



CONSIDERAÇÕES SOBRE AS DIRETRIZES DO INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION SOBRE ARBITRAGEM

CONSIDERATIONS ON THE GUIDELINES OF THE INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION ON ARBITRATION

CESAR CALO PEGHINI

Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina. Doutor em Direito Civil pela PUC/SP. Mestre em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito FADISP. Professor do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu (mestrado) da Faculdade Escola Paulista de Direito (EPD). Professor dos Cursos de Pós-Graduação Lato Sensu da EPD; Professor convidado no curso de pós-graduação lato sensu em Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie

MARIANA SALMAZO YABUYA

Mestranda em Direito pela Escola Paulista de Direito (EPD). Especialista em Direito Empresarial pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP). Especialista em Direito Contratual pela EPD. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Damásio de Jesus. Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo (FDSBC).

RESUMO

Este artigo apresenta a perspectiva brasileira sobre as novas diretrizes da *International Bar Association* para a representação de partes em arbitragem internacional. O estudo aprofunda-se em alguns tópicos relevantes à luz da legislação e tradições brasileiras. A pesquisa parte de considerações gerais sobre o *soft law* e, em seguida, analisa as diretrizes da *International Bar Association*, capítulo a capítulo, sob a ótica das instituições arbitrais brasileiras. A investigação empreendida utiliza o método dedutivo. Quanto à natureza, trata-se de um trabalho teórico; quanto aos objetivos, trata-se de uma pesquisa exploratória; quanto à forma de abordagem, utiliza-se uma pesquisa documental e bibliográfica. Conclui-se que há mecanismos inseridos nas disposições dos tribunais arbitrais (a exemplo do LCIA) que permitem aos árbitros ferramentas destinadas a coibir o uso dessas condutas impróprias, como a possibilidade de emissão de decisões parciais e o custo de aplicação do Código de Ética e taxas. Também se examinou a existência de um poder inerente para os árbitros manterem a integridade processual e as salvaguardas das partes, e a importância da adoção de *soft law*, como as diretrizes da *International Bar Association* ou as Regras de Praga.

Palavras-chave: Perspectiva brasileira; Tradições; *Soft law*.

ABSTRACT





This article presents the Brazilian perspective on the new International Bar Association guidelines for the representation of parties in International Arbitration. The study is based on some relevant topics in the light of Brazilian legislation and traditions. The research is based on general considerations about soft law and then analyzes the Guidelines of the International Bar Association, chapter by chapter, from the perspective of Brazilian arbitral institutions. The research uses the deductive method. As for nature, it is a theoretical study; as for the objectives, this is an exploratory research; as to the approach, it is a documentary and bibliographic research. It is concluded that there are mechanisms inserted in the provisions of the arbitral tribunals (such as the LCIA) that allow arbitrators tools aimed at curbing the use of these improper conducts, such as the possibility of issuing partial decisions and the cost of applying the Code of Ethics and fees. It is also examined the existence of an inherent power for arbitrators to maintain the procedural integrity and safeguards of the parties, and the importance of the adoption of soft law, such as the International Bar Association Guidelines or the Prague Rules.

Keywords: Brazilian perspective; Traditions; Soft law.

1 INTRODUÇÃO

Este estudo visa a analisar um tema relacionado à arbitragem sob duas perspectivas: primeiramente, a sua perspectiva jurídica e as dimensões históricas; em segundo, a inclusão da arbitragem nas relações internacionais, com as diretrizes para arbitragens internacionais desenvolvida pela *International Bar Association*. Deve-se notar que esta análise trataria fundamentalmente a arbitragem como uma instituição internacional, sem afetar os seus vínculos e necessidades com o Direito interno.

A *International Bar Association* (IBA), fundada em 1947, é uma associação de advogados internacionais, associações de advogados e sociedades de advogados. Atualmente, a *International Bar Association* conta com mais de 80.000 advogados individuais e 190 ordens de advogados e escritórios de advocacia; sua sede global localiza-se em Londres, no Reino Unido. A *International Bar Association* tem escritórios regionais em Washington D.C., Estados Unidos da América, Seul, Coréia do Sul e São Paulo, Brasil.

A *International Bar Association* é uma organização extremamente respeitada e de alta importância para o ramo do Direito Internacional. Em sua constituição, em 1947, 34 ordens de advogados nacionais reuniram-se na Cidade de Nova York, nos Estados





Unidos da América, em 17 de fevereiro de 1947. No momento de sua constituição somente a sociedade de advogados e a ordem de advogados eram elegíveis para participarem. Em 1970, a *International Bar Association* passou a aceitar a filiação de advogados de forma isolada, os advogados individuais.

A *International Bar Association*, desde a sua constituição, em 1947, possui status consultivo especialmente perante a Assembleia Geral das Organizações das Nações Unidas (ONU) e com o Conselho Econômico e Social da ONU (ECOSOC). Outro marco importante para a *International Bar Association* ocorreu em 9 de outubro de 2012, data em que assinou-se um memorando de entendimento com a [Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico](#) (OCDE).

