quanto para preservar sua posição profissional.

⁸¹⁶ “Strong arbitrators don't need to sanction. Weak arbitrators don't dare to sanction”. DASSER, Felix. 'Equality of Arms in International Arbitration: Do Rules and Guidelines Level the Playing Field and Properly Regulate Conduct? – Can They? Will They? Should They? The Example of the IBA Guidelines on Party Representation', in Andrea Menaker (ed), **International Arbitration and the Rule of Law**: Contribution and Conformity, ICCA Congress Series, Volume 19 (© Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International 2017) p. 634 – 672, p. 649.

⁸¹⁷ “The IBA Guidelines are intended to be multi-purposed. One purpose is to contribute to the culture of international arbitrations. Another is to enable the adoption of the IBA Guidelines by tribunals and parties at the start of an arbitration. This way, the tribunal and parties could refer to a transparent standard of conduct throughout the arbitral proceedings.” ROWLEY, J. William. Chapter 1, §1.04: Guerrilla Tactics and Developing Issues, p. 20-30, In HORVATH, Günther, J. e WILSKE, Stephan. **Guerrilla Tactics in international arbitration**. Kluwer Law International. International Arbitration Law Library, v. 28, 2013, p. 29.

⁸¹⁸ BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**. 3 ed. Kluwer Law International, p. 3089.

Por todos estes motivos, as Diretrizes da IBA demonstram-se úteis⁸¹⁹ ao proporcionarem paridade de armas⁸²⁰, pois o comportamento esperado estará pré-definido, trazendo transparência e segurança para todos os atores arbitrais, o que contribui para a prevenção, combate e sanção⁸²¹ das táticas de guerrilha.

4.2.2.3. Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional⁸²²

Ainda em busca de padrões éticos, a IBA aprovou em 2014 as Diretrizes sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional⁸²³ que prezam pelo dever de revelação de árbitros e representantes das partes, assegurando independência e imparcialidade, sugerindo padrões que tragam mais transparência e confiança diante das complexas relações globalizadas.

819 “[...] the Guidelines provide an excellent opening for the tribunal to initiate a discussion with counsel as to what should be deemed to be appropriate conduct in the arbitration to equalize ethical norms, curb guerrilla tactics and ensure fundamental fairness. Those in the arbitral community who were of the view that no counsel ethics regulation should be issued because “if it ain’t broke, don’t fi x it,” may be persuaded that it is “broke” now and that corrective action is required.” SUSSMAN, Edna. Can Counsel Ethics Beat Guerrilla Tactics? Background and Impact of the New IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration. **NYSBA - New York Dispute Resolution Lawyer**. vol. 6, n. 2, p. 47-50, 2013, p. 49. CARMONA, Carlos Alberto. Breves considerações críticas acerca das diretrizes da International Bar Association sobre a representação de parte na arbitragem internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 40, jan. 2014. RT online.

820 “Moreover, despite all the criticism of overregulation of international arbitration, the international arbitration community should also give the new IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration (adopted 25 May 2013) a fair chance not only as a way of informing new entrants about the rules of the game, but also of reminding the “old bulls” that the end does not justify all the means and that ethical rules are not only an issue for international arbitration conferences, but a mandatory part of international arbitration practice.” WILSKE, Stephan. Responsibility for Ethical Misconduct and Deployment of Guerrilla Tactics in International Arbitration?, **Kluwer Arbitration Blog**, January 9 2014. Disponível em <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/01/09/responsibility-for-ethical-misconduct-and-deployment-of-guerrilla-tactics-in-international-arbitration/>. Acesso em: 02 set. 2021.

821 “Even without effective penalties, however, guidelines still promote equality of arms, to the extent of communicating useful information to lawyers from diverse backgrounds. Markers tell both sides what is expected. Although not perfect, the current initiative toward guidelines for party representatives constitutes a first attempt to address the need for a relatively level playing field.” PARK, W. Fair fight, p. 422.

822 Em inglês: IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration.

823 INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **Diretrizes sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional aprovadas por Resolução em 23 de outubro de 2014**. Disponível em <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=EB37DA96-F98E-4746-A019-61841CE4054C>. Acesso em: 29 ago. 2021.

Na medida em que houve o crescimento do comércio internacional, também se expandiram as sociedades empresariais e as sociedades de advogados que atuam internacionalmente fazendo emergir relações complexas a respeito de conflitos de interesses, com financiamento de terceiros e redes contratuais coligadas, além das diferenças culturais do *common law* e *civil law*.⁸²⁴

E assim, as táticas de guerrilha dilatórias se ampliaram em busca de impugnação de árbitros com objetivo de impedir e protelar os processos arbitrais⁸²⁵ ou impedir a parte contrária de escolher determinado árbitro.

Deste modo, as Diretrizes sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional buscam criar *standards* do que deve ser revelado e o que se considera “fundada dúvida” quanto à imparcialidade e independência dos árbitros, por meio de listas (verde, laranja e vermelha) que não pretendem ser exaustivas, mas consistentes enquanto orientação concreta e útil para a aplicação dos Princípios Gerais.

A IBA justifica que as Diretrizes não têm força de lei, nem prevalecem sobre legislação nacional aplicável ou sobre regras arbitrais escolhidas pelas partes, mas servem⁸²⁶ para auxiliar as partes, advogados, árbitros, instituições arbitrais e tribunais judiciais no tratamento da imparcialidade e independência

⁸²⁴ “Em traços gerais sabe-se que os juristas de formação em common law possuem um conceito muito mais amplo do disclosure que os juristas de civil law. É impossível negar que existirão diferenças nas concepções de cada um com relação àquilo que deve ou não ser revelado. [...] A elaboração dos guidelines pelo International Bar Association foi uma tentativa de minimizar essas diferenças existentes e criar um standard universal no que diz respeito à revelação, isto é, foi a tentativa de uma uniformização internacional no que diz respeito ao que deve ser revelado.” LEE, João Bosco e PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. A Obrigação da Revelação do Árbitro – Está Influenciada por Aspectos Culturais ou Existe um Verdadeiro Standard Universal? **RBAr**. N. 14. p. 9-22, abr.- jun. 2007. p. 21.

⁸²⁵ “A cláusula compromissória, assim como a própria sentença arbitral, sendo hoje praticamente inatacável, a desqualificação de um árbitro é atualmente o meio utilizado pelas partes para se oporem à arbitragem e tentar, através de todos os meios, retardar o seu andamento.” PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. As Diretrizes do International Bar Association sobre Conflitos de Interesses na Arbitragem Internacional. **RBAr**. N. 16, p. 7-40, Out-Dez/2007. p. 39.

⁸²⁶ “Assim, quando nos perguntamos de que forma as Diretrizes serão utilizadas, três hipóteses se apresentam. Primeiro, elas podem ser aplicadas pela vontade das partes. Em seguida, o próprio árbitro ou as instituições arbitrais poderão aplicá-las de ofício. Por último, os juízes estatais, seja em face de uma demanda de recusação de um árbitro, seja em face de uma demanda de reconhecimento, execução ou anulação de uma sentença arbitral, poderiam nelas se inspirar.” PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. As Diretrizes do International Bar Association sobre Conflitos de Interesses na Arbitragem Internacional. **RBAr**. N. 16, p. 7-40, Out-Dez/2007. p. 30.

(primordiais para o *due process*), devendo ser utilizadas com bom senso, sem pretensão de formalismos.

O Princípio Geral 3.c das Diretrizes sobre Conflitos de Interesse expõe que a revelação não implica a existência de um conflito de interesses, pois se o árbitro revela é porque se considera imparcial e independente, a despeito dos fatos divulgados, pois caso contrário teria recusado a nomeação ou apresentado a sua renúncia. Nos comentários às Diretrizes, a IBA declara que espera que esta afirmação seja suficiente para afastar a falsa premissa de que a revelação implica em dúvidas que são suficientes para desqualificar o árbitro, ou mesmo que gere uma presunção a favor da sua desqualificação⁸²⁷.

Assim, as Diretrizes sobre Conflitos de Interesses visam contribuir com as boas práticas da arbitragem internacional, preocupadas em prever situações que podem ocorrer na prática⁸²⁸, ilustrando-as em listas que estão dispostas na “Parte II: Aplicação Prática dos Princípios Gerais” das Diretrizes⁸²⁹.

A lista vermelha (*Red List*) subdivide-se em situações irrenunciáveis e renunciáveis, considerando que diante das situações listadas existem dúvidas justificáveis a respeito da imparcialidade e independência do árbitro, que seriam analisadas sob o ponto de vista de um terceiro com razoável conhecimento dos fatos e circunstâncias relevantes.

As situações irrenunciáveis não exigem revelação, de tão grave que são, já que o árbitro deve declinar sua designação, tendo como exemplo a existência de identidade entre uma parte e o árbitro, representação dos interesses de quem é parte no processo pelo árbitro; ou ainda, ele tem interesse econômico ou pessoal no resultado da arbitragem.

⁸²⁷ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **Diretrizes sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional aprovadas por Resolução em 23 de outubro de 2014**. Disponível em <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=EB37DA96-F98E-4746-A019-61841CE4054C>. Acesso em: 29 ago. 2021.

⁸²⁸ Neste sentido, GREBLER, Eduardo. A ética dos árbitros. **RBA**. n 40, p. 72-77, Out-Dez. 2013. p. 77.

⁸²⁹ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **Diretrizes sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional aprovadas por Resolução em 23 de outubro de 2014**. Disponível em <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=EB37DA96-F98E-4746-A019-61841CE4054C>. Acesso em: 29 ago. 2021.

No entanto, a lista vermelha renunciável exige a revelação para que a partir dela as partes declarem expressamente que aceitam manter o árbitro⁸³⁰, ou seja, elas podem ou não aceitar o árbitro, imperando a autonomia da vontade. São exemplos desta lista, a existência de relação ou interesse direto ou indireto no litígio por parte do árbitro e relacionamento do árbitro com as partes ou consultores jurídicos.

Por sua vez, a lista laranja (*Orange List*) contém situações exemplificativas que podem suscitar dúvidas justificáveis e por isso é necessária a revelação, podendo as partes impugnam a nomeação no prazo de 30 dias, sob pena de não o fazendo ser presumida a sua aceitação. É importante que o árbitro analise caso a caso a necessidade de revelar outras situações que possam suscitar dúvidas, uma vez que a lista é exemplificativa e é seu dever divulgar de boa-fé eventuais situações. A Lista Laranja contém exemplos de serviços anteriores ou atuais prestados a uma das partes, relação⁸³¹ entre o árbitro e outro árbitro ou mandatário da parte, relação entre o árbitro e a parte e terceiros envolvidos no processo, e ainda se o árbitro defendeu publicamente uma posição a respeito do processo arbitral.

A lista verde (*Green List*) enumera exemplificativamente situações que não contém aparência de parcialidade ou dependência, ou seja, inexistente objetivamente conflito de interesses, sendo, por consequência, desnecessária a revelação⁸³². Neste rol tem-se emissão de opiniões jurídicas, contatos sociais com outro árbitro, mandatário ou partes, divulgação de ministrar aulas na mesma faculdade, instituição ou participação em associação de advogados, congressos

⁸³⁰ PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. As Diretrizes do International Bar Association sobre Conflitos de Interesses na Arbitragem Internacional. **RBar**. N. 16, p. 7-40, Out-Dez/2007. p. 12. INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **Diretrizes sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional aprovadas por Resolução em 23 de outubro de 2014**. Disponível em <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=EB37DA96-F98E-4746-A019-61841CE4054C>. Acesso em: 29 ago. 2021.

⁸³¹ “Nota-se que as Diretrizes não fazem da nacionalidade comum ou do domicílio em um mesmo país uma razão suficiente para gerar um conflito de interesses” [...] “Um conflito de interesses não se caracteriza simplesmente pelas relações entre os participantes no procedimento arbitral e o árbitro. Certos pré-julgamentos do árbitro em relação à causa a ser decidida podem igualmente criar dúvidas com relação a sua imparcialidade. Aqui não são as relações com outras pessoas que criam problemas, mas com a própria matéria litigiosa”. PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. As Diretrizes do International Bar Association sobre Conflitos de Interesses na Arbitragem Internacional. **RBar**. N. 16, p. 7-40, Out-Dez/2007. p. 21.

⁸³² .” PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. As Diretrizes do International Bar Association sobre Conflitos de Interesses na Arbitragem Internacional. **RBar**. N. 16, p. 7-40, Out-Dez/2007. p. 12.

e eventos com outro árbitro ou mandatário, relacionamentos pelas redes sociais⁸³³, e ainda se o árbitro teve uma entrevista que se limitou à averiguação da disponibilidade e qualificação, sem abordar o mérito.

Em que pese a linha entre uma lista e outra ser tênue e conter expressões abertas, elas “refletem, na medida do possível, princípios internacionais e melhores práticas”, entendendo, a IBA, que uma definição mais detalhada poderia ser contraproducente.⁸³⁴ Para Grebler⁸³⁵, “a elaboração de listas, aumenta a clareza e a segurança dos árbitros, das partes e de seus advogados quanto à existência ou não de conflitos de interesses”.

Em resumo, embora as Diretrizes da IBA não tenham caráter obrigatório e nem tenham cunho universal, são amplamente aceitas pela comunidade internacional de arbitragem como uma expressão das melhores práticas de arbitragem, orientando os atores arbitrais e os tribunais nacionais na identificação, combate e sanção das táticas de guerrilha.

4.2.3 As Regras de Praga: Respostas à Americanização da Arbitragem?

Como visto acima, existem críticas quanto à proximidade das Diretrizes e Regras da IBA ao sistema da *common law* e o quanto a introdução de práticas costumeiras teria contribuído para o aumento dos custos da arbitragem. Deste modo, um grupo de trabalho com representantes de trinta países,

⁸³³ Em que pese o relacionamento pelas redes sociais constar na lista verde, muito tem se debatido a respeito do comportamento de árbitros nas redes sociais e do seu envolvimento com outros profissionais a fim de evitar conflitos de interesses ou ameaças de táticas de guerrilha de uma parte ou advogado na tentativa de “criar”, pelas redes sociais, uma situação que comprometa a imparcialidade e independência do árbitro, como uma comunicação ex parte. MAURO, Carolina; GONZALES, Wendy. Arbitration Tech Toolbox: Arbitrators and Their Online Identities, a Double-Edged Sword? **Wolters Kluwer Asia-Pacific**. 4 mai. 2021. Disponível em <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/05/04/arbitration-tech-toolbox-arbitrators-and-their-online-identities-a-double-edged-sword/>. Acesso em: 06 set. 2021.

⁸³⁴ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **Diretrizes sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional aprovadas por Resolução em 23 de outubro de 2014**. Disponível em <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=EB37DA96-F98E-4746-A019-61841CE4054C>. Acesso em: 29 ago. 2021.

⁸³⁵ O autor ainda defende que as listas deveriam ser utilizadas no Brasil, tendo à frente do debate e da sua construção o Conima ou o Comitê Brasileiro de Arbitragem, para criação de um Código de Ética modelo a ser oferecido às instituições de arbitragem, à semelhança das Diretrizes da IBA. “A existência de um conjunto de regras com essa feição traria clareza e segurança para a atividade da arbitragem, afastando dúvidas e incertezas que influem negativamente na percepção de seus potenciais usuários e geram intranquilidade aos próprios árbitros. O notável crescimento da arbitragem em nosso país está a demandar esses cuidados.” GREBLER, Eduardo. A ética dos árbitros. **RBA**. n 40, p. 72-77, Out-Dez. 2013. p. 77

majoritariamente influenciados pelo sistema da *civil law*, chegaram à conclusão de que era preciso encorajar os tribunais arbitrais a adotarem um papel mais ativo para aumentar a eficiência do procedimento arbitral, o que resultou nas Regras sobre a Condução Eficiente de Procedimentos em Arbitragem Internacional, conhecidas como “Regras de Praga”⁸³⁶.

No preâmbulo⁸³⁷ das Regras de Praga fica claro que não há pretensão de substituição das regras de arbitragem fornecidas por outras instituições, mas que fica a critério das partes utilizá-las como norma vinculativa ou como diretrizes, no todo ou em parte (art. 1 das Regras), consagrando a autonomia da vontade e se colocando como uma alternativa para regulação do procedimento arbitral. O art. 1.4 preza pelo tratamento igualitário das partes e pelo devido processo ao determinar que será assegurado “uma oportunidade razoável para apresentar os seus respectivos casos”.

O art. 2 trata do papel proativo do tribunal arbitral, incentivando a gestão do caso, por meio de: i) discussão de um calendário processual; ii) esclarecimento com as partes quanto aos pedidos formulados, fatos controvertidos e fundamentos jurídicos. O art. 2.4 exemplifica situações em que o tribunal pode ser proativo, inclusive quanto à apreciação preliminar de repartição do ônus da prova, peso e relevância da prova submetida, pedidos formulados, fatos em disputa, sem que isso caracterize parcialidade do tribunal ou desqualifique o árbitro.

Considerando a influência da *civil law*, as Regras de Praga garantem ao tribunal arbitral desempenhar um papel ativo na produção das provas (art. 3º), podendo solicitar documentos e diligências, nomear peritos, determinar inspeções ou quaisquer outras providências necessárias para averiguar os fatos, sem que isso isente as partes do ônus da prova e de cumprir com os prazos fixados⁸³⁸.

⁸³⁶ PRAGA. **Regras sobre a Condução Eficiente de Procedimentos em Arbitragem Internacional**, 14 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://praguerules.com/upload/medialibrary/1ce/1ceb209403ed5145d6b85c632489bf56.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2021.

⁸³⁷ PRAGA. **Regras sobre a Condução Eficiente de Procedimentos em Arbitragem Internacional**, 14 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://praguerules.com/upload/medialibrary/1ce/1ceb209403ed5145d6b85c632489bf56.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2021.

⁸³⁸ “Despite the proactive role of the tribunal, the parties are not relieved of their obligations regarding their burden of proof. If a party does not comply with the tribunal’s orders or instructions,

Quanto à prova documental (art. 4º), as partes devem submeter os documentos ao tribunal o quanto antes para melhor gestão do processo (vide art. 8.1), ficando a critério do tribunal, mediante pedido justificado, considerar a necessidade de eventual exibição de documento que pretensamente esteja na posse da outra parte. Deste modo, apesar de todas as críticas às Regras da IBA, não existem discrepâncias quanto a pontos fundamentais de produção de provas.

As partes devem identificar as testemunhas de fato, sua relevância e materialidade para o tribunal que poderá deferir ou não sua oitiva, sendo admitido o depoimento escrito – influência do *common law* consolidado também nas Regras de Praga. Na audiência, a inquirição das testemunhas será conduzida pelo tribunal arbitral que “pode impedir que as Partes façam perguntas que não sejam relevantes para as questões em disputa, que sejam redundantes, que não sejam determinantes para o caso ou por qualquer outra razão”. (art. 5.9) As Regras de Praga são silentes a respeito da entrevista das testemunhas ou potenciais testemunhas pelas partes, seus prepostos ou pelos advogados.

Ponto relevante de diferença das Regras de Praga com as Diretrizes da IBA, por exemplo, é a *iura novit curia* prevista no art. 7º. Deste modo, resta autorizado ao tribunal arbitral, após consultar as partes, “aplicar disposições legais não invocadas pelas partes, se o considerar necessário, incluindo, mas não limitando às normas de ordem pública” (art. 7.2), cuidando sempre para evitar surpresas processuais.

Em busca de eficiência, prioriza a solução dos conflitos com base em documentos, mas caso seja necessária a realização de audiência, ela deve ser organizada da forma menos dispendiosa possível, utilizando comunicações por vídeo, meios eletrônicos ou telefônicos para evitar despesas de viagem aos atores arbitrais (art. 8º)⁸³⁹.

the tribunal may draw adverse inferences.” WALKER, Janet. The Prague Rules: Fresh Prospects for Designing a Bespoke Process. *Global Arbitration Review - The Guide to Evidence in International Arbitration*. 03 set. 2021. Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-evidence-in-international-arbitration/1st-edition/article/the-prague-rules-fresh-prospects-designing-bespoke-process>. Acesso em: 06 set. 2021.

⁸³⁹“Needless to mention that hearings are both time-consuming and costly, such a default rule of resolving disputes based on documents only, unless upon a request either by a party or the tribunal, may be an effective way of improving efficiency to arbitral proceedings. Moreover, if parties to the dispute opted to adopt such provision of the Prague Rules, then presumably, they

Outra distinção importante em relação às Diretrizes da IBA é a autorização para que o tribunal arbitral auxilie as partes a se autocomporem (art. 9.1 e 9.2), e caso não seja frutífera, é possível que as partes consentam com a continuidade da participação do árbitro que atuou como mediador (art. 9.3.a). Por outro lado, se não houver esta concordância, encerra-se o mandato como árbitro (art. 9.3.b). No que diz respeito à atuação do tribunal, o art. 12 determina que o tribunal arbitral deve empregar seus melhores esforços para que a sentença seja proferida de forma célere.

Por fim, as Regras de Praga autorizam o tribunal a aplicar inferência negativa em caso de descumprimento arbitrário das ordens do tribunal (art. 10), bem como que o tribunal considere a conduta das partes para alocar os custos do procedimento na sentença (art. 11⁸⁴⁰), sendo estas as sanções previstas.

Cristina Florescu⁸⁴¹ entende que o mérito das Regras de Praga foi conseguir reunir boas práticas para garantir a eficiência do procedimento de arbitragem, complementando as regras de procedimento aplicáveis.

Por esta breve análise das Regras de Praga resta clara a sua semelhança com as regras processuais brasileiras (*civil law*) e fica evidente que não houve uma ruptura com o paradigma trazido pelas Regras da IBA. Em diversos pontos as Regras se conectam, pois ambas visam atenuar as diferenças jurídico-culturais, criando *standards* ético-jurídicos sem retirar das partes a sua autonomia característica. Jung Won Jun⁸⁴² acredita que as Regras de Praga

agreed to such default provision. Therefore, time and monetary resources that would otherwise have been spent on having an actual hearing(s) would be saved, without compromising the parties' rights to be heard and opportunity to represent their cases." JUN, JUN, Jung Won. A critical look at the Prague rules: rules on the efficient conduct of proceedings in international arbitration. **Journal of Arbitration Studies**, v. 29, p. 53-74, 2019. Disponível em: <https://www.koreascience.or.kr/article/JAKO201931262478691.pdf>. Acesso em 27 ago. 2021. p. 66. Aqui vale ressaltar que as Regras de Praga são de 2018. anterior à pandemia do novo coronavírus, que como dito anteriormente, acelerou e muito a utilização das tecnologias no ambiente arbitral, mas que já se apresentavam como uma tendência.

⁸⁴⁰ Artigo 11. Alocação de Custos: Ao decidir sobre a alocação de custos no laudo final, o Tribunal Arbitral pode levar em conta a conduta das Partes na arbitragem, incluindo a sua cooperação e assistência (ou falta delas) na condução do processo de maneira eficiente em termos de custo e celeridade. PRAGA. **Regras sobre a Condução Eficiente de Procedimentos em Arbitragem Internacional**. 14 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://praguerules.com/upload/medialibrary/1ce/1ceb209403ed5145d6b85c632489bf56.pdf>. Acesso em: 26 jan. 2021.

⁸⁴¹ FLORESCU, Cristina Ioana. Emerging tools to attract and increase the use of international arbitration. **Juridical Tribune**. v. 10, n. 2, jun. 2020. p. 256-278, p. 263.

⁸⁴² JUN, Jung Won. A critical look at the Prague rules: rules on the efficient conduct of proceedings in international arbitration. **Journal of Arbitration Studies**, v. 29, p. 53-74, 2019.

poderiam ter sido mais incisivas quanto ao que significa a proatividade do tribunal arbitral, o que são documentos relevantes ou materiais para o desfecho do caso e por isso não são tão diferentes das *soft laws* já existentes, em especial das Regras da IBA.

Contudo, não deixam de ser uma alternativa⁸⁴³ interessante ao alcance dos arbitralistas⁸⁴⁴, especialmente quando os atores arbitrais advêm do sistema da *civil law*, além de encorajar a proatividade do tribunal arbitral (art. 3.1) e a eficiência na produção de provas, prevenindo e controlando as táticas de guerrilha dilatórias.

Cabe ainda ressaltar as normas de conduta na arbitragem comercial internacional não se polarizam entre as Diretrizes da IBA e as Regras de Praga. Existem diversas outras instituições e organizações que dispõem de seus próprios códigos de conduta⁸⁴⁵, o que reforça o receio de uma *overregulation* discutida anteriormente, validando-se a necessidade de equilíbrio entre esta diversidade de *guidelines* e o risco de sufocar a flexibilidade tão característica da arbitragem.

Disponível em: <https://www.koreascience.or.kr/article/JAKO201931262478691.pdf>. Acesso em 27 ago. 2021. p. 67.

⁸⁴³ “According to the principle of party autonomy, the parties to an arbitration are free to agree on the procedure that best represents their interests and is suitable for the specific case at hand. Especially for parties with a civil law background who seek a more active tribunal, the Prague Rules may constitute an alternative to the IBA Rules.” LÖRCHER, Torsten. Cultural Considerations in Advocacy: Continental Europe. **Global Arbitration Review - The Guide to Advocacy**. 01 out. 2019. Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-advocacy/fourth-edition/article/cultural-considerations-in-advocacy-continental-europe>. Acesso em: 08 set. 2021.

⁸⁴⁴ Porém, ainda não há estatísticas ou dados a respeito da sua aceitação e aplicação nos procedimentos arbitrais nacionais ou internacionais, em especial por serem recentes.

⁸⁴⁵ Cabe ressaltar uma das mais recentes guidelines, ICCA Guidelines (International Council for Commercial Arbitration’s Guidelines on Standards of Practice in International Arbitration) de março de 2021. “The ICCA Guidelines consciously take a more moderate position than the 2013 IBA Guidelines on a number of controversial points. Indeed, the introduction states that the ICCA Guidelines are needed because ‘existing instruments do not fully reflect the specific setting, blend of cultures and situations in which international arbitration is employed’. Notably, the Guidelines place a strong emphasis on integrity, respect and civility, courtesy and professionalism, including respect of diversity and cultural backgrounds. Guideline II.D requires counsel to refrain from activities intended to obstruct, delay or disrupt the arbitration process.” (...) “The ICCA Guidelines do not contain any specific sanctions or sanction mechanism. Instead, Guideline III.B generally requires arbitrators to ensure that all participants ‘conduct themselves in a courteous and respectful manner throughout the proceedings’.” INTERNATIONAL Council for Commercial Arbitration (ICCA). **The Guidelines on Standards of Practice in International Arbitration**. 2021. Disponível em https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/ICCA_Guidelines_on_Standards_of_Practice_in_International_Arbitration.pdf. Acesso em: 08 set. 2021.

4.3 REGULAMENTOS DAS INSTITUIÇÕES DE ARBITRAGEM

As instituições de arbitragem também estão adstritas aos deveres éticos da arbitragem e devem assegurar que o devido processo seja respeitado e a eficiência seja alcançada.

Gilberto Giusti⁸⁴⁶ ministra que as instituições de arbitragem, independente de visarem o lucro, estão submetidas à ética empresarial, pois são prestadoras de serviços “administrativos e financeiros, que dão suporte organizacional à condução do procedimento arbitral” e em sua maioria, também praticam atos decisórios, como a indicação de árbitros quando não há consenso entre as partes, julgamento de impugnação de árbitro por um órgão colegiado etc.

As partes podem escolher a instituição arbitral – para muitos, de melhor custo-benefício⁸⁴⁷ que as arbitragens *ad hoc*- a quem vão submeter a administração do procedimento arbitral e esta escolha geralmente é feita com base na reputação da instituição, na sua lista de árbitros, nos seus regulamentos e custos. Cada instituição arbitral possui seu regulamento de arbitragem, ao qual as partes e o tribunal arbitral se vinculam, visando segurança, celeridade procedimental e transparência.

O papel das instituições arbitrais na prevenção e combate das táticas de guerrilha é conscientizar e garantir em seus regulamentos padrões objetivos de conduta. Não se trata de encarregar as instituições arbitrais de engessarem o procedimento ou intervirem na gestão do processo arbitral por parte do tribunal arbitral, mas incentivá-las a auxiliarem, por meio de seus regulamentos, com

846 GIUSTI, Gilberto. A Ética das Instituições de Arbitragem. **RBA**. n 40, p. 78-85, Out-Dez. 2013, p. 79-81.

847 “O custo-benefício de uma arbitragem institucional tem se mostrado bastante vantajoso para as partes, cujos advogados ficam livres para focar no trabalho postulatório em defesa das pretensões e dos interesses de seus clientes, enquanto os árbitros se concentram no papel de julgador, ainda que, claro, tenham sempre a última palavra no tocante à condução do procedimento naquilo que o regulamento da instituição for omissivo ou inaplicável. Em especial nas questões atinentes à administração dos recursos necessários ao desenvolvimento da arbitragem, é de todo conveniente que haja uma instituição que trate da cobrança e do pagamento desses valores. É sempre muito constrangedor, dada sua independência e imparcialidade, que os árbitros se imiscuam na cobrança direta de seus honorários às partes.” GIUSTI, Gilberto. A arbitragem e as partes na arbitragem internacional. In WALD, Arnoldo. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**: elementos da arbitragem e medidas de urgência. v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 80.

mecanismos eficientes de prevenção, controle e sanção das táticas de guerrilha⁸⁴⁸.

William Rowley⁸⁴⁹ informa que a ausência de padrões éticos exigíveis na arbitragem internacional em conjunto com a insuficiência de regras claras⁸⁵⁰ sobre os poderes do tribunal arbitral nos regulamentos das instituições arbitrais dificulta o enfrentamento das táticas de guerrilha na arbitragem comercial internacional. As instituições de arbitragem precisam “examinar suas próprias regras para ver como podem ser melhoradas em relação aos poderes do tribunal para administrar os bárbaros que passaram pelo portão e estão saqueando a cidade”⁸⁵¹.

Edna Sussman⁸⁵² alerta que embora não seja confortável para as instituições arbitrais, elas têm o dever de promulgar regras que imponham um comportamento ético e empoderem o tribunal para gerenciar os remédios

848 “[...] a instituição arbitral deve atuar sem protagonismo, com discrição e serenidade. Isso em nada conflita, porém, com a ideia de que as instituições assumam gradativamente o papel de promotoras de procedimentos mais céleres e eficientes, o que, em última análise, não deixa de integrar o compromisso ético das instituições para com aqueles usuários que elegem seus regulamentos e entregam-lhes a administração do procedimento.” GIUSTI, Gilberto. *A arbitragem e as partes na arbitragem internacional*. In WALD, Arnoldo. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**: elementos da arbitragem e medidas de urgência. v. 2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 84-85.

849 ROWLEY, J. William. 'Chapter 1, §1.04: Guerrilla Tactics and Developing Issues'. IN: HORVARTH, Günther J.; WILSKE, Stephan (eds), **Guerrilla Tactics in International Arbitration**, International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 20 – 30. p. 22.

850 GREBLER, Eduardo. A ética dos árbitros. **RBA**. n 40, p. 72-77, Out-Dez. 2013. O autor também critica a imprecisão conceitual dos regulamentos de arbitragem das instituições arbitrais brasileiras.

851 ROWLEY, J. William. 'Chapter 1, §1.04: Guerrilla Tactics and Developing Issues'. IN: HORVARTH, Günther J.; WILSKE, Stephan (eds), **Guerrilla Tactics in International Arbitration**, International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 20 – 30. p. 30.

852 SUSSMAN, Edna. Can Counsel Ethics Beat Guerrilla Tactics? Background and Impact of the New IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration. **NYSBA - New York Dispute Resolution Lawyer**. vol. 6, n. 2, p. 47-50, 2013, p. 49.

adequados⁸⁵³. Isto pode ser feito em conjunto com a adoção, pelas instituições de arbitragem, das Diretrizes da IBA⁸⁵⁴, por exemplo.

As instituições de arbitragem estão na melhor posição para impor eficiência aos procedimentos arbitrais⁸⁵⁵, o que muitas tem feito por meio de procedimentos expeditos, árbitros de emergência e outras medidas⁸⁵⁶, como relatórios de eficiência, incentivo a gestão mais célere do procedimento, como agendamento de audiências, disponibilidade dos árbitros e implementação de códigos de ética⁸⁵⁷ etc.

Para melhor compreender o papel das instituições arbitrais, adotou-se um recorte metodológico⁸⁵⁸ para o estudo, considerando o ranking das cinco

⁸⁵³ “In order to enable arbitral tribunals to deal effectively with guerrilla tactics, better support by arbitral institutions is also required. This support should come in the form of the adoption by each of the leading arbitral institutions (e.g., the ICC, LCIA, ICDR, UNCITRAL, ICSID and the like) of one or more new rules which make explicit the power of tribunals appointed pursuant to their rules to discipline counsel, including by their exclusion from the proceedings, in the event of their engaging in conduct that is found to be unethical, contrary to agreed or fixed procedures or designed principally to delay or derail the arbitration.” ROWLEY, J. William. ‘Chapter 1, §1.04: Guerrilla Tactics and Developing Issues’. IN: HORVARTH, Günther J.; WILSKE, Stephan (eds), **Guerrilla Tactics in International Arbitration**, International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 20 – 30. p. 29.

⁸⁵⁴ PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. As Diretrizes do International Bar Association sobre Conflitos de Interesses na Arbitragem Internacional. **RBAr**. N. 16, p. 7-40, Out-Dez/2007. p. 31-32 e ROWLEY, 2013, p. 29-30.

⁸⁵⁵ “Thus, arbitral institutions are in in the best position to improve the efficiency of arbitral proceedings. To this end, most institutions have introduced expedited procedures and other provisions with the purpose of streamlining the arbitral proceedings.” MISTELIS, Loukas A., Efficiency. What Else? Efficiency as the Emerging Defining Value of International Arbitration: between Systems theories and party autonomy (April 15, 2019). Queen Mary School of Law. **Legal Studies Research**. Paper n. 313/2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3372341>. Acesso em:: 6 mai. 2021. p. 30.

⁸⁵⁶ “Parece-nos, todavia, que, com a crescente capacitação profissional dos serviços de secretaria, de gerenciamento e de finanças das instituições brasileiras de arbitragem, a tendência é de que tais entidades assumam, sim, papel mais pró-ativo na condução eficiente do procedimento arbitral (jamais, claro, quanto ao julgamento do mérito da disputa), com maior e melhor acompanhamento da efetiva disponibilidade dos árbitros, incentivo ao agendamento breve de audiências, planilhamento dos custos ao longo do procedimento para melhor planejamento das partes e dos árbitros, e outros.” GIUSTI, Gilberto. A Ética das Instituições de Arbitragem. **RBA**. n 40, p. 78-85, Out-Dez. 2013, p. 84.

⁸⁵⁷ Diversas instituições de arbitragem e associações profissionais possuem códigos de ética, como é o caso da American Arbitration Association (AAA) com seu Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes, originário de 1977 e atualizado em 2004; da CIArb com seu Code of Professional and Ethical Conduct for Members de 2009.

⁸⁵⁸ Sem qualquer demérito às demais instituições de arbitragem nacionais e internacionais, mas cientificamente era preciso adotar um padrão objetivo para análise dos regulamentos e coleta de dados. De qualquer modo, outros regulamentos foram analisados ao longo da pesquisa, mas não fizeram parte dos dados expressos na tese, que demonstram que existe uma preocupação constante com a eficiência da arbitragem, expressa por meio de atualizações de Regulamentos, resoluções administrativas, implementação de políticas de proteção de dados, uso de tecnologia para audiências, gestão do processo e elaboração ou adesão à códigos de condutas éticas. Tudo

instituições arbitrais em destaque na Pesquisa da Queen Mary University e White & Case de 2021⁸⁵⁹. Para poder traçar um parâmetro com uma instituição de arbitragem sediada no Brasil, adotou-se a última Pesquisa coordenada e divulgada pela Profa. Selma Lemes⁸⁶⁰.

4.3.1 Regulamento da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI)⁸⁶¹

A Câmara de Comércio Internacional (CCI) é considerada uma das mais tradicionais câmaras de comércio do mundo⁸⁶². Possui em sua estrutura um órgão de arbitragem independente – a Corte Internacional de Arbitragem - que tem como atribuição administrar a resolução de controvérsias julgadas por tribunais arbitrais de acordo com as Regras de Arbitragem da CCI (art. 6.1 e 6.2 do Regulamento CCI/2021)⁸⁶³. A Corte examina e aprova as sentenças

isso movido pelo aumento dos custos e do tempo do procedimento arbitral, como confirmam as as recentes Pesquisas da Queen Mary University e White & Case.

⁸⁵⁹ QUEEN MARY UNIVERSITY AND WHITE & CASE. **2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world.** Disponível em: <https://www.whitecase.com/publications/insight/2021-international-arbitration-survey>. Acesso em: 10 set. 2021.

⁸⁶⁰ LEMES, Selma. **Arbitragem em Números e Valores.** 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/1/8d798318f697fe_analise-pesquisa-arbitragensns.pdf. Acesso em: 10 ago. 2021.

⁸⁶¹ Em inglês: International Court of Arbitration of the INTERNACIONAL CHAMBER OF COMMERCE. (ICC).

⁸⁶² “ICC is the institutional representative of more than 45 million companies in over 100 countries. Our mission is to make business work for everyone, every day, everywhere.” INTERNACIONAL CHAMBER OF COMMERCE. (ICC). **About us.** Disponível em <https://iccwbo.org/about-us/>. Acesso em: 15 set. 2021.

⁸⁶³ Cabe salientar que a CCI estabeleceu seu escritório regional para América Latina em São Paulo, em 2017. demonstrando a importância de São Paulo como um centro de arbitragem. Brasil ICC. Disponível em <https://www.iccbrasil.org/resolucao-de-litigios/arbitragem/>. Acesso em: 12 set. 2021.

proferidas, com o intuito de manter o padrão de qualidade CCI (art. 1.1, 1.2 e 34⁸⁶⁴ do Regulamento CCI/2021)⁸⁶⁵.

O Regulamento de Arbitragem da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (ICC), corresponde ao Regulamento de 2012, alterado em 2017 e 2021, em vigor desde 1º de janeiro de 2021. Segundo a CCI⁸⁶⁶ a atualização do Regulamento visa aumentar a flexibilidade, eficiência e transparência de suas arbitragens. Junto com o Regulamento, a Corte publicou também “Nota às partes e aos tribunais arbitrais sobre a condução da arbitragem conforme o Regulamento de Arbitragem CCI”⁸⁶⁷ a fim de auxiliar na sua compreensão.

Em sua atualização, o Regulamento da CCI de 2021, no art. 26.1 permitiu expressamente que a audiência arbitral possa ser realizada remotamente por videoconferência, telefone ou qualquer outro meio de comunicação apropriado⁸⁶⁸. Além disso, as novas regras da CCI incentivam que reuniões técnicas com árbitros de emergência, ou com a própria secretaria da instituição,

⁸⁶⁴ Art. 34 do Regulamento CCI/2021: “Exame prévio da sentença arbitral pela Corte: Antes de assinar qualquer sentença arbitral, o tribunal arbitral deverá apresentá-la sob a forma de minuta à Corte. A Corte poderá prescrever modificações quanto aos aspectos formais da sentença e, sem afetar a liberdade de decisão do tribunal arbitral, também poderá chamar a atenção para pontos relacionados com o mérito do litígio. Nenhuma sentença arbitral poderá ser proferida pelo tribunal arbitral antes de ter sido aprovada quanto à sua forma pela Corte.” INTERNACIONAL CHAMBER OF COMMERCE. (ICC). **Regulamento de Arbitragem CCI**. Disponível em <https://iccwbo.org/publication/2021-arbitration-rules-and-2014-mediation-rules-portuguese-version/>. Acesso em: 15 set. 2021.

⁸⁶⁵ Parágrafo 163: “O exame prévio que a Corte realiza com a assistência da Secretaria é um procedimento especial e minucioso que tem como objetivo assegurar que a qualidade de todas as sentenças arbitrais seja a mais elevada possível, com a máxima probabilidade de serem exequíveis”. INTERNACIONAL CHAMBER OF COMMERCE. (ICC). **Nota às partes e aos tribunais arbitrais sobre a condução da arbitragem conforme o Regulamento de Arbitragem CCI**. Disponível em <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2021/03/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration-portuguese-2021.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.

⁸⁶⁶ INTERNACIONAL CHAMBER OF COMMERCE. (ICC). **Regulamento de Arbitragem CCI**. Disponível em <https://iccwbo.org/publication/2021-arbitration-rules-and-2014-mediation-rules-portuguese-version/>. Acesso em: 15 set. 2021.

⁸⁶⁷ INTERNACIONAL CHAMBER OF COMMERCE. (ICC). **Nota às partes e aos tribunais arbitrais sobre a condução da arbitragem conforme o Regulamento de Arbitragem CCI**. Disponível em <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2021/03/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration-portuguese-2021.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.

⁸⁶⁸ O artigo 26.1, do ICC Arbitration Rules, assim dispõe: “A hearing shall be held in any of the parties so requests or, failing such a request, if the arbitral tribunal on its own motion decides to hear the parties. When a hearing is to be held, the arbitral tribunal, giving reasonable notice, shall summon the parties to appear before it on the day and and at the place fixed by it. The arbitral tribunal may decide, after consulting the parties, and on the basis of the relevant facts and circumstances of the case, that any hearing will be conducted by physical attendance or remotely by videoconference, telephone or the other appropriate means of communication ”.

sejam feitas, sempre que possível, por via remota. Ainda, como técnicas de gerenciamento de casos, a instituição aponta a utilização de telefone ou de videoconferência para atos processuais em que a presença não seja imprescindível e a utilização das tecnologias possibilite a comunicação entre as partes, a secretaria e o tribunal arbitral⁸⁶⁹.