A *International Bar Association* também tem parceria com a [OCDE](#) e com o [Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime](#) (UNODC); na Estratégia Anticorrupção para Profissionais Jurídicos, uma iniciativa no campo de compliance, visando a aprimorar os conceitos e a cultura da anticorrupção para advogados. A *International Bar Association* também realizou parceria com outras organizações, incluindo a Federação Internacional de Contadores (IFAC) e a Organização Internacional de Empregadores (IOE), sempre com a finalidade de difundir os trabalhos promovidos por seus grupos de estudos, visando a melhorar o Direito Internacional aplicado as áreas do Direito como um todo, construindo um *conjunto de facilitadores para o ordenamento jurídico internacional*.

A *International Bar Association* possui diversos comitês relacionados a múltiplas áreas do Direito, o que lhe confere uma importância e uma abrangência de assuntos relacionados ao Direito Internacional muito expressiva.





International Bar Association			
Legal Practice Division (LPD)		Public and Professional Interest Division (PPID)	
Sections	Committees	Sections	Committees
Agricultural Law Section	Agricultural Law Section	Intellectual Property, Communications and Technology Section	Art, Cultural Institutions and Heritage Law Committee Communications Law Committee Intellectual Property and Entertainment Law Committee Media Law Committee Space Law Committee Technology Law Committee
Antitrust Section	Antitrust Section	International Commerce, Trade, Franchising and Product Law Section	International Commerce and Distribution Committee International Franchising Committee International Trade and Customs Law Committee Product Law and Advertising Committee
Corporate Law Section	Business Human Rights Committee Closely Held and Growing Business Enterprises Committee Corporate and M&A Law Committee	Law and Individual Rights Section	Family Law Committee Healthcare and Life Sciences Law Committee Indigenous Peoples Committee
Criminal Law Section	Anti-Corruption Committee Business Crime Committee Criminal Law Committee	Leisure Industries Section	Leisure Industries Section
Dispute Resolution Section	Arbitration Committee Class Actions Committee Litigation Committee Mediation Committee Negligence and Damages Committee	Maritime and Aviation Law Section	Aviation Law Committee Maritime and Transport Law Committee
Energy, Environment, Natural Resources and Infrastructure Law Section (SEERIL)	Environment, Health and Safety Law Committee International Construction Projects Committee Mining Law Committee Oil and Gas Law Committee Power Law Committee Water Law Committee	Public Law Section	Public Law Section
Financial Services Section	Asset Management and Investment Funds Committee Banking Law Committee Capital Markets Forum Insurance Committee Securities Law Committee	Real Estate Section	Real Estate Section
Human Resources Section	Diversity and Equality Law Committee Employment and Industrial Relations Law Committee IBA Global Employment Institute Immigration and Nationality Law Committee	Taxation Section	Private Client Tax Committee Taxes Committee
Insolvency Section	Insolvency Section	Corporate Counsel Forum <small>(membership open to Corporate Counsel only)</small>	Corporate Counsel Forum
		Regional Fora <small>(can be joined individually without LPD membership)</small>	African Regional Forum Arab Regional Forum Asia Pacific Regional Forum European Regional Forum Latin American Regional Forum North American Regional Forum

Public and Professional Interest Division (PPID)
Bar Issues Commission (BIC)
Bar Executives Committee
Bar Issues Commission Policy Committee
BIC International Trade in Legal Services Committee
BIC Regulation Committee
IBA's Human Rights Institute (IBAHRI)
Section on Public and Professional Interest (SPP)
Access to Justice and Legal Aid Committee
Academic and Professional Development Committee
Alternative and New Law Business Structures Committee
Forum for Barristers and Advocates
Human Rights Law Committee
Judges' Forum
Law Firm Management Committee
Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender and Intersex (LGBTI) Law Committee
Poverty and Social Development Committee
Pro Bono Committee
Professional Ethics Committee
Regulation of Lawyers' Compliance Committee
Rule of Law Forum
Senior Lawyers' Committee
War Crimes Committee
Women Lawyers' Committee
Young Lawyers' Committee

O tema abordado neste estudo está relacionado ao *Arbitration Committee*, ou Comitê de Arbitragem, o qual através do seu propósito de trabalho elaborou as diretrizes do *International Bar Association* sobre arbitragem, que se dividem em quatro assuntos:

- I. Diretrizes da IBA para a Redação de Cláusulas de Arbitragem Internacional;
- II. Diretrizes da IBA para a Representação de Partes em Arbitragens Internacionais;
- III. Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional; e
- IV. Regras da IBA sobre Produção de Provas em Arbitragem Internacional.

Nesse contexto, é importante avaliar do ponto de vista jurídico, que a arbitragem é conceituada como

um método de solução de disputas utilizada desde os primórdios das várias civilizações conhecidas e incrementada ao modelo hoje praticado na idade moderna, com a criação dos Estados Nacionais em sua forma contemporânea. Sua finalidade é pacificar relações sociais e comerciais conflituosas sem necessariamente haver interferência do Judiciário, por meio de um terceiro não relacionado à controvérsia e às partes (FINDELSTEIN, 2015).





É válido ressaltar que para uma parte da doutrina, arbitragem e arbitragem internacional são institutos diversos. No Direito francês essa diferenciação procede, visto que a Lei francesa diferencia a arbitragem doméstica da arbitragem internacional, considerando o caráter internacional como puramente econômico (GAILLARD,1999).