No que tange aos pontos que podem auxiliar na prevenção e combate às táticas de guerrilha, cabe pontuar que o Regulamento 2021 reforça a independência e a imparcialidade dos árbitros⁸⁷⁰ (art. 11), e concede proatividade ao tribunal ao autorizá-lo a tomar todas as medidas necessárias para evitar um conflito de interesse de árbitro, provocado pela mudança na representação das partes, inclusive com a exclusão dos novos representantes (artigo 17.2⁸⁷¹), o que já foi apontado anteriormente como uma forma de tática de guerrilha da parte e/ou do seu advogado. No mesmo sentido, o Regulamento também se preocupou em exigir que as partes divulguem acordos sobre financiamento por terceiros para evitar conflitos de interesse (artigo 11.7⁸⁷²).

Sobre a condução dos procedimentos, o Regulamento se empenha no uso da tecnologia para auxiliar na celeridade das comunicações por meios eletrônicos (arts. 4 e 5), no incentivo de audiências remotas (art. 26.1), na criação

⁸⁶⁹ Appendix IV – ICC Arbitration Rules: f) Using telephone or video conferencing for procedural and other hearings where attendance in person is not essential and use of IT that enables online communication among the parties, the arbitral tribunal and the Secretariat of the Court.

⁸⁷⁰ Vide parágrafos 22 a 36 da **Nota às partes e aos tribunais arbitrais sobre a condução da arbitragem conforme o Regulamento de Arbitragem CCI**. Disponível em <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2021/03/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration-portuguese-2021.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.

⁸⁷¹ Art. 17.2 do Regulamento de Arbitragem CCI/2021: “Ao ser constituído, e após ter concedido às partes prazo razoável para a apresentação de observações por escrito, o tribunal arbitral poderá tomar todas as medidas necessárias para evitar um conflito de interesses de um árbitro decorrente da mudança na representação das partes, inclusive com exclusão dos novos representantes das partes em parte ou na totalidade do procedimento arbitral.” INTERNACIONAL CHAMBER OF COMMERCE. (ICC). **Regulamento de Arbitragem CCI**. Disponível em <https://iccwbo.org/publication/2021-arbitration-rules-and-2014-mediation-rules-portuguese-version/>. Acesso em: 15 set. 2021.

⁸⁷² Art. 11.7 do Regulamento CCI/2021: “Para auxiliar os candidatos a árbitro e os árbitros a cumprirem os seus deveres nos termos dos artigos 11(2) e 11(3), cada parte deverá notificar prontamente a Secretaria, o tribunal arbitral e as demais partes da existência e da identidade de qualquer terceiro que tenha celebrado acordo relativo ao financiamento de demandas ou defesas, nos quais essa parte tenha interesse econômico no resultado final da arbitragem.” INTERNACIONAL CHAMBER OF COMMERCE. (ICC). **Regulamento de Arbitragem CCI**. Disponível em <https://iccwbo.org/publication/2021-arbitration-rules-and-2014-mediation-rules-portuguese-version/>. Acesso em: 15 set. 2021.

de regras para integração de partes adicionais (art. 7) e para demandas entre múltiplas partes (art. 8), bem como na consolidação de arbitragens (art. 10).

A Corte tem papel fundamental na nomeação de árbitros caso as partes não cheguem a um acordo sobre o número de árbitros ou sua escolha (art. 12), podendo, inclusive, substituir um árbitro, sob sua iniciativa, se constatar que ele se encontra impedido *de jure* ou *de facto* de cumprir as suas atribuições como árbitro, ou quando não desempenhar as suas funções de acordo com o Regulamento, ou dentro dos prazos prescritos (art. 15.2). Aqui se nota a intervenção da Corte – não do tribunal arbitral – para afastar o árbitro que não agir dentro das suas funções ou se mostrar incapaz de cumprir prazos. Como observado anteriormente, o problema da indisponibilidade de horários de árbitros para dedicação ao processo arbitral tem levantado reclamações dos *players* em razão do aumento de tempo e custos da arbitragem, além de poder caracterizar uma tática de guerrilha do árbitro – que agiria assim por interesse de prejudicar uma parte ou o processo -, o que levou a CCI a prever essa possibilidade de substituição.

O Regulamento CCI/2021 prevê no art. 19 que em caso de omissão do Regulamento, quanto às regras do procedimento, caberá às partes escolherem as regras, e na sua falta, ao tribunal arbitral determinar qual lei processual será utilizada, ocorrendo o mesmo com o idioma (art. 20) e com o direito aplicável ao mérito (art. 21.1)

Para uma condução da arbitragem de forma expedita e eficiente quanto aos custos, o tribunal e as partes devem empregar todos os esforços (art. 22.1), inclusive com a adoção das técnicas de *case management* previstas no apêndice IV (art. 22.2), preservando sempre o tratamento equânime e imparcial, dando a cada parte a oportunidade de apresentar suas razões (art. 22.4), prevendo no art. 22.5 que as partes se comprometem a cumprir qualquer ordem proferida pelo tribunal arbitral. Deste modo, o regulamento é enfático quanto à sua obrigatoriedade, restando claro que não se trata de *soft law*, mas ao contrário, é vinculativo às partes e ao tribunal arbitral.

Interessante pontuar que a Corte incentiva a eficiência da atuação arbitral por meio da fixação de honorários arbitrais, aumentando ou reduzindo os honorários arbitrais, levando em consideração, a diligência e a eficiência do árbitro, o tempo despendido, a rapidez da arbitragem, a complexidade da matéria

e a apresentação em tempo oportuno da minuta de qualquer sentença arbitral.⁸⁷³

O art. 23 do Regulamento CCI/2021 prevê a elaboração da Ata de Missão, o que já foi relatado como instrumento de grande valia para prevenir e combater as táticas de guerrilha, já que ali é definida a missão do tribunal arbitral e a demanda a ser decidida, bem como os pontos controvertidos e as regras processuais aplicáveis. Com a aprovação da ata de missão, é dever do tribunal arbitral fixar o cronograma do procedimento (art. 24), visando eficiência e prevenção às medidas protelatórias, como pedidos de remarcação de audiências, apresentação de petições e/ou documentos fora dos prazos previstos.

No mesmo sentido, o art. 25.1 determina que o tribunal proceda à instrução da causa com a maior brevidade possível, recorrendo a todos os meios apropriados. Ao final, o tribunal arbitral deverá proferir uma sentença fundamentada (art. 32.2). É previsto ainda, que as partes podem realizar um acordo e submetê-lo à homologação na forma de sentença arbitral (art. 33).

O art. 38.5 do Regulamento prevê que o tribunal arbitral, ao tomar decisões relativas aos custos, deve considerar “quaisquer circunstâncias que entenda relevantes, inclusive em que medida cada parte conduziu a arbitragem de uma forma expedita e eficiente quanto aos custos”.

Em sua “Nota às partes e aos tribunais arbitrais sobre a condução da arbitragem conforme o Regulamento de Arbitragem CCI”, as notas sobre a

⁸⁷³ O Parágrafo 154 prevê um incentivo para o tribunal arbitral atuar de forma célere: “154. Desde que o tribunal arbitral tenha conduzido a arbitragem de forma expedita, a Corte poderá aumentar os honorários dos árbitros acima do montante em que eles seriam fixados, sob outras circunstâncias.” Do mesmo modo, o parágrafo 155 prevê uma sanção para o tribunal atrasado “155. No caso de apresentação da minuta de sentença arbitral fora do prazo acima citado no parágrafo 153, a Corte poderá reduzir os honorários, conforme abaixo estipulado, a não ser que esteja convencida de que o atraso se deva a fatores fora do controle dos árbitros ou a circunstâncias excepcionais, e sem prejuízo de outras medidas que possam ser tomadas pela Corte, como a substituição de um ou mais árbitros [...]”. O parágrafo 184 arremata “184. Nos termos do artigo 2 do Apêndice III, a Corte leva em consideração, ao fixar os honorários de árbitros, a diligência e a eficiência do árbitro, o tempo despendido, a rapidez da arbitragem, a complexidade da matéria e a apresentação em tempo oportuno da minuta de qualquer sentença arbitral. Para tanto, a Secretaria solicitará aos árbitros que apresentem as informações especificadas no parágrafo 87.” INTERNACIONAL CHAMBER OF COMMERCE. (ICC). **Nota às partes e aos tribunais arbitrais sobre a condução da arbitragem conforme o Regulamento de Arbitragem CCI**. Disponível em <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2021/03/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration-portuguese-2021.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.

conduta dos participantes na arbitragem⁸⁷⁴ informa que se espera “que os atores arbitrais obedeçam aos mais elevados padrões de integridade e honestidade, atuando de forma honrosa, cortês e profissional e incentivando todos os demais participantes na arbitragem a atuarem da mesma forma”. Além disso, dispõe que os árbitros devem cumprir seus deveres com uma postura independente e imparcial, evitando “comportamento que possa criar qualquer conflito de interesses, parcialidade ou aparência de parcialidade, e não permitir que considerações alheias à arbitragem possam influenciar suas decisões”. A Corte também recomenda “às partes e aos tribunais arbitrais que, onde cabível, adotem as Diretrizes da *Internacional Bar Association* (IBA) sobre a Representação de Partes em Arbitragem Internacional ou sigam as orientações ali previstas”. E por fim, dispõe que nenhum árbitro ou candidato a árbitro deverá se envolver em comunicações *ex-parte* com qualquer parte ou representante de parte, com referência ao mérito da arbitragem.

Considerando o aumento de custos e de tempo relatados ao longo desta pesquisa, a CCI implementou diversas normativas⁸⁷⁵ com o objetivo de tornar seus procedimentos mais eficientes, inclusive no que reflete na prevenção e combate às táticas de guerrilha dilatórias.

Deste modo, pode-se concluir que a Corte da CCI propõe um monitoramento robusto das arbitragens pendentes sob seu Regulamento, incentivando que o tribunal tenha um papel eficiente na prevenção, combate e sanções às táticas de guerrilha⁸⁷⁶.

⁸⁷⁴ Parágrafos 65 a 68. INTERNACIONAL CHAMBER OF COMMERCE. (ICC). **Nota às partes e aos tribunais arbitrais sobre a condução da arbitragem conforme o Regulamento de Arbitragem CCI**. Disponível em <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2021/03/icc-note-to-parties-and-arbitral-tribunals-on-the-conduct-of-arbitration-portuguese-2021.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.

⁸⁷⁵ Dentre seu corpo normativo, é possível elencar: ICC In-House Guide on Effective Arbitration Management; ICC Note to Parties and Arbitral Tribunals on Conduct of the Arbitration; ICC Report on Managing e-document production (2016); ICC Report on Decisions on Costs in International Arbitration (2015); ICC Report on Controlling Time and Costs in International Arbitration (2007 revised 2018); ICC Report on Financial Institutions and International Arbitration (2016) and Supplement Materials (2018); ICC Report on IT in International Arbitration (2017); ICC Report on State Entities and ICC Arbitration (2015 revised 2017); ICC Report on Emergency Arbitrator Proceedings (2019); ICC Report on Construction Industry Arbitrations: Recommended Tools and Techniques for Effective Management (2001 revised 2019); Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration in 2012; ICC Checklist on correction and interpretation of awards; Note to parties and arbitral tribunal on ICC Compliance (2017).

⁸⁷⁶ ORLOWSKI, Victoria. 'Chapter 2, §2.02: The Perspective of Arbitral Institutions: Upping the Arsenal – Using the ICC Rules to Counteract Guerilla Tactics'. IN: HORVARTH, Günther J.;

4.3.2 Regulamento da Corte de Arbitragem Internacional de Londres (LCIA)⁸⁷⁷

A Corte de Arbitragem Internacional de Londres (LCIA) é uma das principais instituições internacionais para resolução de disputas comerciais⁸⁷⁸. Foi formalmente inaugurada em 23 de novembro de 1892 com o nome de “Câmara de Arbitragem da Cidade de Londres”. Em 1903, o tribunal foi renomeado como “Corte de Arbitragem de Londres” e em 1981 como “Corte de Arbitragem Internacional de Londres” a fim de refletir sua atuação predominantemente internacional⁸⁷⁹.

Em sua organização interna, a LCIA possui uma estrutura dividida entre a Empresa, a Corte Arbitral e a Secretaria. A Corte é composta por até trinta e cinco membros, mais representantes de instituições associadas, e ex-presidentes, selecionados para oferecer equilíbrio e qualidade, destes apenas seis podem ser de nacionalidade britânica a fim de garantir seu alcance de internacionalidade. A função da Corte Arbitral é, enquanto autoridade final, aplicar as regras da LCIA, nomear os tribunais arbitrais, resolver as impugnações aos árbitros e controlar os custos da arbitragem⁸⁸⁰.

A LCIA destaca-se no top 5 das instituições arbitrais, segundo a Pesquisa Queen Mary University e White & Case de 2021, mantendo seu prestígio. A LCIA é pioneira⁸⁸¹ em instituir um Código de Conduta Ética em 2014, por meio das

WILSKE, Stephan (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 54 – 69, p. 55.

⁸⁷⁷ Em inglês: The London Court of International Arbitration (LCIA).

⁸⁷⁸ LONDON COURT OF INTERNACIONAL ARBITRATION. **Introduction**. Disponível em <https://www.lcia.org/LCIA/introduction.aspx##>. Acesso em: 15 set. 2021.

⁸⁷⁹ Ressalta-se que em torno de 80% das arbitragens da LCIA são internacionais e que em 1986, ela tornou-se uma empresa privada sem fins lucrativos. LONDON COURT OF INTERNACIONAL ARBITRATION. **History**. Disponível em <https://www.lcia.org/LCIA/history.aspx>. Acesso em: 15 set. 2021.

⁸⁸⁰ LONDON COURT OF INTERNACIONAL ARBITRATION. **Organisation**. Disponível em: <https://www.lcia.org/LCIA/organisation.aspx>. Acesso em: 15 set. 2021.

⁸⁸¹ “As revisões nas Regras do LCIA de 2014 representam a primeira grande iniciativa, a nível institucional, para estabelecer uma estrutura ética escrita que rege a conduta do advogado com os padrões expressamente executáveis pelo tribunal arbitral.” CAHER, Charlie e LIM, Jonathan. Regulation of Counsel and Professional Conduct in International Arbitration. **The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration 2019**. 16 ed., London: Global Legal Group, 2019, p. 1-8. Disponível em <http://documents.jdsupra.com/42a6e900-2f10-4828-8336-95e98596030d.pdf>. Acesso em: 08 set. 2021. p. 3.

Diretrizes Gerais para Representantes Legais das Partes – Anexo do Regulamento.

Elena Helmer⁸⁸² considera que as regras da LCIA são as mais influenciadas pela *common law*, em que pese adotarem práticas da *civil law*, adaptando-se às necessidades dos usuários. Atenta à realidade tecnológica, a LCIA atualizou o seu Regulamento, em vigor desde 1º de outubro de 2020⁸⁸³, onde amplia e prevê expressamente a comunicação em formato eletrônico, por e-mail ou outro meio eletrônico (art. 4), a realização de audiências virtuais⁸⁸⁴ e possibilita que as sentenças arbitrais sejam assinadas eletronicamente⁸⁸⁵.

O Regulamento da LCIA⁸⁸⁶ cuida da imparcialidade dos árbitros (art. 5.3), exigindo que o candidato à árbitro revele se existem quaisquer circunstâncias conhecidas que possam suscitar dúvidas justificáveis quanto à sua imparcialidade ou independência e declare se está pronto, disposto e capaz de dedicar tempo e diligência suficientes para assegurar a condução rápida e eficiente da arbitragem (art. 5.4). Cabe à Corte da LCIA nomear os árbitros (arts. 5.6 e 5.7) e também revogar a nomeação em caso de renúncia, doença grave, incapacidade ou inaptidão para agir⁸⁸⁷, caso existam circunstâncias que

⁸⁸² HELMER, Elena V. International Commercial Arbitration: Americanized, Civilized, or Harmonized. **Ohio St. J. on Disp. Resol.**, v. 19, p. 35-68, 2003, p. 56-57. Disponível em: <https://kb.osu.edu/handle/1811/77162>. Acesso em: 17 abr. 2021.

⁸⁸³ LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION (LCIA). **LCIA Arbitration Rules**. 2020. Disponível em: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx#Annex. Acesso em: 15 set. 2021.

⁸⁸⁴ 19.2 The Arbitral Tribunal shall organise the conduct of any hearing in advance, in consultation with the parties. The Arbitral Tribunal shall have the fullest authority under the Arbitration Agreement to establish the conduct of a hearing, including its date, duration, form, content, procedure, timelimits and geographical place (if applicable). As to form, a hearing may take place in person, or virtually by conference call, videoconference or using other communications technology with participants in one or more geographical places (or in a combined form). As to content, the Arbitral Tribunal may require the parties to address specific questions or issues arising from the parties' dispute. The Arbitral Tribunal may also limit the extent to which questions or issues are to be addressed.

⁸⁸⁵ 26.2 The Arbitral Tribunal shall make any award in writing and, unless all parties agree in writing otherwise, shall state the reasons upon which such award is based. The award shall also state the date when the award is made and the seat of the arbitration; and it shall be signed by the Arbitral Tribunal or those of its members assenting to it. Unless the parties agree otherwise, or the Arbitral Tribunal or LCIA Court directs otherwise, any award may be signed electronically and/or in counterparts and assembled into a single instrument.

⁸⁸⁶ LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION (LCIA). **LCIA Arbitration Rules**. 2020. Disponível em: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx#Annex. Acesso em: 15 set. 2021.

⁸⁸⁷ "Art. 10.2: O Tribunal do LCIA pode determinar que um árbitro é incapaz de agir de acordo com o Artigo 10.1 se esse árbitro: (i) agir em violação deliberada do Acordo de Arbitragem; (ii)

suscitem dúvidas justificáveis quanto à imparcialidade ou independência desse árbitro (art. 10.1). A Corte decide sobre as impugnações aos árbitros (art. 11).

A LCIA prevê a possibilidade de continuidade de uma arbitragem pela maioria, caso um árbitro se recuse ou persista em não participar das deliberações do tribunal arbitral (art. 12.1), a fim de não retardar a resolução do conflito.

Após a formação do tribunal arbitral, as comunicações devem ocorrer diretamente entre o tribunal e as partes (art. 13.1), proibindo que a parte delibere unilateralmente sobre as questões relacionadas à arbitragem com qualquer membro da Corte da LCIA ou do tribunal arbitral (art. 13.4).

Na condução do processo arbitral, o Regulamento impõe que o tribunal arbitral aja de forma justa, imparcial e possibilitando a cada uma das partes oportunidade razoável de apresentar seu caso e lidar com o(s) seu(s) oponente(s); adotando procedimentos que evitem atrasos e despesas desnecessárias, de modo a fornecer um meio justo, eficiente e ágil para a resolução final da controvérsia das partes (art. 14.1), inclusive por meio de uma ordem processual adequada (art. 14.5) podendo para isso (art. 14.6): limitar a extensão, conteúdo ou dispensar declaração escrita; limitar depoimento escrito e oral de qualquer testemunha; empregar tecnologia para aumentar a eficiência e a condução ágil da arbitragem; dispensar audiência, estabelecer um período de tempo apropriado para qualquer etapa da arbitragem, inclusive com relação à condução de qualquer audiência; reduzir qualquer período de tempo, ouvidas as partes; e fazer qualquer outra ordem que considere apropriada nas circunstâncias da arbitragem.

O tribunal arbitral pode exigir que as partes forneçam a qualificação das testemunhas, identificando o conteúdo do depoimento e sua relevância para as questões na arbitragem (art. 20.2). Também é possibilitada a apresentação de depoimento escrito da testemunha (art. 20.3 e 20.4) e posterior interrogatório oral em audiência (art. 20.5), ficando autorizada a entrevista (pela parte ou advogado) de qualquer testemunha potencial para a finalidade de apresentar seu depoimento em forma escrita ao Tribunal Arbitral ou apresentando essa pessoa como testemunha oral em qualquer audiência (20.6). Qualquer pessoa que

não age de forma justa ou imparcial entre as partes; ou (iii) não conduz ou participa da arbitragem com eficiência, diligência e indústria razoáveis.” (trad. livre)

deponha perante o tribunal arbitral será tratado como testemunha (art. 20.7), podendo o tribunal, conforme a lei aplicável, administrar juramento antes do depoimento (art. 20.8). É uma forma de atender às culturas que exigem um juramento solene antes do depoimento, a fim de não invalidar a prova ou até mesmo a sentença em caso de reconhecimento em outro Estado. E por fim, é garantido tanto às partes quanto ao tribunal interrogar as testemunhas (art. 20.9), adaptando novamente o procedimento às culturas jurídicas diversas.

No que tange à prova pericial, qualquer especialista que for chamado a contribuir com o processo arbitral deve permanecer imparcial e independente das partes (art. 21.2). O Regulamento autoriza que o tribunal arbitral também nomeie peritos para esclarecer questões específicas por escrito (art. 21.1) e que, a pedido das partes ou do tribunal, ele compareça a uma audiência oral (art. 21.4).

Assim como a ICC, a LCIA também empodera o tribunal arbitral a recusar qualquer alteração ou adição de um representante da parte que seja capaz de gerar um possível conflito de interesses ou outro impedimento semelhante (art. 18.4).

No entanto, o Regulamento da LCIA vai além e reza que as partes assegurarão que seus representantes cumpram as Diretrizes Gerais contidas no Anexo às Regras da LCIA, como condição para tal representação (art. 18.5). E deste modo, a LCIA vincula tanto as partes quanto seus representantes às Diretrizes éticas, o que é fundamental, já que as partes contratam seus representantes e devem estar cientes dos comportamentos adotados por eles. E, por outro lado, é um incentivo para que o profissional atue de acordo com a ética esperada para não ficar “mal visto” pelo cliente, resultando em um mecanismo interessante de prevenção e controle das táticas de guerrilha na arbitragem internacional.

Paula Hodges⁸⁸⁸ elogia o fato das Diretrizes da LCIA aplicarem-se automaticamente a quaisquer arbitragens conduzidas de acordo com as novas Regras da LCIA, a menos que as partes tenham optado por outra, o que é raro.

⁸⁸⁸ HODGES, Paula. Equality of Arms in International Arbitration: Who Is the Best Arbiter of Fairness in the Conduct of Proceedings? in Andrea Menaker (ed), **International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity**, ICCA Congress Series, Volume 19 (© Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International 2017) p. 599 – 633, p. 618.

Deste modo, sendo automáticas, elas possibilitam que os árbitros façam uso delas para sancionar advogados guerrilheiros.

Dando um passo ainda maior, o art. 18.6 prevê a possibilidade do tribunal arbitral sancionar o advogado, por meio de: “(i) uma reprimenda por escrito; (ii) uma advertência por escrito quanto à conduta futura na arbitragem; e (iii) qualquer outra medida necessária para cumprir, no âmbito da arbitragem, os deveres gerais exigidos ao Tribunal Arbitral de acordo com o artigo 14.”

É claro que o Regulamento não foi explícito quanto à sanção monetária ou reputacional do advogado, mas ao autorizar qualquer outra medida necessária a ser tomada pelo tribunal arbitral, foi progressista⁸⁸⁹.

O art. 22 do Regulamento trata dos poderes adicionais do tribunal arbitral, elencando diversos poderes instrutórios e de gestão processual, para a melhor adequação do procedimento ao caso concreto, na busca de eficiência, inclusive autorizando que o tribunal ordene o cumprimento de qualquer obrigação legal ou pagamento de compensação pela violação de qualquer obrigação legal ou execução específica de qualquer acordo, bem como a consolidação de pedidos e/ou de arbitragens (mediante aprovação da Corte).

O tribunal arbitral é competente para julgar sua competência (art. 23.1), considerando que a cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato (art. 23.2) e que após a formação do tribunal arbitral, as partes serão tratadas como se tivessem concordado em não recorrer a qualquer tribunal estadual ou outra autoridade legal para qualquer reparação em relação à jurisdição ou autoridade do Tribunal Arbitral durante o procedimento arbitral (art. 23.5).

Ainda, a fim de evitar táticas dilatórias, a Corte pode instruir as partes, nas proporções e nos momentos que julgar apropriados, a fazer um ou mais pagamentos adiantados (art. 24.1) e caso a parte não pague, a Corte pode instruir a outra parte a efetuar-lo para que a arbitragem prossiga (art. 24.6).

⁸⁸⁹ “O simples fato de que as Regras de Arbitragem da LCIA preveem explicitamente tal poder sancionatório, no entanto, já é um passo na direção certa.” WILSKE, Stephan. Sanctions against counsel in international arbitration – possible, desirable or conceptual confusion? **Contemporary Asia Arbitration Journal**, v. 8, n. 2, p. 141-184, nov. 2015. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2699476. Acesso em 06 set. 2021. p. 162.

O Regulamento também se preocupou em abordar o *compliance* no art. 24A⁸⁹⁰ e as medidas provisórias e conservatórias no art. 25. O art. 26 trata da sentença, prevendo que é final e vinculativa para as partes que se comprometem a executá-la imediatamente, renunciando ao seu direito de recurso ou revisão perante qualquer tribunal ou autoridade legal (art. 26.8). O Tribunal Arbitral tomará suas decisões sobre custas com base no princípio geral de que devem refletir o sucesso relativo das partes e o fracasso na sentença, considerando também a conduta das partes e de seus representantes (art. 28.4).

O regulamento ainda trata do dever de confidencialidade (art. 30.1) que se estende a todos que tenham contato com a arbitragem⁸⁹¹ e sobre a proteção geral de dados (art. 30.4). Os atores arbitrais devem, diante de eventuais lacunas, agir sempre de boa fé, respeitando o espírito do Acordo de Arbitragem e envidando todos os esforços razoáveis para garantir que qualquer sentença seja legalmente reconhecida e exequível na sede arbitral (art. 32.1). Ou seja, como regra de integração, o Regulamento preza pelo princípio da boa-fé.

No anexo do Regulamento, encontram-se as Diretrizes Gerais para os Representantes Legais das Partes, que não foram alteradas em 2020, permanecendo as mesmas de 2014, o que sugere que tiveram uma boa aceitação⁸⁹². As Diretrizes consistem em 7 parágrafos e tornam-se aplicáveis

⁸⁹⁰ “Article 24A Compliance. 24.9 Any dealings between a party and the LCIA will be subject to any requirements applicable to that party or the LCIA relating to bribery, corruption, terrorist financing, fraud, tax evasion, money laundering and/or economic or trade sanctions (“Prohibited Activity”), and the LCIA will deal with any party on the understanding that it is complying with all such requirements. 24.10 The LCIA may refuse to act on any instruction and/or accept or make any payment if the LCIA determines (in its sole discretion and without the need to state any reasons) that doing so may involve Prohibited Activity, or breach any law, regulation, or other legal duty which applies to it, or that doing so might otherwise expose the LCIA to enforcement action or censure from any regulator or law enforcement agency. 24.11 The parties agree to provide the LCIA with any information and/or documents reasonably requested by the LCIA for the purpose of compliance with laws relating to Prohibited Activity. The LCIA may take any action it considers appropriate to comply with any applicable obligations relating to Prohibited Activity, including disclosure of any information and documents to courts, law enforcement agencies or regulatory authorities.”

⁸⁹¹ KLÄSENER, Amy; LOFTI, Courtney. Party and Counsel Ethics in the Taking of Evidence. **Global Arbitration Review - The Guide to Evidence in International Arbitration**. 3 set. 2021. Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-evidence-in-international-arbitration/1st-edition/article/party-and-counsel-ethics-in-the-taking-of-evidence>. Acesso em: 06 set. 2021. Os autores chamam a atenção para o artigo 30.1 que contém deveres de confidencialidade a respeito de documentos não públicos produzidos na arbitragem que são amplamente equivalentes ao escopo do artigo 13.3 das Regras da IBA.

⁸⁹² KLÄSENER, Amy; LOFTI, Courtney. Party and Counsel Ethics in the Taking of Evidence. **Global Arbitration Review - The Guide to Evidence in International Arbitration**. 3 set. 2021. Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-evidence-in-international->

aos advogados em razão do disposto no art. 18.5 e 18.6 do Regulamento, ou seja, pelo comprometimento das partes de que seus representantes a aceitam⁸⁹³.

Deste modo, a LCIA toma uma terceira via, pois a abordagem ocorre por adesão das partes – mais consistente com os fundamentos contratuais da arbitragem-, o que garante legitimidade, diferente da abordagem de “poderes inerentes do tribunal” ou “diretrizes de uma associação profissional”⁸⁹⁴.

O Parágrafo 1º ressalta que as Diretrizes têm por objetivo promover a boa e igualitária conduta dos representantes autorizados das partes, não tendo intuito de derrogar a convenção arbitral, nem minar o dever de lealdade do representante para com a parte ou de derrogar quaisquer leis, regras profissionais ou códigos de conduta.

O Parágrafo 2º determina que o representante não deve se envolver em atividades destinadas injustamente a obstruir a arbitragem, comprometer a sentença, apresentar impugnações repetidas à nomeação de um árbitro. Ou

arbitration/1st-edition/article/party-and-counsel-ethics-in-the-taking-of-evidence. Acesso em: 06 set. 2021.

⁸⁹³ “However, by naming a law firm on a case, it should be assumed that all legal staff involved on the case should be subject to these rules of conduct.” HODGES, Paula. Equality of Arms in International Arbitration: Who Is the Best Arbiter of Fairness in the Conduct of Proceedings?’ in Andrea Menaker (ed), **International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity**, ICCA Congress Series, Volume 19 (© Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International 2017) p. 599 – 633.

⁸⁹⁴ PARK, William W. The procedural soft law of international arbitration: non-governmental instruments. In MISTELIS, Loukas A.; LEW QC, Julian David Matheu. (ed.) **Pervasive Problems in International Arbitration**. Kluwer Law International, p. 141-154, 2016. Disponível em <http://www.williamwpark.com/documents/Soft%20Law.pdf>. Acesso em 05 set. 2021. p. 419-420. Paula Hodges já é mais enfática e argumenta que a LCIA Guidelines é mais efetiva que a IBA Guidelines on Party Representation. “However, it is clear that these LCIA Guidelines have more teeth than the IBA Guidelines on Party Representation. This is because the parties, by adopting the LCIA Rules in their arbitration agreements, have agreed to apply these LCIA Guidelines and to allow the tribunal to take such measures as it considers necessary to sanction misconduct. The result achieved by the LCIA Guidelines is a measured one – it prohibits behaviours which are likely to be considered undesirable by most parties, tribunals and arbitration practitioners. This contrasts with the broader regulatory approach taken by the IBA Guidelines on Party Representation, which aim to draw a boundary of permissible conduct in areas which are subject to differing standards across jurisdictions, such as witness preparation. The LCIA Guidelines also gain further legitimacy, as they sit firmly in the existing arbitral framework which entitles parties to select the rules which will apply to their proceedings by adopting an institutional code. One can only wait to see the extent to which tribunals apply the LCIA Guidelines expressly and actively.” HODGES, Paula. Equality of Arms in International Arbitration: Who Is the Best Arbiter of Fairness in the Conduct of Proceedings?’ in Andrea Menaker (ed), **International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity**, ICCA Congress Series, Volume 19 (© Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International 2017) p. 599 – 633.

seja, este parágrafo ataca as táticas de guerrilhas⁸⁹⁵ protelatórias, na medida em que impõe que o advogado se abstenha destes comportamentos.

Os Parágrafos 3, 4 e 5 proibem que o representante apresente declaração falsa, auxilie na preparação de qualquer prova falsa ao tribunal arbitral ou à Corte da LCIA ou oculte documentos. Estas condutas vão muito além de táticas de guerrilha dilatórias, podendo constituir crimes e/ou infrações profissionais, devendo ser também conhecidas nas instâncias nacionais competentes.

O Parágrafo 6 veda a comunicação unilateral com relação ao objeto da arbitragem, assim como previsto no art. 13 do Regulamento.

Por fim, o Parágrafo 7 reza que o tribunal arbitral pode decidir se um representante autorizado violou essas diretrizes gerais e, em caso afirmativo, exercer seu poder discricionário para impor qualquer ou todas as sanções listadas no Artigo 18.6.

Paula Hodges⁸⁹⁶ entende que as obrigações incorporadas nas Diretrizes da LCIA são de alto nível e incontroversas para a maioria dos profissionais do direito, mas sua ampla redação pode dar origem a um grau de incerteza que, em última instância, cabe ao tribunal resolver, pois ela deixou de elencar diversas táticas de guerrilha protelatórias e deste modo, sua interpretação e aplicação das sanções ficarão ao critério do tribunal arbitral, que ela acredita, serão cautelosos em sua aplicação para não correrem o risco de sua sentença ser questionada pela parte perdedora.

Ainda não há dados suficientes para medir a aceitação e a eficiência das normas éticas da LCIA, mas são, sem dúvida, as mais progressista em termos de prevenção e combate das táticas de guerrilha na arbitragem internacional, ou por outro viés, a mais intervencionista, avançando em termos de poderes ao tribunal arbitral para que possa impor sanções aos guerrilheiros arbitrais, inclusive aos advogados.

⁸⁹⁵ A LCIA não adota a nomenclatura táticas de guerrilha de maneira expressa. No entanto, ao abordar os comportamentos que devem ser evitados e traçar posturas tidas como inaceitáveis, é certo que a LCIA se refere às táticas de guerrilha para os propósitos aqui verificados.

⁸⁹⁶ HODGES, Paula. Equality of Arms in International Arbitration: Who Is the Best Arbiter of Fairness in the Conduct of Proceedings?' in Andrea Menaker (ed), **International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity**, ICCA Congress Series, Volume 19 (© Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International 2017) p. 599 – 633.

Por sua vez, chama atenção o fato dela ter perdido algumas posições no ranking das principais instituições de arbitragem internacional, na última pesquisa da Queen Mary University e White & Case de 2021, para instituições de arbitragem asiáticas, muito menos “reguladoras”. Este fato obrigará os arbitralistas a acompanharem mais de perto as “cenas dos próximos capítulos” da arbitragem internacional para identificar se é só uma questão de coincidência, se é um fato normal diante do deslocamento do poder econômico para a Ásia (fenômeno China), se é mérito das instituições asiáticas que estão se demonstrando mais eficientes ou se consiste em um movimento de fuga dos guerrilheiros para instituições de arbitragem menos exigentes.

4.3.3 Regulamento do Centro Internacional de Arbitragem de Cingapura (SIAC)⁸⁹⁷

Segundo a Pesquisa Queen Mary University e White & Case de 2021⁸⁹⁸, o Centro Internacional de Arbitragem de Cingapura (SIAC) é a segunda colocada no ranking das instituições de arbitragem favoritas dos seus entrevistados, ficando atrás apenas da CCI. A história do SIAC inicia em 1986 quando o Comitê Econômico do Governo de Cingapura recomendou o estabelecimento de um centro de arbitragem internacional em Cingapura para auxiliar no desenvolvimento de um centro regional de serviços jurídicos. O SIAC nasce em março de 1990 como uma empresa pública sem fins lucrativos limitada por garantia sob o controle do Ministério do Comércio e Indústria de Cingapura, mas passos largos foram dados no sentido de internacionalizá-la até que chegasse à potência atual⁸⁹⁹.

O SIAC atualizou seu Regulamento de Arbitragem em 2016⁹⁰⁰, estabelecendo parâmetros para arbitragem expedita (art. 5), múltiplos contratos

⁸⁹⁷ Em inglês: Singapore International Arbitration Centre.

⁸⁹⁸ QUEEN MARY UNIVERSITY AND WHITE & CASE. **2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world.** Disponível em: <https://www.whitecase.com/publications/insight/2021-international-arbitration-survey>. Acesso em: 10 set. 2021.

⁸⁹⁹ CHOONG, John, MANGAN, Mark, LINGARD, Nicholas. **A Guide to the SIAC Arbitration Rules.** 2 ed. Oxford University Press, 2018. p. 55.

⁹⁰⁰ SINGAPORE INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE. **Regulamento de Arbitragem do Centro de Arbitragem Internacional de Singapura.** 6ª ed. 2016. Disponível em:

(art. 6), inclusão de terceiros (art. 7), consolidação de arbitragens (art. 8), constituição do tribunal arbitral, em regra, por um árbitro único (art. 9.1 e art. 10), sendo composto por três em casos considerados complexos (art. 9.1 e art. 11), ficando todas as nomeações condicionadas⁹⁰¹ à autorização do Presidente da Corte SIAC (art. 9.3), cuja decisão é final e irrecurável (art. 9.4).

O árbitro deve agir com imparcialidade e independência (art. 13.1), devendo revelar às partes e ao Secretário qualquer circunstância que possa gerar dúvidas razoáveis (art. 13.4). O Regulamento veda a comunicação *ex parte* relacionada à demanda arbitral (art. 13.6). A impugnação ao árbitro está disposta no art. 15, cabendo seu julgamento à Corte (art. 16). Consta no art. 15.5 que se um árbitro for impugnado por uma parte e a outra concordar com a impugnação, a Corte removerá o árbitro. O árbitro impugnado também poderá voluntariamente renunciar ao cargo. Em nenhum dos casos isso implicará em aceitação da validade das razões para a impugnação.

No que tange à condução da arbitragem, o tribunal deve conduzir como entender apropriado, ouvindo as partes, garantindo uma resolução justa, célere, econômica e final do litígio (art. 19.1). Cabe ao tribunal determinar a relevância, materialidade e admissibilidade das provas, não estando adstrito a aplicar, em suas decisões, as regras sobre provas do direito material aplicável (art. 19.2). O Regulamento aconselha uma reunião para que o tribunal e as partes, presencialmente ou por qualquer outro meio, discutam o procedimento mais apropriado e eficiente à condução do caso (art. 19.3), o que previne as táticas de guerrilha protelatórias e instrumentaliza o tribunal a combater-las, caso venham a acontecer. Atente-se que o Regulamento não prioriza a comunicação eletrônica, como a CCI e a LCIA que atualizaram seus Regulamentos durante a pandemia do COVID-19.

O art. 19.4 reza que o tribunal poderá, discricionariamente, alterar a ordem do procedimento, excluir depoimentos repetidos ou irrelevantes ou qualquer outra prova e direcionar as partes para focarem suas manifestações em questões que contribuam para a resolução do litígio, total ou parcialmente. Neste

<https://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/2016/SIAC%20Rules%202016%20-%20Portuguese%20version.pdf>. Acesso em: 10 set. 2021. Cabe mencionar que o SIAC também possui um regulamento para arbitragem de investimento, o Investment Arbitration Rules of the Singapore International Arbitration Centre – SIAC Investment Rules.

⁹⁰¹ Assim como ocorre na LCIA e no HKIAC.

sentido, o Regulamento reforça os poderes do tribunal para conduzir o procedimento da melhor maneira possível visando eficiência, efetividade e justiça.

Quanto à representação das partes, o Regulamento é liberal, possibilitando que seja por advogado ou qualquer outro representante autorizado (art. 23.1), no entanto, qualquer alteração ou inclusão de representantes pelas partes deverá ser imediatamente comunicada por escrito às partes, ao tribunal e ao secretário. Ao contrário dos Regulamentos da CCI e LCIA, o Regulamento do SIAC não prevê expressamente a autorização de rejeição do representante se vier a causar conflito de interesse com o tribunal arbitral.

Havendo necessidade de realizar audiência, ela será privada, e qualquer gravação, transcrição ou documento utilizado deverá permanecer confidencial (art. 24.4). As testemunhas devem ser identificadas, bem como o assunto do depoimento e relevância para o caso (art. 25.1), podendo o tribunal permitir, recusar ou limitar o comparecimento de testemunhas (art. 25.2) que serão questionadas pelas partes e pelo tribunal (art. 25.3). O Regulamento permite, no art. 25.5 que as partes e seus representantes interroguem qualquer testemunha ou potencial testemunha antes de seu comparecimento para prestar depoimento em audiência, conduta típica da *common law*, que já demonstra ser uma prática da arbitragem internacional, também prevista nas Regras da IBA. Ainda sobre provas, o tribunal pode nomear perito para analisar questões específicas (art. 26.1), inclusive determinando que a parte apresente documentos, bens ou propriedades para análise do perito. O perito deve apresentar um laudo escrito (art. 26.2) e pode ser chamado a comparecer à audiência (art. 26.3) para esclarecimentos.

Dentre os poderes adicionais do tribunal, o rol do art. 27 é extenso e bastante preocupado com a efetividade do processo arbitral e com medidas assecuratórias. Exemplificativamente, dentre os poderes do tribunal estão: determinar a correção ou retificação de qualquer contrato; alterar prazos; determinar que as partes disponibilizem documentos, propriedades ou coisa em sua posse ou controle para inspeção; determinar a preservação, armazenamento, venda ou disposição de qualquer propriedade ou coisa que

seja ou faça parte do mérito da disputa⁹⁰²; proferir ordem ou sentença para que a parte restitua depósitos não pagos, se abstenha de tornar a sentença ineficaz devido à alienação de ativos, forneça garantias de pagamento; determinar à parte que produza prova via depoimento ou qualquer outra forma; decidir questões lacunosas, determinar a lei aplicável ao procedimento; decidir sobre pedidos de sigilo profissional ou quaisquer outros privilégios; dar continuidade à arbitragem mesmo que alguma das partes descumpra o Regulamento, as ordens e determinações do tribunal, deixe de comparecer à audiência, ficando o tribunal autorizado a impor sanções conforme entenda apropriado em atenção a tal abstenção ou recusa. O Regulamento não determina quais seriam as sanções cabíveis, deixando a decisão para o tribunal, que pode condenar a parte a pagar as custas geradas à outra por sua conduta, ou até mesmo ações mais drásticas como encerrar o processo se o requerente não apresentar suas alegações no prazo especificado sem justificativa⁹⁰³.