No Brasil, não há fundamento essa afirmação, ao considerar a realidade da arbitragem no Brasil, visto que inexistente na legislação brasileira qualquer distinção entre a sua classificação e considerando que o Brasil não adotou a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional (Lei Modelo da UNCITRAL) e não realizou qualquer meio de diferenciação entre ambos os procedimentos na Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Ademais, a arbitragem é entendida em seu plano jurídico internacional, a saber: tratados internacionais como a Convenção de Genebra de 1923; a Convenção de Nova York de 1958; a Convenção do Panamá de 1975 e a Lei Modelo da Comissão de Comércio Internacional das Nações Unidas (UNCITRAL), bem como a arbitragem, o conceito, a natureza jurídica e os elementos constitutivos da instituição (como exemplos a cláusula compromissória e o compromisso de arbitrar).

Além disso, ao situar a arbitragem no contexto das relações internacionais, compreende-se a utilização ampla da arbitragem, por exemplo, em centros de resolução de disputas comerciais importantes, como a American Arbitration Association (AAA) e a International Chamber of Commerce (CCI); a primeira com sede em Nova York e uma segunda sede em Paris. Igualmente relevante, essa inserção também diz respeito ao efetivo impacto da arbitragem como um mecanismo efetivo de paz na comunidade internacional, especialmente no que diz respeito à fluidez favorável das relações comerciais externas e ao fortalecimento das relações de troca entre os Estados. No âmbito nacional, também se considerará o impacto da promulgação da Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996, que regulamenta a arbitragem no Brasil, tanto em sua aplicação interna quanto internacional.

Inicialmente, tece-se uma análise teórica sobre a instituição da arbitragem baseada na autonomia das partes. Portanto, esta pesquisa inicia-se com uma breve descrição do surgimento da arbitragem, a sua evolução no cenário internacional, o seu desenvolvimento no Brasil e a posterior Lei de Arbitragem. Apresenta as vantagens da





aplicação do Instituto e considera o seu uso um meio viável de resolução de conflitos comerciais internacionais. No entanto, também é evidente que a sua aplicabilidade é bastante limitada, sendo necessário considerar as suas desvantagens no uso.

2. REFERÊNCIAL TEÓRICO

A busca neste estudo é evidenciar um tema pouco discutido a título de *soft law*, no aspecto das soluções alternativas de conflitos extrajudiciais, a dizer: a arbitragem internacional e a utilização das diretrizes da Internacional Bar Association sobre o tema.

2.1 A NOVA TENDÊNCIA DA SOFT LAW NO DIREITO INTERNACIONAL

Há dois conceitos que são amplamente difundidos atualmente no Direito, mas especialmente no Direito Internacional: a *Soft Law* e a *Hard Law*.

Esses dois conceitos são contrapostos entre si, sendo a *Hard Law* definida como “a norma de direito externo que estabelece regras vinculativas na seara do direito interno, como tratados e acordos”; ou seja, entende-se por *hard law* as normas cuja obrigatoriedade jurídica possibilita a aplicabilidade de sanções jurídicas por intermédio de tribunais internacionais ou órgãos internos judiciais daqueles Estados signatários (BERALDO, 2014).

Para a *Soft Law* não há um conceito único, mas pode-se entender segundo a definição de Miguel Santos Neves como “um processo de produção de standards normativos, que têm como vocação a regulação de comportamentos sociais, sem caráter vinculativo e cujo incumprimento não estão associados a sanções jurídicas” (NEVES, ano 2006, p.251).

Outra conceituação interessante para esse instituto é a de Marcos Aurélio Pereira Valadão:

Por *soft law* entendemos as normas exaradas pelas entidades internacionais, seja no âmbito de organizações multilaterais, enquanto pessoas jurídicas de direito Internacional Público, tal qual a ONU, seja no de organizações





regulatórias, não necessariamente ligadas às organizações internacionais de direito público, tal qual a Câmara Internacional do Comércio (CCI), e também as declarações de intenção que o conjunto das nações faz, como resultado dos grandes encontros internacionais.

No entendimento de Shelton, o termo *soft law* refere-se a qualquer instrumento internacional, além dos tratados, que contenham princípios, normas, padrões ou outras declarações de comportamento esperado (SHELTON, 2010).

Segundo os estudos de Shelton, pode-se extrair algumas características para a *Soft Law*:

- I. ser juridicamente não vinculativa;
- II. ser consistente, em geral, em normas ou princípios e não regras;
- III. ser uma norma não imediatamente aplicável por meio de mecanismos de resolução de conflitos;
- IV. não estabelecer regras obrigatórias e;
- V. apontar como um primeiro passo no processo legislativo internacional

A *soft law* não está regulamentada no ordenamento de forma expressa; a sua formação ocorre por meio de negociações entre os sujeitos de Direito Internacional ou dentro de órgãos técnicos das organizações internacionais. A elaboração de suas regras caracteriza-se por ser mais rápida, sem as dificuldades inerentes a esforços de articulação prolongados e perpassados por inúmeras questões políticas. Além disso, os preceitos de *soft law*, em regra, incorporam melhor as peculiaridades técnicas referentes às questões reguladas, o que nem sempre é possível nos tratados pelas dificuldades normais encontradas nas negociações internacionais (PORTELA, 2018).