Assim como a CCI, o SIAC também dispõe que o tribunal deve apresentar uma minuta da sentença ao Secretário, que poderá, sugerir modificações em relação à forma e direcionar a atenção do tribunal a determinados pontos substanciais. Nenhuma Sentença Arbitral será proferida pelo Tribunal sem que tenha sido aprovada pelo Secretário quanto a sua forma (art. 32.3). O intuito desse exame é manter o alto padrão da sentença, assegurar que estejam de acordo com as regras do SIAC, o que auxilia na execução da sentença, além de gerar economia de tempo e de custos, já que a Secretaria pode identificar erros ou ambiguidades que gerariam problemas depois, além de ser um instrumento de avaliação do desempenho dos árbitros⁹⁰⁴.

O Regulamento prevê que ao aderir à arbitragem do SIAC e seu Regulamento, as partes concordam que a sentença arbitral será final e

902 “In addition to the powers to order the preservation, storage, sale, or disposal of property, Singapore law authorizes an arbitral tribunal seated in Singapore to order the preservation and interim custody of evidence, and to give directions relating to the taking of samples or conduct of experiments upon any property which forms part of the subject matter of the dispute. The powers described in Rule 27(e) can be exercised by the tribunal in the final award or, more commonly, as an interim measure”. CHOONG, John, MANGAN, Mark, LINGARD, Nicholas. **A Guide to the SIAC Arbitration Rules**. 2 ed. Oxford University Press, 2018. p. 220.

903 CHOONG, John, MANGAN, Mark, LINGARD, Nicholas. **A Guide to the SIAC Arbitration Rules**. 2 ed. Oxford University Press, 2018. p. 229.

904 CHOONG, John, MANGAN, Mark, LINGARD, Nicholas. **A Guide to the SIAC Arbitration Rules**. 2 ed. Oxford University Press, 2018p. 261.

vinculativa, renunciando ao direito de recorrer a qualquer corte estatal ou autoridade judicial, comprometendo-se a cumpri-la imediatamente (art. 32.11). No entanto, o Regulamento é silente quanto à possibilidade do tribunal alocar os custos à parte que tiver dado causa à delonga procedimental ou que tenha se comportado mal, deixando a desejar em termos de possíveis sanções aos guerrilheiros.

Na questão ética, o SIAC possui um Código de Ética para um Árbitro (*Code of Ethics for an Arbitrator*) de 2015, mas não apresenta nenhum documento que especifique deveres éticos às partes e/ou seus representantes.

O referido Código de ética prevê que um possível árbitro só aceitará uma nomeação se estiver plenamente convencido de que é capaz de desempenhar suas funções sem preconceitos e com disponibilidade e se tiver conhecimento adequado da língua da arbitragem (art. 1.1). O candidato à árbitro deve revelar todos os fatos ou circunstâncias que possam dar origem a dúvidas justificáveis quanto à sua imparcialidade ou independência (art. 2.1), trazendo parâmetros do que se considera parcialidade e dependência no art. 3. O art. 4 trata da comunicação entre o árbitro, a Corte e as partes ou seus representantes, reiterando que qualquer comunicação unilateral deve ser evitada.

O art. 5 dispõe sobre a relação de remuneração do árbitro pelo SIAC, proibindo o árbitro de qualquer recebimento direto das partes ou seus representantes. O art. 6 exige que o árbitro se dedique à arbitragem, familiarizando-se com todos os fatos e argumentos apresentados e todas as discussões relativas ao processo para que ele possa entender corretamente a disputa, guardando sempre a confidencialidade (art. 7).

Por fim, cabe ressaltar que o SIAC não faz referência expressa às Diretrizes da IBA ou quaisquer outras normas de conduta referente às partes ou seus representantes, não sendo específica a respeito das táticas de guerrilha e nem às sanções impostas por má-conduta.

4.3.4 Regulamento do Centro Internacional de Arbitragem de Hong Kong⁹⁰⁵

O Centro Internacional de Arbitragem de Hong Kong (*HKIAC*) é a terceira colocada no ranking das instituições de arbitragem favoritas dos respondentes da Pesquisa da Queen Mary University e White & Case de 2021⁹⁰⁶.

O HKIAC tem papel fundamental para o desenvolvimento da arbitragem na região da Ásia-Pacífico, desde sua fundação em 1985, quando Hong Kong se estabelecia como centro financeiro internacional, fundamental para atrair usuários de arbitragem internacional. Quatro pontos destacam seu sucesso: um secretariado internacional experiente; regras de última geração; um centro independente e confiável de resolução de disputas e sua localização privilegiada com instalações modernas⁹⁰⁷.

Sua organização se dá por meio de três órgãos. O HKIAC Conselho⁹⁰⁸ é composto por advogados, profissionais da indústria e executivos corporativos de todo o mundo. O Presidente deste Conselho é o responsável pela governança corporativa e gestão geral da instituição. O Conselho Consultivo Internacional presta apoio ao Conselho do HKIAC e é composto por 24 personalidades da arbitragem local e internacional e da comunidade empresarial. E por fim, o Comitê Executivo que atua como o principal órgão de direção das atividades do HKIAC de acordo com as políticas do Conselho⁹⁰⁹.

Na estrutura do Comitê Executivo, encontram-se três comitês permanentes: Comitê de Finanças e Administração; Comitê de Nomeação⁹¹⁰ e

⁹⁰⁵ Em inglês: HONG KONG INTERNACIONAL ARBITRATION CENTRE. (HKIAC).

⁹⁰⁶ QUEEN MARY UNIVERSITY AND WHITE & CASE. **2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world.** Disponível em: <https://www.whitecase.com/publications/insight/2021-international-arbitration-survey>. Acesso em: 10 set. 2021.

⁹⁰⁷ MOSER, Michael J., BAO, Chiann. **A Guide to the HKIAC Arbitration Rules.** Oxford University Press, 2017. p. 23-24. HONG KONG INTERNACIONAL ARBITRATION CENTRE. (HKIAC). **Why HKIAC?** Disponível em: <https://www.hkiac.org/arbitration/why-choose-hkiac>. Acesso em: 18 set. 2021.

⁹⁰⁸ HONG KONG INTERNACIONAL ARBITRATION CENTRE. (HKIAC). **HKIAC Council.** Disponível em: <https://www.hkiac.org/about-us/council-members-and-committees/hkiac-council>. Acesso em: 18 set. 2021.

⁹⁰⁹ MOSER, Michael J., BAO, Chiann. **A Guide to the HKIAC Arbitration Rules.** Oxford University Press, 2017. p. 25-27.

⁹¹⁰ HONG KONG INTERNACIONAL ARBITRATION CENTRE. (HKIAC). **Nominations Committee.** Disponível em: <https://www.hkiac.org/about-us/nominations-committee>. Acesso em: 18 set. 2021.

Comitê de Procedimentos. O Comitê de nomeação⁹¹¹ é responsável por nomear árbitros, árbitros de emergência e mediadores, determinar seu número e selecionar candidatos para a lista de árbitros da instituição. O Comitê de Procedimentos tem como função decidir sobre impugnações às nomeações de árbitros, interpretar sobre as regras do HKIAC, decidir se é aplicável o procedimento expedito para um procedimento, tomar decisões antes de constituído o tribunal etc.

O HKIAC atualizou seu Regulamento em 2018⁹¹². Dentre os pontos de destaque para a presente pesquisa, tem-se o art. 9.1 que dispõe que todas as designações de árbitros, pelas partes ou pelos árbitros, estão sujeitas à confirmação do HKIAC, a exemplo da LCIA e do SIAC. Um diferencial da HKIAC é seu método de cobrança dos honorários e despesas do tribunal arbitral, que pode ser por horas trabalhadas ou vinculado ao valor do conflito (art. 10).

Assim como os demais Regulamentos, determina que o tribunal permaneça imparcial e independente (art. 11.1), sendo exigido que o árbitro em potencial antes da nomeação assine uma declaração confirmando sua disponibilidade para decidir a disputa e revelando quaisquer circunstâncias que possam suscitar dúvidas justificáveis quanto à sua imparcialidade ou independência (art. 11.4), sendo vedada a comunicação *ex parte* relativa à arbitragem (art. 11.5). O art. 11.6 trata das circunstâncias de impugnação do árbitro e arremata no art. 11.9 que cabe ao HKIAC decidir sobre a impugnação.

No que tange à condução da arbitragem, o art. 13.1 estabelece que o tribunal arbitral deve adotar os procedimentos adequados para a condução da arbitragem, a fim de evitar atrasos ou despesas desnecessárias, tendo em conta a complexidade das questões, o valor em disputa e a utilização efetiva de tecnologia e desde que tais procedimentos assegurem tratamento igualitário das partes e proporcionem às partes uma oportunidade razoável de apresentarem seus argumentos. É incentivado um cronograma provisório para a arbitragem

911 HONG KONG INTERNACIONAL ARBITRATION CENTRE. (HKIAC). **Appointments Committee**. Disponível em: <https://www.hkiac.org/about-us/council-members-and-committees/appointments-committee>. Acesso em: 18 set. 2021.

912 HONG KONG INTERNACIONAL ARBITRATION CENTRE. (HKIAC). **2018 HKIAC Administered Arbitration Rules**. Disponível em: https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/2018_hkiac_rules.pdf. Acesso em: 18 set. 2021.

(13.2), o que é importante para evitar as táticas de guerrilha protelatórias. O Regulamento reza que o tribunal arbitral e as partes farão tudo o que for necessário para garantir a condução justa e eficiente da arbitragem (art. 13.5), cabendo às partes escolherem seus representantes (art. 13.6), devendo, após, a constituição do tribunal arbitral, informar qualquer alteração no que tange aos seus representantes (art. 13.7). No entanto, o Regulamento é silente quanto à possibilidade de rejeição ou afastamento do representante em caso de conflito de interesse.

O art. 13.8 prevê que o tribunal arbitral pode suspender a arbitragem quando as partes concordarem em buscar outros meios de resolver sua controvérsia após o início da arbitragem, retomando a pedido de qualquer parte do HKIAC, do tribunal arbitral ou do árbitro de emergência.

Assim como os demais regulamentos estudados, o HKIAC expressa que o tribunal arbitral decide sobre sua própria competência (princípio da competência-competência) (art. 19.1) e que o contrato de arbitragem é autônomo em relação ao contrato principal (art. 19.2).

Quanto às provas, o art. 22.1 determina que cada parte terá o ônus de provar os fatos em que se baseia seu pedido ou defesa e que o tribunal arbitral determina a admissibilidade, relevância, materialidade e peso das provas (art. 22.2), podendo, a qualquer momento exigir novas provas que considere relevantes para o caso e seu resultado e excluir as desnecessárias (art. 22.3), decidindo sobre a necessidade de realizar audiências para produção de prova oral (art. 22.4). O Regulamento também deixa uma margem de discricionariedade para o tribunal arbitral decidir de que maneira uma testemunha ou perito será interrogado (art. 22.5), podendo exigir que qualquer um deles deixe a sala de audiência a qualquer momento durante a audiência (art. 22.7).

Encerrada a fase instrutória, em regra, não serão admitidas novas alegações ou pedidos de provas (art. 31.1 e 31.4), devendo, o tribunal, a partir da declaração de encerramento informar as partes e o HKIAC da data prevista para prolação da sentença, que não poderá exceder a três meses (art. 31.2). Essa exigência é elencada como uma vantagem da HKIAC, que se considera

uma instituição que preza pela celeridade e pela oferta de um serviço de alta qualidade por um preço satisfatório ao usuário⁹¹³.

O tribunal arbitral determina as custas da arbitragem em uma ou mais ordens ou sentenças, incluindo os honorários do tribunal arbitral, viagens e outras despesas incorridas pelo tribunal arbitral; os custos razoáveis de consultoria especializada e de outra assistência exigida pelo tribunal arbitral, incluindo honorários e despesas de qualquer secretário do tribunal; os custos razoáveis de representação legal e outra assistência, incluindo honorários e despesas de quaisquer testemunhas e peritos e a Taxa de Registro e Taxas Administrativas a pagar ao HKIAC (art. 34.1). Quanto à alocação, o tribunal arbitral poderá repartir a totalidade ou parte dos custos da arbitragem entre as partes, levando em consideração as circunstâncias do caso. No entanto, não coloca explicitamente que possam ser repartidas as custas em razão do comportamento da parte ou do seu representante.

Também estão previstas medidas provisórias de proteção e de emergência (art. 23) para efetividade da arbitragem, ordem de caução para as custas da arbitragem (art. 24), inclusão de partes adicionais (art. 27), consolidação de arbitragens (art. 28), contratos múltiplos (art. 29), arbitragem expedita (art. 42), divulgação de financiamento de terceiros (art. 44), confidencialidade (art. 45) e exclusão de responsabilidade (art. 46).

Deste modo, observa-se que existem muitas semelhanças procedimentais entre os regulamentos das principais instituições de arbitragem, variando efetivamente o grau de “intervenção” para combate e sanção das condutas impróprias dos atores arbitrais.

913 “HKIAC administered arbitrations have a median duration of 12.43 months (mean: 14.63 months) and median arbitration costs of US\$40,671 (mean: US\$106,503). These numbers are reduced by roughly half in expedited proceedings.” HONG KONG INTERNACIONAL ARBITRATION CENTRE. (HKIAC). **Why HKIAC?** Disponível em: <https://www.hkiac.org/arbitration/why-choose-hkiac>. Acesso em: 18 set. 2021.

4.3.5 Regulamento do Centro de Arbitragem de Hong Kong da Comissão Internacional de Arbitragem Econômica e Comercial da China (CIETAC Hong Kong)⁹¹⁴

E, fechando o ranking das cinco favoritas instituições arbitrais dos entrevistados da Queen Mary University e White & Case de 2021, está o Centro de Arbitragem de *Hong Kong (CIETAC – Hong Kong)*, primeira filial da CIETAC (Comissão Internacional de Arbitragem Econômica e Comercial da China)⁹¹⁵ fora da China continental.

O CIETAC Hong Kong possui uma ampla jurisdição e procedimentos internacionalizados, é independente e imparcial e tem demonstrado celeridade com relação custo-benefício interessante, informando que mais de 90% das suas sentenças arbitrais são prontamente honradas pelas partes, com baixíssimo índice de sentenças anuladas ou com execução rejeitada⁹¹⁶.

O CIETAC Hong Kong adota o atual Regulamento de Arbitragem da CIETAC⁹¹⁷ (*Arbitration Rules*), vigente desde 2015.

O CIETAC pressupõe que controvérsias encaminhadas para ela deverão ser consideradas submetidas às suas Regras, embora admita que as partes possam escolher outra sob sua administração da arbitragem (art. 4). Preza pela autonomia da cláusula compromissória no art. 5.4 e pelo princípio da competência-competência.

Quanto à ética, o Regulamento CIETAC é explícito que as partes devem proceder de boa-fé (art. 9), podem ser representadas por chineses ou estrangeiros autorizados em assuntos relativos à arbitragem (art. 22) e que o árbitro deve ser independente e imparcial (art. 24), assinar declaração e divulgar

⁹¹⁴ Em inglês: China International Economic and Trade Arbitration Commission – CIETAC Hong Kong Arbitration Centre.

⁹¹⁵ A CIETAC foi fundada em 1956 em Pequim, considerada a instituição de arbitragem mais antiga da China. CIETAC HONG KONG ARBITRATION CENTER. **About Us**. Disponível em http://www.cietachk.org.cn/portal/mainPage.do?pagePath=\en_US\aboutUs. Acesso em: 18 set. 2021.

⁹¹⁶ CIETAC HONG KONG ARBITRATION CENTER. **About Us**. Disponível em http://www.cietachk.org.cn/portal/mainPage.do?pagePath=\en_US\aboutUs. Acesso em: 18 set. 2021.

⁹¹⁷ CIETAC HONG KONG ARBITRATION CENTER. **China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) Arbitration Rules**. Disponível em <http://www.cietac.org/Uploads/201904/5cc129286b1c3.pdf>. Acesso em: 18 set. 2021.

quaisquer fatos ou circunstâncias que possam dar origem a dúvidas justificáveis (art. 31). Em caso de impugnação do árbitro, caberá ao Presidente da CIETAC decidi-la (art. 32).

O art. 35 assegura que o tribunal arbitral examinará o caso da maneira que julgar apropriada, proporcionando oportunidade razoável para ambas as partes apresentarem seu caso. Quanto aos poderes instrutórios, o tribunal pode designar audiência para prova oral, adotando processo inquisitorial ou outra abordagem contraditória que entender adequada ao caso.

O Regulamento, no art. 40, impõe que cada parte arque com o ônus de provar os fatos nos quais se baseia para apoiar seus pedidos, devendo apresentar as provas no prazo especificado pelo tribunal que poderá lhes recusar se intempestivas e aplicar as inferências negativas. No mais, o tribunal possui poderes para requerer as provas que entender necessárias.

Interessante observar que a CIETAC Arbitration Rules incentiva a conciliação⁹¹⁸ no art. 47, seja pelas próprias partes, por terceiros ou com auxílio do tribunal arbitral, e em caso de restar frutífera a conciliação, as partes podem retirar seus pedidos ou pleitear que o tribunal profira uma sentença arbitral ou uma declaração de conciliação. Por outro lado, se não for frutífera, o tribunal retomará a arbitragem e proferirá uma sentença arbitral.

O Regulamento impõe que o tribunal arbitral profira uma sentença arbitral dentro de seis (6) meses a partir da data em qual o tribunal arbitral é formado (art. 48). Para fins de que a sentença seja prontamente executada, o tribunal poderá fixar um período de tempo específico para que as partes a executem e as responsabilidades em descumprir a ordem (art. 49).

À exemplo da CCI e do SIAC, a CIETAC analisa a sentença antes de ser assinada pelo tribunal (art. 51). E nos termos do art. 52.2, o tribunal arbitral tem competência para decidir na sentença arbitral, tendo em conta as circunstâncias do caso, que a parte perdedora compense a parte vencedora pelas despesas

⁹¹⁸ Alvin Yeo SC e Chou Sean Yu ensinam que em tribunais arbitrais compostos por árbitros chineses ou japoneses é possível se esperar ou solicitar que as partes tentem conciliar suas diferenças antes da audiência substantiva, pois desejam assegurar que as partes sejam capazes de preservar seu relacionamento de longo prazo. YEO SC, Alvin; YU, Chou Sean. Cultural Considerations in Advocacy: East Meets West. 01 out. 2019. **Global Arbitration Review - The Guide to Advocacy**. Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-advocacy/fourth-edition/article/cultural-considerations-in-advocacy-east-meets-west>. Acesso em: 08 set. 2021.

razoavelmente incorridas por ela no andamento do caso, considerando o resultado e a complexidade do caso, a carga de trabalho da parte vencedora e/ou seu(s) representante(s), o valor em disputa, etc. Mas não faz referência ao comportamento das partes ou dos seus representantes.

A CIETAC possui Diretrizes sobre Provas (*Guidelines on Evidence*)⁹¹⁹ onde faz referência às leis chinesas, às Diretrizes da IBA sobre obtenção de provas em arbitragem internacional e às práticas da CIETAC com o fim de auxiliar as partes, seus advogados e tribunais arbitrais ao lidarem com questões de provas de forma mais eficiente em procedimentos de arbitragem, ressaltando que sua aplicação é mais apropriada em uma arbitragem com sede na China Continental e onde a Lei de Arbitragem da República Popular da China é a lei aplicável ao procedimento de arbitragem, ficando a critério das partes sua aplicação, no todo ou em parte, de forma vinculativa ou apenas consultiva.

As *Guidelines on Evidence* tratam do ônus da prova; fatos que não necessitam de prova; dever das partes de apresentarem todas as provas em que se baseiam dentro do prazo fixado pelo tribunal que poderá recusar a admissão de provas apresentadas depois de decorrido o prazo estipulado. A apresentação e troca de provas devem, em princípio, ser concluídas antes da audiência sobre o mérito. A *Guideline 7.1* trata da solicitação ao tribunal para que ordene à outra parte a apresentação de um documento específico ou de uma categoria restrita e específica de documentos de forma justificada. Da mesma forma, quando requerida a oitiva de uma testemunha, esta deve ser identificada e apresentar uma declaração escrita antes da audiência contendo sua qualificação, seu relacionamento com as partes, seus antecedentes, uma descrição detalhada dos fatos relacionados com a disputa, as fontes de informação da testemunha, a data do depoimento da testemunha e a assinatura da testemunha. O tribunal pode requerer as provas que considerar necessárias e a seu exclusivo critério, determinará a admissibilidade, relevância, materialidade e peso das provas, podendo fazer inferências negativas em caso de recusa injustificável de apresentação de documentos solicitados ou autorizados pelo tribunal.

919 CIETAC. **Guidelines on Evidence.** 2015. Disponível em: <http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=107&l=en>. Acesso em: 28 set. 2021.

Para se adequar às necessidades impostas pela pandemia COVID-19, a CIETAC implementou Diretrizes para Procedimento de Arbitragem de forma ativa e adequada durante a pandemia COVID-19 (julgamento)⁹²⁰ vigentes a partir de 01 de maio de 2020 até que os efeitos da pandemia passem, prezando pela continuidade da eficiência arbitral (art. 1.1.) e do comportamento de boa-fé das partes a fim de evitar abusos de direitos, pedidos desarrazoados e injustos utilizando a pandemia como “desculpa” ou impedir o procedimento arbitral de má-fé (art. 1.2). As *Guidelines* incentivam também a utilização da comunicação eletrônica e audiência virtual a fim de evitar contato presencial, disponibilizando plataformas da instituição (art. 2). Ainda, com objetivo de reduzir custos e propiciar a continuidade das relações, utilizando a cultura oriental da mediação, a *Guideline 2.8* diz que o tribunal arbitral envidará maiores esforços para mediar e liderar ativamente as partes na solução do conflito. O anexo das *Guidelines* dispõe sobre as audiências virtuais a fim de dar maior segurança e eficiência ao procedimento arbitral.

Deste modo, depois de analisadas as três instituições arbitrais asiáticas, não restam dúvidas acerca da importância econômica⁹²¹ e jurídica de Cingapura e Hong Kong⁹²² para a arbitragem internacional, seja porque representam grandes centros de negócios internacionais, seja pela adoção do padrão UNCITRAL⁹²³ em suas leis e regulamentos e pelas decisões judiciais pró-

⁹²⁰ CIETAC. **Guidelines on Proceeding with Arbitration Actively and Properly during the COVID-19 Pandemic (Trial)**. Disponível em <http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=16919&l=en>. Acesso em: 10 set. 2021.

⁹²¹ O que confirma a íntima relação entre a arbitragem e o comércio internacional, comprovando novamente que a arbitragem é um meio adequado e eficiente de solução dos conflitos comerciais internacionais, acompanhando o fluxo do poder econômico e comercial do eixo Europa-EUA (primeira e segunda geração de arbitralistas) para a Ásia.

⁹²² A promulgação da Portaria de Arbitragem de Hong Kong (Arbitration Ordinance) representou um passo significativo para atrair ainda mais as arbitragens internacionais. Essa portaria adotou um regime único que se aplica tanto às arbitragens domésticas quanto às arbitragens internacionais sediadas em Hong Kong; adotou a Lei Modelo da UNCITRAL de 2006, incorporou disposições expressas sobre confidencialidade (seções 16 a 18), disponibilizou diversas medidas provisórias, de emergência e opcionais para que os tribunais arbitrais possam atender a qualquer necessidade específica em um determinado caso. MOSER, Michael J.; BAO, Chiann. **A Guide to the HKIAC Arbitration Rules**. Oxford University Press, 2017. p. 16-18. Vide também HONG KONG. **Arbitration Ordinance**. Disponível em: <https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap609>. Acesso em: 10 set. 2021.

⁹²³ “O desenvolvimento de habilidade e consistência dentro e entre os principais centros jurídicos da região é fundamental para a criação de uma área jurídica e de um sistema judiciário autoconsciente e coerente, com base em valores compartilhados refletidos na Lei Modelo e na experiência compartilhada como juízes e árbitros.” LEWIS, Dean. **The Interpretation and**

arbitragem, fundamental para a segurança jurídica e previsibilidade necessária ao desenvolvimento do comércio e da arbitragem internacional. Além disso, as instituições asiáticas estão preocupadas em estabelecer estruturas normativas de alcance global e de grande aceitação, o que, sem dúvida, contribuiu para que alcançassem o presente destaque.

4.3.6 Regulamento do Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC)

O Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil-Canadá (CAM-CCBC) foi pioneira na administração dos métodos adequados de resolução de disputas no Brasil, fundada em 1979⁹²⁴, sendo a câmara de arbitragem brasileira mais expressiva em quantidade de arbitragens⁹²⁵. Hoje, é referência na América Latina⁹²⁶, demonstrando estar alinhado com as principais⁹²⁷ discussões do meio arbitral.

Uniformity of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Australia, Hong Kong and Singapore. Kluwer Law International, 2016. p. 194.

⁹²⁴ Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil – Canadá (CAM-CCBC). **Sobre o CAM-CCBC.** Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/sobre-cam-ccbc/>. Acesso em: 18 set. 2021.

⁹²⁵ Vide LEMES, Selma. **Arbitragem em Números e Valores.** 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/arquivos/2021/1/8d798318f697fe_analise-pesquisa-arbitragensns.pdf. Acesso em: 10 ago. 2021. Dentre as 8 instituições arbitrais analisadas na pesquisa, a CAM-CCBC fica em primeiro lugar quanto ao número de casos novos entrantes, bem como o total das arbitragens em andamento.

⁹²⁶ Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil – Canadá (CAM-CCBC). **Sobre o CAM-CCBC.** Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/sobre-cam-ccbc/>. Acesso em: 18 set. 2021. QUEEN MARY UNIVERSITY AND WHITE & CASE. **2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world.** Disponível em: <https://www.whitecase.com/publications/insight/2021-international-arbitration-survey>. Acesso em: 10 set. 2021.

⁹²⁷ A diversidade é tema constante na agenda do CAM-CCBC, em especial no que diz respeito à equidade de gênero, com o aumento do número de árbitras em sua lista, ultrapassando a meta da Resolução Administrativa 30/2018. Diversificando a participação de gênero em palestras e eventos apoiados, organizados ou patrocinados pela entidade, bem como na organização interna do Centro, que atualmente conta com uma Presidente mulher, Eleonora Coelho. Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil – Canadá (CAM-CCBC). CANGERANA, Estela. **Equidade de gênero é uma das diretrizes do CAM-CCBC pela diversidade no cenário da gestão de conflitos.** Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/noticias-cam-ccbc/novidades-cam-ccbc/noticias-cam/em-prol-da-igualdade/>. Acesso em: 18 set. 2021. Vale ressaltar que a diversidade foi tema das discussões da pesquisa da Queen Mary University e White & Case de 2021.

O CAM-CCBC, com sede em São Paulo e unidade no Rio de Janeiro⁹²⁸, possui uma Diretoria, constituída por um presidente, 5 vice-presidentes e 1 secretário-geral e um Conselho Consultivo (art. 2.4 do Regulamento). O Regulamento de arbitragem do CAM-CCBC é de 2012, com alterações em 2016⁹²⁹ e seu Código de Ética é de 1998, com alterações em 2016⁹³⁰. O CAM-CCBC tem uma estrutura bem organizada de Resoluções Administrativas (RA)⁹³¹, o que lhe garante atualizar procedimentos internos sem necessitar alterar o Regulamento, como ocorreu com a RA 39/2020 sobre as atividades do CAM-CCBC em caráter emergencial diante das recomendações públicas de saúde relacionadas ao coronavírus (Covid-19), a RA 40/2020 que estabeleceu uma nova organização administrativa e normas para o processamento eletrônico dos procedimentos e a RA 43/2020 que tratou da retomada de audiências presenciais, quando necessárias.

Seguindo a tendência mundial, a Câmara de Comércio Brasil-Canadá editou a Resolução Administrativa nº 40/2020⁹³², que, dentre outras disposições, estabeleceu a gestão eletrônica do procedimento arbitral, por meio de ferramentas que possibilitam que as comunicações dos atos processuais, os protocolos de manifestações, reuniões e audiências sejam realizadas de forma segura e eficaz. Ainda editou as “Normas sobre Reuniões e Audiências Remotas”, com o fim de apresentar e esclarecer as recomendações técnicas e

⁹²⁸ Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil – Canadá (CAM-CCBC). **Infraestrutura**. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/sobre-cam-ccbc/estrutura-fisica/>. Acesso em: 18 set. 2021. O Centro conta com uma equipe altamente qualificada, estrutura de secretaria ágil, moderna e eficiente e recursos tecnológicos de ponta para garantir processos transparentes e rápidos, de maneira segura e confiável. Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil – Canadá (CAM-CCBC). **Sobre o CAM-CCBC**. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/sobre-cam-ccbc/>. Acesso em: 18 set. 2021.

⁹²⁹ Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil – Canadá (CAM-CCBC). **Regulamento de Arbitragem**. 2016. Disponível em: <https://storage.googleapis.com/stateless-ccbc-org-br/2018/09/a1dc1322-rn01-01-regulamento-de-arbitragem.pdf>. Acesso em: 18 set. 2021.

⁹³⁰ Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil – Canadá (CAM-CCBC). **Código de Ética**. 2016. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/codigo-etica/>. Acesso em: 18 set. 2021.

⁹³¹ Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio Brasil – Canadá (CAM-CCBC). **Resoluções Administrativas**. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/resolucoes-administrativas/>. Acesso em: 18 set. 2021.

⁹³² CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ (CAM-CCBC). **Resolução Administrativa nº 40/2020**. 2020. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/ra-40-2020/>. Acesso em: 13 maio 2021.

procedimentais às partes, peritos, árbitros e demais participantes do procedimento arbitral⁹³³.

O Regulamento de Arbitragem do CAM-CCBC estabelece que seu Corpo de Árbitros será integrado por profissionais de ilibada reputação e de notável saber jurídico, nomeados⁹³⁴ pelo Presidente do CAM-CCBC, ouvido o Conselho Consultivo, para um período de cinco anos, permitida recondução e substituição (arts. 3.1 e 3.2). As partes podem indicar livremente os árbitros, mas se não integrarem o corpo de árbitros, precisarão ser submetidos à aprovação do Presidente (art. 4.4.1). Os árbitros indicados devem preencher o Questionário de Conflitos de Interesse e Disponibilidade do CAM-CCBC, objetivando colher informações sobre a imparcialidade e independência, disponibilidade de tempo e dever de revelação (art. 4.6). As partes podem se manifestar (art. 4.7) e impugnar o árbitro, cuja decisão final será de um Comitê Especial constituído por 3 (três) membros do Corpo de Árbitros nomeados pelo Presidente do CAM-CCBC (art. 5.4). O art. 5.1 preza pela nomeação de árbitros independentes, imparciais e disponíveis para bem conduzir a arbitragem, estipulando no art. 5.2 as causas de impedimento.

Já instituída a arbitragem, as partes e os árbitros serão notificados para a assinatura do Termo de Arbitragem (art. 7.1), que poderá fixar o calendário inicial do procedimento (art. 7.1.1), o que é relevante para prevenir táticas protelatórias. Cabe 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 (art. 7.4.1), adotando as medidas necessárias para o correto desenvolvimento do procedimento, observados os princípios da ampla defesa, do contraditório e da igualdade de tratamento das partes (art. 7.8).

O art. 10 dispõe sobre a sentença arbitral, que disporá, se for o caso, sobre a responsabilidade das partes pelos custos administrativos, honorários dos árbitros, despesas, e honorários advocatícios, bem como o respectivo rateio, observando, inclusive, o acordado pelas partes no Termo de Arbitragem (art.

⁹³³ CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ (CAM-CCBC). **Notas sobre reuniões e audiências remotas do CAM-CCBC**. 2021. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/audiencias-remotas/#:~:text=As%20plataformas%20virtuais%20utilizadas%20pelo,pessoas%20em%20um a%20mesma%20reuni%C3%A3o>. Acesso em: 13 maio 2021.

⁹³⁴ A exemplo da LCIA, SIAC, HKIAC.

10.4.1). No entanto, o Regulamento não dispõe sobre a alocação das custas da arbitragem conforme a conduta das partes e dos seus representantes.

Está prevista a possibilidade de homologação, por sentença arbitral, de eventual acordo que as partes firmarem no sentido de pôr fim ao litígio (art. 10.8).

No que tange ao cumprimento da sentença arbitral, o Regulamento da CAM-CCBC é ousado e incentiva a sanção reputacional do inadimplente, pois prevê que a parte prejudicada poderá comunicar o fato ao CAM-CCBC, para que o divulgue a outras instituições arbitrais e às câmaras de comércio ou entidades análogas, no País ou no exterior (art. 11.2). Além disso, o Código de Ética do CAM-CCBC integra o Regulamento para todos os fins de direito, devendo subsidiar, como fonte secundária, a interpretação dos dispositivos deste Regulamento (art. 13.4), o que é de extrema importância para regular o comportamento dos atores arbitrais.

Logo em sua introdução, o Código de Ética⁹³⁵ informa que seu objetivo é orientar os árbitros, as partes e seus procuradores, que devem atuar de acordo com os princípios éticos e lisura de comportamento em relação aos árbitros e contraparte, colaborando no sentido de permitir que estes (árbitros) cumpram seu mister adequadamente.

O enunciado 1 trata da independência e imparcialidade dos árbitros, devendo evitar a comunicação *ex parte*, revelando qualquer situação que possa afetar sua imparcialidade ou independência (enunciado 4). O enunciado 2 preza pela diligência, competência e disponibilidade do árbitro a fim de atuar com eficiência, lealdade e fidelidade ao relacionamento de confiança e confidencialidade inerentes à sua posição, mantendo um comportamento probo e urbano para com as partes, advogados, testemunhas, demais árbitros e com os integrantes do corpo administrativo da CAM-CCBC, seja em relação ao processo, seja fora dele (vide enunciado 5 também), guardando sempre o sigilo profissional (enunciado 3), abstendo-se, tanto procuradores das partes quanto árbitros, de situações constrangedoras em encontros sociais e eventos

⁹³⁵ CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL – CANADÁ (CAM-CCBC). **Código de Ética**. 2016. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/codigo-etica/>. Acesso em: 18 set. 2021.

acadêmicos evitando comentários ou conversações sobre procedimentos arbitrais em curso (disposições gerais).

Assim, o regulamento da CAM-CCBC aliado ao seu Código de Ética, destacam o dever dos atores arbitrais de procederem de forma ética e eficiente.

4.4 FLEXIBILIDADE E ADEQUAÇÃO PARA MELHOR GESTÃO DA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

Ao analisar diversas regulamentações aplicáveis à arbitragem comercial internacional, em diferentes níveis e perspectivas, conclui-se que é possível obter certo grau de certeza, previsibilidade e segurança jurídica em um ambiente tão livre e flexível.

Em que pesem as diferenças das tradições jurídicas, a entrada de novos players na comunidade arbitral, a diversidade de normas que podem ser aplicáveis ao processo, aos efeitos da sentença e às condutas dos atores arbitrais, não é correto afirmar que a arbitragem é “terra de ninguém”⁹³⁶ e que existe um abismo ético em que “vale tudo” para se alcançar o fim desejado.

Como visto, existem regulamentações suficientes para criar mecanismos de prevenção e controle das táticas de guerrilha, inclusive, com apoio de técnicas de *case management*⁹³⁷, adequando a necessidade de uso ao caso concreto, ou seja, mantendo a flexibilidade e autonomia da vontade com respeito ao devido processo.

A regulamentação é bem vinda, desde que não seja excessiva e tenha um objetivo muito claro de limitar o abuso⁹³⁸, o que corrobora a afirmação de Ugo Draetta⁹³⁹ de que o “menos é mais” em arbitragem.

⁹³⁶ ROGERS, Catherine A.. Fit and Functional in Legal Ethics: Developing a Code of Conduct for International Arbitration. **Michigan Journal of International Law**. v. 23, n. 2, p. 341-423, 2002, Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol23/iss2/5>. Acesso em: 13 mai. 202, p. 341-342.

⁹³⁷ COELHO, Eleonora. As táticas de guerrilha e a ética na arbitragem internacional. **Revista Brasileira da Advocacia**. vol. 5, ano 2. p. 35-55. São Paulo: RT, abr-jun. 2017. p. 42.

⁹³⁸ DASSER, Felix. 'Equality of Arms in International Arbitration: Do Rules and Guidelines Level the Playing Field and Properly Regulate Conduct? – Can They? Will They? Should They? The Example of the IBA Guidelines on Party Representation', in Andrea Menaker (ed), **International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity**, ICCA Congress Series, Volume 19 (© Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International 2017) p. 634 – 672, p. 641.

⁹³⁹ “[...] the real issue with the proliferation of transnational procedural rules for arbitration is the possible loss of the much needed flexibility by arbitrators in their decision-making process

Maria da Graça Ferraz de Almeida Prado⁹⁴⁰ alerta para o não aprisionamento da arbitragem em normas rígidas, já que ela sempre se caracterizou por sua flexibilidade não apenas quanto ao procedimento, mas ao próprio tempo, amoldando-se às demandas que lhe eram propostas. E como caminho, ela aponta o resgate da ética e da confiança.

Da mesma forma, Carlos Alberto Carmona⁹⁴¹ alerta que “se a arbitragem é fruto da liberdade, o excesso de regulamentação – ainda que num nível brando, como o de uma *soft law* – pode significar o próprio fim da arbitragem como método *adequado* de solução de controvérsias.”

Reconhecendo que a regulamentação ética é essencial para retornar a arbitragem para seu *habitat* cooperativo, ético e eficiente; e assim, impedir, limitar ou minimizar os danos causados pelas táticas de guerrilha, acredita-se que, com os conhecimentos presentes acerca da pluralidade da comunidade arbitral e do comércio internacional, seja possível retomar a “rota certa” para um futuro promissor, atendendo às necessidades de flexibilidade, liberdade e respeito ao devido processo.

regarding procedural issues. I am inclined to believe that guideline producers must keep in mind that in this area, like in many others, “less is more”. E o autor conclui “In the light of all these remarks, I cannot hide the feeling that some of the transnational procedural rules which are being issued constitute a step toward a bureaucratization of the international arbitration which is not really needed, particularly in an area where the discretionary powers of the arbitrators are universally recognized and accepted as a necessary tool for arbitrators.” DRAETTA, Ugo. The transnational procedural rules for arbitration and the risks of overregulation and bureaucratization. **ASA Bulletin**. v. 33, n. 2, 2015. p. 327-342.

Disponível em: http://www.arbitrationcertificate.com/wp-content/uploads/2015/07/2014_Annual-Lecture.pdf. Acesso em: 04 set. 2021.

⁹⁴⁰ “No caso da arbitragem isso significa reconhecer que, sendo esta um método diferente, cujo sucesso reside em sua flexibilidade ao tempo e às necessidades sociais, impor-lhe fórmulas prontas é criar uma “prisão de ferro”, um enjaulamento de processualização e burocracia a suprimir-lhe o elemento espontâneo e de adaptabilidade que, historicamente, justificam a preferência social pela arbitragem. Isso significa também recuperar a confiança na instituição, com resgate de uma mentalidade normativa em seus protagonistas, para, assim, evitar-se que o paradoxo do sucesso custe a essência do instituto. Por fim, é ainda através do resgate da ética de confiança e de aprendizado institucional que tanto as potencialidades adormecidas da arbitragem, quanto sua própria utilidade e função social podem ser recuperadas”. PRADO, Maria da Graça Ferraz de Almeida. **Economia da arbitragem**: uma análise dos impactos sobre contratos e políticas de desenvolvimento. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. p. 359-360.

⁹⁴¹ CARMONA, Carlos Alberto. Breves considerações críticas acerca das diretrizes da International Bar Association sobre a representação de parte na arbitragem internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 40, jan. 2014. RT online.

5 SANÇÕES DAS TÁTICAS DE GUERRILHA NA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

Como visto no capítulo anterior, existem regulamentações que podem ser aplicadas para prevenção e combate às táticas de guerrilha, que vão desde uma diretriz (*soft law*) até a aplicação de regras bem definidas e vinculativas das instituições arbitrais. Estas regulamentações contribuem para, primeiro, evitar lacunas⁹⁴² para os guerrilheiros atuarem; segundo, em caso de ocorrência de comportamentos abusivos ou antiéticos, que existam mecanismos para controlar tais táticas.

No entanto, quando nem a prevenção⁹⁴³, nem a correção⁹⁴⁴ funcionam, entra em ação a sanção. A sanção deve ser um mecanismo de incentivo⁹⁴⁵ ao cumprimento de uma obrigação. Ou seja, o indivíduo vai sopesar se vale a pena

⁹⁴² ROGERS, Catherine. entende que lacunas éticas encorajam táticas de guerrilha, facilitando a criatividade ilimitada de advogados na busca dos interesses do cliente e, quando reprimidos, permite a negação plausível de que determinada conduta foi antiética e com isso dificultam sanções efetivas. ROGERS, ROGERS, Catherine. . 'Chapter 5: Guerrilla Tactics and Ethical Regulation'. In: HORVATH, Günther; WILSKE, Stephan. (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 313 – 340, p. 314-315.