Desta forma, pode-se extrair dos conceitos inseridos e dos estudos acerca do tema, que a *hard law* é um instituto consagrado no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do Art. 38, do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, do qual o Brasil é signatário. A *soft law* não possui qualquer ratificação no ordenamento jurídico brasileiro, devendo ser considerada como um elemento de influência externa não positivado; logo são dois institutos que enveredam por estradas diferentes considerando os seus efeitos jurídicos.

Em relação às diretrizes da *International Bar Association*, no que tange à





arbitragem, não há dúvidas sobre a sua alocação no instituto da *soft law*. Leis brandas (*soft law*) não são leis, regras ou ordens: são diretrizes, esclarecimentos e recomendações destinadas a harmonizar (em vez de uniformizar) comportamentos e opiniões, nomeadamente em âmbito internacional. À primeira vista, por ter iniciativas sobre a arbitragem internacional, como a *International Bar Association*, são bem-vindas por fornecerem um instrumento útil para a interação das partes, advogados e outros operadores de arbitragem de origens culturais diferentes (AMARAL, 2018).

A *International Bar Association* tem sido protagonista na elaboração de diretrizes de *soft law* de excelente conteúdo, como a representação das partes, a elaboração modelos de cláusulas para arbitragem internacional, disposições sobre conflitos de interesse, que incluem a escolha dos árbitros e a sua conduta ética, requisito importantíssimo para uma arbitragem eficaz e legal, apta a produzir os seus efeitos sem a necessidade de questionamento no Poder Judiciário e para a produção de provas, sendo essa última talvez a de maior dificuldade de aplicação, porém todas elas amplamente recomendadas para a utilização em processos de arbitragem internacional, como um excelente direcionamento para a regulamentação dos procedimentos, de forma equalitária e sem lacunas.

É importante ressaltar que apesar de serem muito bem elaboradas, abrangem o maior número de possibilidades e cenários de possível acontecimento em um processo arbitral.

O intuito das diretrizes como boa referência de *soft law* não é esgotar o assunto em seu conteúdo e sim dar meios para que as partes, com a ajuda do referencial teórico contido nas diretrizes, possam resolver eventuais situações inesperadas que ocorram no curso da arbitragem, de acordo com a suas vontades e apoio dos árbitros, desde que não fira o procedimento tornando-o desigual. Esse é o verdadeiro sentido da *soft law*: dar meios de soluções de controvérsias, sem que haja a rigidez de um processo legislativo ou então sem a necessidade de se suscitar nulidades, o que prolonga desnecessariamente o processo, conferindo-lhe rapidez e eficácia jurídica, em que as partes, neste caso específico da arbitragem, determinarão como será solucionada a questão.

Nesse contexto, existem posições avessas as *regulamentações* da *soft law*, como





por exemplos as diretrizes da *International Bar Association*, a posição de Arnaldo Wald onde a crítica se dá Ao questionar se vale perguntar se esta abordagem de diretrizes verbais se tornou um verdadeiro frenesim (ou obsessão) na arbitragem internacional, que tende a asfixiar os mecanismos de resolução de litígios que são, eles próprios, livres de constrangimentos, regras burocráticas, malabarismos processuais e padronização descabida, e que engessam a criatividade, flexibilidade e agilidade. A quantidade crescente de diretivas não minaria a tão apregoada autonomia das partes? A invenção de um código de procedimento de arbitragem Internacional terrível não seria um passo para a construção de um processo de arbitragem internacional? Não se substitui o mal pelo mal (processos nacionais) (WALD, 2016).

2.1.1 Excessos de Regramentos como Limitador da Arbitragem

De fato, se a arbitragem é fruto da liberdade e autonomia das partes, uma regulamentação excessiva – apesar da *soft law nortear o processo* – poderia significar o fim da arbitragem como um método adequado de resolução de disputas, livre e desimpedido de amarras que atravancam e burocratizam o processo.

As tentativas de harmonização de comportamento, padronizando as condutas, podem ter o efeito oposto ao pretendido pelos autores das diretrizes da *International Bar Association*. Receia-se que essas iniciativas regulamentares se e expandam-se multipliquem ao ponto de não demorar muito até estar-se a tentar impor candidaturas-modelo, estruturas de adjudicação e fórmulas de testemunho escrito (CASADO FILHO, 2014).

Nenhuma dessas iniciativas melhora a arbitragem e dificulta a evolução deste meio de solução de conflitos. Se isso acontecer, é melhor abandonar a arbitragem e inventar outra forma de resolução de disputas. Se esse frenesim de coordenação continuar, é provável que dentro de alguns anos possa-se referir a *arbitragem obrigatória* em vez de *arbitragem livre* (BENEDUZZI, 2016).

As diretrizes da revisão tocam assim os limites da regulamentação internacional aceitável da arbitragem (HORVATH, 2015). Ainda segundo Horvath, espera-se que esses regramentos não sejam muito numerosos, ao ultrapassar os limites aceitáveis e





prejudicar este rico modelo de solução extrajudicial de conflitos. Deve-se dizer desde já que essas diretrizes de maio de 2013 trazem mais confusão do que conforto, mais suspeita do que harmonia, mais questionamento do que alívio.

Desta forma, o excesso de regras para um procedimento que preconiza a liberdade das partes em conduzir a forma de resolução daquela disputa, não seria um engessamento do processo? As Diretrizes não dão a liberdade para as partes resolverem pontos não abrangidos por elas em seu texto, conforme mencionado anteriormente? A resposta para esses questionamentos será dada de acordo com a forma em que as partes aplicarão as Diretrizes e como estabelecerão no seu regulamento de arbitragem, o qual pode ser feito de forma autônoma, somente tendo como referência as Diretrizes da *International Bar Association*, mas sendo um procedimento autoral, ou então com a adoção das Diretrizes de forma absoluta, sem a possibilidade de maiores liberdades para as partes.

2.2 A FALTA DE DIVERSIDADE DO COMITÊ DE ARBITRAGEM DA *INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION*, COMO INFLUENCIADOR DE SEU RESULTADO

O Comitê de Arbitragem da *International Bar Association* tem mais de 2.600 membros e representa pelo menos 115 Estados (ANDRADE, 2020). O grupo de trabalho convocado para elaborar as diretrizes sobre a Representação das Partes na arbitragem internacional possui 23 membros, incluindo sete estadunidenses, três britânicos, três franceses, dois de Singapura e dois suíços, um colombiano, um nigeriano, um espanhol, um japonês, um mexicano e finalmente um alemão. Dos 23 membros, 13 membros pertencem a Estados cujo sistema legal é consuetudinário (*Common Law*) e 10 membros são ativos profissionalmente em Estados de Direito Civil (ANDRADE, 2020).

Dada a tendência das diretrizes para estabelecer regras para lidar com a arbitragem internacional (o que envolve frequentemente partes de nacionalidades diferentes), é de fato estranho que a *International Bar Association* tenha decidido formar um comitê em que claramente predominam os membros estadunidenses (FERRUZO, CILLÓNIZ, 2019).

A concentração deliberada de juristas de alguns países é interpretada como um





projeto administrativo político de disseminação de fórmulas aceitáveis para os países (e certa imposição de seu formato de ordenamento jurídico), incluídos, que naturalmente provoca reações adversas países em desenvolvimento (o que permite eufemismos). Muitos Estados temem que as diretrizes de representação das partes na arbitragem internacional tenham a mesma característica anglo-saxã que as diretrizes para a produção de provas ou conduziram à mesma confusão que os semáforos inventados pelas diretrizes de conflito e divulgação (FERRUZO, CILLÓNIZ, 2019).

Muitos estudiosos do Direito de vários Estados, de uma forma ou de outra, expressaram frustração e desapontamento com este novo estudo da *International Bar Association*, que deveria ter em sua composição um grupo mais diversificado de juristas, englobando vários modelos de ordenamentos, capazes de representar melhor a profissão jurídica globalizada, visto se tratar de uma instituição internacional, o que permitiria a harmonização e a melhor adequação das recomendações, abrangendo e sendo mais aderentes para vários tipos de ordenamentos de raízes diversas da *Common Law*, que inspirariam e estimulariam a adesão às diretrizes nos quatro cantos do mundo.

Porém não é novidade que esse tipo de falta de diversidade ocorra com frequência em órgãos internacionais, como por exemplo a Organização Internacional do Trabalho (OIT). Não raramente existem convenções divulgadas por esse órgão que beiram o absurdo, considerando a aplicação no ordenamento pátrio. Há diversos outros exemplos em que se privilegia ordenamentos que possuam “maior representatividade por serem de países mais desenvolvidos”, que é o caso da *Common Law* e marginalizar os demais.

Um código internacional qualificado e que busque o respeito das nações, fornece regramentos e contribui para que todos os participantes em um determinado procedimento, sintam-se confortáveis com as suas deliberações e vislumbrem possibilidades de aplicação de tais regramentos em sua carta de leis. Por outras palavras: em um ambiente de disputa em que não haja favoritismos ou privilégio de partes ou ordenamentos, todos são tratados igualmente, levando a uma maior igualdade entre os litigantes (LAMY, RODRIGUES, 2016). A harmonização de normas e regras não significa desolação da distribuição, mas uma maior equidade e adaptabilidade para alcançar um público maior.

Se a *soft law* serve a qualquer propósito, é para trazer igual conforto a todos os





participantes num determinado procedimento (BENEDUZZI, 2016). Esse pensamento deveria ter sido o direcionamento da *International Bar Association* na época da elaboração do rol qualitativo dos componentes de seu grupo, o que garantiria maior diversidade e alcançaria um maior espectro de ordenamentos adaptáveis às diretrizes de arbitragem e os seus regramentos. A correta aplicação de diretrizes de qualidade deve, portanto, produzir segurança jurídica, e não desconforto geral. Resta saber se as Diretrizes desenvolvidas pela *International Bar Association* sobre a representação das partes na arbitragem internacional serve a um propósito maior (LAMY, RODRIGUES, 2016).

2.3 O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DAS DIRETRIZES PARA ARBITRAGEM DA *INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION*

O primeiro artigo das diretrizes introduz especificamente o seu escopo de aplicação. As diretrizes serão aplicadas em dois casos: por vontade expressa das partes ou por decisão do tribunal arbitral após ouvir as partes, caso seja necessário e compatível com o caso. Em outra acepção, as Diretrizes podem ser aplicadas de acordo com a vontade das partes ou contra a vontade das partes, se compatível e de decisão dos árbitros (KIM; BENASSI, 2018; MONTEIRO, 2019).