⁹⁴³ Eleonora Coelho sugere como medidas preventivas o estabelecimento expresso das premissas éticas do procedimento, protegendo-o de impugnações frívolas e outras táticas dilatórias. Assim, recomenda-se: i) a revelação de fatos que possam suscitar impugnações de árbitros e experts; ii) a adoção de um código de conduta ou a formulação de um prevendo o que será tolerado e o que será sancionado e de que forma; iii) fixação de um cronograma; iv) a consignação de eventuais restrições práticas advindas de sistemas jurídicos distintos (common law/civil law); v) informação de que táticas de guerrilha poderão acarretar inferências negativas por parte do tribunal; vi) proibição de comunicações ex parte para evitar questionamentos acerca da imparcialidade; vii) proibição de comunicação entre advogados e testemunhas da parte contrária.

COELHO, Eleonora. As táticas de guerrilha e a ética na arbitragem internacional. **Revista Brasileira da Advocacia**. vol. 5, ano 2. p. 35-55. São Paulo: RT, abr-jun. 2017. p. 47-51.

⁹⁴⁴ Caso as técnicas preventivas não sejam obedecidas ou se demonstrem falhas, é possível corrigir o rumo do processo arbitral, minimizando os danos, evitando novos comportamentos guerrilheiros e garantindo a continuidade do processo dentro de padrões éticos. Neste sentido, a autora sugere: i) o reconhecimento de que a parte ou seu advogado estão utilizando táticas de guerrilha, por meio de denúncia ao tribunal, o que pode ser o suficiente para que se abstenha de continuar ou consumir tais comportamentos; ii) o papel do tribunal arbitral em advertir os atores guerrilheiros abertamente; e iii) a utilização de medidas cautelares para combater as táticas dilatórias, exigindo, por exemplo cauções para resguardar o procedimento de atrasos, o que gerará um desincentivo aos guerrilheiros. COELHO, Eleonora. As táticas de guerrilha e a ética na arbitragem internacional. **Revista Brasileira de Advocacia**., vol. 5, ano 2. p. 35-55. São Paulo: RT, abr-jun. 2017. p. 49.

⁹⁴⁵ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. 2 reimp., Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 34.

a conduta imprópria e o risco da sua sanção ou se é mais vantajoso cumprir⁹⁴⁶ a obrigação como estabelecido ou como se espera dele.

Se a regulamentação não for a solução mais adequada, que ao menos sejam aplicadas, de maneira prática e efetiva, rigorosas penalidades contra os advogados-guerrilheiros mal intencionados, de modo que, aos poucos, essa prática seja dizimada. Só assim haverá meios de se garantir que a arbitragem permaneça desempenhando o seu relevante papel na administração global da justiça.⁹⁴⁷

Douglass North⁹⁴⁸ vai dizer que “quando as regras e os códigos de conduta são transgredidos, aplica-se uma penalização” e assim, “um aspecto essencial do funcionamento das instituições se encontra no custo da averiguação das transgressões e na severidade das penalizações”.

E o papel do direito é fundamental para articular as regras de cooperação desenvolvidas pelas partes e facilitar a sanção do comportamento que consista em burlar a vigilância do outro jogador, traindo sua confiança. Assim, a ordem será estável na medida em que for imediatamente sancionado o comportamento desrespeitoso, suprimindo o ganho da traição.⁹⁴⁹

A sanção é geralmente aplicada ao final da arbitragem, esperando-se que sirva, ao menos, para desestimular a repetição dos comportamentos reprováveis no futuro. As técnicas mais comuns são alocação de custas a quem deu causa; utilização de inferências negativas; condenação em litigância de má-fé e de forma mais excepcional, a exclusão do advogado do procedimento; aplicação de

⁹⁴⁶ “A essência econômica do contrato é o de promessa. Para que os indivíduos realizem investimentos e façam surgir o pleno potencial das trocas através da especialização, faz-se necessária a redução dos custos associados a riscos futuros de ruptura das promessas”. Deste modo, contratos são “as promessas baseadas em salvaguardas ditadas pelos diferentes incentivos à continuidade, pelos mecanismos reputacionais e pelas sanções sociais informacionais, entre outros”. SZTAJN, Rachel, ZYLBERSZTAJN, Decio e AZEVEDO, Paulo Furquim de. Economia dos contratos. In **Direito e economia**. ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel (org.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 103-104.

⁹⁴⁷ MENEZES, Caio Campello de. Como barrar as táticas de guerrilha em arbitragens internacionais? **Revista Brasileira de Arbitragem**. Curitiba, v. 12, n. 45, p. 82-107., jan.-mar. 2015, p. 83.

⁹⁴⁸ NORTH, Douglass C. **Instituições, Mudança institucional e desempenho econômico**. Tradução Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018.p. 15.

⁹⁴⁹ MACKAAY, Ejan, ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. SZTAJN, Rachel (trad.). 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 66-67.

sanção monetária ao advogado e não à parte; denúncia do advogado à associação profissional a que pertença.⁹⁵⁰

Claro que a sanção não é o melhor caminho, ela deve ser sempre a última e extrema via, até porque não tem o mesmo efeito⁹⁵¹ que a prevenção e a correção e ainda aumenta os custos de transação⁹⁵². Aliás, é essencial retomar a lição de Hildebrando Accioly e Geraldo Eulálio do Nascimento e Silva de que “quanto mais perfeita a ordem jurídica, menor a necessidade de coação”⁹⁵³.

No entanto, diante de comportamentos oportunistas⁹⁵⁴ que levam ao descumprimento dos códigos de condutas, a sanção serve de reparação⁹⁵⁵ e de aviso “aos navegantes” de que determinadas condutas não serão aceitas no “mar da arbitragem comercial internacional”.

Assim, quando o comportamento individual (táticas de guerrilha) gera uma situação indesejável para o coletivo (comunidade arbitral internacional), deve-se

⁹⁵⁰ COELHO, Eleonora. As táticas de guerrilha e a ética na arbitragem internacional. **Revista Brasileira de Advocacia**, vol. 5, ano 2. p. 35-55. São Paulo: RT, abr-jun. 2017. p. 50-51.

⁹⁵¹ “When arbitrators prove unable to deter or stop guerrilla tactics, their ultimate tool is formal sanctions. Sanctions are a last resort, and ultimately a poor resort because sanctions cannot retroactively correct the harm done to the proceedings. An assessment of costs for abusive tactics in the final award, for example, can only ever be roughly calculated to neutralize the disruption and prejudice caused by those tactics.” REED, Lucy. 'Chapter 2, §2.04: Sanctions Available for Arbitrators to Curtail Guerrilla Tactics', In: HORVATH, Günther; WILSKE, Stephan. (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 93 - 102, p. 100.

⁹⁵² Mackaay e Rousseau ensinam que a vítima do ato oportunista terá dúvidas sobre suas próximas contratações, tomando medidas preventivas, podendo chegar ao extremo de se abster de contratar. E deste modo, os oportunistas se especializarão, o que aumentará a necessidade de fiscalização e tudo isso leva ao aumento dos custos de transação, podendo impedir a conclusão de contratos que seriam vantajosos, o que conseqüentemente leva à redução das trocas. MACKAAY, Ejan, ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. SZTAJN, Rachel (trad.). 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 423.

⁹⁵³ ACCIOLY, Hildebrando e NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. **Manual de Direito Internacional Público**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 2.

⁹⁵⁴ “I therefore offer an alternatively broad definition of opportunism: any contractual conduct by one party contrary to the other party's reasonable expectations based on the parties' agreement, contractual norms,' or conventional morality.” COHEN, George M. The Negligence-Opportunism Tradeoff in Contract Law. **Hofstra Law Review**: vol. 20, n. 4, 1992. p. 941-1.016. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol20/iss4/4>. Acesso em 22 set. 2021. p. 957.

⁹⁵⁵ “[...] o regime indenizatório por incumprimento deve ser configurado como incentivo à cooperação e à interdependência”. ARAÚJO, Fernando. Uma análise econômica dos contratos – a abordagem econômica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais. p. 97-174. In **Direito & Economia**. TIMM, Luciano Benetti (org.). 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 150.

“limitar o comportamento das partes com o objetivo de alcançar uma situação coletivamente superior”⁹⁵⁶.

Neste sentido, o objetivo é analisar quem são os legitimados para aplicação de sanções aos atores guerrilheiros e quais sanções são mais adequadas e eficazes para desestimular as táticas de guerrilha, contribuindo para a eficiência da arbitragem comercial internacional.

5.1 LEGITIMADOS PARA APLICAR SANÇÕES AOS COMPORTAMENTOS GUERRILHEIROS NA ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL: DESAFIOS

Os maiores desafios para sanção dos guerrilheiros arbitrais são, primeiro, reconhecer quem possui legitimidade para aplicar sanções no campo social e jurídico da arbitragem internacional e, segundo, quais são as sanções pertinentes e efetivas ao alcance dos legitimados.

Neste capítulo será analisada a legitimidade dos tribunais nacionais; dos conselhos de classe nacionais e se seria necessária a instituição de um Conselho Global de Ética Arbitral; das instituições arbitrais e do tribunal arbitral, para aplicarem sanções aos atores arbitrais que insistam em se comportarem de forma abusiva e antiética, minando a eficiência da arbitragem comercial internacional.

5.1.1 Tribunais Nacionais: Cooperação Jurisdicional Essencial

Como dito anteriormente, o efeito negativo da convenção de arbitragem é afastar o Poder Judiciário, tornando-o incompetente, seja por previsão legal, vontade das partes ou pacto ético⁹⁵⁷. Porém, não se trata de um afastamento

⁹⁵⁶ SZTAJN, Rachel, ZYLBERSZTAJN, Decio e AZEVEDO, Paulo Furquim de. Economia dos contratos. In **Direito e economia**. ZYLBERSZTAJN, Decio e SZTAJN, Rachel (org.). Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 116.

⁹⁵⁷ “A revelação do fundo ético que se faz presente na cláusula compromissória reforça o seu caráter vinculativo perante as partes que a inseriram. Não será a lei, então, que gerará o efeito da vinculatividade da cláusula compromissória, mas o próprio liame ético entre os envolvidos, sujeitos a sanções de ordem estatal e não-estatal se descumprirem o que livremente pactuaram. Assim, ainda que a lei não previsse mecanismos de coerção para levar a efeito a arbitragem, a regra privada se sustentaria com caráter vinculante, no âmbito normativo social por força da regra

definitivo da jurisdição estatal, pois pode haver momentos que exijam cooperação jurisdicional entre os tribunais nacionais e o tribunal arbitral, e esta cooperação é fundamental para o desenvolvimento e segurança da arbitragem.

A jurisdição estatal pode ser chamada a atuar em situações anteriores à instituição da arbitragem (fase pré-arbitral)⁹⁵⁸, especialmente para medidas de urgência e até mesmo para firmar o compromisso arbitral judicial. No entanto, depois de instituída a arbitragem (fase arbitral), não caberá ao tribunal estatal intervir no procedimento e no mérito da arbitragem⁹⁵⁹, restando-lhe ao final (fase pós-arbitral), em caso de inadimplemento, um papel de reconhecimento e cumprimento da decisão arbitral estrangeira, como disposto na Convenção de Nova Iorque de 1958 ou, ainda, controlar eventual nulidade⁹⁶⁰ a ser declarada.

Toda vez que o Poder Judiciário de um Estado for acionado para analisar qualquer ponto de contato com o processo arbitral, tornar-se-á legitimado para aplicar sanções às partes, advogados e/ou árbitros – mais raro – que por ventura abusem do seu direito de acesso à justiça ou litiguem de má-fé.

As *anti-suit injunctions* podem ser utilizadas tanto a favor como contra a arbitragem internacional. São utilizadas a favor quando se busca o Judiciário para fazer com que a outra parte respeite a obrigação contratual (convenção de

da boa-fé e da correção, que são sempre unidas de sanção: a perda de crédito e a reprovação social.” SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e Direito da Empresa**: dogmática e implementação da cláusula compromissória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 165.

⁹⁵⁸ “Uma das táticas de guerrilha às vezes utilizadas para minar uma arbitragem internacional é a tentativa errônea de uma parte de invocar a jurisdição de um tribunal nacional para resolver uma disputa. Muitas vezes isso é feito porque a parte antecipa, ou pode assegurar indevidamente, um resultado favorável diante de seu tribunal “de origem”. Isto pode ser um ataque preventivo na expectativa de que uma arbitragem seja iniciada pela outra parte, ou pode ser feito para frustrar uma arbitragem já existente.” (tradução livre) LEWIS, Morgan. Compensation for breach of an arbitration agreement: damages for damages **Lexology**. 18 ago. 2014. Disponível em <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=eb4b4fa6-d82d-4982-b61d-7f1c7a5d7608> Acesso em 06 set. 2021.

⁹⁵⁹ “Os pedidos imoderados de intervenção judicial em arbitragem constituem assim uma forma de abuso. O recurso excessivamente zeloso aos tribunais sabota a aspiração a uma forma mais neutra de resolução de disputas.” (tradução livre) PARK, William W. Arbitration’s Discontents: Of Elephants and Pornography. **Arbitration International**, v. 17, n. 3, p. 263–274, set. 2001, p. 267.

⁹⁶⁰ “As anulações não podem ser vistas como algo negativo, como um mal em si mesmo. Pelo contrário, foi a própria lei de arbitragem que estabeleceu a ação anulatória e previu os limites para a atuação dos árbitros, como garantia das partes contra o arbítrio e o abuso de poder por parte de agentes privados. Este tipo de controle pelo Poder Judiciário é inerente ao sistema arbitral, previsto também em legislações estrangeiras. Desvios de percursos devem ser corrigidos. Assim, longe de representarem um enfraquecimento do instituto da arbitragem, as anulações judiciais feitas corretamente o fortalecem.” BRAGHETTA, Adriana; GABBAY, Daniela Monteiro, PITOMBO, Eleonora Coelho, ALVES, Rafael Francisco, LEMES, Selma Ferreira (coord. geral). Arbitragem e Poder Judiciário: uma radiografia dos casos de arbitragem que chegam ao Poder Judiciário brasileiro. **Cadernos Direito GV 32**. v. 6, n. 6, 2009, p. 67.

arbitragem). O contrário se reveste de irregularidade na medida em que contraria a autonomia da vontade e o princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, afetando a celeridade, a economia e a credibilidade da arbitragem que deixa “de ser um instrumento útil ao serviço de resolução de controvérsias para virar o próprio objeto do litígio, ficando as partes condenadas a um eterno vai-e-vem entre justiça estatal e tribunal arbitral”.⁹⁶¹

Mas o cerne da questão é como o Judiciário pode contribuir para combater e sancionar as táticas de guerrilha na arbitragem internacional. Os tribunais nacionais contribuem⁹⁶² na medida em que respeitam a jurisdição arbitral, ou seja, não interferem no procedimento e no mérito da arbitragem, a não ser que haja, de fato, uma violação grave ao devido processo. Outra forma de contribuir é aplicando sanções aos guerrilheiros em caso de abuso do direito de buscarem o Judiciário nacional com intuito protelatório.

Em que pese o questionamento⁹⁶³ quanto à competência de um tribunal nacional decidir sobre a conduta de advogados na arbitragem internacional, especialmente quando atuam no exterior; salvo melhor entendimento, parece que não se trata do tribunal nacional aplicar sanção ao comportamento ocorrido no procedimento arbitral, mas sim pelo comportamento abusivo ou de má-fé perante a sua jurisdição.

Isto porque, ao trazer a atuação guerrilheira iniciada na arbitragem para a jurisdição estatal com intuito de postergar ou evitar injustificadamente a instituição da arbitragem, o desenvolvimento do procedimento ou o cumprimento da sentença arbitral⁹⁶⁴, estar-se-á violando a boa-fé, a lealdade processual, a

⁹⁶¹ NUNES, Thiago Marinho. A Prática das Anti-Suit Injunctions no Procedimento Arbitral e seu Recente Desenvolvimento no Direito Brasileiro. **RBAr**. n. 5, Jan-Mar. 2005, p. 50.

⁹⁶² Os tribunais favoráveis à arbitragem são conhecidos como “arbitration-friendly jurisdiction”.

⁹⁶³ WILSKE, Stephan. Sanctions against counsel in international arbitration – possible, desirable or conceptual confusion? **Contemporary Asia Arbitration Journal**, v. 8, n. 2, p. 141-184, nov. 2015. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2699476. Acesso em 06 set. 2021. p. 150.

⁹⁶⁴ HORVATH, Günther J.; WILSKE, Stephan. , et al., 'Chapter 2, §2.01: Countering Guerrilla Tactics at the Outset, Throughout and at the Conclusion of the Arbitral Proceedings', In: HORVARTH, Günther J.; WILSKE, STEPHAN. (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 33 – 54, p. 52-53. “In international arbitration, national courts are often called upon to set aside a rendered award. Arbitration guerrillas may of course use this practice as an absolute final resort in a desperate attempt to evade a decision of an arbitral tribunal. While the New York Convention provides a limited list of grounds on which arbitral awards can be challenged with respect to their recognition or enforcement, it was left to discussion whether

cooperação, a eficiência e tantas outras normas fundamentais, que também são caras à jurisdição estatal.

Assim, o que se espera dos tribunais nacionais é que sejam firmes e sancionem a parte e/ou o advogado guerrilheiro que se utiliza de estratégias processuais (*anti-suit injunctions*) esperando proteção ou cumplicidade com as táticas de guerrilha arbitrais.

Deste modo, o que o tribunal nacional sancionará será o abuso de direito, a litigância de má-fé perante a sua jurisdição, na medida em que o guerrilheiro venha impugnar a convenção de arbitragem e/ou a sentença arbitral com intuito meramente protelatório.

Além disso, também existe uma violação ao contrato ou à sentença que gera custos adicionais à parte inocente e neste sentido, os tribunais de Hong Kong⁹⁶⁵ tem sido firmes no combate ao comportamento guerrilheiro, por meio de diversas decisões da *Court of First Instance* (“CFI”), confirmadas pelos tribunais superiores, aplicando o princípio dos custos de indenização⁹⁶⁶ (*principle of indemnity costs*) aos que buscam o Judiciário para reabrir uma questão tratada na arbitragem injustificadamente ou para resistir ou contestar indevidamente a execução da sentença arbitral.

As cortes inglesas⁹⁶⁷ tem sido mais reticentes na aplicação do *principle of indemnity costs*, reconhecendo que só farão uso do princípio se ficar

annulment of arbitral awards is limited to such grounds. Grounds for annulment can be found both in legislation as well as case law dealing with a broad spectrum of issues, e.g., introduction of new claims, failure to comply with agreed procedures by the tribunal, public policy (ordre public), procedural public policy, fraud (perjured testimony or fabricated evidence).”

⁹⁶⁵ MCEVOY, Dermont. **Guerrilla tactics: resulting in indemnity costs awards?** 23 mar. 2017. Disponível em https://www.eversheds-sutherland.com/global/en/what/articles/index.page?ArticleID=en/Construction_And_Engineering/Guerrilla_tactics_Resulting_in_indemnity_costs_awards. Acesso em 06 set. 2021. TAI, May; CHAPMAN, Simon; YOUNG, Briana. Hong Kong Court of First Instance extends indemnity costs principle to actions that delay enforcement of arbitral awards. **Arbitration Notes**. 31 ago. 2016. Disponível em <https://hsfnotes.com/arbitration/2016/08/31/hong-kong-court-of-first-instance-extends-indemnity-costs-principle-to-actions-that-delay-enforcement-of-arbitral-awards/>. Acesso em 06 set. 2021.

⁹⁶⁶ MOSER, Michael J.; BAO, Chiann. **A Guide to the HKIAC Arbitration Rules**. Oxford University Press, 2017. p. 21.

⁹⁶⁷ MCEVOY, Dermont. **Guerrilla tactics: resulting in indemnity costs awards?** 23 mar. 2017. Disponível em https://www.eversheds-sutherland.com/global/en/what/articles/index.page?ArticleID=en/Construction_And_Engineering/Guerrilla_tactics_Resulting_in_indemnity_costs_awards. Acesso em 06 set. 2021. “More recently, the guiding principles on how the English courts interpret indemnity costs were summarised by Andrew Smith J. in the case of Fiona Trust & Holding Corporate v. Yuri Privalov. This case identified the scenarios that would warrant an imposition of costs on an indemnity basis.

demonstrado, perante o Judiciário, que a atuação da parte em busca de nulidade da sentença arbitral, é movida por intento meramente procrastinatório.

O Tribunal de Apelação de Cingapura⁹⁶⁸ também reconheceu que a parte inocente deve ser indenizada pelos custos legais decorrentes da violação da cláusula de arbitragem, o que leva a acreditar que não há razão para que outros tribunais que aplicam a Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958 (a Convenção de Nova Iorque) cheguem a um ponto de vista diferente dos apresentados.

Em arremate, a jurisdição estatal que contribui para o cumprimento da sentença arbitral se torna mais atrativa para os *players*, pois agrega segurança jurídica, incentivando a estratégia de executar a sentença onde for mais favorável à arbitragem, no caso de haver várias jurisdições possíveis⁹⁶⁹.

Em conclusão, os tribunais nacionais, em uma verdadeira cooperação jurisdicional, são legitimados para sancionarem os guerrilheiros a pagarem os custos de indenização decorrentes de suas táticas protelatórias abusivas ou de má-fé, com intuito de burlar, obstruir, impedir ou impugnar indevidamente a convenção arbitral ou o seu resultado, a sentença arbitral, utilizando o Poder Judiciário para intuito ilegal ou antiético.

These included, inter alia, pursuit of allegations despite the lack of any foundation in the documentary evidence for those allegations, incidences where large scale expensive litigation is pursued to exert commercial pressure, and pursuing unjustified cases or putting forward unreasonable allegations.”

⁹⁶⁸ LEWIS, Morgan. Compensation for breach of an arbitration agreement: damages for damages **Lexology**. 18 ago. 2014. Disponível em <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=eb4b4fa6-d82d-4982-b61d-7f1c7a5d7608> Acesso em 06 set. 2021.

⁹⁶⁹ LEWIS, Morgan. Issue estoppel and res judicata in international arbitration: more weapons in the fight against guerrilla tactics. **Lexology**. 18 nov. 2014. Disponível em <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=49103601-2581-4699-ab2a-01890aca0872>. Acesso em 06 set. 2021. No mesmo sentido “Indeed, as many jurisdictions are competing for arbitration business one factor to consider in choosing an arbitral seat could be the readiness of national courts to support an arbitral tribunal in fighting arbitration guerrillas”.; et al., 'Chapter 2, §2.01: Countering Guerrilla Tactics at the Outset, Throughout and at the Conclusion of the Arbitral Proceedings', In: HORVATH, Günther; WILSKE, Stephan. (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 33 – 54, p. 46.

5.1.2 Conselhos de Classe Nacionais, Associações Internacionais de Advogados ou Conselho Global de Ética Arbitral

O advogado, em regra, pode ser sancionado por seu conselho de classe nacional, conforme suas leis e códigos de ética, assegurado o devido processo legal. Mas, nem todo conselho de classe de advogados entende que tem competência para analisar e julgar questões éticas na arbitragem internacional quando a atuação do advogado ocorreu fora do território da Ordem.

Além disso, na arbitragem internacional, cada advogado estará vinculado às regras éticas do seu Estado de origem, o que pode entrar em conflito com as práticas éticas do advogado adversário ou até mesmo do tribunal arbitral ou da lei aplicável à arbitragem. Catherine Rogers⁹⁷⁰ ressalta que “em alguns casos, esses conflitos podem levar a uma injustiça estrutural e processual”, o que exige uma maior universalização destes critérios de forma clara e objetiva.

Deste modo, o que se nota é que a intervenção dos órgãos de classe dos advogados em sanções disciplinares envolvendo arbitragens internacionais é irrisória, até porque os códigos de ética dos órgãos de classe geralmente se preocupam mais com a relação advogado-cliente do que advogado-órgão jurisdicional⁹⁷¹.

Para além desta situação, é raro que um advogado faça denúncia de outro advogado para seu conselho de classe quando a sede da arbitragem é totalmente alheia aos dois advogados, seja pela dificuldade inerente à situação, por sua inocuidade e ainda pelo dever de confidencialidade que geralmente envolve os procedimentos arbitrais.

Na prática, a questão relevante seria se um advogado taiwanês denunciaria um advogado japonês para a Ordem dos Advogados do Japão quando a sede da arbitragem é Cingapura e a lei aplicável é a lei de Nova York. Mesmo se um advogado exposto à guerrilha, de fato, decidir denunciar o advogado adverso a sua associação de advogados, ele deve estar ciente do dever de confidencialidade ao relatar, porque

⁹⁷⁰ ROGERS, Catherine. , 'Chapter 5: Guerrilla Tactics and Ethical Regulation', In: HORVATH, Günther; WILSKE, Stephan. (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 313 – 340, p. 316-317.

⁹⁷¹ SALGER, Hanns Christian. , 'Chapter 4, §4.01: The Role of Bar Associations', In: HORVATH, Günther; WILSKE, Stephan. (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 291 – 298, p. 292.

os documentos para comprovar tal reclamação podem ser confidenciais.⁹⁷² (tradução livre)

Deixar exclusivamente a legitimidade para sancionar os advogados que atuam na arbitragem internacional para com seus pares nacionais seria consideravelmente inócuo. Por outro lado, como profissionais comprometidos com a Justiça, é dever das associações de advogados incentivar a atuação ética dos advogados onde quer que estejam⁹⁷³.

E deste modo, havendo denúncia de atuação antiética ou contrária aos preceitos legais e profissionais a que o advogado está vinculado, por óbvio que o conselho de classe deverá apurar a denúncia e possibilitar ao advogado seu direito de defesa. Mas, comprovada a infração, ele deve ser exemplarmente punido dentro do que estiver previsto no ordenamento jurídico a que estiver obrigado.

No caso das associações internacionais de advogados, como a IBA, por exemplo, por mais que ela traga *guidelines* sobre questões éticas, sua associação é voluntária e por isso, no máximo, poderia sancionar os seus associados, o que poderia levar a duas situações: perda de associados ou a formação de um *country club* comprometido com a ética. No plano ideal, a segunda opção seria a que melhor que coadunaria com a função exercida pelo advogado na administração da justiça, inclusive na arbitragem internacional, porém não há dados que sustentem que esta foi a opção adotada. A realidade é que as associações trabalham muito mais em um papel preventivo do que sancionador.

⁹⁷² WILSKE, Stephan. Sanctions against counsel in international arbitration – possible, desirable or conceptual confusion? **Contemporary Asia Arbitration Journal**, v. 8, n. 2, p. 141-184, nov. 2015. WILSKE, Stephan. Sanctions against counsel in international arbitration – possible, desirable or conceptual confusion? **Contemporary Asia Arbitration Journal**, v. 8, n. 2, p. 141-184, nov. 2015. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2699476. Acesso em 06 set. 2021. p. 152. No original “In practice, the relevant question would be whether a Taiwanese attorney would report op.osing counsel qualified in Japan to the Japanese Bar Association when the seat of arbitration is Singapore and the applicable law is the law of New York. Even if an attorney exposed to guerrilla warfare would in fact decide to report op.osing counsel to his or her bar association, counsel must be mindful of a duty of confidentiality when reporting, because documents to substantiate such complaint may be confidential”.

⁹⁷³ WILSKE, Stephan. Sanctions against counsel in international arbitration – possible, desirable or conceptual confusion? **Contemporary Asia Arbitration Journal**, v. 8, n. 2, p. 141-184, nov. 2015. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2699476. Acesso em 06 set. 2021. p. 153.

Interessante apontar que, sob o aspecto da análise econômica, Pinheiro e Saddi ressaltam que o advogado deveria se preocupar mais com a reserva moral para questões que possam afetar a reputação e o negócio em si, para que não se tornem devastadoras no longo prazo.⁹⁷⁴

Assim, com uma boa dose de boa vontade, poderia sim haver um comprometimento dos conselhos de classe nacionais e associações de advogados internacionais no sentido de manterem listas de advogados (*black lists*) que atuam de forma abusivamente beligerante e prejudicam não apenas a arbitragem comercial internacional, mas também a própria carreira jurídica, atentando contra a dignidade da profissão e da justiça. Deste modo, as sanções reputacionais poderiam surtir algum efeito.

Apoiados nesta ideia ética, Catherine Rogers⁹⁷⁵ e Doak Bishop⁹⁷⁶ defenderam um Código de Ética uniforme e obrigatório⁹⁷⁷ aos advogados a fim

⁹⁷⁴ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. 2 reimp., Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 10.

⁹⁷⁵ Vide ROGERS, Catherine A. The Ethics of Advocacy in International Arbitration. **Penn State Legal Studies Research**. Paper n. 18-2010. p. 1-14 Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1559012>. Acesso em: 13 mai. 2021. ROGERS, Catherine, 'Chapter 5: Guerrilla Tactics and Ethical Regulation', In: HORVATH, Günther; WILSKÉ, Stephan. (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 313 – 340.

⁹⁷⁶ BISHOP, R. Doak. Advocacy and Ethics in International Arbitration: Ethics in International Arbitration in Albert Jan van den Berg (ed), **Arbitration Advocacy in Changing Times**, ICCA Congress Series, 2010. Rio, v. 15, p. 383- 390. Kluwer Law International, 2011. Vide a manifestação do autor no ICCA Rio 2010 – Arbitration Advocacy in Changing Times. XX ICCA Congress. 23 a 26 mai. 2010. Disponível em <https://www.arbitration-icca.org/icca-rio-2010>. Acesso em 25 set. 2021.

⁹⁷⁷ “We suggest that an organization like ICCA, or perhaps the IBA, appoint a working group of lawyers from different legal systems and geographical areas, including representatives of the major arbitral institutions, to consider this proposal, perhaps along with others, with a view toward building a consensus around a Code of Ethics that will have widespread support and can be adopted. We then suggest that the major arbitral institutions consider incorporating this Code into their Rules by reference. As we have seen, this would make the Code binding, creating uniformity and transparency. While there are difficult questions that might provoke a response that we should leave well enough alone – at least for now – I respectfully suggest that in the context of much larger cases and increasing public interest and scrutiny, failing to address and solve a real problem until it manifests itself in an embarrassing public spectacle creates much greater risks for the international arbitration system of which we are all a part. We all have an interest in the system, and we should all be vigilant to protect its integrity and legitimacy. And for that reason, I would suggest that we must take seriously and move forward – now and not later – the development and adoption of a uniform Code of Ethics for International Arbitration.” BISHOP, R. Doak. Advocacy and Ethics in International Arbitration: Ethics in International Arbitration in Albert Jan van den Berg (ed), **Arbitration Advocacy in Changing Times**, ICCA Congress Series, 2010. Rio, v. 15, p. 383- 390. Kluwer Law International, 2011, p. 389.

de esclarecer as regras aplicáveis e reduzir ambiguidades, nivelando o campo de atuação e assegurando a integridade⁹⁷⁸ e legitimidade do sistema arbitral.

A partir das falas de lacunas de regulamentação ética, houve muitas tentativas de padronizar condutas éticas na arbitragem internacional (Diretrizes da IBA, Regras de Praga, diversos códigos de ética de instituições arbitrais e de outras associações profissionais), ocasionando o que Gary Born chamou de “disorderly teenager’s bedroom”⁹⁷⁹, ou seja, a criação de muitas regras, por diversas associações profissionais e instituições arbitrais, que em vez de resolverem as questões éticas, deixaram tudo ainda mais confuso. Lucy Reed⁹⁸⁰ acredita que um código de ética universal, embora importante para a reflexão, é irreal para a arbitragem internacional, sugerindo que, se necessário, o tribunal pode aplicar um código sob medida ao caso concreto.

Outra manifestação interessante e polêmica foi a do então Presidente da *Swiss Arbitration Association* (ASA), Elliott Geisinger, em 2014, de criação de um órgão verdadeiramente transnacional para aplicar e impor princípios éticos, denominado de Conselho Global de Ética Arbitral (GAEC). A ideia era que esse Conselho reunisse as principais instituições de arbitragem e organizações, para, autorizado por elas, cuidasse especificamente da conduta imprópria de um advogado, separando a questão ética do mérito do processo arbitral. No entanto, após reuniões e estudos, a associação ponderou que ainda não era tempo para a criação do Conselho Global⁹⁸¹, pois os árbitros e as instituições arbitrais

978 “Systemic cooperation that involves all relevant actors—parties, counsel, arbitrators, arbitral institutions, and national and international regulatory authorities—is necessary to not only develop the content of the new ethical rules, but to implement them and ensure their meaningful enforcement.” ROGERS, Catherine A. *The Ethics of Advocacy in International Arbitration*. **Penn State Legal Studies Research**. Paper n. 18-2010. p. 1-14 Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1559012>. Acesso em: 13 mai. 2021. p. 14.

979 BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**. 3 ed. Kluwer Law International, 2021. p. 3.084.

980 REED, Lucy. 'Chapter 2, §2.04: Sanctions Available for Arbitrators to Curtail Guerrilla Tactics', In: HORVATH, Günther; WILSKE, Stephan. (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 93 - 102, p. 97-98.

981 DASSER, 2017. p. 663-664. NESSI, Sebastiano. Creation of a Global Arbitration Ethics Council: the Swiss Arbitration Association declares that time has not yet come. **Practical Law Arbitration Blog**. 2016, Disponível em: <http://arbitrationblog.practicallaw.com/creation-of-a-global-arbitration-ethics-council-the-swiss-arbitration-association-declares-that-time-has-not-yet-come/>. Acesso em: 04 set. 2021.

possuem poderes suficientes para gerenciar e manter a ordem e integridade dos procedimentos de arbitragem, admissibilidade e valoração de provas⁹⁸².

Stephan Wilske⁹⁸³ questionou a legitimidade - quem comporia esse Conselho e qual a vinculação - e a necessidade - os tribunais arbitrais podem resolver sem uma outra instância de poder - de um Conselho Global de Ética Arbitral que poderia surtir efeito contrário, criando ainda mais burocracia e rigidez ao sistema, incentivando as ameaças frívolas de levar questionamentos ao Conselho, favorecendo ainda mais as táticas de guerrilha.

O que se observa é que os conselhos nacionais pouco atuam como órgãos fiscalizadores e sancionadores de comportamentos antiéticos ocorridos nas arbitragens internacionais, embora sejam legitimados para aplicar as sanções previstas no ordenamento jurídico competente. As associações internacionais de advogados atuam mais na prevenção do que na sanção, embora pudessem contribuir mais com a implementação coordenada de sanções reputacionais. E, um Conselho Global de Ética Arbitral ficou em *stand by*, pois poderia trazer mais rigidez do que eficiência. O debate é rico e deve sempre se aprimorar com o intuito de manter a integridade⁹⁸⁴ do sistema arbitral internacional.

5.1.3 Instituições Arbitrais: Fundamentais para as Questões Éticas da Arbitragem Comercial Internacional

A prestação de serviço responsável e independente das instituições arbitrais, enquanto gestoras do procedimento arbitral, foi fundamental para o

982 CAHER, Charlie e LIM, Jonathan. Regulation of Counsel and Professional Conduct in International Arbitration. **The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration** 2019. 16 ed., London: Global Legal Group, 2019, p. 1-8. Disponível em <http://documents.jdsupra.com/42a6e900-2f10-4828-8336-95e98596030d.pdf>. Acesso em 08 set. 2021.

983 WILSKE, Stephan. Sanctions against counsel in international arbitration – possible, desirable or conceptual confusion? **Contemporary Asia Arbitration Journal**, v. 8, n. 2, p. 141-184, nov. 2015. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2699476. Acesso em 06 set. 2021. p. 164-165.

984 “My message today is that the international arbitration community needs to return to a higher standard of conduct. Doing so will save parties time and cost, and it will enhance and therefore preserve the system of international arbitration.” RIVKIN, David W. Ethics in international arbitration. **2014 Seoul Arbitration Lecture**. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/DavidRivkinSeoulArbitrationLecture.pdf>. Acesso em 25 set. 2021. p. 3.

desenvolvimento e credibilidade da arbitragem internacional, primando pela ética⁹⁸⁵ e pelo devido processo.

É essencial que as instituições arbitrais trabalhem em coordenação com o tribunal arbitral para a prevenção, correção e sanção dos comportamentos guerreiros⁹⁸⁶. Não se está a defender que as instituições arbitrais intervenham nos procedimentos retirando do tribunal arbitral a sua autonomia e independência⁹⁸⁷, mas que efetivamente contribuam, trazendo regras claras em seus regulamentos e que vinculem os atores arbitrais a fim de que possam ser responsáveis na condução do processo.

Deste modo, ao escolher a instituição de arbitragem na cláusula compromissória (especialmente por meio dos modelos disponibilizados por elas), incorpora-se ao contrato “um conjunto normativo testado e com eficiência comprovada na solução das questões mais comuns aos procedimentos”⁹⁸⁸.

Na opinião de Ugo Draetta⁹⁸⁹, as instituições arbitrais estão fazendo um bom trabalho, reconhecendo que seu papel não é fácil, uma vez que têm que trabalhar com uma “flexibilidade institucionalizada”, ou seja, precisam prover meios de corrigir os defeitos do que acontece em um instituto que foi desenhado com poucas regras fixas e onde seu papel é administrativo⁹⁹⁰, não jurisdicional. Por outro lado, o autor⁹⁹¹, com sua vasta experiência arbitral, faz sugestões ricas

⁹⁸⁵ BÜHLER, Michael W. A ética dos centros de arbitragem – o exemplo do tribunal internacional de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. p. 133-151. In KEUTGEN, Guy (org.). **A ética na arbitragem jurídica**. Tradução de João Duarte. Lisboa: Edições Piaget, 2012. p. 151. “as preocupações éticas constituem um dos fundamentos sem o qual seria difícil atingir o ideal de justiça desejado pelas partes quando optam a favor de uma cláusula de arbitragem-institucional”.

⁹⁸⁶ ROWLEY, J. William. 'Chapter 1, §1.04: Guerrilla Tactics and Developing Issues', In: HORVATH, Günther; WILSKE, Stephan. (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 20 - 30, p. 27.

⁹⁸⁷ Embora isso aconteça, em maior ou menor grau, na medida em que muitas revisam as sentenças arbitrais antes de publicar, com o fim de manter um padrão de qualidade e evitar delongas com erros formais que poderiam ter sido verificados. (Ex. ICC, SIAC e CIETAC)

⁹⁸⁸ GABBAY, Daniela M.; MAZZONETTO, Nathalia; KOBAYASHI, Patrícia S. Desafios e cuidados na redação das cláusulas de arbitragem. p. 93-130. In **Arbitragem Comercial: Princípios, Instituições e Procedimentos**. A prática no CAM-CCBC. BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. (org). Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2013, p. 113.

⁹⁸⁹ DRAETTA, Ugo. **La otra cara del arbitraje internacional** María Cecilia Brusa (trad.). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012. p. 101.

⁹⁹⁰ DRAETTA, Ugo. **La otra cara del arbitraje internacional** María Cecilia Brusa (trad.). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012 p. 104.

⁹⁹¹ DRAETTA, Ugo. **La otra cara del arbitraje internacional** María Cecilia Brusa (trad.). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012 p. 111-112.

e interessantes para as instituições arbitrais, algumas inclusive, observadas nos regulamentos mais recentes e já estudados: i) pensem menos no mercado⁹⁹² e mais em sua função social em benefício do sistema jurisdicional arbitral; ii) considerem as empresas e os advogados internos como os verdadeiros clientes e mantenham diálogo com eles e com os árbitros; iii) renunciem às listas de árbitros; iv) ajam com mais rigor na administração do procedimento arbitral a fim de controlar o tempo e os custos, em especial na constituição do tribunal arbitral; v) incentivem a diversidade na designação de árbitros (jovens, mulheres); vi) recompensem os árbitros que por seu trabalho e esforço favorecem o instituto da arbitragem; vii) considerem a possibilidade de publicar as sentenças, sem mencionar as partes, mas consignando quem eram os árbitros e quanto tempo levou o procedimento.

As instituições arbitrais podem contribuir tanto na formação de advogados e árbitros internacionais, por meio de cursos de capacitação, o que auxilia na prevenção às táticas de guerrilha e reforça a pauta ética, quanto pode instrumentalizar seus Regulamentos com códigos de éticas e previsão de sanções.

Neste sentido, há sugestões⁹⁹³ para que as instituições de arbitragem incluam em seus regulamentos códigos de conduta para advogados e árbitros, vinculando-os ao cumprimento e às sanções previstas, como introduzido no Regulamento da LCIA desde 2014.

As instituições podem utilizar sua experiência com técnicas de redução de tempo e custos, incentivando os árbitros a serem mais eficientes na prolação das sentenças, inclusive por meio de um sistema de recompensas e penalizações⁹⁹⁴, como ocorre com o Regulamento da ICC. A gestão rigorosa da

992 “En efecto, el arbitraje se ha convertido en un gran negocio para las instituciones, los árbitros y los abogados externos.” DRAETTA, Ugo. **La otra cara del arbitraje internacional** María Cecilia Brusa (trad.). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012. p. 102.

993 WILSKE, Stephan. Sanctions against counsel in international arbitration – possible, desirable or conceptual confusion? **Contemporary Asia Arbitration Journal**, v. 8, n. 2, p. 141-184, nov. 2015. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2699476. Acesso em: 06 set. 2021. p. 153. HORVATH, Günther; WILSKE, Stephan.; et al., 'Chapter 2, §2.01: Countering Guerrilla Tactics at the Outset, Throughout and at the Conclusion of the Arbitral Proceedings', In: HORVATH, Günther; WILSKE, Stephan. (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 33 – 54, p. 47.