Na prática, as partes poderão declarar expressamente em sua convenção de arbitragem a utilização das diretrizes para essa finalidade da *International Bar Association*, o que autoriza o árbitro a aplicá-las no todo ou em parte, de acordo com o cenário apresentado e a aderência das diretrizes a este e a vontade expressa das partes na convenção. Isso elimina qualquer surpresa para as partes ao observar parâmetros comportamentais inesperados ou soluções incomuns para problemas que surgem durante a arbitragem. Isso confere uma maior segurança jurídica, o que mina as chances de se judicializar a decisão arbitral sob este aspecto.

No entanto, a segunda opção é objeto de questionamento, ou seja, as Diretrizes aplicam-se igualmente quando as partes não invocaram o instrumento. Evidentemente, não basta garantir a resolução das contradições na aplicação da *soft law*, pois uma das partes (ou mesmo todas as partes) podem apresentar uma situação contrária à aplicação





de qualquer meio legal (MONTEIRO, 2019). Seria isso uma imposição das diretrizes disvirtuando a sua figura de *soft law*. Caso o árbitro entenda por bem aplicá-las, as partes ficariam reféns a essa situação contra a sua vontade.

As diretrizes esclarecem que as suas recomendações não se sobrepõem de forma alguma à legislação aplicável ao caso concreto ou aos estatutos escolhidos pelas partes (NUNES, 2016). Se as partes (por escolha ou decisão dos árbitros) estiverem vinculadas ao sistema legislativo, e se esse sistema fornecer uma solução para um determinado evento, não há margem para invocar qualquer disposição das diretrizes.

Fato é que nos procedimentos arbitrais não há razão para as partes invocarem qualquer disposição das Diretrizes se, na Conveção de Arbitragem não houver menção clara para a sua utilização nas soluções para o litígio em questão.. Nesses casos, o tribunal arbitral deve permitir que as partes manifestem-se no curso do procedimento sobre o desejo e a possível aplicação das diretrizes e – independentemente das reações das partes – o tribunal arbitral poderá usá-las, caso isso seja imprescindível e não desabone algum ponto do procedimento arbitral como um todo, .(MONTEIRO, 2019).

Não se crê em prejuízos na adoção das diretrizes da *International Bar Association* para arbitragem quando não houver regras pré-determinadas para resolver as questões, em que o árbitro terá o poder de utilizá-las– como qualquer juiz – um mecanismo de interpretação e de integração das normas conforme elas se apliquem a casos específicos, para que se possa recorrer a analogias, bons hábitos e princípios gerais de Direito. Esse procedimento é de bom tom, uma vez que a possibilidade de questionamentos judiciais são altíssimas quando não há um regramento adotado advindo de alguma instituição (*ad hoc*), como a *International Bar Association* ou câmara de arbitragem. Logo, essa utilização, mesmo de forma secundária, diminuiria as chances de uma judicialização posterior.

O fato de os clientes serem representados habitualmente por advogados sujeitos às especificidades da sua profissão não exclui *a priori* qualquer possibilidade de orientação (BASILIO; LINS, 2016). Propõe-se um teste de raciocínio: imagina-se uma arbitragem em São Paulo em que há uma parte brasileira representada por um advogado brasileiro e uma parte estrangeira representada por um advogado estrangeiro (NUNES, 2016). Mesmo que a lei escolhida seja brasileira, qualquer conduta imprópria de





advogado estrangeiro não está sujeita à Lei nº. 8.906/1994 (Lei da Advocacia), sem mencionar o controle da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) que, por sua vez, representa advogados estrangeiros. Os profissionais não são controlados pelos órgãos profissionais brasileiros. Portanto, nem a lei aplicável à arbitragem nem a lei do foro (se diferente da lei aplicável à arbitragem) podem resolver a questão da improbidade do representante. Nesse caso, as disposições das diretrizes certamente ajudarão os árbitros a resolver a questão (BASILIO; LINS, 2016).

2.4 DIRETRIZ SOBRE A REDAÇÃO DE CLÁUSULAS PARA A ARBITRAGEM INTERNACIONAL

A *International Bar Association*, em sua diretriz sobre a redação de cláusulas em arbitragem internacional apresenta enorme preocupação em demonstrar uma redação clara e coesa nos regramentos dos procedimentos arbitrais, buscando dirimir eventuais dúvidas ou controvérsias nas redações, buscando assim um menor questionamento para o procedimento. Essa é uma preocupação legítima e deve ser prestigiada em qualquer ramo do Direito, mas especialmente quando se refere a um procedimento em que a vontade das partes deve ser clara e cristalina, como é na arbitragem, visto que a Convenção de Arbitragem é a pedra angular das arbitragens domésticas e internacionais.

A questão suscitada pela *International Bar Association* nessa diretriz é que a cláusula arbitral excede o arranjo bipartite típico e envolve múltiplas partes/e ou múltiplos contratos coligados, tendo como objetivo maior de resolução auxiliar na obtenção de cláusulas arbitrais que incorporem a vontade das partes, sem ambiguidades.