994 FLORESCU, Cristina Ioana. Emerging tools to attract and increase the use of international arbitration. **Juridical Tribune**. v. 10, n. 2, jun. 2020. p. 256-278, p. 274.

eficiência do tribunal arbitral impacta no procedimento como um todo, pois incentiva o tribunal arbitral a não tolerar as táticas de guerrilha dilatórias, encorajando-o a ser mais proativo, a discutir um cronograma de trabalho com as partes e advogados que realmente será cumprido e delimitando os comportamentos que não serão tolerados⁹⁹⁵.

As instituições também poderiam contribuir com a aplicação de sanções reputacionais, ou seja, mantendo listas de advogados que tenham sido punidos pelo tribunal arbitral por descumprimento das regras éticas, bem como listas de árbitros que tenham sido penalizados por má-conduta ou desídia. Estas listas seriam divulgadas a fim de constranger os infratores, que teriam que se explicar para com os clientes e seus pares, desestimulando-os a repetirem o comportamento reprovável, além de permanecerem impedidos⁹⁹⁶, por um tempo⁹⁹⁷, de atuarem, seja como advogados ou árbitros perante aquela instituição.

Como explicam Horvath e Wilske⁹⁹⁸ isso não impediria que atuassem em outras instituições, mas tornar pública a sanção reputacional é uma ideia a se

⁹⁹⁵ “Thus, users are confronted with new terminologies, tools and procedures that are more than welcomed and useful in conducting the arbitration procedure as closely as possible to the needs of each case and in accordance with international practice already known by more experienced users. It is intended that the new package of arbitration rules be supplemented with guides to good practices related to other topics (such as conflict of interests, representation of parties, sanctioning of guerrilla tactics, financing the procedure through third parties, prior determination, probation administration and efficient management of the procedure) so that through the intertwining of all these aspects the users have sufficient resources gathered in one place, transposed into a flexible, simple and efficient tool for solving commercial disputes.” FLORESCU, Cristina Ioana. Emerging tools to attract and increase the use of international arbitration. **Juridical Tribune**. v. 10, n. 2, jun. 2020. p. 256-278, p. p. 272-273.

⁹⁹⁶ WILSKE, Stephan. Sanctions against counsel in international arbitration – possible, desirable or conceptual confusion? **Contemporary Asia Arbitration Journal**, v. 8, n. 2, p. 141-184, nov. 2015. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2699476. Acesso em 06 set. 2021. p. 154. Segundo o autor, a exemplo do que ocorre nos EUA, em alguns tribunais nacionais.

⁹⁹⁷ “Tal quarentena moral, prática corrente entre os comerciantes, adaptada ao microsistema de arbitragem projeta seus efeitos em relação aos árbitros e às instituições arbitrais. O árbitro ou instituição que ferir a legítima expectativa das partes será banido do meio com toda a desonra possível, o mesmo ocorrendo com a instituição que o credenciou. São respostas próprias do ordenamento privado que funda sua sanção na moral e no senso comum de equidade dos operadores econômicos”. SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e Direito da Empresa: dogmática e implementação da cláusula compromissória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 159-160.

⁹⁹⁸ HORVATH, Günther J.; WILSKE, Stephan; et al. 'Chapter 3, §3.04: Lessons to Be Learned for International Arbitration?', In: HORVATH, Günther J.; WILSKE, STEPHAN. (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 278 – 290, p. 289.

ponderar, pois poderia surtir efeito prático extraordinário para coibir novas condutas impróprias. Interessante lembrar que o Regulamento da CAM-CCBC, no seu art. 11.2, possui a previsão de uma lista de inadimplentes como uma forma de sanção reputacional.

Horvat e Wilske⁹⁹⁹, nas considerações finais da obra *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, informam que vários sistemas jurídicos africanos possibilitam a visualização dos advogados que foram suspensos ou excluídos em razão da sua conduta antiética, o que poderia incentivar o sistema arbitral internacional a fazer o mesmo.

Wilske¹⁰⁰⁰ ainda exemplifica que as regras de arbitragem da CAA (Chinese Arbitration Association) preveem que os árbitros atrasados sejam revelados como uma forma de sanção, o que poderia se aplicar aos advogados guerrilheiros. E, no que tange à confidencialidade da arbitragem, ela não seria prejudicada pela sanção reputacional, uma vez que a divulgação do advogado guerrilheiro ou do árbitro displicente não pressupõe a divulgação das partes e/ou o objeto da arbitragem, sendo possível conviver a sanção reputacional com o sigilo arbitral.

William Park¹⁰⁰¹ questiona se sanções reputacionais funcionariam em um ambiente tão globalizado e disperso, diferentemente da experiência do coeso mercado de diamantes relatado por Lisa Bernstein¹⁰⁰². Nestes ambientes homogêneos os laços de reputação e vergonha encorajam o comportamento

⁹⁹⁹ HORVARTH, Günther J.; WILSKE Stephen, 'Chapter 6: Conclusion and Outlook', In: HORVARTH, Günther J.; WILSKE, STEPHAN. (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 341 – 354, p. 348.

¹⁰⁰⁰ WILSKE, Stephan. Sanctions against counsel in international arbitration – possible, desirable or conceptual confusion? **Contemporary Asia Arbitration Journal**, v. 8, n. 2, p. 141-184, nov. 2015. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2699476. Acesso em: 06 set. 2021. p. 154.

¹⁰⁰¹ PARK, William. A Fair Fight: Professional Guidelines in International Arbitration. **Arbitration International: The Journal of the London Court of the International Arbitration - LCIA**. Vol. 30, n. 3, a. 2014, p. 409-428. Disponível em <http://www.williamwpark.com/documents/WWP.professionalGuidelines.pdf>. Acesso em 22 abr. 2021. p. 415.

¹⁰⁰² Vide BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the legal system: extralegal contractual relations in the diamond industry. **Journal of legal studies**. vol. XXI, jan. 1992, p. 115-157. Neste artigo, ela relata como funcionam as formas de regulamentação extralegal e sanções extrajudiciais na coesa indústria mundial de distribuição de diamantes (cartel), dominada pelos judeus com fortes laços reputacionais e religiosos.

cooperativo, o que contrasta com um mundo heterogêneo, onde o incentivo da “vergonha” pode não ser o suficiente para a cooperação.

Contudo, por mais heterogêneo que seja o mundo dos negócios internacionais, é possível identificar um núcleo de atores arbitrais que transitam entre as principais instituições de arbitragem e por isso, acredita-se que esse tipo de sanção pode servir de incentivo ao cumprimento das normas de conduta e da sentença arbitral. Ou seja, por mais que se tenha expandido o mercado arbitral, a reputação – capital simbólico – ainda é um valor considerável¹⁰⁰³.

Horvat e Wilske¹⁰⁰⁴ propõem a exclusão do advogado guerrilheiro como uma forma de sanção, a exemplo do que é previsto no código processual austríaco e ocorreu no caso da ICSID- *Hrvatska Elektroprivreda x República da Eslovênia*¹⁰⁰⁵ em razão de conflito de interesse entre o novo advogado e o árbitro, autorização incorporada aos novos Regulamentos da CCI e da LCIA.

Parece correto distinguir o que é atribuição da instituição e o que é atribuição do tribunal arbitral nesta situação. As instituições arbitrais tem legitimidade para preverem a autorização de exclusão do advogado constituído após a formação do tribunal arbitral em seus regulamentos e códigos éticos, mas quem julga se o advogado deve ser rejeitado ou excluído é o tribunal arbitral, autoridade constituída para o fim de gerenciar o conflito, utilizando de seus poderes inerentes para preservação do processo.

¹⁰⁰³ “No que toca ao fenômeno cultural que a arbitragem revela, registre-se que as sanções de cunho comercial e não-estatais são típicas do comércio internacional. Medidas de retorsão, cessação do crédito, quebra e perda de reputação entre os demais negociantes, maior exigência e criação de entraves para futuras negociações são algumas das sanções naturais aos que rompem com a confiança.” SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e Direito da Empresa: dogmática e implementação da cláusula compromissória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 159. No mesmo sentido, “le commerce international est régi, prioritairement, par la dissuasion réciproque de ses membres, dans une perspective horizontale. Dès lors, les réparations à caractère punitif ont rapidement été adoptées. Si elles restent plus proches du common law, l'importance de sanctionner des comportements abusifs dans une société internationale réclamant des remèdes privés a encouragé les arbitres à choisir ce type de réparation. LEVY, Daniel. **Les abus de l'arbitrage commercial international**. L'Harmattan, 2015, p. 514.

¹⁰⁰⁴ HORVATH, Günther J.; WILSKE, Stephan.; et al., 'Chapter 3, §3.04: Lessons to Be Learned for International Arbitration?', In: HORVATH, Günther; WILSKE, Stephan. (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 278 – 290, p. 287.

¹⁰⁰⁵ Vide CARMONA, Carlos Alberto. Breves considerações críticas acerca das diretrizes da International Bar Association sobre a representação de parte na arbitragem internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 40, jan. 2014, RT online.

As instituições arbitrais são as mais organizadas para apoiarem a causa ética, além de se beneficiarem diretamente dela, pois sua perenidade depende da confiança depositada nelas, tanto pelos operadores do comércio internacional, quanto pelos advogados e árbitros¹⁰⁰⁶. Para tanto, os Regulamentos precisam ser mais claros quanto ao comportamento esperado dos atores arbitrais e suas consequências – advertências, sanções, multas – para as condutas antiéticas.

Uma situação que chama atenção é o fato das instituições arbitrais asiáticas (SIAC, CIETAC e HKIAC) serem menos enfáticas no que tange às sanções das táticas de guerrilha arbitrais. Esse movimento pode ser um aceno à confiança – característica cultural dos orientais - na autorregulação das partes com o tribunal arbitral em um movimento de retorno à ética e à eficiência. Mas também pode, intencionalmente ou não, sob o ponto de vista concorrencial, caracterizar uma vantagem “liberal” sobre instituições mais “intervencionistas”, como a CCI e a LCIA. Contudo, diante de tantos prejuízos causados pelas táticas de guerrilha ao instituto da arbitragem nas últimas décadas e concomitantemente acontecer uma expansão do instituto para novos centros de arbitragem na Ásia, apontam mais para uma tendência natural de acompanhamento do fluxo comercial e econômico para aquela região. Aliás, isso só comprova o quanto ela continua sendo instrumento adequado para a solução dos conflitos comerciais internacionais.

5.1.4 Tribunal Arbitral e seus Poderes de Sanção

O tribunal arbitral pode sancionar as partes e seus advogados, caso constatados comportamentos guerrilheiros? A pergunta é intrigante e não apresenta uma resposta fácil e unânime¹⁰⁰⁷, mas parece que o mais adequado é que seja “sim”.

¹⁰⁰⁶ BÜHLER, Michael W. A ética dos centros de arbitragem – o exemplo do tribunal internacional de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. p. 133-151. In KEUTGEN, Guy (org.). **A ética na arbitragem jurídica**. Tradução de João Duarte. Lisboa: Edições Piaget, 2012. p. 151.

¹⁰⁰⁷ WILSKE, Stephan. Sanctions against counsel in international arbitration – possible, desirable or conceptual confusion? **Contemporary Asia Arbitration Journal**, v. 8, n. 2, p. 141-

Alguns vão partir do pressuposto de que os poderes dos árbitros vem da convenção arbitral e se esta não autorizar ou for silente, caberá aos árbitros apenas avaliar as questões de fato e de direito, não sendo de sua responsabilidade fiscalizar e julgar as questões éticas¹⁰⁰⁸. A maioria das legislações nacionais são silentes quanto aos poderes dos árbitros para sancionar os advogados, sendo mais tranquilo o entendimento a respeito de aplicar sanções às partes¹⁰⁰⁹.

Porém, quando estes comportamentos antiéticos e abusivos prejudicam o procedimento, defende-se que o tribunal arbitral possua poderes inerentes¹⁰¹⁰ à condução do processo jurisdicional, inclusive em face ao advogado, a fim de que o processo alcance um resultado útil, célere, justo e eficiente.

Na verdade, não faz sentido estabelecer um dogma que “quase por natureza” os árbitros não podem sancionar o advogado. Em vez disso, o oposto é verdadeiro: uma vez que a integridade do processo de arbitragem depende de um remédio eficaz, não faz sentido excluir categoricamente a possibilidade de poder sancionador do tribunal vis-

184, nov. 2015. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2699476. Acesso em 06 set. 2021. p. 156. Vide também PARK, William. A Fair Fight: Professional Guidelines in International Arbitration. **Arbitration International: The Journal of the London Court of the International Arbitration - LCIA**. Vol. 30, n. 3, a. 2014, p. 409-428. Disponível em <http://www.williamwpark.com/documents/WWP.professionalGuidelines.pdf>. Acesso em 22 abr. 2021. p. 422. Em sentido contrário “It is easy to envisage that dishonest counsel sanctioned under the IBA Guidelines and/or his or her party are (almost by definition) likely to strike back and try to derail the arbitration by, for instance, challenging the arbitrator(s) or the award, either at the place of arbitration or in enforcement proceedings. Sanctions just provide more grounds for obstruction. Even if some arbitrators might feel the urge to sanction obstreperous counsel, they should resist that urge and simply get on with the proceedings.” DASSER, Felix. 'Equality of Arms in International Arbitration: Do Rules and Guidelines Level the Playing Field and Properly Regulate Conduct? – Can They? Will They? Should They? The Example of the IBA Guidelines on Party Representation', in Andrea Menaker (ed), **International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity**, ICCA Congress Series, Volume 19 (© Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International 2017) p. 652.

¹⁰⁰⁸ “There is a strong sentiment (by what ROGERS, Catherine. calls the “historical view”) that sanctioning counsel is a task that goes strictly against the mission of an arbitral tribunal.” WILSKE, Stephan. Sanctions against counsel in international arbitration – possible, desirable or conceptual confusion? **Contemporary Asia Arbitration Journal**, v. 8, n. 2, p. 141-184, nov. 2015. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2699476. Acesso em 06 set. 2021. p. 156.

¹⁰⁰⁹ As sanções às partes estão, muitas vezes, expressas nos regulamentos de arbitragem, seja pela aplicação das inferências adversas ou pelas sanções monetárias.

¹⁰¹⁰ “Parece-me, portanto, que os arts. 5.º e 6.º das Guidelines conformam-se perfeitamente à realidade brasileira, sendo certo que os árbitros possuem os poderes inerentes necessários para remover o representante de parte que, depois de constituído o Tribunal Arbitral, pretenda participar da arbitragem e ostente alguma circunstância que crie conflito com membro do Tribunal Arbitral no que diz respeito à sua independência e imparcialidade”. CARMONA, Carlos Alberto. Breves considerações críticas acerca das diretrizes da International Bar Association sobre a representação de parte na arbitragem internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 40, jan. 2014, RT online.

à-vis o advogado. Caso contrário, a consequência prática seria que o advogado é completamente livre de regulamentação ética ou orientação em procedimentos arbitrais internacionais. Assim, a perspectiva de sanções impostas pelo tribunal para os advogados está ganhando força na comunidade de arbitragem internacional, particularmente entre os árbitros frustrados com as interrupções processuais causadas por má conduta e entre as partes frustradas com o aumento de custos e atrasos relacionados.¹⁰¹¹ (tradução livre)

O fundamento para a autoridade inerente ao tribunal se encontra no dever do árbitro de agir jurisdicionalmente. Assim, “o ponto de apoio entre o devido processo e a eficiência é onde se encontram as ferramentas do tribunal para combater as táticas de guerrilha”¹⁰¹².

A diligência implacável permite aos árbitros, em particular ao presidente ou ao árbitro único: (a) antecipar e prevenir táticas de guerrilha; (b) agir de forma rápida e decisiva para detê-los; e (c) no pior cenário, para sancionar as táticas.¹⁰¹³ (tradução livre)

Loukas Mistelis¹⁰¹⁴, baseada na opinião de 70% dos entrevistados na Pesquisa da Queen Mary University de 2018, defende que os árbitros devem

¹⁰¹¹ “In fact, it does not make sense to establish a dogma that “quasi by nature” arbitrators may not sanction counsel. Rather, the opposite is true: since the integrity of the arbitration process depends upon an effective remedy, it does not make sense to categorically exclude the possibility of an arbitral tribunal’s sanctioning power vis-à-vis counsel. Otherwise, the practical consequence would be that counsel is completely free from ethical regulation or guidance in international arbitral proceedings. Accordingly, the prospect of tribunal-imposed sanctions for counsel is gaining momentum in the international arbitration community, particularly among arbitrators frustrated with the procedural disruptions caused by misconduct and among parties frustrated at the related increase in costs and delays.” WILSKE, Stephan. Sanctions against counsel in international arbitration – possible, desirable or conceptual confusion? **Contemporary Asia Arbitration Journal**, v. 8, n. 2, p. 141-184, nov. 2015. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2699476. Acesso em 06 set. 2021. p. 158.

¹⁰¹² No original: “The fulcrum between procedural due process and efficiency is where one finds the tribunal’s tools for countering guerrilla tactics.” REED, Lucy. ‘Chapter 2, §2.04: Sanctions Available for Arbitrators to Curtail Guerrilla Tactics’, In: HORVARTH, Günther J.; WILSKE, STEPHAN. (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 93 - 102, p. 95.

¹⁰¹³ No original: “Unrelenting diligence allows arbitrators, in particular the chairperson or sole arbitrator: (a) to anticipate and prevent guerrilla tactics; (b) to act quickly and decisively to stop them; and (c) in the worst-case scenario, to sanction the tactics”. REED, Lucy. ‘Chapter 2, §2.04: Sanctions Available for Arbitrators to Curtail Guerrilla Tactics’, In: HORVARTH, Günther; WILSKE, Stephan. (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 93 - 102, p. 96.

¹⁰¹⁴ MISTELIS, Loukas A., Efficiency. What Else? Efficiency as the Emerging Defining Value of International Arbitration: between Systems theories and party autonomy (April 15, 2019). Queen Mary School of Law. **Legal Studies Research**. Paper n. 313/2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3372341>. Acesso em: 6 mai. 2021. p. 27.

agir com maior rigor para garantir a eficiência do processo arbitral, especialmente, sancionando as táticas dilatórias.

Em razão das peculiaridades de cada caso, não há uma única receita para todos os casos. Assim, o tribunal arbitral deve estar atento a tudo que acontece dentro e fora da arbitragem, pois pode acontecer das partes e advogados estarem satisfeitos com seus estilos de atuação, sendo desnecessária a intervenção do tribunal, pois há paridade de armas¹⁰¹⁵. Por outro lado, em caso de abuso ou de disparidade entre as partes/advogados, o tribunal precisará atuar firmemente¹⁰¹⁶ para deter o comportamento impróprio, preferencialmente na primeira oportunidade. A pior estratégia que um tribunal pode tomar é tolerar um guerrilheiro, pois ele se sentirá encorajado a continuar agindo de forma abusiva e incentivará o advogado adverso a fazer o mesmo para se igualar nas táticas de guerrilha¹⁰¹⁷.

Partindo-se da premissa de que o tribunal arbitral possui poderes inerentes para dirigir o processo arbitral e sancionar todos que ameacem o devido processo, a convenção arbitral e a ética, passa-se à próxima fase, que é compreender quais são as sanções aplicáveis no combate às táticas de guerrilha, apoiando-se nas disposições do art. 26 das Diretrizes da IBA para Representação das Partes.

Medidas contra Conduta Imprópria

26. Se o Tribunal Arbitral, após notificar as Partes e lhes conceder oportunidade razoável para serem ouvidas, entender que o Representante de uma das Partes teve Conduta Imprópria, o Tribunal Arbitral, conforme julgue apropriado, poderá:

- (a) advertir o Representante da Parte;
- (b) extrair as deduções apropriadas ao analisar as provas em que se fundou ou os argumentos de direito apresentados pelo Representante da Parte;

¹⁰¹⁵ REED, Lucy. 'Chapter 2, §2.04: Sanctions Available for Arbitrators to Curtail Guerrilla Tactics', In: HORVARTH, Günther J.; WILSKE, STEPHAN. (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 93 - 102, p. 96-97.

¹⁰¹⁶ REED, Lucy. 'Chapter 2, §2.04: Sanctions Available for Arbitrators to Curtail Guerrilla Tactics', In: HORVARTH, Günther J.; WILSKE, STEPHAN. (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 93 - 102, p. 98.

¹⁰¹⁷ REED, Lucy. 'Chapter 2, §2.04: Sanctions Available for Arbitrators to Curtail Guerrilla Tactics', In: HORVARTH, Günther J.; WILSKE, STEPHAN. (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 93 - 102, p. 99.

- (c) considerar a Conduta Imprópria do Representante da Parte quando da repartição dos custos da arbitragem, indicando, caso seja apropriado, como e em qual proporção a Conduta Imprópria do Representante da Parte interfere na repartição dos custos;
- (d) adotar qualquer outra medida adequada a fim de preservar a equidade e integridade do procedimento¹⁰¹⁸.

O art. 27 das Diretrizes da IBA para Representação das Partes fornece os parâmetros a serem observados pelo tribunal arbitral a fim de aplicar uma ou mais sanções previstas no art. 26.

27. Ao abordar questões de Conduta Imprópria, o Tribunal Arbitral deverá considerar:
- (a) a necessidade de preservar a equidade e a integridade do procedimento arbitral, bem como a exequibilidade da sentença arbitral;
 - (b) o possível impacto de uma decisão referente à Conduta Imprópria sobre os direitos das Partes;
 - (c) a natureza e a gravidade da Conduta Imprópria, incluindo a extensão em que esta interfere no desenvolvimento do procedimento;
 - (d) a boa-fé do Representante da Parte; (e) aspectos pertinentes de sigilo profissional e confidencialidade; e
 - (f) em qual extensão a Parte Representada teve conhecimento, permitiu, ordenou ou participou de tal Conduta Imprópria.¹⁰¹⁹

Neste sentido, a fim de melhor compreender as categorias de sanções à disposição do tribunal arbitral, dividir-se-á em: advertência e exclusão do advogado guerrilheiro, inferências negativas e sanções monetárias.

5.1.4.1 Advertência e Exclusão dos Guerrilheiros

Na gestão do processo arbitral, o tribunal velará pelo devido processo¹⁰²⁰, será diligente e atento a tudo que se passa, pois esta habilidade aliada à experiência, garantirá ao árbitro ser um contra-guerrilheiro eficaz¹⁰²¹.

¹⁰¹⁸ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **Diretrizes da IBA para a Representação de Partes em Arbitragens Internacionais**. Adotadas por resolução do Conselho da IBA em 25 de maio de 2013. Disponível em <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=17BA0784-36C8-40CF-B207-8B50409C5308>. Acesso em 28 ago. 2021.

¹⁰¹⁹ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **Diretrizes da IBA para a Representação de Partes em Arbitragens Internacionais**. Adotadas por resolução do Conselho da IBA em 25 de maio de 2013. Disponível em <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=17BA0784-36C8-40CF-B207-8B50409C5308>. Acesso em 28 ago. 2021.

¹⁰²⁰ BATES JR. Albert; TORRES-FOWLER, R. Zachary. Abuse of due process in international arbitration: is due process paranoia irrational? **American Journal of Construction Arbitration & ADR** (AJCA). v. 1, n. 2, p. 245-272, 2017. p. 258.

¹⁰²¹ REED, Lucy. 'Chapter 2, §2.04: Sanctions Available for Arbitrators to Curtail Guerrilla Tactics', In: HORVARTH, Günther J.; WILSKE, STEPHAN. (eds). **Guerrilla Tactics in**

Desta forma, observando comportamentos agressivos, abusivos ou antiéticos, Lucy Reed¹⁰²² aconselha que o tribunal arbitral advirta que estes comportamentos não serão tolerados e caso a advertência geral não surta efeitos, o tribunal arbitral deve nominar os guerrilheiros. Se necessário, o tribunal deve convocar os advogados para tratar do assunto, deixando-os cientes de que os clientes serão informados e outras sanções podem ser aplicadas, como as inferências adversas e a alocação de custos.

Para tanto, compreende-se que faz parte dos “poderes inerentes” advertir as partes, advogados e quaisquer outros que participem de alguma forma do processo arbitral para que mantenham a integridade, honestidade e boa-fé¹⁰²³.

Como medida que traz segurança e transparência, é aconselhável que desde a primeira¹⁰²⁴ reunião do tribunal com as partes e advogados fiquem esclarecidos aspectos procedimentais e éticos, evitando alegações de violação ao devido processo¹⁰²⁵ ou de abuso por parte do tribunal arbitral, minimizando

International Arbitration. International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 93 - 102, p. 96.

¹⁰²² “The chairperson or sole arbitrator can and should be balanced and neutral at this stage – ‘Let us remind all counsel we expect civility at all times.’ If counsel continue to misbehave despite such warnings or, worse, escalate to abusive tactics aimed at intimidating witnesses, attacking opposing counsel or undermining the record, the arbitrator again must react quickly and even more firmly – ‘Unfortunately, we must repeat our request for courteous and fair behavior.’ – and possibly even personally – ‘Ms. X, please observe the guidelines we set out earlier.’” REED, Lucy. ‘Chapter 2, §2.04: Sanctions Available for Arbitrators to Curtail Guerrilla Tactics’, In: HORVARTH, Günther J.; WILSKE, STEPHAN. (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration.** International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 93 - 102, p. 98.

¹⁰²³ WILSKE, Stephan. Sanctions against counsel in international arbitration – possible, desirable or conceptual confusion? **Contemporary Asia Arbitration Journal.** v. 8, n. 2, p. 141-184, nov. 2015. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract=162>.

¹⁰²⁴ “This suggests that the tribunal's first meeting with the parties should canvas, and Procedural Order n.º. 1 should deal with, such matters as counsels' and the parties' conduct during the arbitration, treatment of witnesses, spoliation, good faith in presentation, disclosure of information, communications with witnesses, communications with arbitrators, applicability of privileges and more. It will also be wise to set out the tribunal's power to deal with breaches of ethical guidelines. Examples would include the possibility of excluding counsel on grounds of extreme misbehaviour and perhaps the power to dismiss an arbitration with prejudice to sanction the wilful misconduct of a party or a party's counsel.” ROWLEY, J. William Rowley. ‘Chapter 1, §1.04: Guerrilla Tactics and Developing Issues’, In: HORVARTH, Günther J.; WILSKE, STEPHAN. (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration.** International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 20 - 30, p. 27.

¹⁰²⁵ “In the author's experience, explicit criticism of counsel conduct in the final award – indeed, an early and clear threat of such criticism in the award – is an effective sanction in and of itself.” REED, Lucy. ‘Chapter 2, §2.04: Sanctions Available for Arbitrators to Curtail Guerrilla Tactics’, In: HORVARTH, Günther J.; WILSKE, STEPHAN. (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration.** International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 93 - 102, p. 101.

danos posteriores. Esta medida incentivará um maior policiamento ético dos envolvidos.

A advertência funciona como uma sanção reputacional e a “vergonha” pode funcionar muito bem em núcleos mais coesos de alto capital simbólico ou nas arbitragens não sujeitas ao sigilo, cujas decisões se tornam públicas. Deste modo, o representante prezarà pela boa conduta para manter seu patrimônio reputacional.

O receio de tornar-se pública a advertência, seja por meio de sentença¹⁰²⁶ ou alguma decisão preliminar, ou por relatos de “boca em boca” servirá de incentivo a manter o comportamento probo e honesto.

Neste sentido, Daniel Levy¹⁰²⁷ defende que a declaração de um comportamento abusivo possui alcance *ultra partes*, serve tanto para punir a parte/advogado, quanto para educar a comunidade arbitral internacional e a própria *societas mercatorum*, onde a identificação dos “maus jogadores” é uma prioridade. Deste modo, os árbitros devem revelar a conduta abusiva das partes ou dos seus advogados não apenas durante o procedimento, mas também na sentença, o que fará com que o abuso de direitos tenha um papel profilático na arbitragem internacional.

Porém, se a tática guerrilheira for acordada com a parte representada, a advertência não funcionará¹⁰²⁸ e outras sanções poderão ser aplicadas.

¹⁰²⁶ REED, Lucy. 'Chapter 2, §2.04: Sanctions Available for Arbitrators to Curtail Guerrilla Tactics', In: HORVATH, Günther; WILSKE, Stephan. (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 93 – 102. p. 100-101.

¹⁰²⁷ LEVY, Daniel. **Les abus de l'arbitrage commercial international**. L'Harmattan, 2015, p. 517-524.

¹⁰²⁸ WILSKE, Stephan. Sanctions against counsel in international arbitration – possible, desirable or conceptual confusion? **Contemporary Asia Arbitration Journal**, v. 8, n. 2, p. 141-184, nov. 2015. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2699476. Acesso em 06 set. 2021. p. 166-167. No mesmo sentido, “Another question is how sanctions against counsel can actually be made to work in practice. An admonishment behind the closed doors of confidential arbitration proceedings might not impress a dishonest party representative, let alone make him or her behave appropriately the next time. An admonishment behind the closed doors of confidential arbitration proceedings might not impress a dishonest party representative, let alone make him or her behave appropriately the next time. What might theoretically work is punishing the party – as is indeed provided for by Guideline 26(b) and (c) – and then let the party sort it out with its wayward counsel and his or her insurance company or bar council. However, in practice, dishonest counsel conduct is normally a reflection of dishonest party intent.” DASSER, Felix. 'Equality of Arms in International Arbitration: Do Rules and Guidelines Level the Playing Field and Properly Regulate Conduct? – Can They? Will They? Should They? The Example of the IBA Guidelines on Party Representation', in Andrea Menaker (ed), **International Arbitration**

Deste modo, a vergonha, por si só nem sempre é suficiente, trazendo à voga outra questão: “diante de um comportamento guerrilheiro insistente, que prejudique o andamento do processo arbitral, o tribunal poderia afastar o advogado guerrilheiro?”

Carlos Alberto Carmona entende que sim¹⁰²⁹, que estaria dentro dos poderes inerentes do tribunal, apoiado pelos arts. 26 e 27 das Diretrizes da IBA sobre Representação da Parte. Horvath, Wilske et al¹⁰³⁰ defendem que “pode-se facilmente imaginar um cenário onde o comportamento perturbador repetido do advogado, apesar dos avisos dos árbitros, possa levar à necessidade de exclusão para proteger a integridade do processo”.

Outra situação possível é o afastamento do advogado para evitar ou resolver conflito de interesse gerado por sua nomeação posterior à formação do tribunal arbitral¹⁰³¹. Neste caso, há o precedente da ICSID *Hrvatska Elektroprivreda x República da Eslovênia*, previsões nos Regulamentos de Arbitragem da CCI e da LCIA, Diretrizes 5 e 6 da IBA para Representação da Parte.

Assim, a advertência é uma sanção leve, mas que se aplicada tempestivamente, pode incentivar as partes e os advogados a agirem de acordo com a boa-fé, enquanto os casos de rejeição ou exclusão do advogado são mais graves e devem ser ponderados para evitar transtornos posteriores como anulação da sentença.

and the Rule of Law: Contribution and Conformity, ICCA Congress Series, Volume 19 (© Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International 2017) p. 662.

¹⁰²⁹ “caso o representante de parte comporte-se de modo inapropriado, impedindo ao regular andamento da arbitragem, não está descartada a hipótese de determinarem os árbitros que a parte substitua seu representante.” CARMONA, Carlos Alberto. Breves considerações críticas acerca das diretrizes da International Bar Association sobre a representação de parte na arbitragem internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 40, jan. 2014, RT online.

¹⁰³⁰ “One can easily imagine a scenario where counsel's repeated disruptive behaviour despite warnings from arbitrators might lead to the need of exclusion to protect the integrity of the proceedings.” HORVATH, Günther J.; WILSKE, Stephan. ; et al. 'Chapter 3, §3.04: Lessons to Be Learned for International Arbitration?', In: HORVATH, Günther J.; WILSKE, STEPHAN. (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 278 – 290, p. 289.

¹⁰³¹ HORVATH, Günther J.; WILSKE, Stephan. ; et al. 'Chapter 2, §2.01: Countering Guerrilla Tactics at the Outset, Throughout and at the Conclusion of the Arbitral Proceedings', In: HORVATH, Günther; WILSKE, Stephan. (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 33 – 54, p. 44.

5.1.4.2 Inferências Negativas

Todo o procedimento arbitral deve se pautar no devido processo. Assim, as provas devem ser produzidas dentro dos parâmetros do contraditório, da paridade de armas e da ética.

Caso haja violação a estas regras, em razão de um comportamento abusivo, desleal, agressivo, com intuito protelatório, visando obstruir o desenvolvimento processual, ocultando ou fraudando provas, entende-se que o tribunal pode aplicar as inferências negativas (inferências adversas), o que significa, extrair as deduções de que aquela prova seria contrária aos interesses da parte.

Neste sentido, as Regras da IBA sobre Produção de Provas na Arbitragem Internacional reforçam o art. 26.b das Diretrizes da IBA sobre Representação da Parte.

Art. 9.6. Se uma Parte não apresentar, sem explicação satisfatória, qualquer Documento solicitado em um Pedido de Produção ao qual não tenha contestado em tempo hábil ou não apresentar qualquer Documento solicitado pelo Tribunal Arbitral, o Tribunal Arbitral poderá inferir que tal documento seria adverso aos interesses daquela Parte;
Art. 9.7. Se uma Parte não conseguir, sem explicação satisfatória, disponibilizar qualquer outra prova relevante, incluindo testemunho, solicitada pela outra Parte à qual não tenha contestado no devido tempo ou não disponibilizar qualquer prova, incluindo testemunho, ordenado pelo Tribunal Arbitral para ser produzido, o Tribunal Arbitral poderá inferir que tal prova seria adversa aos interesses daquela Parte¹⁰³². (tradução livre)

¹⁰³² No original: “Art. 9.6. If a Party fails without satisfactory explanation to produce any Document requested in a Request to Produce to which it has not objected in due time or fails to produce any Document ordered to be produced by the Arbitral Tribunal, the Arbitral Tribunal may infer that such document would be adverse to the interests of that Party”; e “Art. 9.7. If a Party fails without satisfactory explanation to make available any other relevant evidence, including testimony, sought by one Party to which the Party to whom the request was addressed has not objected in due time or fails to make available any evidence, including testimony, ordered by the Arbitral Tribunal to be produced, the Arbitral Tribunal may infer that such evidence would be adverse to the interests of that Party”. INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **IBA Rules on the taking of evidence in international arbitration**. 2020. Disponível em <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b>. Acesso em 04 set. 2021.

As Regras de Praga¹⁰³³, em seu art. 10, também autorizam o tribunal arbitral a aplicar inferência negativa em caso de descumprimento arbitrário das ordens do tribunal.

Artigo 10. Inferência Adversa. Se uma das Partes não respeitar uma ordem ou as instruções do Tribunal Arbitral sem uma razão válida, o Tribunal Arbitral, se o julgar apropriado, poderá estabelecer uma inferência adversa em relação à respetiva questão ou pretensão dessa Parte.

A inferência adversa é um “poderoso instrumento de pressão para que a parte desinteressada na apresentação de determinado documento ou testemunho o forneça mesmo assim”¹⁰³⁴. Deste modo, a inferência negativa serve tanto para incentivar a parte a produzir a prova ou para sancioná-la, caso não a produza, pois possibilita “que os árbitros atinjam o mesmo resultado que a vinda da prova produziria, reunindo elementos para a tomada de decisão”¹⁰³⁵.

William Park chama atenção para o risco de a inferência negativa parecer uma violação ao devido processo perante o fórum onde a sentença arbitral tiver que ser reconhecida¹⁰³⁶. Por isso que se justifica adotar as Diretrizes da IBA, as Regras de Praga ou qualquer outro código de conduta (*soft law*) logo no início¹⁰³⁷ do procedimento arbitral, bem como a atenção do tribunal arbitral aos

¹⁰³³ PRAGA. **Regras sobre a Condução Eficiente de Procedimentos em Arbitragem Internacional**, 14 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://praguerules.com/upload/medialibrary/1ce/1ceb209403ed5145d6b85c632489bf56.pdf>. Acesso em 26 jan. 2021.

¹⁰³⁴ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 152.

¹⁰³⁵ ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 153. “Overall, adverse inferences do not shift the burden of proof nor lower the standard of proof. They constitute a mental process by which the arbitrator fills the gap of missing direct evidence with a complex gap-filler comprised of different elements, which may or may not include circumstantial evidence. For that mental process to be legitimate and accepted in the reasoning of the award or of arbitral decisions in general, it must fulfil the requirements dictated by the *lex arbitri*.” AMARAL, Guilherme Rizzo. 'Burden of Proof and Adverse Inferences in International Arbitration: Proposal for an Inference Chart', in Maxi Scherer (ed), *Journal of International Arbitration*, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2018, Volume 35 Issue 1) p. 1 – 30, p. 11.

¹⁰³⁶ PARK, William. A Fair Fight: Professional Guidelines in International Arbitration. *Arbitration International: The Journal of the London Court of the International Arbitration - LCIA*. Vol. 30, n. 3, a. 2014, p. 409-428. Disponível em <http://www.williamwpar.com> p. 422.

¹⁰³⁷ “As partes precisam conhecer claramente as potenciais consequências de seus atos e omissões na arbitragem para que possam ser responsabilizadas por eles.” ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 153.

parâmetros previstos nas disposições adotadas e a motivação da decisão de aplicação da sanção.

As instituições de arbitragem também poderiam inserir a previsão de inferências adversas em seus regulamentos, a fim de contribuir com a atividade do tribunal arbitral na aplicação desta sanção.

5.1.4.3 Sanções monetárias

A alocação de custos é a forma mais comum de sancionar táticas de guerrilha¹⁰³⁸, porém é considerado por alguns como pobre de resultados, haja vista que as táticas de guerrilha já aconteceram e prejudicaram o procedimento arbitral ou ainda pode acontecer da parte condenada não possuir patrimônio suficiente¹⁰³⁹ para indenização.

Paula Hodges¹⁰⁴⁰ vê a possibilidade de sancionar financeiramente como um desincentivo para a atuação guerrilheira, mesmo dos advogados, pois trará insatisfação para o cliente que pagará a conta e que poderá buscar recuperá-la do advogado ou do escritório, o que resulta em um cliente infeliz e consequências adversas de custos para o advogado.

Por outro lado, outros vão defender que o raciocínio acima tem impacto para os pequenos ou conscientes litigantes, mas pouco efeito terá para quem quer ganhar a qualquer custo e assim “o resultado é que as sanções de custos como punição perdem um pouco de seu brilho punitivo se usado contra partes dispostas a pagar mais para garantir vitória”¹⁰⁴¹.

¹⁰³⁸ REED, Lucy. Sanctions Available for Arbitrators to Curtail Guerrilla Tactics. In: HORVATH, Günther J.; WILSKE, Stephan. (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. Wolters Kluwer Law & Business, 2013. p. 100. LEVY, Daniel. **Les abus de l'arbitrage commercial international**. L'Harmattan, 2015, p. 506.

¹⁰³⁹ PARK, William. A Fair Fight: Professional Guidelines in International Arbitration. *Arbitration International: The Journal of the London Court of the International Arbitration - LCIA*. Vol. 30, n. 3, a. 2014, p. 409-428. Disponível em <http://www.williamwpar.com> p. 422.

¹⁰⁴⁰ HODGES, Paula. Equality of Arms in International Arbitration: Who Is the Best Arbiter of Fairness in the Conduct of Proceedings? in Andrea Menaker (ed), **International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity**, ICCA Congress Series, Volume 19 (© Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International 2017) p. 599 – 633, p. 626-627.

¹⁰⁴¹ HORVATH, Günther J.; WILSKE, Stephan. ; et al., 'Chapter 3, §3.04: Lessons to Be Learned for International Arbitration?', In: HORVATH, Günther; WILSKE, Stephan. (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 278 – 290, p. 285-286.

É claro que o ideal é que antes do poder sancionatório se faça uma gestão sólida e contundente para evitar ou combater manobras dilatórias, cuja sanção subsequente não pode corrigir retroativamente os danos trazidos ao processo¹⁰⁴², mas caso isso não seja possível, a alocação de custos à parte faltosa é um incentivo aos deveres de boa-fé e cooperação.

As Regras da IBA autorizam o tribunal arbitral a determinar que a parte que não agiu de boa-fé na produção das provas arque com um percentual maior dos custos da arbitragem (art. 9.8 da Regras da IBA)¹⁰⁴³.

O art. 26.c das Diretrizes da IBA sobre Representação da Parte em Arbitragem Internacional prevê que o tribunal arbitral pode considerar a Conduta Imprópria do Representante da Parte quando da repartição dos custos da arbitragem, indicando, caso seja apropriado, como e em qual proporção a Conduta Imprópria do Representante da Parte interfere na repartição dos custos.

As Regras de Praga¹⁰⁴⁴ também preveem a alocação de custos no seu art. 11 ministrando que “o Tribunal Arbitral pode levar em conta a conduta das Partes na arbitragem, incluindo a sua cooperação e assistência (ou falta delas) na condução do processo de maneira eficiente em termos de custo e celeridade.”

O art. 27 da Lei de Arbitragem brasileira prevê que a sentença decidirá sobre a responsabilidade das partes acerca das custas e despesas com a arbitragem e sobre a verba decorrente da litigância de má-fé, considerando a

¹⁰⁴²FLORESCU, Cristina Ioana. Emerging tools to attract and increase the use of international arbitration. **Juridical Tribune**. v. 10, n. 2, jun. 2020. p. 256-278, p. 258.