Para isso, essa diretriz se divide em:

- I. Básicas de Redação;
- II. Para Redação de Elementos Opcionais;
- III. Elaboração de Cláusulas Escalonadas de Resolução de Controvérsias;
- IV. Elaboração de Cláusulas Arbitrais Multiparte; e
- V. Elaboração de Cláusulas Arbitrais para Múltiplos Contratos.

Ao longo dos termos da diretriz, a *International Bar Association* propõe a redação final de diversas cláusulas, sugerindo de forma categórica ou impondo em uma





interpretação mais clara a sua utilização, o que se pode entender que tal imposição literalmente cerceia a vontade das partes em elaborar as suas próprias cláusulas, limitando assim a autonomia das partes.

2.5 DIRETRIZ SOBRE A REPRESENTAÇÃO DAS PARTES PARA A ARBITRAGEM INTERNACIONAL

A *International Bar Association* despende uma diretriz apenas para tratar sobre a representação das partes, sob o prisma das situações em arbitragens internacionais, onde há um conjunto de regras e regulamentações internas diversas e potencialmente conflitantes, buscando auxiliar na representação das partes, baseadas no princípio de que os representantes das partes devem agir com integridade e honestidade, não se envolvendo em atividades que sejam demoradas e com custos desnecessários.

A diretriz divide-se em 27 pontos, que tratam sobre:

- I. Aplicação das diretrizes;
- II. Representação da Parte;
- III. Comunicação com Árbitros;
- IV. Manifestações ao Tribunal Arbitral;
- V. Divulgação e Troca de Informações;
- VI. Testemunhas e Peritos; e
- VII. Medidas contra Conduta Imprópria.

É fato que o representante das partes deve identificar-se nesse papel desde o início do procedimento, a fim de que seja-lhe conferido os poderes necessários para desempenhar as suas atividades perante todos os participantes do procedimento.

Vale ressaltar que o representante das partes não necessita obrigatoriamente ser advogado, inclusive, de forma espantosa, não precisa ter qualquer qualificação especial, não impedindo que a representação da parte seja feita por seus empregados, em qualquer grau de senioridade, ou até por um terceiro alheio aos seus quadros de colaboradores ou sócios. Neste cenário, é importante salientar a verdadeira posição dos advogados estrangeiros que participam de procedimentos arbitrais realizados em território brasileiro. (CASADO FILHO, 2014).

A Ordem dos Advogados do Brasil posiciona-se de forma clara, assertiva e aberta,





contra a atuação de advogados estrangeiros no Brasil, buscando a proteção dos profissionais brasileiros, limitando a atuação dos profissionais estrangeiros, a qual fica restrita a assessorias relacionadas ao ordenamento jurídico em que militam, sendo complexa de pronto a aplicação dessa diretriz da *International Bar Association* para a representação de partes, quando versar sobre profissional do Direito que se apresente como advogado na representação da parte, em território brasileiro, quando esse foro for escolhido pelas partes para o procedimento arbitral, uma vez que facilmente poderia ser judicializado, visto a falta de representação válida, segundo o direcionamento da OAB. Uma questão a considerar na arbitragem internacional como um todo, é a posição das entidades de classe em torno do mundo não ser diferente, não podendo advogados estrangeiros atuar como advogados em representação arbitral nacional; não atuará como advogado porque a legislação brasileira, como tantas outras, não exige a presença de advogado no processo arbitral (HORVATH, 2015).

Evidentemente, tal ato não violaria qualquer dispositivo da legislação brasileira, nem configuraria o exercício ilegal do advogado no território nacional. Engenheiros, médicos, sociólogos ou técnicos (nacionais ou estrangeiros) podem comparecer à arbitragem como representantes das partes, portanto, advogados estrangeiros também podem representá-las sem ofender os órgãos de classe (CASADO FILHO, 2014).

Nessa representação, deve-se ter o cuidado para que se o representante for se apresentar como advogado, sendo ele estrangeiro, poderá o procedimento ser questionado avaliando esse prisma da representação, atrasando e alongando o tempo do procedimento e elevando os seus custos, causando inúmeros prejuízos para as partes.

Após a constituição do tribunal arbitral, poderá ocorrer a hipótese prevista nas diretrizes, qual seja, a substituição do representante inicial da parte por outro representante, o qual possa ter conflito de interesse com um dos árbitros já constituídos. Imagina-se que o representante do requerente seja substituído pelo advogado da família do árbitro (HORVATH, 2015). A rigor, o árbitro conflitante deve ser substituído. Nesse caso, porém, mesmo desconsiderando a possibilidade de má-fé, há o natural interesse em manter a integridade do processo arbitral e nomear um representante para gerar o conflito e afastar um árbitro (LEMES, 2019).





Assim, uma vez constituído o juízo e surgido o conflito por nova representação das partes, é razoável adotar o princípio norteador preconizado pelo *International Bar Association* de que nenhuma nova representação pode ser admitida ou deve ser substituída, sem motivação adequada, porém caso seja o desejo da parte, devem ser atendidos e verificados todos os pontos que podem ser potenciais conflitos de interesse. Essas verificações são cruciais para a manutenção e a lisura do procedimento arbitral.