¹⁰⁴³ Art. 9.8 da Regras da IBA sobre Obtenção de Provas na Arbitragem Internacional: “Se o Tribunal Arbitral determinar que uma Parte não se comportou de boa-fé na produção de provas, o Tribunal Arbitral pode, além de quaisquer outras medidas disponíveis sob estas Regras, levar tal falta em conta em sua atribuição de custos da arbitragem, incluindo os custos decorrentes externos ou em conexão com a obtenção de provas.” (tradução livre). No original: “If the Arbitral Tribunal determines that a Party has failed to conduct itself in good faith in the taking of evidence, the Arbitral Tribunal may, in addition to any other measures available under these Rules, take such failure into account in its assignment of the costs of the arbitration, including costs arising out of or in connection with the taking of evidence.” INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **IBA Rules on the taking of evidence in international arbitration**. 2020. Disponível em <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b>. Acesso em 04 set. 2021.

¹⁰⁴⁴ PRAGA. **Regras sobre a Condução Eficiente de Procedimentos em Arbitragem Internacional**, 14 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://praguerules.com/upload/medialibrary/1ce/1ceb209403ed5145d6b85c632489bf56.pdf>. Acesso em 26 jan. 2021.

autonomia da vontade das partes para convencionarem a respeito do assunto¹⁰⁴⁵.

No que tange à abrangência dos custos da arbitragem, vale citar o disposto no Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL, em seu art. 40¹⁰⁴⁶:

Artigo 40.

1. O tribunal arbitral fixa os custos da arbitragem na sentença final e, se considerar apropriado, noutra decisão.

2. O termo “custos” apenas inclui:

a) Os honorários do tribunal arbitral discriminados por árbitro e fixados pelo próprio tribunal nos termos do artigo 41.º;

b) As viagens e outras despesas razoáveis incorridas pelos árbitros;

c) Os custos razoáveis dos peritos e de outra assistência solicitada pelo tribunal arbitral;

d) As viagens e outras despesas razoáveis das testemunhas na medida em que tais despesas sejam aprovadas pelo tribunal arbitral;

e) Os custos legais e outros incorridos pelas partes respeitantes à arbitragem na medida em que o tribunal arbitral determine que o seu montante é razoável;

f) Quaisquer honorários e despesas da autoridade investida do poder de nomeação, bem como os honorários e despesas do Secretário-Geral do TPA.

Esse “pacote” de custos pode ser ampliado ou reduzido conforme a vontade das partes, a lei aplicável ou o regulamento de arbitragem adotado.

Assim, a depender da lei aplicável, é possível que o tribunal arbitral encontre amparo na lei para determinar o dever de indenizar a parte prejudicada pela afronta aos princípios éticos da arbitragem. Nesse sentido, por exemplo, Eduardo Silva da Silva afirma que “ferir a confiança é ferir a própria arbitragem, ensejando o princípio da reparação do dano (art. 186 do CC/2002). A reparação pecuniária consiste em verdadeiro preço da confiança iludida.”¹⁰⁴⁷

¹⁰⁴⁵ Vide APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Alocação de custas e despesas e a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais em arbitragem. p. 667- 688, In **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coords.). São Paulo: Atlas, 2017. p. 671. ALVES, Rafael Francisco. Sentença Arbitral. p. 253-278. In **Curso de Arbitragem**. LEVY, Daniel e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coords.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 271.

¹⁰⁴⁶ UNCITRAL. **Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL**. Disponível em <https://dgpj.justica.gov.pt/Portals/31/Edi%E7%F5es%20DGPJ/Regulamento%20Uncitral%20pages.pdf>. Acesso em 29 set. 2021.

¹⁰⁴⁷ SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e Direito da Empresa**: dogmática e implementação da cláusula compromissória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 158-159. Neste sentido, Morgan Lewis ministra que a compensação pela violação da convenção de arbitragem também pode ser recuperada ao buscar uma sentença de indenização do tribunal arbitral. LEWIS, Morgan. Compensation for breach of an arbitration agreement: damages for damages **Lexology**.

Barrocas¹⁰⁴⁸ defende que o comportamento abusivo no processo arbitral caracteriza uma violação à convenção de arbitragem e por isso “pode fundamentar uma ação de responsabilidade civil contra a parte infratora, quer por ter determinado uma resolução tardia do litígio, quer pelo aumento dos custos e demais encargos da arbitragem e outros.”

Daniel Levy¹⁰⁴⁹ vai além e busca fundamentação no abuso de direito para, preservando a flexibilidade da ordem jurídica arbitral e sua relação com o judiciário estatal, a indenização por perdas e danos alcance os custos da arbitragem e a exploração paralela de ordens judiciais, quando o guerrilheiro utiliza medidas anti-arbitragem, por exemplo. Toda a delonga causada pelo comportamento guerrilheiro abusivo e os reflexos dela no processo e no comércio, devem ser considerados, transformando custos que seriam legítimos do ponto de vista microscópico em danos sob um ângulo transversal aos diferentes ordenamentos jurídicos.

Em relação às autorizações para que o tribunal considere o comportamento das partes e de seus representantes, além das Regras da IBA e de Praga, a maior parte dos Regulamentos de Arbitragem também preveem esta hipótese. A título de exemplo, o art. 28.4 do Regulamento da LCIA/2020 prescreve que o Tribunal Arbitral também pode levar em consideração a conduta das partes e de seus representantes, incluindo qualquer cooperação para facilitar os procedimentos quanto a tempo e custo e qualquer não cooperação que resulte em atraso indevido e despesas desnecessárias.

O art. 38.5 do Regulamento de Arbitragem CCI/2021 prevê que o tribunal arbitral, ao tomar decisões relativas aos custos, deve considerar “quaisquer circunstâncias que entenda relevantes, inclusive em que medida cada parte conduziu a arbitragem de uma forma expedita e eficiente quanto aos custos”. Ou seja, o Regulamento de Arbitragem CCI/2021 possibilita a sanção monetária ao litigante guerrilheiro.

18 ago. 2014. Disponível em <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=eb4b4fa6-d82d-4982-b61d-7f1c7a5d7608> Acesso em 06 set. 2021.

¹⁰⁴⁸ BARROCAS, Manuel Pereira. **Processo arbitral correto ou guerrilha arbitral? O mau exemplo de maus profissionais.** p. 1.085-1.094, dez. 2012. Disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7Bde1acbda-94cf-4653-a3b3-3bac4029ab52%7D.pdf>. Acesso em 13 mai 2018, p. 1.092.

¹⁰⁴⁹ LEVY, Daniel. **Les abus de l'arbitrage commercial international.** L'Harmattan, 2015.

O Relatório da CCI sobre custos das decisões em arbitragem internacional de dezembro de 2015¹⁰⁵⁰ elenca parâmetros para auxiliar o tribunal arbitral na alocação de custos em razão de conduta imprópria ou má-fé das partes e de seus representantes¹⁰⁵¹, mencionando expressamente táticas de guerrilha em cada uma das fases do procedimento arbitral.

Na fase pré-arbitral será considerada a conduta das partes e representantes nas negociações sobre o procedimento, incluindo as tentativas de impedir a arbitragem, comportamentos ameaçadores, processos judiciais paralelos violando a convenção de arbitragem, interferências que afetem os interesses comerciais da contraparte, impugnações repetidas e infundadas à nomeação de um árbitro¹⁰⁵².

Na fase arbitral, serão consideradas tentativas de tornar a sentença inexecutável; de afetar a capacidade do tribunal, com condutas de desestabilização dos árbitros ou criação de conflitos de interesses; utilização de *anti-suit injunctions* para afetar o processo arbitral; bem como o comportamento na produção de provas, ou seja, será avaliado se a parte se engajou de forma imprópria ou de má fé na produção de documentos, tais como pedidos ou respostas impróprias, não cumprimento de prazos e instruções relativas à produção da prova, destruição ou não preservação de documentos que tenham sido devidamente solicitados ou que seriam admissíveis e relevantes, falsificação de documentos, apresentação de testemunhas ou provas periciais falsas ou quaisquer outras condutas que objetivem enganar o tribunal ou violar a integridade do processo; falta de cortesia profissional e alegações infundadas

¹⁰⁵⁰ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). **ICC's Report on Decisions on Costs in International Arbitration of December 2015**. Disponível em: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2015/12/Decisions-on-Costs-in-International-Arbitration.pdf>. Acesso em 15 set. 2021.

¹⁰⁵¹ Parágrafo 78: "78. As mentioned earlier, the rules of a number of institutions and guidelines issued by other bodies provide that the tribunal may take into account the conduct of the parties (and that of their representatives) when allocating reasonable costs to either party. (...)" complementa o art. 38.5 do Regulamento de Arbitragem CCI/2021 como um auxílio ao tribunal arbitral para avaliar e aplicar a alocação de custos. CÂMARA INTERNACIONAL DE ARBITRAGEM (CCI). **Regulamento de Arbitragem (em vigor a partir de 01 de março de 2017) e Regulamento de Mediação (em vigor a partir de 01 de janeiro de 2014)**. Disponível em: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2021/03/icc-2021-arbitration-rules-2014-mediation-rules-portuguese-version.pdf>. Acesso em: 30 set 2021.

¹⁰⁵² Vide parágrafo 79(i) e (iv). INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). **ICC's Report on Decisions on Costs in International Arbitration of December 2015**. Disponível em: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2015/12/Decisions-on-Costs-in-International-Arbitration.pdf>. Acesso em 15 set. 2021.

de fraude¹⁰⁵³. E o relatório ressalta que essas condutas ainda podem ser punidas pela *lex arbitri* e/ou pelas associações profissionais.

Rafael Francisco Alves¹⁰⁵⁴ recomenda que quando o tribunal arbitral adotar o rateio das custas e despesas com fundamento no comportamento das partes e dos seus representantes, ele advirta as partes a respeito desta possibilidade, em respeito ao contraditório e que precise a conduta que não será tolerada e portanto, considerada para alocação dos custos.

Outra relevante questão que se coloca é se o advogado pode ser sancionado monetariamente ou se esta sanção cabe apenas às partes.

Considerado progressista¹⁰⁵⁵, o art. 18.6¹⁰⁵⁶ do Regulamento da LCIA trata da sanção ao advogado¹⁰⁵⁷ por má-conduta, mas não foi explícito quanto à sanção monetária ou reputacional, deixando aberta a possibilidade quando autoriza o tribunal a aplicar “qualquer outra medida necessária para cumprir, no âmbito da arbitragem, os deveres gerais exigidos pelo Tribunal Arbitral”.

De todo modo, as Diretrizes da LCIA trazem mais legitimidade ao tribunal arbitral para impor sanções, uma vez que se enquadram firmemente na estrutura

¹⁰⁵³ Vide parágrafos 79(ii), (iii), (v) e (vi), 81, 82, 83, 84 e 85. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). **ICC's Report on Decisions on Costs in International Arbitration of December 2015**. Disponível em: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2015/12/Decisions-on-Costs-in-International-Arbitration.pdf>. Acesso em 15 set. 2021.

¹⁰⁵⁴ ALVES, Rafael Francisco. Sentença Arbitral. p. 253-278. In **Curso de Arbitragem**. LEVY, Daniel e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coords.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 272.

¹⁰⁵⁵ “O simples fato de que as Regras de Arbitragem do LCIA prever explicitamente tal poder sancionatório, no entanto, já é um passo na direção certa.” WILSKE, Stephan. Sanctions against counsel in international arbitration – possible, desirable or conceptual confusion? **Contemporary Asia Arbitration Journal**, v. 8, n. 2, p. 141-184, nov. 2015. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2699476. Acesso em 06 set. 2021. p. 162.

¹⁰⁵⁶ “18.6 In the event of a complaint by one party against another party’s authorised representative appearing by name before the Arbitral Tribunal (or of such complaint by the Arbitral Tribunal upon its own initiative), the Arbitral Tribunal may decide, after consulting the parties and granting that authorised representative a reasonable opportunity to answer the complaint, whether or not the authorised representative has violated the general guidelines. If such violation is found by the Arbitral Tribunal, the Arbitral Tribunal may order any or all of the following sanctions against the authorised representative: (i) a written reprimand; (ii) a written caution as to future conduct in the arbitration; and (iii) any other measure necessary to fulfil within the arbitration the general duties required of the Arbitral Tribunal under Articles 14.1(i) and (ii).”

¹⁰⁵⁷ DASSER, Felix. 'Equality of Arms in International Arbitration: Do Rules and Guidelines Level the Playing Field and Properly Regulate Conduct? – Can They? Will They? Should They? The Example of the IBA Guidelines on Party Representation', in Andrea Menaker (ed), **International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity**, ICCA Congress Series, Volume 19 (© Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International 2017) p. 634 – 672, p. 638. O autor entende como controversa essa autorização do Regulamento da LCIA para o tribunal sancionar o advogado.

arbitral existente, que permite às partes selecionar as regras que se aplicarão a seus procedimentos, adotando um código institucional que impõe sanções aos seus representantes.

Stephan Wilske¹⁰⁵⁸ critica o advogado que se esconde atrás do dogma de que, como um não-signatário da convenção arbitral, seria intocável pelo tribunal arbitral. Pois bem, por mais complexa que pareça a questão, o autor argumenta que o tribunal arbitral possui poder de sanção direto sobre o advogado guerrilheiro.

No mesmo sentido, em outra publicação, Horvath, Wilske e outros são enfáticos ao defenderem que o tribunal arbitral possui os poderes inerentes para aplicar sanções aos advogados.

Naturalmente, quando um tribunal arbitral assume tal poder para impor sanções monetárias ao advogado, a questão imediata é se o advogado de uma das partes está vinculado pessoalmente às decisões de um tribunal arbitral. No entanto, esta pergunta pode ser respondida afirmativamente, uma vez que o advogado está intimamente envolvido com a arbitragem e às vezes é até mesmo abordado pelas regras da arbitragem.

Pelo menos esses autores considerariam que faz parte dos poderes inerentes de um tribunal arbitral preservar a integridade de seu próprio processo sancionar o advogado em circunstâncias apropriadas e que o advogado, ao participar de tal arbitragem, submete-se e aceita tais poderes inerentes ao tribunal arbitral. (tradução livre) ¹⁰⁵⁹

¹⁰⁵⁸ WILSKE, Stephan. Sanctions against counsel in international arbitration – possible, desirable or conceptual confusion? **Contemporary Asia Arbitration Journal**, v. 8, n. 2, p. 141-184, nov. 2015. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2699476. Acesso em 06 set. 2021.p. 162-164. No mesmo sentido, “One way to promote uniform standards for counsel conduct would be to leave the matter to the inherent power of each tribunal to maintain the basic integrity of the proceedings. On an ad hoc basis, arbitrators would decide what rules and sanctions to impose on disruptive lawyers whose behavior that threatens due process. If the parties fail to define the arbitrator’s powers concerning counsel conduct, the tribunal may be left only with a default rule that by submitting to the arbitral process, the parties have presumptively entrusted to arbitrators a wide ranging power to determine just how to proceed”. PARK, William. A Fair Fight: Professional Guidelines in International Arbitration. **Arbitration International: The Journal of the London Court of the International Arbitration - LCIA**. Vol. 30, n. 3, a. 2014, p. 409-428. Disponível em <http://www.williamwpark.com/documents/WWP.rofessionalGuidelines.pdf>. Acesso em 22 abr. 2021.p. 417.

¹⁰⁵⁹ No original: “Of course, where an arbitral tribunal assumes such power to impose monetary sanctions upon counsel, the immediate question is whether counsel of a party is insofar personally bound by decisions of an arbitral tribunal. However, this question can be answered in the affirmative as counsel of record is closely involved with the arbitration and is sometimes even addressed by arbitration rules.

At least these authors would consider that it is part of the inherent powers of an arbitral tribunal in preserving the integrity of its own process to sanction counsel in appropriate circumstances and that counsel by participating in such arbitration submits to and accepts such inherent powers of the arbitral tribunal.” HORVATH, Günther; WILSKE, Stephan. ; et al., 'Chapter 2, §2.01: Countering Guerrilla Tactics at the Outset, Throughout and at the Conclusion of the Arbitral Proceedings', In: HORVATH, Günther; WILSKE, Stephan. (eds). **Guerrilla Tactics in**

E assim, tanto o tribunal arbitral quanto o advogado adversário devem estar atentos às artimanhas que geram custos adicionais para que sejam contabilizados na sentença arbitral, reforçando o desestímulo às táticas de guerrilha, pois as “sanções de custo não precisam ser limitadas às partes, mas - sob circunstâncias particulares - também deveria ser permitido, sem dúvida, ser dirigido contra o advogado”¹⁰⁶⁰.

Deste modo, tanto o tribunal arbitral quanto os tribunais nacionais – em caso de medidas anti-arbitragem- devem ponderar os custos causados pelas táticas de guerrilha para que realmente sejam desestimuladas, inclusive para que não se prolonguem as táticas guerrilheiras nos tribunais estatais com questionamentos frívolos das sentenças arbitrais¹⁰⁶¹. Nesse sentido, existem opiniões de que seria interessante adotar o modelo dos tribunais dos EUA, que não se esquivam de multar advogados ou escritórios de advocacia que não cumprem as regras éticas, pois é importante lembrar aos advogados que seu dever de franqueza para com o Tribunal não pode ser sacrificado para agradar um cliente¹⁰⁶².

A aplicação da multa ao escritório pode surtir efeito interessante, já que inibirá o advogado guerrilheiro perante seus colegas que também arcarão com o custo do seu mau comportamento¹⁰⁶³. E assim, a estratégia de sancionar o

International Arbitration. International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 33 – 54, p. 50.

¹⁰⁶⁰ HORVATH, Günther; WILSKE, Stephan. ; et al. 'Chapter 2, §2.01: Countering Guerrilla Tactics at the Outset, Throughout and at the Conclusion of the Arbitral Proceedings', In: HORVATH, Günther; WILSKE, Stephan. (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration.** International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 33 – 54, p. 48-49.

¹⁰⁶¹ HORVATH, Günther; WILSKE, Stephan. ; et al., 'Chapter 2, §2.01: Countering Guerrilla Tactics at the Outset, Throughout and at the Conclusion of the Arbitral Proceedings', In: HORVATH, Günther; WILSKE, Stephan. (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration.** International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 33 – 54, p. 49.

¹⁰⁶² HORVATH, Günther; WILSKE, Stephan. ; et al., 'Chapter 2, §2.01: Countering Guerrilla Tactics at the Outset, Throughout and at the Conclusion of the Arbitral Proceedings', In: HORVATH, Günther; WILSKE, Stephan. (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration.** International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 33 – 54, p. 50.

¹⁰⁶³ “The Prospect Capital Corp. v. Emnon case decided by the US District Court of the Southern District of New York serves as an excellent buttress for arbitrators looking for support to issue such orders of costs. First, a law firm as a whole, rather than just the guilty individual attorneys, was ordered to pay the substantial cost sanction of USD 350,000 with interest for guerrilla tactics used to delay arbitration.

advogado abre uma maior possibilidade de sucesso no desestímulo à utilização das táticas de guerrilha.

Por fim, todas as possibilidades apresentadas de sanções às táticas de guerrilha são de extrema relevância para se manter o instituto efetivo e eficiente para solução dos conflitos de forma célere, justa e cooperativa.

5.2 LIBERDADE COMO CAMINHO PARA A RESPONSABILIDADE: RETORNO ÀS ORIGENS COM O CONHECIMENTO DO PRESENTE, MIRANDO O FUTURO

Na sua origem, a arbitragem era o método de escolha em que as partes confiavam a um terceiro, por sua sabedoria e justiça, a solução do seu conflito. É claro que a complexidade dos casos levados à arbitragem comercial internacional são enormes e existem uma série de princípios ligados ao devido processo que precisam ser respeitados e assegurados, mas a arbitragem deve buscar nas suas origens a solução para os desafios de agora, se quiser continuar eficiente e segura.

Deste modo, é fundamental que as partes juntamente com os árbitros construam, sob o manto da autonomia da vontade, quais são os comportamentos inaceitáveis e que não serão tolerados, e quais são os poderes que os árbitros terão para atuar, para além daqueles poderes que advém da própria atuação jurisdicional dos árbitros. Ou seja, na ausência de deliberação ética específica, entende-se que os árbitros têm o poder inerente constituído pelas próprias partes de gerenciar o procedimento, garantindo o devido processo e sua eficiência.

The sanction to the firm instead of the individual lawyers involved is particularly important to note as attorneys within the firm completely uninvolved in the case were sanctioned too. The result of employing this type of 'smart sanction' is that the advocates not only face the wrath of the arbitrator, but also the possible wrath of other attorneys in the same firm. A possibility of other lawyers in the firm turning against the lawyer considering guerrilla tactics serves as an additional level of deterrence. Second, the cost sanction portion of the decision survived the Second Circuit's review, further emphasizing the validity of this type of sanction. Large fines and sanctions on lawyers and their law firms should act as a much stronger preventive measure as the issue shifts from how deep a client's pocket is to how tolerant law firms are to the misbehaviour of their own attorneys. The result of placing the focus on attorneys may be that they might be much more wary of suggesting the use of the Black Arts to their client or actually using these guerrilla tactics in arbitration." HORVATH, Günther; WILSKE, Stephan. ; et al., 'Chapter 3, §3.04: Lessons to Be Learned for International Arbitration?', In: HORVATH, Günther; WILSKE, Stephan. (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 278 – 290, p. 286-287.

Sem um comportamento cooperativo¹⁰⁶⁴, a eficiência do processo arbitral fica comprometida. “O papel de qualquer tribunal é exatamente este: garantir o cumprimento da promessa original, visto que tal instituição incentiva a redução do risco (supondo ser um tribunal eficiente e justo).”¹⁰⁶⁵

A relação cooperativa torna o processo arbitral¹⁰⁶⁶ mais eficiente e vantajoso para os atores arbitrais por diversos ângulos.

Para as partes, a cooperação reduz os custos de transação contratual, limita os custos e o tempo de duração do processo e ainda incentiva a manutenção do relacionamento comercial e sua imagem perante o mercado¹⁰⁶⁷.

Para os advogados, um comportamento cooperativo proporciona uma resolução mais rápida e barata para o cliente que ficará satisfeito com seus serviços, a possibilidade de perceber os honorários mais rapidamente, a disponibilidade para novos casos e o fortalecimento de seu capital social.

Para os árbitros, cooperar com os advogados, os co-árbitros e as partes significa uma melhor gestão processual, a resolução do conflito de forma eficiente, aumentando seu capital social no meio arbitral, inclusive perante as instituições arbitrais, além de torná-lo disponível para outras arbitragens.

Muito se falou neste trabalho sobre as diferenças entre a *common law* e a *civil law* e que isso muitas vezes levou a um choque cultural na arbitragem, mas não se pode negar que todas as tradições jurídicas¹⁰⁶⁸ conduzem os

¹⁰⁶⁴ “Cooperação é um conjunto de transformações que tem por objetivo produzir um acordo, um resultado que seja satisfatório para ambos; é semelhante a uma característica de ação em que os elementos se transformam.” PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. 2 reimp., Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 127-128.

¹⁰⁶⁵ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. 2 reimp., Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 128.

¹⁰⁶⁶ “Thoughtful and sophisticated lawyers may navigate through the arbitration process in a way that most effectively promotes client goals and may find it possible to collaborate with opposing counsel in order to develop integrative process solutions that promote mutual benefits. Similarly, well-equipped arbitrators may make effective use of their discretion to strike an appropriate balance between efficiency and fairness - or, as necessary, to address other user needs such as confidentiality.” STIPANOWICH, Thomas J. Arbitration: the “new litigation”. **University of Illinois Law Review**, Vol. 2010. N. 1, 2010. p. 1- 60. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1297526>. Acesso em 21 abr. 2021. p. 56.

¹⁰⁶⁷ Vide NEVES, Flávia Bittar. A Visão Empresarial da Arbitragem: Como a Administração de Conflitos pode Melhorar os Resultados Econômicos e Não-Econômicos do Negócio? **RBAr**. N. 9. p. 30-39, Jan-Mar. 2006.

¹⁰⁶⁸ RIVKIN, David W. Ethics in international arbitration. **2014 Seoul Arbitration Lecture**. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/DavidRivkinSeoulArbitrationLecture.pdf>. Acesso em 25 set. 2021. p. 5-6.

indivíduos para um comportamento honesto, íntegro, de boa-fé¹⁰⁶⁹. A melhor prática arbitral já demonstrou que é possível reunir o melhor de cada tradição jurídica para tornar o procedimento adequado e eficiente, ressaltando uma característica fundamental da arbitragem que é a flexibilidade¹⁰⁷⁰, a capacidade de se transmutar. Claro que essa sofisticação exige versatilidade dos seus atores e uma luta ativa contra as práticas tóxicas da arbitragem, pois “uma posição passiva permite que o vírus siga se expandindo e ganhando mais adeptos”¹⁰⁷¹.

A pró-atividade do tribunal arbitral é fundamental para a eficiente condução do processo, é preciso que o tribunal assuma a frente do procedimento e se mantenha¹⁰⁷². Identificar desde o início o que é importante para a resolução do conflito e manter o foco nestes pontos é essencial, tornando o processo mais rápido e barato e aplicando as sanções necessárias quando houver descumprimento do que foi acordado¹⁰⁷³.

¹⁰⁶⁹ “A boa-fé objetiva baseia-se em padrões de conduta social; ela é voltada, portanto, à proteção das expectativas que os membros de uma sociedade têm. É uma norma que está para salvaguardar a confiança de que todos os demais sujeitos pautem suas ações e atitudes de acordo com as convenções sociais. Diz-se que a boa-fé processual é a cláusula que protege toda a uma coletividade, pois representa um arquétipo moral.” AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil no novo CPC**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 65.

¹⁰⁷⁰ “Não há um formato único para os procedimentos de arbitragem internacional em uma disputa com partes de diferentes jurisdições. Pelo contrário, é uma das vantagens cruciais da arbitragem internacional que é possível para adaptar a condução do processo às necessidades das partes e expectativas. Em termos de capacidade de defesa, é essencial, portanto, que as expectativas legais tanto o advogado como os árbitros são capazes de adaptar os procedimentos para o indivíduo caso em questão, que pode muito bem incluir uma combinação de elementos de ambos direito civil e direito comum, se apropriado no caso individual. Em outras palavras, um advogado especializado em arbitragem internacional é aquele que pode se engajar e utilizar de forma eficiente os mecanismos processuais de ambos os mundos. A flexibilidade procedimental é uma das características mais atraentes da arbitragem internacional. Assim, a versatilidade é uma das mais importantes habilidades de advocacy para profissionais neste campo.” (tradução livre) LÖRCHER, Torsten. Cultural Considerations in Advocacy: Continental Europe. **Global Arbitration Review - The Guide to Advocacy**. 01 out. 2019. Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-advocacy/fourth-edition/article/cultural-considerations-in-advocacy-continental-europe>. Acesso em 08 set. 2021.

¹⁰⁷¹ PLAZA, José María de la Jara; HUAMÁN, Julio Olórtégui. La Pandemia Arbitral. Los Árbitros Tóxicos y la Contaminación de las Deliberaciones. **RBA**. n. 51. p. 133-141. Jul-Set/2016, p. 141.

¹⁰⁷² BERGER, Klaus Peter; JENSEN, J. Ole. Due process paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators. **Arbitration International**, 2016, n. 32, p. 415-435. Disponível em: <https://praguerules.com/upload/iblock/882/88256e5a0d39997b4d6ec9be17303671.pdf>. Acesso em 10 mai. 2021. p. 431.

¹⁰⁷³ “Another essential and much-discussed technique for conducting the arbitration proactively and thus ensuring efficient case management is the use of cost sanctions which the tribunal can impose on a party in case of unreasonable procedural behaviour.” BERGER; JENSEN, 2016, p. 432.

No mesmo sentido, Bates Jr. e Torres-Fowler¹⁰⁷⁴ sugerem que a gestão proativa do tribunal é a melhor profilaxia contra o abuso do devido processo. E neste sentido, o tribunal arbitral deve gerenciar ativamente o caso (*active case management*), compreender as partes e suas diferentes tradições jurídicas, conhecer o caso em disputa desde o início - e não relegar o conhecimento do caso para as vésperas da audiência-, conhecer a lei da sede, acertar o tom da conversa desde o início, deixando claro o que não será tolerado, definindo limites, em especial atinentes à produção de provas, organizar a audiência, definindo o que será objeto de prova oral e o limite de tempo para sua produção, cumprindo o calendário processual¹⁰⁷⁵.

O maior poder para manter a arbitragem vantajosa é o poder da escolha, é a autonomia de escolher e de preparar um procedimento que tenha o objetivo de ser adequado, justo e célere e isso depende exclusivamente dos atores arbitrais: partes, advogados e árbitros¹⁰⁷⁶. Se a decisão deles for afastar-se destes objetivos, a arbitragem se aproximará do litígio estatal¹⁰⁷⁷ e perderá seus incentivos econômicos e sua posição para outros mecanismos de solução de conflitos.

A autonomia da vontade, aliada à boa-fé e ao devido processo são suficientes para reger a “orquestra arbitral” formada pelas partes, advogados, árbitros, terceiros financiadores, peritos, instituições de arbitragem, associações de classe e todos que de algum modo participem do processo arbitral. David

¹⁰⁷⁴ BATES JR. Albert; TORRES-FOWLER, R. Zachary. Abuse of due process in international arbitration: is due process paranoia irrational? **American Journal of Construction Arbitration & ADR** (AJCA). v. 1, n. 2, p. 245-272, 2017. p. 260-261.

¹⁰⁷⁵ DRAETTA, Ugo. **La otra cara del arbitraje internacional** María Cecilia Brusa (trad.). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012. p. 29.

¹⁰⁷⁶ STIPANOWICH, Thomas J. Arbitration: the “new litigation”. **University of Illinois Law Review**, Vol. 2010. N. 1, 2010. p. 1- 60. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1297526>. Acesso em 21 abr. 2021. p. 51-52.

¹⁰⁷⁷ “In this regard, commercial arbitration is at risk of pricing itself out of the market. By increasingly assimilating itself to certain litigation traditions with sweeping (e-)discovery, extensive motion and satellite litigation practice and week(s)-long hearings pitting large teams of counsel against each other, we risk generating costs and disruption that will result in many users simply not being able or willing to participate any longer. The arbitration community has a responsibility to nurture the efficiency of arbitration and ensure that any measures to control counsel conduct do not unnecessarily harm it.” DASSER, Felix. 'Equality of Arms in International Arbitration: Do Rules and Guidelines Level the Playing Field and Properly Regulate Conduct? – Can They? Will They? Should They? The Example of the IBA Guidelines on Party Representation', in Andrea Menaker (ed), **International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity**, ICCA Congress Series, Volume 19 (© Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International 2017) p. 634 – 672. p. 671.

Rivkin¹⁰⁷⁸ defende que se comece do zero a cada arbitragem e não de padrões pré-formulados, o que ele chama de Town Elder, ou seja, os atores precisam ser dinâmicos e se concentrarem exatamente no que é necessário para o caso específico, sendo totalmente inadequado que um procedimento arbitral demore meses para iniciar, enquanto negócios são feitos em frações de segundos.

Dito de outro modo, o árbitro deverá (por conta de seu dever de diligência) remover e superar obstáculos processuais que entrem a tramitação do processo arbitral, adaptando a sequência de atos às necessidades da causa, determinando a prática de ato não previsto (ou dispensando a prática de ato inútil), reordenando, se necessário, o procedimento.¹⁰⁷⁹

Instrumentos para essa ação efetiva e eficiente há. Como visto, regulamentação existe, o necessário agora é que os atores arbitrais retornem às origens da arbitragem, ou seja, “joguem limpo”¹⁰⁸⁰.

Como bem lembra Ugo Draetta¹⁰⁸¹, a maior parte das arbitragens ainda são conduzidas pelos seus atores de forma impecável, acreditando que a arbitragem continua sendo a melhor opção para o desenvolvimento do comércio internacional e que as táticas de guerrilha são comportamentos patológicos, não fisiológicos da arbitragem.

Deve haver um apoio maior das instituições arbitrais para com os tribunais arbitrais para garantir que quaisquer questões éticas sejam abordadas

¹⁰⁷⁸ RIVKIN, David W. Towards a new paradigm in international arbitration. The Town Elder model revisited. **Arbitraje Internacional y Resolución Alternativa de Controversias**. n. 1. Madrid: CEU Ediciones, 2007. Disponível em https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/4159/1/towards_rivkin_2007.pdf. Acesso em 05 set. 2021. p. 5-6.

¹⁰⁷⁹ CARMONA, Carlos Alberto. Flexibilização do Procedimento Arbitral. **RBA**. n. 24, p. 7-21, out./dez. 2009, p. 15.

¹⁰⁸⁰ “A cláusula compromissória é, desde sua gênese, um pacto ético.” SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e Direito da Empresa: dogmática e implementação da cláusula compromissória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 153

¹⁰⁸¹ DRAETTA, Ugo. **La otra cara del arbitraje internacional** María Cecilia Brusa (trad.). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012.p. 114.

e se preciso, sancionadas¹⁰⁸², dentro da arena da arbitragem sem envolvimento desnecessário de entidades estaduais ou órgãos reguladores autocriados¹⁰⁸³.

Defensores¹⁰⁸⁴ e críticos da regulamentação ética concordam que algo precisa ser feito para manter a transparência¹⁰⁸⁵ e a confiança¹⁰⁸⁶ na arbitragem.

Com o crescimento da arbitragem, há muitos “jogadores” novos atuando nos mais diversos papéis, o que exige uma tarefa árdua do tribunal arbitral e das instituições arbitrais para disciplinarem os iniciantes e os guerrilheiros pouco frequentes. Ao contrário do que se pensa, a regulamentação ética não é exclusivamente voltada para os guerrilheiros recorrentes e por isso se justificam as iniciativas que visam preservar a arbitragem íntegra e eficiente.¹⁰⁸⁷

1082 In particular, arbitral institutions should not shy away from disclosing arbitration guerrilla conduct and not allow repeat offenders to be protected by a misplaced dogma of confidentiality. To the contrary, arbitral institutions should consider – at least for extreme cases and repeat offenders – whether to establish ‘black lists’ and temporary suspension of guerrillas at the institutions where they misbehaved. Indeed, practitioners have already urged that to create a level playing field in international arbitration, the respective bars of the major international arbitration centres should consider harmonizing ethical rules applicable to counsel in international arbitration. HORVARTH, Günther J.; WILSKE Stephen, 'Chapter 6: Conclusion and Outlook', In: HORVARTH, Günther; WILSKE, Stephan. (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 341 – 354, p. 350-351.

1083 WILSKE, Stephan. Sanctions against counsel in international arbitration – possible, desirable or conceptual confusion? **Contemporary Asia Arbitration Journal**, v. 8, n. 2, p. 141-184, nov. 2015. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2699476. Acesso em 06 set. 2021. p. 172-173.

1084 “A regulamentação internacional das questões éticas foi passo importantíssimo para tanto, ao evidenciar as melhores práticas e promover a ética e a transparência no procedimento arbitral. Paralelamente, a aplicação de técnicas de case management permite estabelecer padrões éticos para o caso específico e mantê-los no decorrer do procedimento arbitral.” COELHO, Eleonora. As táticas de guerrilha e a ética na arbitragem internacional. **Revista Brasileira da Advocacia**, vol. 5, ano 2. p. 35-55. São Paulo: RT, abr-jun. 2017. p. 52.

1085 “The tribunal should make it very clear to the parties early in the process that it intends to adopt a hands-on approach in the conduct of the proceedings, e.g. with respect to duplicative advocacy or delaying tactics.” BERGER, Klaus Peter; JENSEN, J. Ole. Due process paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators. **Arbitration International**, 2016, n. 32, p. 415-435. Disponível em: <https://praguerules.com/upload/iblock/882/88256e5a0d39997b4d6ec9be17303671.pdf>. Acesso em 10 mai. 2021. p. 430.

1086 “Um fio e um espírito de confiança, portanto, sustentam o conteúdo da arbitragem e dinamizam seus efeitos.” SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e Direito da Empresa: dogmática e implementação da cláusula compromissória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 153

1087 HORVARTH, Günther J.; WILSKE Stephen, 'Chapter 6: Conclusion and Outlook', In: HORVARTH, Günther; WILSKE, Stephan. (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 341 – 354, p. 353.

Dasser¹⁰⁸⁸, um dos maiores críticos das Diretrizes da IBA sobre Representação da Parte, defende que a igualdade de armas requer um nivelamento dentro da sala de audiência, por meio de regras de tamanho único que tenham o mesmo significado para todos participantes e um tribunal arbitral capaz e disposto a implementar estas regras, pois, para ele, igualdade de armas e justiça não exigem padrões globais, mas a consideração das diferenças regionais entre as partes em um determinado procedimento.

Embora o autor tenha razão quanto ao estabelecimento das regras dentro de cada procedimento em conformidade com as peculiaridades do caso, do objeto em disputa e dos sujeitos envolvidos, discorda-se dele quanto à desnecessidade de padrões “universais” de ética para orientarem a diversidade de *players* em um ambiente comercial internacional. A relação arbitral inicia muito antes da sala de audiência, tem sua origem na convenção de arbitragem, momento em que os interesses ou a atenção das partes está no fechamento do contrato e não na regulamentação dos padrões éticos de eventual procedimento arbitral. As cláusulas compromissórias geralmente estão ao encargo do advogado interno da empresa, que provavelmente não será o advogado que acompanhará o procedimento arbitral. A variação de possibilidades de leis nacionais que podem fazer contato com essa relação comercial e depois com a arbitragem e a sentença reforça a necessidade de uma boa gestão¹⁰⁸⁹ da arbitragem - como sugere Dasser¹⁰⁹⁰-, mas também de regulamentação do procedimento e da conduta dos atores arbitrais.

¹⁰⁸⁸ DASSER, Felix. 'Equality of Arms in International Arbitration: Do Rules and Guidelines Level the Playing Field and Properly Regulate Conduct? – Can They? Will They? Should They? The Example of the IBA Guidelines on Party Representation', in Andrea Menaker (ed), **International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity**, ICCA Congress Series, Volume 19 (© Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International 2017) p. 671-672.

¹⁰⁸⁹ Vide Apêndice IV – Técnicas para a condução do procedimento do Regulamento de Arbitragem CCI/2021. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). **Regulamento de Arbitragem CCI**. Disponível em: <https://iccwbo.org/publication/2021-arbitration-rules-and-2014-mediation-rules-portuguese-version/>. Acesso em 15 set. 2021.

¹⁰⁹⁰ DASSER, Felix. 'Equality of Arms in International Arbitration: Do Rules and Guidelines Level the Playing Field and Properly Regulate Conduct? – Can They? Will They? Should They? The Example of the IBA Guidelines on Party Representation', in Andrea Menaker (ed), **International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity**, ICCA Congress Series, Volume 19 (© Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International 2017) p. 634 – 672, p. 641.

A regulamentação aqui estudada com intuito de prevenir, combater e sancionar as táticas de guerrilha não retiram da arbitragem seus incentivos econômicos, como a flexibilidade, a autonomia da vontade e a celeridade.

O problema não está, exatamente, na falta ou no excesso de regulamentação ética¹⁰⁹¹, mas sim no comportamento patológico de alguns atores arbitrais, no exercício da sua autonomia da vontade e na motivação de que quebrar as regras é mais vantajoso que cumpri-las.

As táticas de guerrilha só florescem onde existam partes/advogados dispostos a utilizá-las e árbitros permissivos¹⁰⁹². Ou seja, o único caminho para preservar a ética, o devido processo e a eficiência da arbitragem é pela liberdade (autonomia da vontade).

Prevenir é sempre melhor do que remediar, então educar é fundamental. É preciso debater¹⁰⁹³ sobre o assunto no meio acadêmico, profissional e judicial, ensinar como identificar¹⁰⁹⁴, prevenir, combater e sancionar as táticas de guerrilha e ao mesmo tempo fornecer padrões globalmente aceitos na prática arbitral, desincentivando social e economicamente os comportamentos antiéticos, abusivos ou simplesmente dilatórios que minam o “custo x benefício” da arbitragem, conduzindo os guerrilheiros ao ostracismo.

O preço a ser pago por não-cumprimento do contrato, fruto da cooperação e do compromisso, visa criar mecanismos de incentivo ao seu correto cumprimento. Como em qualquer mecanismo econômico de preço, quanto maior ele for; maior será o esforço (ou ao menos deveria ser) de quem fez a promessa de cumpri-la. Isso nos leva a um segundo objetivo da economia dos contratos, que é assegurar o

¹⁰⁹¹ Embora a falta ou o excesso tragam diversos problemas, como analisados ao longo do trabalho. A arbitragem não pode ser “terra de ninguém”, mas também não precisa ser tão tumultuada quanto o “quarto de um adolescente”.

¹⁰⁹² HORVARTH, Günther J.; WILSKE Stephen, 'Chapter 6: Conclusion and Outlook', In: HORVARTH, Günther J.; WILSKE Stephen, (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 341 – 354, p. 350.

¹⁰⁹³ “What is most important is to create awareness within the arbitral tribunal, arbitral institutions, bar associations, regulatory authorities and, if need be, judicial authorities of unacceptable tactics sometimes occurring (increasingly too often) behind the scenes of international arbitration”. HORVATH, Günther; WILSKE, Stephan. ; et al., 'Chapter 2, §2.01: Countering Guerrilla Tactics at the Outset, Throughout and at the Conclusion of the Arbitral Proceedings', In: HORVATH, Günther; WILSKE, Stephan. (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 33 – 54, p. 54.

¹⁰⁹⁴ COELHO, Eleonora. As táticas de guerrilha e a ética na arbitragem internacional. **Revista Brasileira da Advocacia**, vol. 5, ano 2. p. 35-55. São Paulo: RT, abr-jun. 2017. p. 52.

compromisso ótimo, elemento fundamental para garantir o desempenho.¹⁰⁹⁵

As instituições, enquanto regras do jogo, funcionam, na medida em que um *player* confia que o outro a conhece e a respeitará. Assim, uma instituição é substituída quando as pessoas submetidas a ela avaliam que não obterão os ganhos¹⁰⁹⁶ esperados jogando como antes. No entanto, a mudança das instituições também gera custos e com isso elas podem permanecer se mudarem as razões que as tornaram ineficientes¹⁰⁹⁷.

Essa lógica se aplica ao campo da arbitragem, na medida em que a confiança¹⁰⁹⁸ na sua ética e eficiência estão abaladas. Então, ou resgata esses valores ou será substituída por outros métodos de solução de conflitos.

Não existe ética sem liberdade. Na visão da negociação internacional, a ética e a moral estão fundadas na responsabilidade e no compromisso¹⁰⁹⁹, códigos de ética “fazem parte do sistema de valores que orientam o comportamento”¹¹⁰⁰ humano e organizacional.

Os atores arbitrais responsáveis sabem o limite entre o ético/antiético; legal/ilegal; certo/errado. Aqueles que “intencionalmente ignoram estes limites”¹¹⁰¹ devem ser responsabilizados adequadamente e assim, “a guerrilha

¹⁰⁹⁵ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. 2 reimp., Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 130-131.

¹⁰⁹⁶ “A inadimplência é vista como uma alternativa pela qual posso incorrer em perdas menores do que se fosse cumprir o contrato. A diferença está em que não se consideram os aspectos morais da questão, apenas a possibilidade de que se descumpra o prometido por conta de comportamentos oportunistas das partes.” PINHEIRO; SADDI; p. cit. p. 132.

¹⁰⁹⁷ MACKAAY, Ejan, ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. SZTAJN, Rachel (trad.). 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 85.

¹⁰⁹⁸ “Confiança esta que se põe como princípio irradiador e centrífugo de todo o processo arbitral, e no qual a lealdade é o principal raio. Lealdade que pauta toda gama de relações que podem ser estabelecidas entre as partes, as partes e árbitros, as partes e instituição e entre os próprios árbitros.” SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e Direito da Empresa: dogmática e implementação da cláusula compromissória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 156.

¹⁰⁹⁹ MARTINELLI, Dante P., VENTURA, Carla A. A, MACHADO, Juliano R. **Negociação internacional**. 1 ed., 3 reimpr. São Paulo: Atlas, 2007. p. 197.

¹¹⁰⁰ ANDRADE, Rui Otávio Bernardes de, ALYRIO, Rovigati Danilo, VILAS BOAS, Ana Alice. **Cultura e ética na negociação internacional**. São Paulo: Atlas, 2006, p. 31.

¹¹⁰¹ HORVARTH, Günther J.; WILSKE Stephen, 'Chapter 6: Conclusion and Outlook', In: HORVARTH, Günther J.; WILSKE, Stephan. (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 341 – 354, p. 353.

precisa ser recolocada onde ela pertence, no deserto, longe das salas de audiência da arbitragem internacional.”¹¹⁰²

Com o conhecimento adquirido na última década acerca das táticas de guerrilha na arbitragem comercial internacional, é possível reconhecer que o futuro da arbitragem depende única e exclusivamente da comunidade arbitral retomar o caminho ético¹¹⁰³ da cooperação para garantir seus incentivos econômicos.

1102 “The guerrilla needs to be put back where it belongs, in the wilderness, far away from the hearing rooms of international arbitration.” HORVARTH, Günther J.; WILSKE Stephen, 'Chapter 6: Conclusion and Outlook', In: HORVARTH, Günther J.; WILSKE, Stephan. (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) p. 341 – 354, p. 353.

1103 COELHO, Eleonora. As táticas de guerrilha e a ética na arbitragem internacional. **Revista Brasileira da Advocacia**, vol. 5, ano 2. p. 35-55. São Paulo: RT, abr-jun. 2017. p. 52.

6 CONCLUSÃO

Considerando o desenvolvimento do comércio internacional e da arbitragem comercial internacional, a inserção de novos *players* e sua expansão por todos os continentes, conclui-se que a arbitragem acompanha o fluxo do comércio internacional, destacando-se por possibilitar a solução dos conflitos comerciais internacionais de forma personalizada às peculiaridades do caso, de acordo com a autonomia da vontade, limitada pelo devido processo e pela ética. A arbitragem foi considerada flexível, célere, eficiente e segura pelos usuários, o que auxiliou seu crescimento e aceitação pelos mais variados lugares, culturas, sistemas jurídicos e organizações, rompendo barreiras.

Seu nascedouro foi em um ambiente basicamente cooperativo, formado, em sua maioria, por homens europeus, experientes e renomados em suas carreiras, com alta reputação, valor fundamental para sua escolha. Porém, com o aumento da importância econômica, comercial e jurídica dos norte-americanos, uma nova geração arbitral chegou, trazendo consigo o processo adversarial e a preocupação com a satisfação dos interesses financeiros do cliente.

Esse encontro cultural ou “choque de gerações” causou conflitos e uma acusação de “americanização” da arbitragem, sob uma crítica pejorativa, seguida de comportamentos agressivos, abusivos e antiéticos, com intuito de obstruir ou impedir o procedimento arbitral, questionando a convenção arbitral com medidas judiciais antiarbitragem, impugnando frivolamente o tribunal arbitral, interrompendo o procedimento, requerendo dilação de prazos, apresentando documentos em excesso e desnecessários, tumultuando audiências, impugnando as sentenças arbitrais etc. A esses comportamentos, cunhou-se a expressão “táticas de guerrilha”, que infelizmente podem ser encontradas em todas as fases do procedimento arbitral e podem ser praticadas tanto pelas partes, quanto por seus representantes legais (advogados) e até mesmo pelos árbitros.

Criou-se um sistema tão guerrilheiro que conseguiu utilizar o *due process*, de forma abusiva, como escudo para ameaças ao tribunal arbitral de impugnações das decisões arbitrais sob a alegação de violações ao devido

processo, juntada de provas e alegações intempestivas, expansão do conflito arbitral para os tribunais nacionais, o que aumentou sensivelmente o tempo de duração do processo e os custos.

Até este momento, não havia preocupação em regulamentar a conduta das partes, dos advogados e dos árbitros na arbitragem comercial internacional. Lembre-se, ela nasceu livre e cooperativa, seu limite era a vontade das partes, a ética do comércio, o interesse em resolver o conflito de forma técnica, especializada, confidencial, rápida e com a manutenção da relação comercial.

Essa situação levou Catherine Rogers a proclamar que a arbitragem era “terra de ninguém” do ponto de vista ético. De fato, a preocupação com regulamentação era basicamente em reconhecer e executar a sentença arbitral estrangeira, tanto que a Convenção de Nova Iorque de 1958 tinha essa finalidade e teve um sucesso enorme. Os poucos códigos de conduta eram voltados para os árbitros, com o intuito de assegurar sua imparcialidade e independência.

Deste modo, a partir do aumento das táticas de guerrilha e do seu impacto negativo sobre os incentivos econômicos da arbitragem, em especial, tempo e custo, houve um movimento pela regulamentação da arbitragem comercial internacional.

A *hard law*, enquanto instrumento legal obrigatório e vinculativo, criado fora do alcance dos *players*, no âmbito dos Estados, não trata diretamente sobre regras de conduta na arbitragem. E esse nem poderia ser o caminho, por sua rigidez e pelas diferenças culturais, éticas e jurídicas que circundam a arbitragem comercial internacional. No entanto, os tratados e as leis nacionais tem o papel de assegurar o devido processo e contribuir com a segurança jurídica da arbitragem, o que de forma, oblíqua, auxilia na prevenção e combate às táticas de guerrilha.

Outra situação ocorre no âmbito da *soft law*, por não ser obrigatória e vinculativa, possibilita a manutenção da flexibilidade e da autonomia da vontade, demonstrando-se muito útil. A Lei Modelo da UNCITRAL de arbitragem comercial internacional foi amplamente adotada por Estados de tradições jurídicas diversas, auxiliando na harmonização da *hard law*.

As Regras e Diretrizes da IBA, apesar de influenciadas por algumas técnicas da *common law*, apresentou-se como uma ótima alternativa para a

regulamentação, a critério das partes. O reconhecimento e aceitação das Regras da IBA para Obtenção de Provas é um *case* de sucesso para a *soft law*, e que auxilia na prevenção e controle das táticas de guerrilha, já que a fase probatória é campo fértil para os guerrilheiros.

As Diretrizes da IBA para Representação das Partes inovaram ao preverem sanções aos advogados, traduzindo o anseio da comunidade arbitral e dos usuários do sistema.

As Regras de Praga também previram sanções aos guerrilheiros, sendo menos enfáticas que as Diretrizes da IBA. Contudo, de uma terra de ninguém, partiu-se para um movimento de regulamentação, visto por alguns como uma superregulamentação, o que poderia engessar a arbitragem comercial internacional, propiciando ainda mais táticas de guerrilha.

As instituições de arbitragem implementaram em seus Regulamentos diretrizes importantes para a prevenção e o controle das táticas de guerrilha, inclusive com dispositivos sancionadores. Foram analisados os Regulamentos da CCI, LCIA, SIAC, HKIAC, CIETAC Hong Kong, CAM-CCBC. Sem dúvida, o Regulamento de maior impacto para sanção das táticas de guerrilha é o da LCIA que vinculou os advogados ao Regulamento, na medida em que aceitem representar o cliente.

Por outro lado, os Regulamentos das instituições asiáticas, que tem expandido consideravelmente sua importância, não são tão preocupados com as questões éticas, o que demandará uma observação maior por parte dos pesquisadores para que se avalie se acarretará em uma chamada para aqueles que desejem se esquivar das regras de conduta.

De todo modo, por fim, foram elencados os legitimados para aplicarem sanções decorrentes de comportamentos guerrilheiros. Os tribunais nacionais possuem um papel subsidiário, mas essencial de cooperação jurisdicional para que não se tornem vias de “escape” das medidas antiarbitragem. E como visto, existe uma boa aceitação da arbitragem por parte dos tribunais, graças à Convenção de Nova Iorque que impõe hipóteses limitadoras para a rejeição das sentenças arbitrais. Mas também se viu que existem jurisdições estatais que vão além e reconhecem a tática de guerrilha expandida para o Judiciário, de forma aventureira e abusiva, e assim tem condenado os guerrilheiros ao pagamento de indenizações e fortalecido a arbitragem.

Também foi trazido que os conselhos de classe nacionais, embora legitimados para aplicarem sanções aos advogados inscritos, pouca efetividade possuem, muito porque as denúncias sequer chegam até eles, seja pela dificuldade do advogado da outra parte em denunciar, seja pelo sigilo que cobre a arbitragem. Já as associações internacionais de advogados, como a IBA, possuem um papel fundamental na regulamentação de mecanismos que previnem, combatem e sancionam as táticas de guerrilha, porém, pouco é realizado por eles para aplicação destas sanções. E aqui vale a crítica, uma vez que estas associações poderiam auxiliar na sanção reputacional do advogado ou árbitro, o que vale como incentivo para não praticar estratégias guerrilheiras ou não aconselharem seus clientes neste sentido.

As instituições arbitrais são fundamentais para a administração da arbitragem e por meio dos seus regulamentos, tem atuado cada vez mais no intuito de prevenir, combater e sancionar os guerrilheiros, em especial os árbitros. Aqui também se enxerga a possibilidade de ampliação das sanções, como por exemplo, a criação de “black lists” com afastamento dos profissionais ali constantes, o que se supõe interessante do ponto de vista educativo.

A maior responsabilidade para aplicação das sanções, ao final, fica para o tribunal arbitral, até mesmo porque ele é o órgão jurisdicional. As sanções mais aplicadas tem sido inferências negativas, advertências e possibilidade de exclusão do advogado, bem como sanções monetárias por meio da alocação dos custos. Cada uma delas tem sua utilidade e adequação, não cabendo repetir o que já foi falado.

Mas, em suma, exige-se coragem e firmeza dos árbitros para que não sejam tolerantes com os guerrilheiros, assim como se exige do advogado que respeite o tribunal arbitral e o direito da contraparte, agindo de forma ética.

Trata-se, portanto, de ampliar a rede de cooperação entre os atores, não é a falta ou o excesso de regulamentação que prejudica a arbitragem internacional, mas sim a ausência de compromisso ético dos *players* entre eles e deles para com a jurisdição e o *ethos* arbitral.

A liberdade que possuem é o caminho para estabelecer o *quantum* de responsabilidade cabe a cada um, retornando às origens, buscando em suas raízes o fundamento da autonomia da vontade de se submeterem a uma jurisdição onde podem criar suas próprias regras com a finalidade de uma

solução pacífica do conflito de forma rápida, legítima, segura e eficiente. Aprendendo com as lições de hoje, é possível mudar o curso da história e escrever um novo futuro, em que a arbitragem volte a ser sinônimo de um sistema jurisdicional adequado, justo e eficiente para resolução dos conflitos comerciais internacionais, um verdadeiro fórum democrático de pacificação social.

REFERÊNCIAS

LEIS E DECRETOS

BRASIL. **Lei nº 4.557 de 04 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 28 set 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 ago 2021.

BRASIL. **Lei 8078 de 11 de setembro de 1990.** Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 28 set 2021.

BRASIL. **Lei 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: 27 ago 2021.

BRASIL. **Decreto n. 1.902/1996** que promulga a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, firmada no Panamá, em 30 de janeiro de 1975. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1902.htm. Acesso em: 09 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto n. 4.719/2003** que promulga o Acordo sobre Arbitragem Comercial Internacional do Mercosul, concluído em Buenos Aires, em 23 de julho de 1998. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/D4719.htm. Acesso em: 09 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto nº 8.327, de 16 de outubro de 2014.** Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda de Mercadorias – Uncitral, firmada pela República Federativa do Brasil, em Viena, em 11 de abril de 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/decreto/d8327.htm. Acesso em: 06 abr. 2021.

BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 27 ago 2021.

ESPANHA. **Lei de Arbitragem da Espanha**. Ley n. 60/2003. Disponível em http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l60-2003.html. Acesso em: 28 mar. 2020.

FRANÇA. **Code de procédure civile**. Disponível em: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070716/LEGISCTA000006089134/#LEGISCTA000006089134. Acesso em: 27 mar. 2021

ITÁLIA. **Codice di procedura civile**. Disponível em: <https://www.studiocataldi.it/codiceproceduracivile/codicediproceduracivile.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2021.

PORTUGAL. **Lei da Arbitragem Voluntária de Portugal**. Lei n.º 63/2011, de 14 de Dezembro. Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_print_articulado.php?tabela=leis&artigo_id=&nid=1579&nversao=&tabela=leis Acesso em: 26 mar. 2021.

LIVROS

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti, KULESZA, Gustavo Santos. *The shining city on a hill: a lei modelo da UNCITRAL pode servir de inspiração ao Judiciário brasileiro?* In **Lei modelo UNCITRAL sobre arbitragem comercial internacional: estudos e perspectivas**. GREBLER, Eduardo, LOPES, Christian Sahb Batista, POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 60-81.

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. O papel da *soft law* processual no desenvolvimento da arbitragem. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira e MARTINS, Pedro Batista (coord.) **20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. São Paulo: Atlas, 2017, p. 3-22.

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional**. São Paulo: Atlas, 2014.

AMARAL, Francisco. **Direito civil**. Introdução. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

APRIGLIANO, Ricardo de Carvalho. Alocação de custas e despesas e a condenação em honorários advocatícios sucumbenciais em arbitragem. p. 667-688, In **20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**.

CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coords.). São Paulo: Atlas, 2017, p. 671. ALVES, Rafael Francisco. Sentença Arbitral. p. 253-278. In **Curso de Arbitragem**. LEVY, Daniel e PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coords.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 271.

ARAUJO, Nádia de. **Contratos internacionais**: autonomia da vontade, Mercosul e convenções internacionais. 4 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

AUILO, Rafael Stefanini. **O modelo cooperativo de processo civil no Novo CPC**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Arbitragem. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 753, a. 87, p. 11-23, jul. 1998.

BAPTISTA, Luiz Olavo. A boa-fé nos contratos internacionais. **Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem**, São Paulo, n. 20, a. 6, p. 24-46, abr./jun. 2003.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **Dos contratos internacionais**: uma visão teórica e prática. São Paulo: Saraiva, 1994.

BAPTISTA, Luiz Olavo. Ética e Arbitragem. *In*: CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira e MARTINS, Pedro Batista. **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017, p. 103-117.

BARRAL, Welber. **A arbitragem e seus mitos**. Florianópolis: OAB/SC, 2000.

BARROCAS, Manuel Pereira. **Estudos de Direito e Prática Arbitral**. Coimbra: Almedina, 2017.

BARROCAS, Manuel Pereira. **Manual de Arbitragem**. 2 ed. Coimbra: Almedina, 2013.

BASSO, Maristela. A autonomia da vontade nos contratos internacionais do comércio. *In*: BAPTISTA, Luiz Olavo; HUCK, Hermes Marcelo; CASELLA, Paulo Borba (Coords.). **Direito e Comércio Internacional**: tendências e perspectivas: estudos em homenagem ao Prof. Irineu Strenger. São Paulo: LTr, 1994, p. 42-66.

BASSO, Maristela. **Curso de direito internacional privado**. São Paulo: Atlas, 2009.

BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the legal system: extralegal contractual relations in the diamond industry. **Journal of legal studies**. vol. XXI, jan. 1992, p. 115-157. Neste artigo, ela relata como funcionam as formas de regulamentação extralegal e sanções extrajudiciais na coesa indústria mundial de distribuição de diamantes (cartel), dominada pelos judeus com fortes laços reputacionais e religiosos.

BISHOP, R. Doak. Advocacy and Ethics in International Arbitration: Ethics in International Arbitration in Albert Jan van den Berg (ed), **Arbitration Advocacy in Changing Times**, ICCA Congress Series, 2010, Rio, v. 15, p. 383- 390. Kluwer Law International, 2011.

BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. **Redfern and Hunter on international arbitration**. 6 ed. Oxford University Press, 2015.

BORN, Gary B. **International arbitration: law and practice**. Kluwer Law International, 2012, *E-book*.

BORN, Gary B. **International Commercial Arbitration**. 3 ed. Kluwer Law International, 2021.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Editora Bertrand Brasil, 1989.

BRAGHETTA, Adriana; GABBAY, Daniela Monteiro, PITOMBO, Eleonora Coelho, ALVES, Rafael Francisco, LEMES, Selma Ferreira (coord. geral). Arbitragem e Poder Judiciário: uma radiografia dos casos de arbitragem que chegam ao Poder Judiciário brasileiro. **Cadernos Direito GV 32**. v. 6, n. 6, 2009.

BÜHLER, Michael W. A ética dos centros de arbitragem – o exemplo do tribunal internacional de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. p. 133-151. In KEUTGEN, Guy (org.). **A ética na arbitragem jurídica**. Tradução de João Duarte. Lisboa: Edições Piaget, 2012.

CAHALI, Francisco José. **Curso de Arbitragem: Mediação: Conciliação: Tribunal Multiportas**. 7 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

CAHALI, Francisco José. **Curso de arbitragem: mediação; conciliação; resolução CNJ 125/2010**. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CAHER, Charlie e LIM, Jonathan. Regulation of Counsel and Professional Conduct in International Arbitration. **The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration 2019**. 16 ed., London: Global Legal Group, 2019, p. 1-8. Disponível em <http://documents.jdsupra.com/42a6e900-2f10-4828-8336-95e98596030d.pdf>. Acesso em: 08 set. 2021, p. 3.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo: um comentário à Lei 9.307/96**. São Paulo: Malheiros, 1998.

CARMONA, Carlos Alberto. Entrevista. **Memórias do desenvolvimento da arbitragem no Brasil**. NEVES, Flávia Bittar; MAIA NETO, Francisco; MUNIZ, Joaquim de Paiva e RANZOLIN, Ricardo (org.). Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018.

CARMONA, Carlos Alberto. Flexibilização do procedimento arbitral. III **Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa (Centro de Arbitragem Comercial)**. p. 161-180. Coimbra: Almedina, 2010.

CAVALIERI, Joan. Lei Modelo Uncitral – relevância história e conceitual. In **Lei modelo UNCITRAL sobre arbitragem comercial internacional: estudos e perspectivas**. GREBLER, Eduardo, LOPES, Christian Sahb Batista, POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 29-42.

CHOONG, John, MANGAN, Mark, LINGARD, Nicholas. **A Guide to the SIAC Arbitration Rules**. 2 ed. Oxford University Press, 2018. p. 220.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CLAY, Thomas. Quem são os árbitros internacionais. Abordagem sociológica.

COASE, Ronald H. **A firma, o mercado e o direito**. Tradução Heloisa Gonçalves Barbosa. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2017.

CORAPI, Diego. A arbitragem no direito italiano. In: ZUFELATO, Camilo, BONATO, Giovanni, SICA, Heitor Vitor Mendonça e CINTRA, Lia Carolina Batista (coords.). **I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil** Salvador: JusPodivm, 2015, p. 101-114.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado da Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2015.

DEZALAY, Yves e GARTH, Bryant G. **Dealing in virtue: international commercial arbitration and the construction of a transnational legal order**. Chicago: The University of Chicago Press, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

Disponível em: http://www.arbitrationcertificate.com/wp-content/uploads/2015/07/2014_Annual-Lecture.pdf. Acesso em 04 set. 2021.

DRAETTA, Ugo. **La otra cara del arbitraje internacional** María Cecilia Brusa (trad.). Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012.

DRAETTA, Ugo. Palavras Conclusivas. KEUTGEN, Guy (org.). **A ética na arbitragem jurídica**. Tradução de João Duarte. Lisboa: Edições Piaget, 2012.

DRAETTA, Ugo. **The dark side of arbitration**. JurisNet, Huntington, New York, 2018.

DRAETTA, Ugo. **The Role of In-House Counsel in International Arbitration**. Reimp. 2009, p. 470-480, London: Sweet & Maxwell. Disponível em https://www.aihl.ch/wp-content/uploads/presentations/2012_05_10_role_in_house_counsel.pdf. Acesso 06 mai. 2021.

DRAETTA, Ugo. The transnational procedural rules for arbitration and the risks of overregulation and bureaucratization. **ASA Bulletin**. v. 33, n. 2, 2015, p. 327-342.

FARIA, José Eduardo. Democracia e governabilidade: os direitos humanos à luz da globalização econômica. *In*: FARIA, José Eduardo. **Direito e Globalização econômica: implicações e perspectivas**. 1 ed., 4 tir., São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

FARIA, José Eduardo. **O Estado e o direito depois da crise**. São Paulo: Saraiva, 2011.

FERNANDES, Micaela Barros Barcelos. **Laudos arbitrais estrangeiros – Reconhecimento e execução: Teoria e prática**. 1 ed. 3 tir. Curitiba: Juruá, 2005.

GABBAY, Daniela M.; MAZZONETTO, Nathalia; KOBAYASHI, Patrícia S. Desafios e cuidados na redação das cláusulas de arbitragem. **Arbitragem Comercial: Princípios, Instituições e Procedimentos. A prática no CAM-CCBC**. BASSO, Maristela; POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. (org). p. 93-130, Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2013.

GAILLARD, Emmanuel. **Teoria Jurídica da Arbitragem Internacional**. Tradução Natália Mizrahi Lamas. São Paulo: Atlas, 2014.

GIUSTI, Gilberto. A arbitragem e as partes na arbitragem internacional. *In*: WALD, Arnoldo. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação: elementos da arbitragem e medidas de urgência**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 493-508.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

GUERRERO, Luis Fernando. Arbitragem e Processo Arbitral. *In*: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes e SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem: curso de métodos adequados de solução de controvérsias**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 227-253.

HORVATH, Günther J.; WILSKE, Stephan; LEINWATHER, Niamh. Dealing with Guerrilla Tactics at Different Stages of an Arbitration. *In*: HORVATH, Gunther J. e WILSKE, Stephan. **Guerrilla Tactics in international arbitration**. Wolters Kluwer Law & Business, 2013

HORVATH, Günther J.; WILSKE, Stephan; NETTLAU, Harry e LEINWATHER, Niamh. Chapter 1, §1.02: Categories of Guerrilla Tactics. HORVATH, Gunther J. e WILSKE, Stephan. **Guerrilla Tactics in international arbitration**. Wolters Kluwer Law & Business, 2013

HUCK, Hermes Marcelo. As táticas de guerrilha na arbitragem. **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira e MARTINS, Pedro Batista (coords.). São Paulo: Atlas, 2017.

IACOVIELLO, Monica. L'arbitrato in generale. **Arbitrato**. 2 ed. Milano: Wolters Kluwer, 2019.

JARROSSON, Charles. **Ética, Deontologia e Normas Jurídicas na Arbitragem**. Dir. Guy Keutgen. Lisboa: Piaget, D.L., 2014.

JUSTINIANUS, Flavius Petrus. **Institutas do Imperador Justiniano**. CRETELLA JUNIOR, José e CRETELLA, Agnes (Trads.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

KEUTGEN, Guy (org.). **A ética na arbitragem jurídica**. Tradução de João Duarte. Lisboa: Edições Piaget, 2012.

KEUTGEN, Guy. Prefácio. KEUTGEN, Guy (org.). **A ética na arbitragem jurídica**. Tradução de João Duarte. Lisboa: Edições Piaget, 2012.

LAMAS, Natália Mizrahi. Introdução e Princípios aplicáveis à arbitragem. *In*: LEVY, Daniel; PEREIRA, Guilherme Setoguti J. (coord.). **Curso de Arbitragem**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 27- 59.

LEE, João Bosco. A Lei 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. *In*: PIMENTEL, Luiz Otávio; REIS, Murilo Gouvêa dos. (Orgs.) **Direito comercial internacional: arbitragem**. Florianópolis: OAB/SC, 2002.

LEE, João Bosco. Entrevista. NEVES, Flávia Bittar; MAIA NETO, Francisco; MUNIZ, Joaquim de Paiva e RANZOLIN, Ricardo (org.). **Memórias do desenvolvimento da arbitragem no Brasil**. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018.

LEMES, Selma Ferreira. A arbitragem e a decisão por equidade no direito brasileiro e comparado. *In*: LEMES, Selma Ferreira, CARMONA, Carlos Alberto e MARTINS, Pedro Batista (coords.). **Arbitragem: Estudos em homenagem ao Prof. Guido Fernando Silva Soares**. 1 ed., 2 reimpr., São Paulo: Atlas, 2007.

LEMES, Selma Ferreira. **Arbitragem na Administração Pública – Fundamentos Jurídicos e Eficiência Econômica**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

LEMES, Selma Ferreira. Árbitro, conflito de interesses e o contrato de investidura. In: CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira e MARTINS, Pedro Batista. **20 anos da lei de arbitragem**: homenagem a Petrônio R. Muniz. São Paulo: Atlas, 2017, p. 271-290.

LEMES, Selma Ferreira. Entrevista. **Memórias do desenvolvimento da arbitragem no Brasil**. NEVES, Flávia Bittar; MAIA NETO, Francisco; MUNIZ, Joaquim de Paiva e RANZOLIN, Ricardo (org.). Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018, p. 257-273.

LEVY, Daniel. **Les abus de l'arbitrage commercial international**. L'Harmattan, 2015.

LEW QC, Julian David Mathew; MISTELIS, Loukas A.; KRÖLL, Stefan. **Comparative International Commercial Arbitration**. Kluwer Law International, 2003.

LIGMANOVSKI, Patrícia Ayub da Costa. **A inserção da cláusula compromissória de arbitragem na formação dos contratos internacionais do comércio**. 2010, 156 f. Dissertação (Mestrado em Direito Negocial) - Universidade Estadual de Londrina, Londrina.

LÖRCHER, Torsten. Cultural Considerations in Advocacy: Continental Europe. **Global Arbitration Review - The Guide to Advocacy**. 01 out. 2019. Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-advocacy/fourth-edition/article/cultural-considerations-in-advocacy-continental-europe>. Acesso em 08 set. 2021.

MACHADO, Rafael Bicca. **A arbitragem empresarial no Brasil**: uma análise pela nova Sociologia Econômica do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MACKAAY, Ejan, ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. SZTAJN, Rachel (trad.). 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 423

MAGALHÃES, José Carlos de; TAVOLARO, Agostinho Tofolli. Fontes do Direito do Comércio Internacional: A *Lex Mercatoria*. In: AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Coord.). **Direito do Comércio Internacional**: aspectos fundamentais. São Paulo: Aduaneiras, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 180-181.

MARTINS, Pedro A. Batista. **As três fases da arbitragem**. Disponível em: <http://batistamartins.com/as-tres-fases-da-arbitragem-2/>. Acesso em: 02 fev. 2021.

MARTINS, Pedro Batista. Entrevista. NEVES, Flávia Bittar; MAIA NETO, Francisco; MUNIZ, Joaquim de Paiva e RANZOLIN, Ricardo (org.). **Memórias**

do desenvolvimento da arbitragem no Brasil. Brasília: OAB, Conselho Federal, 2018, p. 239-256.

MILGRON, Paul; ROBERTS, John. **Economics, Organization & Management.** New Jersey: Prentice Hall Inc., 1992.

MONTORO, Marcos André Franco. **Flexibilidade do procedimento arbitral.** Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-16082011-161411/pt-br.php>. Acesso em: 19 dez. 2019.

MOSER, Michael J., BAO, Chiann. **A Guide to the HKIAC Arbitration Rules.** Oxford University Press, 2017.

MOSES, Margaret L. **The principles and practice of international commercial arbitration.** Reino Unido: Cambridge University Press, 2008.

MUNIZ, Joaquim Tavares de Paiva. Guia Politicamente Incorreto da Arbitragem VIII - Arbitragem e provas. **Migalhas de peso.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/224470/guia-politicamente-incorreto-da-arbitragem-viii---arbitragem-e-provas>. Acesso em 16 ago. 2021.

MUNIZ, Tânia Lobo. **Arbitragem no Brasil e a Lei 9.307/96.** 1 ed. 5 tir. Curitiba: Juruá, 2005.

MUNIZ, Tania Lobo; LIGMANOVSKI, Patrícia Ayub da Costa. As vantagens da mediação para solução dos conflitos decorrentes dos contratos internacionais do comércio. In: MENEZES, Wagner (coord.). **Estudos de Direito Internacional:** anais do 9º Congresso Brasileiro de Direito Internacional, v. 11. Curitiba: Juruá, 2011, p.255-264.

NEVES, Flávia Bittar. A Visão Empresarial da Arbitragem: Como a Administração de Conflitos pode Melhorar os Resultados Econômicos e Não-Econômicos do Negócio? **RBAr.** N. 9. p. 30-39, Jan-Mar. 2006.

NORTH, Douglass C. **Instituições, Mudança institucional e desempenho econômico.** Tradução Alexandre Morales. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia:** introdução ao direito econômico. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ODITAH, Fidelis. 'Chapter 17: Geography of International Arbitration: Where Does the Power Lie?'. In: BREKOULAKIS; Stavros, LEW, Julian David Mathew, et al. (eds), **The Evolution and Future of International Arbitration,** International Arbitration Law Library, Volume 37, Kluwer Law International 2016, p. 287 – 298.

OPPETIT, Bruno. **Teoría del arbitraje**. ROMERO, Eduardo Silva, ESPINOZA, Fabricio Mantilla; DEMOULIN, José Joaquín Caicedo (trad.). Bogotá, Colômbia: Legis Editores, 2006.

ORLOWSKI, Victoria. 'Chapter 2, §2.02: The Perspective of Arbitral Institutions: Upping the Arsenal – Using the ICC Rules to Counteract Guerilla Tactics'. In: HORVARTH, Günther J.; WILSKE, Stephan (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28, Kluwer Law International, 2013, p. 54 – 69.

PAULSSON, Jan. **The idea of arbitration**. The impulse to arbitrate. Oxford: Oxford University Press, 2013.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, Economia e Mercados**. 2 reimp., Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. 30 anos da Lei Modelo da UNCITRAL sobre arbitragem comercial internacional e as transformações dos sistemas jurídicos domésticos. In **Lei modelo UNCITRAL sobre arbitragem comercial internacional: estudos e perspectivas**. GREBLER, Eduardo, LOPES, Christian Sahb Batista, POLIDO, Fabrício Bertini Pasquot. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2018, p. 7-28.

POZNANSKI, Bernard G. The nature and extent of an arbitrator's powers in international commercial arbitration. **Journal of international arbitration**. Londres, vol. 4, n. 3, p. 71-108, 1987.

PRADO, Maria da Graça Ferraz de Almeida. **Economia da arbitragem: uma análise dos impactos sobre contratos e políticas de desenvolvimento**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitragem comercial nos países do MERCOSUL: análise comparativa da legislação, jurisprudência e doutrina dos autores da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai relativas à arbitragem**. São Paulo: LTr, 1997.

REED, Lucy. 'Chapter 2, §2.04: Sanctions Available for Arbitrators to Curtail Guerrilla Tactics', In: HORVARTH, Günther J.; WILSKE, (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28; Kluwer Law International, 2013, p. 93 – 102.

ROGERS, Catherine A.. **Ethics in International Arbitration**. Oxford University Press, 2014.

ROGERS, Catherine Rogers. 'Chapter 5: Guerrilla Tactics and Ethical Regulation'. In: HORVARTH, Günther J.; WILSKE, (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28, Kluwer Law International, 2013, p. 313 – 340.

ROWLEY, J. William Rowley. 'Chapter 1, §1.04: Guerrilla Tactics and Developing Issues', In: HORVARTH, Günther J.; WILSKE, (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28, Kluwer Law International, 2013, p. 20 – 30.

SALLES, Marcos Paulo de Almeida. Da arbitralidade. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, n. 10, a. 3, p.360-365, out./dez. 2000.

SANTOS, Mauricio Gomm F. dos. Táticas de guerrilha na arbitragem internacional. In: CARMONA, Carlos Alberto, LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista. **20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz**. São Paulo: Atlas, 2017, p.331-342.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções Gerais da Arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem**. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. reimpressão - Rio de Janeiro: Editora FGV, 2006.

SILVA, Eduardo Silva da. **Arbitragem e Direito da Empresa: dogmática e implementação da cláusula compromissória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 165.

SOUZA, Hellen Luana; COSTA, Patrícia Ayub. Devido processo legal na arbitragem comercial internacional: desafios ante táticas de guerrilha. In: Wagner Menezes (Org.). **Direito internacional em expansão: anais do XIX Congresso Brasileiro de Direito Internacional**. Belo Horizonte: Arraes Editores, v. XIX, p. 226-242, 2020.,

STRENGER, Irineu. **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTR, 1996.

STRENGER, Irineu. **Da autonomia da vontade: direito interno e internacional**. 2 ed. São Paulo: LTr, 2000

TIMM, Luciano Benetti. Análise econômica da arbitragem. TEIXEIRA, Tarcísio e LIGMANOVSKI, Patricia Ayub da Costa (coords.). **Arbitragem em evolução: aspectos relevantes após a reforma da Lei Arbitral**. Barueri: Manole, 2018. p. 300-314.

TRAKMAN, Leon E. Arbitration Options: turning a morass into a panacea. **UNSW Law Journal**. v. 31 (1), p. 292-306. Disponível em: <http://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/wp-content/uploads/2017/09/31-1-6.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2021.

VERÇOSA, Haroldo. **Os “segredos” da arbitragem**: para empresários que não sabem nada (e para advogados que sabem pouco). São Paulo: Saraiva, 2013.

VON MEHREM, George M. E JOCHUM, Alana C. Is International Arbitration Becoming Too American?, **The Global Business Law Review**. vol. 2, 2011, p. 47-58. Disponível em <https://engagedscholarship.csuohio.edu/gblr/vol2/iss1/6>. Acesso em 23 abr. 2021.

WALD, Arnaldo (org.). **Arbitragem e Mediação**: Elementos da arbitragem e medidas de urgência. p. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1.011-1.032, (Coleção Doutrinas Essenciais; v.2).

WALD, Arnaldo. A arbitragem e o mercado de trabalho dos advogados. In WALD, Arnaldo. **Doutrinas Essenciais Arbitragem e Mediação**: a arbitragem, introdução e histórico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 703-721.

ZANELATO, Thiago Del Pozzo. A autonomia da vontade das partes da produção de provas em arbitragem internacional. In: FINKELSTEIN, Cláudio (org.). **Direito e arbitragem: estudos acadêmicos**. Belo Horizonte: Arraes, 2017. v. 2, p. 84-129.

REVISTAS

AJOGWU, Fabian. **Dealing with Guerrilla Tactics in International Arbitration**: which tools for Counsel and Arbitrators? Disponível em: <http://kennapartners.com/sandbox/wp-content/uploads/2016/11/Dealing-with-Guerilla.pdf>. Acesso em: 17 ago. 2017.

ALFORD, Roger P. *The American Influence on International Arbitration*. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**. v. 19, n. 1, 2003, p. 69-88. Disponível em: https://scholarship.law.nd.edu/law_faculty_scholarship/562 Acesso em 22 abr. 2021.

ARENHART, Sergio Cruz. Breves observações sobre o procedimento arbitral. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, a.10, n. 770, 12 ago. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7161>. Acesso em: 6 abr. 2021.

ARROYO, Diego P. Fernández. Soft law and arbitral procedure: a conditioned but inescapable couple. **European International Arbitration Review**. Vol. 7, n. 2, p. 71-86, 2018. Disponível em http://diegofernandezarroyo.net/wp-content/uploads/2019/10/DPFA-07-arroyo_soft_law_for_eiar_v7_n2.pdf. Acesso em 01 set. 2021.

BAPTISTA, Luiz Olavo. A boa-fé nos contratos internacionais. **Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem**, São Paulo, n. 20, a. 6, p. 24-46, abr./jun. 2003.

BARROCAS, Manuel Pereira. A ordem pública na arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 54. a. 14. p. 179 – 261, jul./set. 2017.

BARROCAS, Manuel Pereira. **Processo arbitral correto ou guerrilha arbitral? O mau exemplo de maus profissionais**. p. 1.085-1.094, dez. 2012. Disponível em <https://portal.oa.pt/upl/%7Bde1acbda-94cf-4653-a3b3-3bac4029ab52%7D.pdf>. Acesso em 13 mai 2018.

BATES JR. Albert; TORRES-FOWLER, R. Zachary. Abuse of due process in international arbitration: is due process paranoia irrational? **American Journal of Construction Arbitration & ADR (AJCA)**. v. 1, n. 2, p. 245-272, 2017.
Baykitch, Alex and Bao, Edmund. A Return to Innate Arbitration Culture: Implications from a Cost and Efficiency Perspective. (May 21, 2018). disponível em file:///C:/Users/Usuario/Downloads/SSRN-id3028730.pdf acesso 06 mai 2021.

BERGER, Klaus Peter; JENSEN, J. Ole. Due process paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbour for procedural management decisions by international arbitrators. **Arbitration International**, 2016, n. 32, p. 415-435. Disponível em: <https://praguerules.com/upload/iblock/882/88256e5a0d39997b4d6ec9be17303671.pdf>. Acesso em 10 mai. 2021.

BERGSTEN, Eric. Americanization of International Arbitration. **Pace International Law Review**. v. 18. abr. 2006. p. 289-301. Disponível em <https://digitalcommons.pace.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1081&context=pilr> Acesso em 22 abr. 2021.

BERNSTEIN, Lisa. Opting out of the legal system: extralegal contractual relations in the diamond industry. **Journal of legal studies**. vol. XXI, jan. 1992, p. 115-157.

BISHOP, R. Doak. Advocacy and Ethics in International Arbitration: Ethics in International Arbitration in Albert Jan van den Berg (ed), **Arbitration Advocacy in Changing Times**, ICCA Congress Series, 2010, Rio, v. 15, p. 383- 390. Kluwer Law International, 2011.

BISHOP, R. Doak; STEVENS, Margrete. **The Compelling Need for a Code of Ethics in International Arbitration: Transparency, Integrity and Legitimacy**. Disponível em: https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/ethics/ethics_in_int_arb_-_icca_2010_-_bishop.pdf. Acesso em: 13 mai. 2021.

BORN, Gary B. A Code of Conduct for Counsel in International Arbitration. **Kluwer Arbitration Blog**. 16 nov. 2010. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2010/11/16/a-code-of-conduct-for-counsel-in-international-arbitration/>. Acesso em 07 set. 2021.

BOTTESELLI, Ettore. Princípios do UNIDROIT: internacionalização e unificação do direito comercial internacional. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, a. 2, n. 1, p. 934-952, 2016. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2016/1/2016_01_0933_0952.pdf. Acesso em: 01 abr. 2021

BRAGHETTA, Adriana; GABBAY, Daniela Monteiro, PITOMBO, Eleonora Coelho, ALVES, Rafael Francisco, LEMES, Selma Ferreira (coord. geral). Arbitragem e Poder Judiciário: uma radiografia dos casos de arbitragem que chegam ao Poder Judiciário brasileiro. **Cadernos Direito GV 32**. v. 6, n. 6, 2009.

BRUCKSCHWEIGER, Christoph. **Possibilities of Arbitral Tribunals to Sanction ‘Guerrilla Tactics’** by Counsel in the Absence of a Respective Agreement by the Parties. Disponível em: https://wgb-law.li/sites/default/file/news/2018-04/Possibilities%20of%20Arbitral%20Tribunals_CAS%20Research%20Paper_0.pdf. Acesso em: 03 jun. 2020.

BÜHLER, Michael W. A ética dos centros de arbitragem – o exemplo do tribunal internacional de arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. p. 133-151. In KEUTGEN, Guy (org.). **A ética na arbitragem jurídica**. Tradução de João Duarte. Lisboa: Edições Piaget, 2012.

CAHER, Charlie e LIM, Jonathan. Regulation of Counsel and Professional Conduct in International Arbitration. **The International Comparative Legal Guide to: International Arbitration 2019**. 16 ed., London: Global Legal Group, 2019, p. 1-8. Disponível em <http://documents.jdsupra.com/42a6e900-2f10-4828-8336-95e98596030d.pdf>. Acesso em: 08 set. 2021, p. 3.

CARMONA, Carlos Alberto. Em torno do árbitro. **Revista de Arbitragem e Mediação**, São Paulo: RT, n. 28, jan.-mar. 2011, p. 47-63.

CARMONA, Carlos Alberto. Flexibilização do Procedimento Arbitral. **RBA**. n. 24, p. 7-21, out./dez. 2009.

ČERNÝ, Filip. Short Flight of the Phoenix: A Few Thoughts on Good Faith, the Abuse of Rights and Legality in Investment Arbitration. **Czech Yearbook of International Law**, v. 3, n. R, 2012, p. 183-207.

COELHO, Eleonora. As táticas de guerrilha e a ética na arbitragem internacional. **Revista Brasileira da Advocacia**. vol. 5, ano 2. p. 35-55. São Paulo: RT, abr-jun. 2017, p. 42.

COHEN, George M. The Negligence-Opportunism Tradeoff in Contract Law. **Hofstra Law Review**: vol. 20, n. 4, 1992. p. 941-1.016. Disponível em: <http://scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol20/iss4/4>. Acesso em 22 set. 2021. p. 957.

CORPORATE COUNSEL INTERNATIONAL ARBITRATION GROUP -CCIAG. **Report to the CCIAG from the discovery working group**. 30 out. 2009. Acesso em: <https://www.cciag.com/wp-content/uploads/2013/07/DISCOVERY-REPORT.pdf> Acesso em 21 abr. 2021.

CORREIA, Marcelo dos Santos Barradas. A Responsabilidade Civil do Árbitro. **RBA**. N. 39, p. 7-24, Jul-Set. 2013.

COSTA, José Augusto Fontoura. A autonomia da nova *Lex mercatoria* e a estabilização de relações comerciais internacionais. **RIDB**. a. 2 (2013), n. 6, p. 4783-4810. Disponível em: https://www.academia.edu/10701544/A_autonomia_da_nova_lex_mercatoria_e_a_estabiliza%C3%A7%C3%A3o_das_rela%C3%A7%C3%B5es_comerciais_internacionais. Acesso em: 15 dez. 2016.

COSTA, Marina Mendes. A reforma do direito francês de arbitragem. **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 30, p. 27-42, jul./set. 2011, RT online.

CREMADES, Bernardo M. The Use and Abuse of Due Process in International Arbitration. **ARBITRAJE. REVISTA DE ARBITRAJE COMERCIAL Y DE INVERSIONES**, vol. IX, nº 3, 2016, pp. 661–676. Disponível em <https://arbitrajeraci.files.wordpress.com/2018/07/the-use-and-abuse-of-e2809cdue-processe2809d-in-international-arbitration.pdf> acesso em 24 abr. 2021.

CRETELLA JÚNIOR, J. Da arbitragem e seu conceito categorial. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 643, a. 78, p. 7-13, mai. 1989.

CROSS, Karen Halverson. Letting the Arbitrator Decide Unconscionability Challenges **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, vol. 26, no. 1 (2011), 1-78. <http://hdl.handle.net/1811/76951> 22 abr 2021

DASSER, Felix. 'Equality of Arms in International Arbitration: Do Rules and Guidelines Level the Playing Field and Properly Regulate Conduct? – Can They? Will They? Should They? The Example of the IBA Guidelines on Party Representation', in Andrea Menaker (ed), **International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity**, ICCA Congress Series, Volume 19 ICCA & Kluwer Law International, 2017, p. 634 – 672.

DELGADO, Mauricio Godinho. Princípios da Dignidade humana, da Proporcionalidade e/ou Razoabilidade e da Boa-fé no Direito do Trabalho – diálogo do ramo juslaborativo especializado com o universo jurídico geral. **Revista de Direito do Trabalho**, São Paulo, v. 102, a. 27, p. 85 -117, abr. – jun. 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A arbitragem na teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013. Disponível em: http://www.arbitrationcertificate.com/wp-content/uploads/2015/07/2014_Annual-Lecture.pdf. Acesso em 04 set. 2021.

DRAETTA, Ugo. The transnational procedural rules for arbitration and the risks of overregulation and bureaucratization. **ASA Bulletin**. v. 33, n. 2, 2015, p. 327-342.

EISELEN, Sieg. The Adoption of UNCITRAL Instruments to Fast Track Regional Integration of Commercial Law. **RBA** n. 46, abr./jun. 2015.

FOLBERG, Jay. Arbitration Ethics-Is California the Future? **Ohio State Journal on Dispute Resolution**. vol. 18, no. 2 (2003), 343-389. Disponível em: <http://hdl.handle.net/1811/77057> 22 abr 2021. Acesso em: 6 abr 2021.

FOUCHARD, Philippe. Aonde Vai a Arbitragem Internacional? Clávio Valença Filho e Gisela Mation (trad.). **RBA**. n. 21, p. 281-297, jan./mar. 2009.

FOUCHARD, Philippe. Os desafios da Arbitragem Internacional. In **Revista Brasileira de Arbitragem**. Vol. 1, n. 1, jul.-out. 2003. Porto Alegre: Síntese; Curitiba: Comitê Brasileiro de Arbitragem, 2004, p. 57-72.

GAILLARD, Emmanuel. A contribuição do pensamento jurídico francês à arbitragem internacional. SALLES, Vivian (trad.). **Revista de Arbitragem e Mediação**. v. 61, p. 285- 302, abr./jun. 2019. Disponível em: Revista dos Tribunais Online.

GAILLARD, Emmanuel. Abuse of process in international arbitration. **ICSID Review**, 2017, pp. 1–21. Disponível em <https://www.shearman.com/~/media/Files/NewsInsights/Publications/2017/01/icsidreviewsiw036full.pdf>. Acesso em 30 mai. 2019.

GAILLARD, Emmanuel. Sociologia da Arbitragem Internacional. **Revista de Arbitragem e Mediação**. vol. 45, p. 361-383, jul. -set. 2015, Revista dos Tribunais online.

GALANTER, Marc. *Why the haves come out ahead? Speculations on the limits of legal change*, Volume 9:1 **Law and Society Review**, 1974, Republicação (com correções) In Law and Society. Dartmouth, Aldershot: Cotterrell, 1994. p. 95 – 160.

GARZILLO, Rômulo Monteiro. A relação entre a nova lex mercatoria e a soberania dos Estados nacionais: considerações sobre o fenômeno da globalização. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 116, nov./dez. 2019, p. 219- 244, Revista dos Tribunais Online.

GIUSTI, Gilberto. A Ética das Instituições de Arbitragem. **RBA**. n 40, p. 78-85, Out-Dez. 2013.

GOLDMAN, Berthold. Frontières du droit et lex mercatoria. **Revista de Arbitragem e Mediação**. a. 6, n. 22, p. 211-230, jul.-set. 2009.

GREBLER, Eduardo. A ética dos árbitros. **RBA**. n 40, p. 72-77, Out-Dez. 2013.

GRISHCHENKOVA, Anna. Cultural Considerations in Advocacy: Russia and Eastern Europe. **Global Arbitration Review - The Guide to Advocacy**. 01 out. 2019. 4 ed. Disponível em: <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-advocacy/fourth-edition/article/cultural-considerations-in-advocacy-russia-and-eastern-europe>. Acesso em 08 set. 2021.

GUERRERO, Luis Fernando. Arbitragem e Processo Arbitral. *In*: SALLES, Carlos Alberto de; LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes e SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). **Negociação, Mediação, Conciliação e Arbitragem**: curso de métodos adequados de solução de controvérsias. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 227-253.

HELMER, Elena V. International Commerical Arbitration: Americanized, Civilized, or Harmonized. **Ohio St. J. on Disp. Resol.**, v. 19, p. 35-68, 2003, p. 56-57. Disponível em: <https://kb.osu.edu/handle/1811/77162>. Acesso em: 17 abr. 2021.

HODGES, Paula. Equality of Arms in International Arbitration: Who Is the Best Arbitrator of Fairness in the Conduct of Proceedings?' in Andrea Menaker (ed), **International Arbitration and the Rule of Law**: Contribution and Conformity, ICCA Congress Series, Volume 19 (© Kluwer Law International; ICCA & Kluwer Law International 2017) pp. 599 – 633.

HORVATH, Günther J. e NEIL, Amanda. Guerrilla Tactics in International Arbitration. in WEERAMANTRY, J. Romesh and CHOONG, John (eds). **Asian Dispute Review**. Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), 2017, vol. 2017, issue 3, p. 131.

HUCK, Hermes Marcelo. Lex Mercatoria – Horizonte e Fronteira do Comércio Internacional. **Revista da Faculdade de Direito da USP**. v. 87, p. 213-235, 1992. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67175>. Acesso em: 15 dez 2016.

HWANG, Michael. **Why is there still resistance to arbitration in Asia?** The International Arbitration Club, 2007, p. 4-15. Disponível em: https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/media012232972346990why_is_there_still_resistance_to_arbitration_in_asia.pdf. Acesso em 02 set. 2020.
International Commercial Arbitration: Americanized, "Civilized," or Harmonized? ELENA V. HELMER*. Ohio State Journal on Dispute Resolution, vol. 19, no. 1 (2003), 35-67. Disponível em <http://hdl.handle.net/1811/77162>. Acesso em 22 abr. 2021.

INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION (ICCA). **The Guidelines on Standards of Practice in International Arbitration**. 2021. Disponível em https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/ICCA_Guidelines_on_Standards_of_Practice_in_International_Arbitration.pdf. Acesso em 08 set. 2021.
JÜN, Jung Won. A critical look at the Prague rules: rules on the efficient conduct of proceedings in international arbitration. **Journal of Arbitration**

Studies, v. 29, p. 53-74, 2019. Disponível em: <https://www.koreascience.or.kr/article/JAKO201931262478691.pdf>. Acesso em 27 ago. 2021.

KARAMANIAN, Susan L.. Overstating the "Americanization" of International Arbitration: Lessons from ICSID. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, v. 19, n. 1, 2003, p. 5-34. Disponível em <https://kb.osu.edu/handle/1811/77163>. Acesso em 22 abr. 2021.

KEUTGEN, Guy (org.). **A ética na arbitragem jurídica**. Tradução de João Duarte. Lisboa: Edições Piaget, 2012.

KLÄSENER, Amy; LOFTI, Courtney. Party and Counsel Ethics in the Taking of Evidence. **Global Arbitration Review - The Guide to Evidence in International Arbitration**. 3 set. 2021. Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-evidence-in-international-arbitration/1st-edition/article/party-and-counsel-ethics-in-the-taking-of-evidence>. Acesso em 06 set. 2021.

KLUWER ARBITRATION BLOG. and Their Online Identities, a Double-Edged Sword? **Wolters Kluwer Asia-Pacific**. 4 mai. 2021. Disponível em <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/05/04/arbitration-tech-toolbox-arbitrators-and-their-online-identities-a-double-edged-sword/>. Acesso em 06 set. 2021.

LEE, João Bosco; PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. A obrigação da revelação do árbitro – está influenciada por aspectos culturais ou existe um verdadeiro standard universal? **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 14, p. 9-22, abr./jun. 2007.

LEMES, Selma Ferreira. **Pesquisa 2018. Arbitragem em Números e Valores. Seis Câmaras. 8 anos**. Disponível em: <http://selmalemes.adv.br/artigos/An%C3%A1lise-%20Pesquisa-%20Arbitragens%20Ns.%20e%20Valores-%202010%20a%202017%20-final.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019.

LEMES, Selma M. Ferreira. Arbitragem. Princípios Jurídicos Fundamentais. Direito brasileiro e comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, vol. 686, a. 81, p. 73-89, dez. 1992.

LEMES, Selma Maria Ferreira. A Independência e a Imparcialidade do Árbitro e o Dever de Revelação. **Revista Brasileira de Arbitragem**, n. 26, p. 21-34, abr./jun. 2010.

LEWIS, Morgan. Compensation for breach of an arbitration agreement: damages for damages **Lexology**. 18 ago. 2014. Disponível em <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=eb4b4fa6-d82d-4982-b61d-7f1c7a5d7608> Acesso em 06 set. 2021.

LEWIS, Morgan. Compensation for breach of an arbitration agreement: damages for damages **Lexology**. 18 ago. 2014. Disponível em <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=eb4b4fa6-d82d-4982-b61d-7f1c7a5d7608> Acesso em 06 set. 2021.

LEWIS, Morgan. Issue estoppel and res judicata in international arbitration: more weapons in the fight against guerrilla tactics. **Lexology**. 18 nov. 2014. Disponível em <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=49103601-2581-4699-ab2a-01890aca0872>. Acesso em 06 set. 2021.

LÖRCHER, Torsten. Cultural Considerations in Advocacy: Continental Europe. **Global Arbitration Review - The Guide to Advocacy**. 01 out. 2019. Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-advocacy/fourth-edition/article/cultural-considerations-in-advocacy-continental-europe>. Acesso em 08 set. 2021.

MARROW, Paul Bennett. **Can an Arbitrator Conduct Independent Legal Research? If Not, Why Not?** (May 6, 2013). Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2261305> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2261305>. Acesso em 19 out. 2017.

MARTINS, Pedro A. Batista. **As três fases da arbitragem**. Disponível em: <http://batistamartins.com/as-tres-fases-da-arbitragem-2/>. Acesso em: 02 fev. 2021.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um "sistema em construção": as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, n. 15, Porto Alegre, UFRGS/Síntese, 1998, p. 129-154. Disponível em: <www.ufrgs.br/mestredir/doutrina/martins1.htm>. Acesso em 28 abr. 2021.

MCEVOY, Dermont. **Guerrilla tactics: resulting in indemnity costs awards?** 23 mar. 2017. Disponível em: https://www.eversheds-sutherland.com/global/en/what/articles/index.page?ArticleID=en/Construction_And_Engineering/Guerrilla_tactics_Resulting_in_indemnity_costs_awards. Acesso em 06 set. 2021.

MENEZES, Caio Campello de. Como barrar as táticas de guerrilha em arbitragens internacionais? **Revista Brasileira de Arbitragem**. Curitiba, v. 12, n. 45, p. 82-107, jan.-mar. 2015.

MISTELIS, Loukas A., Efficiency. What Else? Efficiency as the Emerging Defining Value of International Arbitration: between Systems theories and party autonomy (April 15, 2019). Queen Mary School of Law. **Legal Studies Research**. Paper n. 313/2019, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3372341>. Acesso em: 6 mai. 2021.

MOSER, Michael J., BAO, Chiann. **A Guide to the HKIAC Arbitration Rules**. Oxford University Press, 2017, p. 23-24.

MUNIZ, Joaquim Tavares de Paiva. Guia Politicamente Incorreto da Arbitragem VIII - Arbitragem e provas. **Migalhas de peso**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/224470/guia-politicamente-incorreto-da-arbitragem-viii---arbitragem-e-provas>. Acesso em 16 ago. 2021.

NESSI, Sebastiano. Creation of a Global Arbitration Ethics Council: the Swiss Arbitration Association declares that time has not yet come. **Practical Law Arbitration Blog**. 2016, Disponível em: <http://arbitrationblog.practicallaw.com/creation-of-a-global-arbitration-ethics-council-the-swiss-arbitration-association-declares-that-time-has-not-yet-come/>. Acesso em 04 set. 2021.

NEVES, Flávia Bittar. A Visão Empresarial da Arbitragem: Como a Administração de Conflitos pode Melhorar os Resultados Econômicos e Não-Econômicos do Negócio? **RBAr**. N. 9. p. 30-39, Jan-Mar. 2006.

NUNES, Thiago Marinho. A Prática das *Anti-Suit Injunctions* no Procedimento Arbitral e seu Recente Desenvolvimento no Direito Brasileiro. **RBAr**. n. 5, Jan-Mar. 2005, p. 15-51.

NUNES, Thiago Marinho. Entrevistas com potenciais árbitros. **Migalhas**. Arbitragem legal. 26 maio 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/arbitragem-legal/327630/entrevistas-com-potenciais-arbitros>. Acesso em: 05 fev. 2021.

NUNES, Thiago Marinho. Os bastidores da atividade do árbitro: a fase pré-arbitral. **Migalhas**. 27 out. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/coluna/arbitragem-legal/335474/os-bastidores-da-atividade-do-arbitro--a-fase-pre-arbitral>. Acesso em: 02 fev. 2021.

ODITAH, Fidelis. 'Chapter 17: Geography of International Arbitration: Where Does the Power Lie?'. In: BREKOULAKIS; Stavros, LEW, Julian David Mathew, et al. (eds), **The Evolution and Future of International Arbitration**, International Arbitration Law Library, Volume 37, Kluwer Law International 2016, pp. 287 – 298.

OGHIGIAN, Haig. Eight Ways to Irritate an Arbitrator. **McGill Journay Dispute Resolution**. 2014. Disponível em: <https://mjdr-rrdm.ca/eight-ways-to-irritate-an-arbitrator/>. Acesso em: 08 mai. 2021.

PARK, William W. Arbitration's Discontents: Of Elephants and Pornography. **Arbitration International**, v. 17, n. 3, p. 263–274, set. 2001, p. 267.

PARK, William W. The procedural soft law of international arbitration: non-governmental instruments. In MISTELIS, Loukas A.; LEW QC, Julian David Matheu. (ed.) **Pervasive Problems in International Arbitration**. Kluwer Law International, p. 141-154, 2016. Disponível em <http://www.williamwpark.com/documents/Soft%20Law.pdf>. Acesso em 05 set. 2021.

PARK, William. A Fair Fight: Professional Guidelines in International Arbitration. **Arbitration International**: The Journal of the London Court of the International Arbitration - LCIA. Vol. 30, n. 3, a. 2014, p. 409-428. Disponível em <http://www.williamwpark.com/documents/WWPPProfessionalGuidelines.pdf>. Acesso em 22 abr. 2021.

PEREIRA, Laura, DESAI, Zara. **A binding code of conduct for adjudicators in investor-state disputes**: a step forward? 26 mai. 2020. Disponível em: <http://arbitrationblog.practicallaw.com/a-binding-code-of-conduct-for-adjudicators-in-investor-state-disputes-a-step-forward/>. Acesso em 18 set. 2021.

PINTO, José Emilio Nunes. A importância da ética na arbitragem. **Âmbito Jurídico**. 31 ago. 2003. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-14/a-importancia-da-etica-na-arbitragem/>. Acesso em 02 fev. 2021.

PLAZA, José María de la Jara; HUAMÁN, Julio Olórtegui. La Pandemia Arbitral. Los Árbitros Tóxicos y la Contaminación de las Deliberaciones. **RBA**. n. 51. p. 133-141. Jul-Set/2016.

POLAK, Aaron J. Punitive Damages in Commercial Contract Arbitration - Still an Issue After All These Years **Ohio State Journal on Dispute Resolution**, vol. 10, no. 1 (1994), 41-64. <http://hdl.handle.net/1811/79699> 22 abr. 2021.

POWELL, Andrew M. and Bales, RICHARD A.. **Ethical Problems in Class Arbitration** (February 6, 2012). *Journal of Dispute Resolution*, p. 309, 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2000165>. Acesso em 19 out. 2017.

PROCOPIAK, Maria Claudia de Assis. As Diretrizes do International Bar Association sobre Conflitos de Interesses na Arbitragem Internacional. **RBAr**. N. 16, p. 7-40, Out-Dez/2007.

PUGLIESE, Antonio Celso Fonseca; SALAMA, Bruno Meyerhof. A economia da arbitragem: escolha racional e geração de valor. **Revista Direito GV**,. São Paulo, v. 4, n.1, p. 15-28, jan./jun. 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35168/33973>. Acesso em: 10 jul. 2015.

RAJOO, Datuk Sundra. Importance of Arbitrators' Ethics and Integrity in Ensuring Quality Arbitrations (November 28, 2013). **Contemporary Asia Arbitration Journal**, Vol. 6, No. 2, pp. 329-347, November 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2397659>. Acesso em 19 out. 2017.

REALE, Miguel. A boa-fé no Código Civil. **Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem**, São Paulo, n. 21, a. 6, p. 11-13, jul./set. 2003.

RIVKIN, David W. Ethics in international arbitration. **2014 Seoul Arbitration Lecture**. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/DavidRivkinSeoulArbitrationLecture.pdf>. Acesso em 25 set. 2021, p. 3.

RIVKIN, David W. Towards a new paradigm in international arbitration. The Town Elder model revisited. **Arbitraje Internacional y Resolución Alternativa de Controversias**. n. 1. Madrid: CEU Ediciones, 2007. Disponível em https://repositorioinstitucional.ceu.es/bitstream/10637/4159/1/towards_rivkin_2007.pdf. Acesso em 05 set. 2021.

ROBERT L. ROM. Practical Aspects of the Cooperation between Arbitration Counsel and In-House Counsel through Different Stages of International Arbitration Procedures. *ASA BULLETIN 1/2019 (MARCH)*, p. 27-39. Disponível em <https://www.rlrarbitration.ch/documents/article-rom-asa-bulletin-march-2019.pdf> acesso 06 mai. 2021.

ROGERS, Catherine A.. Fit and Functional in Legal Ethics: Developing a Code of Conduct for International Arbitration. **Michigan Journal of International Law**. v. 23, n. 2, p. 341-423, 2002, Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mjil/vol23/iss2/5>. Acesso em: 13 mai. 2021.

ROGERS, Catherine A.. The Ethics of Advocacy in International Arbitration. **Penn State Legal Studies Research**. Paper n. 18-2010, p. 1-14 Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1559012>. Acesso em: 13 mai. 2021.

ROGERS, Catherine. 'Chapter 5: Guerrilla Tactics and Ethical Regulation', in Günther J. Horvath and Stephan Wilske (eds), **Guerrilla Tactics in International Arbitration**, International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) pp. 313 – 340

SALGER, Hanns Christian. , 'Chapter 4, §4.01: The Role of Bar Associations', In: HORVARTH, Günther J.; WILSKE, (eds). **Guerrilla Tactics in International Arbitration**. International Arbitration Law Library, Volume 28 (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2013) pp. 291 – 298, p. 292.

SALLES, Marcos Paulo de Almeida. Da arbitralidade. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, n. 10, a. 3, p.360-365, out./dez. 2000.

SANTOS, Adriano Barreto Espíndola. A Boa Fé e a Arbitragem: Um Estudo à Luz do Comércio Internacional Luso-brasileiro. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, ano 3, n. 1, p. 1-41, 2017. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2017/1/2017_01_0001_0041.pdf. Acesso em: 27 abr. 2021.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Manual de Arbitragem**. 2 tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SCHILF, Sven. **Os princípios UNIDROIT: o conceito do direito e a arbitragem internacional**. São Paulo: Marcial Pons; CAM-CCBC, 2015. Disponível em: [www.marcialpons.com.br/wp-content/uploads/2015/10/L-47_tira-gosto_Os-Principios-Unidroit-o-conceito-do-direito-e-a-arbitragem-internacional_Sven-Schilf_P1-36.pdf. Acesso em: 24 fev. 2021.

SILVA, João Marçal Rodrigues Martins da. An Answer to Criticisms Against the Lack of Efficiency in Arbitration: Measures to Reduce Time and Costs. **RBA**. n. 56, p.23-34, Out.- Dez. 2017.

SIMOWITZ, Aaron D., A U.S. Perspective on Forum Shopping, Ethical Obligations, and International Commercial Arbitration (October 1, 2013). In: Forum Shopping in the International Commercial Arbitration Context, pp. 23-52, (Franco Ferrari, ed., 2013); NYU School of Law, **Public Law Research** Paper No. 13-55. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2321229>. Acesso em 19 out. 2017.

SOARES, Guido F. S. A ordem pública nos contratos internacionais. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, São Paulo, n. 55, a. 23, p. 122-129, jul. - set. 1984.

SOARES, Guido F. S. Arbitragem comercial internacional e o projeto da UNCITRAL (lei-modelo). **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, [S. l.], v. 82, 1987, p. 28-88. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67092>. Acesso em: 6 abr. 2021.

STALLARD, Amanda. Joining the Culture Club: Examining Cultural Context When Implementing International Dispute Resolution. **Ohio State Journal on Dispute Resolution**. v. 17, n. 2, 2002, p. 463-486. Disponível em: https://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/87131/OSJDR_V17N2_463.pdf. Acesso em 05 mai. 2021.

STIPANOWICH, Thomas J. Arbitration: the “new litigation”. **University of Illinois Law Review**, Vol. 2010, N. 1, 2010, p. 1- 60. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1297526>. Acesso em 21 abr. 2021.

SUSSMAN, Edna e EBERE, Solomon. All’s fair in love and war – or is it? Reflections on ethical standards for counsel in international arbitration. **The American Review of International Arbitration**. v. 22, n. 4, 2011, p. 611-623. Disponível em <https://sussmanadr.com/docs/COounsel%20ethics%20Columbia%20ARIA%206-2012.pdf>. Acesso em 19 out. 2017.

SUSSMAN, Edna. Can Counsel Ethics Beat Guerrilla Tactics?: Background and Impact of the New IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration. **NYSBA - New York Dispute Resolution Lawyer**. vol. 6, n. 2, p. 47-50, 2013.

SZTAJN, Rachel. Externalidades e custos de transação: a redistribuição de direitos no novo Código Civil. **Revista de Direito Privado**, n. 22, p. 250-276, abr./jun. 2005.

TAI, May; CHAPMAN, Simon; YOUNG, Briana. Hong Kong Court of First Instance extends indemnity costs principle to actions that delay enforcement of arbitral awards. **Arbitration Notes**. 31 ago. 2016. Disponível em <https://hsfnotes.com/arbitration/2016/08/31/hong-kong-court-of-first-instance-extends-indemnity-costs-principle-to-actions-that-delay-enforcement-of-arbitral-awards/>. Acesso em 06 set. 2021.

TARTUCE, Flávio. Arbitragem. Algumas interações entre o direito material e o direito processual. Função social do contrato, ética na arbitragem e abuso processual. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro**. Belo Horizonte, ano 18, n. 70, abr./jun. 2010. p. 103- 128. Disponível em http://www.bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_print.aspx?i=67214&p=15 Acesso em: 12 mai 2018. p. 14.

TRAKMAN, Leon E. Arbitration Options: turning a morass into a panacea. **UNSW Law Journal**. v. 31 (1), p. 292-306. Disponível em: <http://www.unswlawjournal.unsw.edu.au/wp-content/uploads/2017/09/31-1-6.pdf>. Acesso em: 13 mai. 2021.

VALENÇA FILHO, Clávio. Aspectos de direito internacional privado na arbitragem. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, São Paulo, n. 7, a. 3, p. 379-391, jan./mar. 2000.

VENEGAS, Marco Tulio. Cultural Considerations in Advocacy in Spanish-speaking Latin America. **Global Arbitration Review - The Guide to Advocacy**. 10 out. 2019. 4 ed. Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-advocacy/fourth-edition/article/cultural-considerations-in-advocacy-in-spanish-speaking-latin-america>. Acesso em 08 set. 2021.

VON MEHREM, George M. E JOCHUM, Alana C. Is International Arbitration Becoming Too American?, **The Global Business Law Review**. vol. 2, 2011, p. 47-58. Disponível em <https://engagedscholarship.csuohio.edu/gblr/vol2/iss1/6>. Acesso em 23 abr. 2021.

WAHAB, Mohamed S Abdel. Cultural Considerations in Advocacy: The Arab World - A Recast. **Global Arbitration Review - The Guide to Advocacy**. 4 Ed. 01 out. 2019. Disponível em: <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-advocacy/fourth-edition/article/cultural-considerations-in-advocacy-the-arab-world-recast>. Acesso em 08 set. 2021.

WALD, Arnaldo. O novo Código Civil e o solidarismo contratual. **Revista de direito bancário, do mercado de capitais e da arbitragem**, São Paulo, n. 21, a. 6, p. 14-47, jul./set. 2003.

WALKER, Janet. The Prague Rules: Fresh Prospects for Designing a Bespoke Process. *Global Arbitration Review - The Guide to Evidence in International Arbitration*. 03 set. 2021. Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-evidence-in-international-arbitration/1st-edition/article/the-prague-rules-fresh-prospects-designing-bespoke-process>. Acesso em 06 set. 2021.

WILSKE, Stephan. Responsibility for Ethical Misconduct and Deployment of Guerrilla Tactics in International Arbitration?, *Kluwer Arbitration Blog*, January 9 2014. Disponível em <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2014/01/09/responsibility-for-ethical-misconduct-and-deployment-of-guerrilla-tactics-in-international-arbitration/>. Acesso em: 02 set. 2021.

WILSKE, Stephan. Sanctions against counsel in international arbitration – possible, desirable or conceptual confusion? *Contemporary Asia Arbitration Journal*, v. 8, n. 2, p. 141-184, nov. 2015. Disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2699476. Acesso em 06 set. 2021.

YEO SC, Alvin; YU, Chou Sean. Cultural Considerations in Advocacy: East Meets West. 01 out. 2019. *Global Arbitration Review - The Guide to Advocacy*. Disponível em <https://globalarbitrationreview.com/guide/the-guide-advocacy/fourth-edition/article/cultural-considerations-in-advocacy-east-meets-west>. Acesso em: 08 set. 2021.

YU, Hong-lin. A theoretical overview of the foundations of international commercial Arbitration. *Contemp. Asia Arb. J.*, p. 255, 2008.

SITES

ARBITRATION WOMEN. Disponível em: <https://www.arbitralwomen.org/>. Acesso em: 12 set. 2021

AUSTRALIAN CENTRE FOR INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION. *Arbitration Rules of the Australian Centre for International Commercial Arbitration*. 2021 edition. Disponível em https://acica.org.au/wp-content/uploads/2021/04/ACICA_Rules_2021-WFF3.pdf. Acesso em: 17 mai. 2021.

CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ (CAM-CCBC). **Notas sobre reuniões e audiências remotas do CAM-CCBC**. 2021. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/audiencias-remotas/#:~:text=As%20plataformas%20virtuais%20utilizadas%20pelo,pessoas%20em%20uma%20mesma%20reuni%C3%A3o>. Acesso em: 13 maio 2021.

CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ (CAM-CCBC). **Resolução Administrativa nº 40/2020**. 2020. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/ra-40-2020/>. Acesso em: 13 maio 2021.

CÂMARA DE CONCILIAÇÃO, MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM CIESP/FIESP. **Código de Ética**. Disponível em: <http://www.camaradearbitragemsp.com.br/pt/arbitragem/regulamento.html>. Acesso em: 23 maio 2020.

CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM EMPRESARIAL – BRASIL (CAMARB). **Regulamento de Arbitragem**. Disponível em: <http://camarb.com.br/institucional/nossa-historia/#>. Acesso em: 28 maio 2020.

CÂMARA DO COMÉRCIO BRASIL-CANADÁ. **Regulamento de Ética**. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/codigo-etica/>. Acesso em: 02 abr. 2020.

CENTRO DE ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO DA CÂMARA DE COMÉRCIO BRASIL – CANADÁ (CAM-CCBC). **Código de Ética**. 2016. Disponível em: <https://ccbc.org.br/cam-ccbc-centro-arbitragem-mediacao/resolucao-de-disputas/arbitragem/codigo-etica/>. Acesso em: 18 set. 2021.

CHARTERED INSTITUTE OF ARBITRATORS (CI Arb). **Interviews for Prospective Arbitrators**. Disponível em: <https://www.ciarb.org/media/4185/guideline-1-interviews-for-prospective-arbitrators-2015.pdf>. Acesso: 05 fev. 2021

CI Arb – **Guidance note on remote dispute resolution proceedings**. Disponível em: <https://www.ciarb.org/media/8967/remote-hearings-guidance-note.pdf>. Acesso em: 17 maio 2021.

CIDIH. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 28 set 2021.

CIETAC HONG KONG ARBITRATION CENTER. **About Us**. Disponível em: http://www.cietachk.org.cn/portal/mainPage.do?pagePath=\en_US\aboutUs. Acesso em: 18 set. 2021.

CIETAC HONG KONG ARBITRATION CENTER. **China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC) Arbitration Rules**. Disponível em <http://www.cietac.org/Uploads/201904/5cc129286b1c3.pdf>. Acesso em: 18 set. 2021.

CIETAC. **Guidelines on Evidence**. 2015. Disponível em: <http://www.cietac.org/index.php?m=Page&a=index&id=107&l=en>. Acesso em: 28 set. 2021.

CIETAC. **Guidelines on Proceeding with Arbitration Actively and Properly during the COVID-19 Pandemic (Trial)**. Disponível em <http://www.cietac.org/index.php?m=Article&a=show&id=16919&l=en>. Acesso em: 10 set. 2021.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana de Direitos Humanos. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 18 mai. 2021.

COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM - CBAr. Arbitragem no Brasil. **Pesquisa CBAr-Ipsos**. Relatório elaborado por André de Albuquerque Cavalcanti Abbud. 2013. Disponível em: https://www.cbar.org.br/PDF/Pesquisa_CBAr-Ipsos-final.pdf. Acesso em: 19 mai. 2021.

COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM - CBAr. **Projeto de Pesquisa Arbitragem e Poder Judiciário**. 2 ed., 2016. LUÍS, Daniel Tavela Luís et al. (coord.) Disponível em <https://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2018/04/2-introduccca7acc83o-03-08.pdf>. Acesso em 19 jun. 2021.

CONIMA - Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem. **Código de Ética para instituições de mediação e arbitragem**. Disponível em https://conima.org.br/wp-content/uploads/2019/07/cod_etica_inst_med_arb_conima.pdf Acesso em 16 abr. 2021.

CONSELHO EUROPEU. Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. 1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 18 mai. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números 2018: ano base 2017**. Brasília: CNJ, 2018. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2019.

CORPORATE COUNSEL INTERNATIONAL ARBITRATION GROUP -CCIAG. **Report to the CCIAG from the discovery working group**. 30 out. 2009. Acesso em: <https://www.cciag.com/wp-content/uploads/2013/07/DISCOVERY-REPORT.pdf> Acesso em 21 abr. 2021.

EQUAL REPRESENTATION IN ARBITRATION. **About the Pledge**. Disponível em: <http://www.arbitrationpledge.com/about-the-pledge>. Acesso em: 12 set. 2021.

HONG KONG INTERNACIONAL ARBITRATION CENTRE. (HKIAC). **2018 HKIAC Administered Arbitration Rules**. Disponível em: https://www.hkiac.org/sites/default/files/ck_filebrowser/PDF/arbitration/2018_hkiac_rules.pdf. Acesso em: 18 set. 2021.

HONG KONG INTERNACIONAL ARBITRATION CENTRE. (HKIAC). **Appointments Committee**. Disponível em: <https://www.hkiac.org/about-us/council-members-and-committees/appointments-committee>. Acesso em: 18 set. 2021.

HONG KONG INTERNACIONAL ARBITRATION CENTRE. (HKIAC). **HKIAC Council**. Disponível em: <https://www.hkiac.org/about-us/council-members-and-committees/hkiac-council>. Acesso em: 18 set. 2021.

HONG KONG INTERNACIONAL ARBITRATION CENTRE. (HKIAC). **Nominations Committee**. Disponível em: <https://www.hkiac.org/about-us/nominations-committee>. Acesso em: 18 set. 2021.

IBA. **Commentary on the revised text of the 2020 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration**. 2021. Disponível em <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=4F797338-693E-47C7-A92A-1509790ECC9D>. Acesso em 28 ago. 2021.

ICCA: INTERNACIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. **The Guidelines on Standards of Practice in International Arbitration**. 2021. Disponível em https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/ICCA_Guidelines_on_Standards_of_Practice_in_International_Arbitration.pdf. Acesso em 08 set. 2021.

INTERNACIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. (ICCA). **The Guidelines on Standards of Practice in International Arbitration**. 2021. Disponível em https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/ICCA_Guidelines_on_Standards_of_Practice_in_International_Arbitration.pdf. Acesso em 08 set. 2021.

INTERNACIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. (ICCA). **The Guidelines on Standards of Practice in International Arbitration**. 2021. Disponível em https://cdn.arbitration-icca.org/s3fs-public/document/media_document/ICCA_Guidelines_on_Standards_of_Practice_in_International_Arbitration.pdf. Acesso em 08 set. 2021.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION (IBA). **Diretrizes da IBA relativas a Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional, de 22 de maio de 2004**. Disponível em: www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=EB37DA96. Acesso em: 1 mar. 2010.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **About the IBA**. Disponível em <https://www.ibanet.org/About-the-IBA>. Acesso em: 28 ago. 2021.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **IBA Rules on the taking of evidence in international arbitration**. 2020. Disponível em <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b>. Acesso em 04 set. 2021.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **International Code of Ethics**. Disponível em: www.ibanet.org. Acesso em: 07 abr. 2020.

INTERNATIONAL Centre for Settlement of Investment Disputes. **Draft Code of Conduct for Adjudicators in International Investment Disputes**. 19 abr. 2021. Disponível em: https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/draft_code_of_conduct_v2_en_final.pdf. Acesso em 18 set. 2021.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). **Regulamento de Arbitragem da CCI**. 2017. Versão em português. Disponível em: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-portuguese-version.pdf>. Acesso: 29 mar. 2021.
INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. INCOTERMS 2020. Disponível em: <https://iccwbo.org/resources-for-business/incoterms-rules/incoterms-2020/>.

LEI MODELO DA UNCITRAL SOBRE ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL 1985 com as alterações adotadas em 2006 – versão portuguesa. Disponível em: https://www.dgpj.mj.pt/sections/home/DGPJ/sections/politica-legislativa/anexos//lei-modelo-uncitral/downloadFile/file/Lei-modelo_uncitral.pdf?nocache=1305106921.57. Acesso em: 09 jul. 2019.

LONDON COURT OF INTERNACIONAL ARBITRATION. **History**. Disponível em <https://www.lcia.org/LCIA/history.aspx>. Acesso em: 15 set. 2021.

LONDON COURT OF INTERNACIONAL ARBITRATION. **Organisation**. Disponível em: <https://www.lcia.org/LCIA/organisation.aspx>. Acesso em: 15 set. 2021.

LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION (LCIA). **LCIA Arbitration Rules**. 2020. Disponível em: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx#Annex. Acesso em: 15 set. 2021.

LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION (LCIA). **LCIA Arbitration Rules**. 2020. Disponível em: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2020.aspx#Annex. Acesso em: 15 set. 2021.

LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION. **Introduction**. Disponível em <https://www.lcia.org/LCIA/introduction.aspx##>. Acesso em: 15 set. 2021.

LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION. **LCIA Arbitration Rules** (2014). Disponível em: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx. Acesso em: 03 jun. 2020.

NEW YORK ARBITRATION CONVENTION. **Contracting States - List of Contracting States**. Disponível em: <https://www.newyorkconvention.org/list+of+contracting+states>. Acesso em 10 set. 2021.

PRAGA. **Regras sobre a Condução Eficiente de Procedimentos em Arbitragem Internacional**, 14 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://praguerules.com/upload/medialibrary/1ce/1ceb209403ed5145d6b85c632489bf56.pdf>. Acesso em 26 jan. 2021.

QUEEN MARY UNIVERSITY AND WHITE & CASE. **2015 International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration**. Disponível em: http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf. Acesso em 10 set. 2021.

QUEEN MARY UNIVERSITY AND WHITE & CASE. **2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration**. Disponível em <https://www.whitecase.com/sites/whitecase/files/files/download/publications/qmul-international-arbitration-survey-2018-19.pdf>. Acesso em 10 set. 2021.

QUEEN MARY UNIVERSITY AND WHITE & CASE. **2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world**. Disponível em: <https://www.whitecase.com/publications/insight/2021-international-arbitration-survey>. Acesso em 10 set. 2021.

UNCITRAL. **Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration**. 1985, UN Doc A/CN.9/264. Disponível em <https://undocs.org/pdf?symbol=en/A/CN.9/264> Acesso em 24 abr. 2021, p. 44-47

WHOSWHOLEGAL. **WWL: Arbitration 2021**. Disponível em: <https://whoswholegal.com/features/wwl-arbitration-2021>. Acesso em: 20 abr. 2021..

TRATADOS

COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM. **Convenção de Nova Iorque**. Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras feita em Nova Iorque, em 10 de junho de 1958. Disponível em: <https://cbar.org.br/site/legislacao-internacional/convencao-de-nova-iorque/>. Acesso em: 28 set 2021.

NEW YORK ARBITRATION CONVENTION. **Contracting States - List of Contracting States**. Disponível em: <https://www.newyorkconvention.org/list+of+contracting+states>. Acesso em 10 set. 2021.

OEA. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana Sobre Direito Aplicável aos Tratados Internacionais.** Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-56.htm> (português) e em: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-56.html>. Acesso em: 27 set 2021.

OEA. ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Departamento de Assuntos Jurídicos Internacionais.** Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional firmada no Panamá em 1975. Disponível em: <http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-35.htm>. Acesso em 20 set. 2021.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos** (*Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948.*) Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 12 abr. 2021.