Comenta-se aqui, como exemplo a arbitragem de investimento administrada pelo ICSID, em que a empresa Hrvatska Elektroprivreda é a autora e a República da Eslovênia é a ré. Ao instituir a arbitragem (2005), o tribunal arbitral foi constituído em intervalos regulares e, após uma troca regular de articulados e documentos, o tribunal agendou audiências (2008). O réu apresentou uma lista das pessoas que compareceriam à audiência de instruções, incluindo o outro advogado do réu, o Sr. David Mildon. Mildon e Sir David Williams (Williams) – Presidente do Tribunal de Arbitragem – que eram membros da mesma câmara dos *Barristor'* de Londres, o London Essex Court. Os autores exigiram detalhes completos da relação profissional e pessoal entre Mildon e Williams, bem como informações sobre a data exata em que os réus decidiram que Mildon participasse da arbitragem como parte de sua equipe jurídica. Ele manteve um perfil de seu relacionamento com Milton, não apresentando nenhum fato que afetasse a sua imparcialidade.

A ré, por sua vez, informou que não era obrigada a fornecer as informações solicitadas pelo autor, mas esclareceu que Milton não tinha qualquer relação pessoal ou profissional com Williams (NUNES, 2016). Os autores citaram o Artigo 18 das Regras do ICSID, que obriga as partes a informar o Secretário-Geral sobre a identidade do advogado para que ele possa posteriormente notificar a outra parte e o tribunal arbitral. Além disso, ele mencionou que as Regras 19 e 39 do ICSID estabelecem que o tribunal arbitral tem poder inerente para determinar essas questões (NUNES, 2016). A requerida afirmou que não reconheceu qualquer poder inerente ao tribunal arbitral, e que o poder do tribunal arbitral está expressamente previsto nas regras aplicáveis (NUNES, 2016).

A 23^a. Corte Arbitral concluiu que era o seu dever atuar como guardião do processo arbitral e, portanto, tomar as providências necessárias para que a sentença final fosse proferida com base jurídica sólida e não fosse afetada por procedimentos imperfeitos





(STRAUBE, 2016). Assim, se o tribunal aceitasse o pedido do autor (para impedir Mildon de participar do processo), poderia posteriormente confrontar o réu, que alegaria que o seu direito de ser devidamente representado e apresentar o seu caso era limitado (LEMES, 2019). Por outro lado, se o tribunal arbitral negasse o pedido do autor, este poderia alegar que a sentença foi proferida em parte pelo tribunal arbitral, privando-a, assim, do "julgamento justo" identificado no Artigo 6.º das Regras do ICSID (STRAUBE, 2016).

O tribunal arbitral entendeu que há um conflito de princípios: por um lado, as partes devem poder escolher livremente os seus representantes; por outro, o tribunal arbitral é obrigado a adotar medidas que, quando devidamente constituídas, permanecem inalteradas (Artigo 56 (1) das Regras do ICSID).

Os árbitros concluíram que uma análise das circunstâncias do caso levou a uma decisão do tribunal arbitral: William (o presidente do tribunal) renunciou ou o tribunal decidiu que Mildon retirar-se-ia do caso (FERRUZO; CILLÓNIZ, 2019). Tendo em vista o princípio da imutabilidade do tribunal arbitral e a objeção da parte à renúncia de William, o árbitro decidiu que a participação do representante da Mildon no caso era inadequada (STRAUBE, 2016).

Tendo visto um panorama semelhante no cenário forense pátrio, o Supremo Tribunal Federal afirmou que "a contratação de advogado pela ré logo após a sentença de embargo de infração (contra ela) constituiu a única série de declarações de impedimento ou dúvida, enfatizando que nove delas haviam participado em pelo menos um julgamento anterior"; assim decidiu o tribunal "[...] por analogia à aplicação do Código de Processo Penal (LGL\1973\5) [...]". (NUNES, 2016).

Portanto, os Artigos 5.º e 6.º das diretrizes estão plenamente de acordo com a realidade brasileira, pois o árbitro tem o poder inerente necessário para afastar o representante de uma parte que pretenda participar da arbitragem após a constituição do tribunal arbitral e demonstra a independência e conflitos com membros do tribunal arbitral quanto à imparcialidade.

2.5.1 Da Comunicação com os Árbitros





Neste ponto, a *International Bar Association* detalha de qual forma as comunicações externas entre os representantes das partes e dos árbitros pode ocorrer. Destaca-se o que é vedado:

- I. Parte pode falar com o coárbitro para avaliar aderência e verificar eventuais conflitos;
- II. Comunicar com potencial coárbitro ou já nomeado sobre a seleção do árbitro presidente;
- III. Representante da Parte pode, desde que regulado anteriormente, comunicar-se com possível árbitro presidente sobre os seus conhecimentos e eventuais conflitos;
- IV. Não é permitido a comunicação pelas partes, com a finalidade de verificar o entendimento do árbitro sobre objeto da disputa

A primeira grande preocupação ao tratar da comunicação entre o representante das partes e o árbitro diz respeito ao contato *ex parte* na ausência do representante da outra parte.

Em geral, os anglo-saxões, lembrando que foram a maioria no quórum de formulação de tais diretrizes, expressam muita ansiedade quanto à possibilidade de qualquer comunicação entre o representante das partes e o juiz sem a presença do representante da outra parte. Por exemplo: parece estranho para os advogados estadunidenses que os brasileiros apresentem alegações (por vezes eivadas de opiniões) aos membros dos tribunais estatais na véspera do julgamento (HORVATH, 2015). Contudo, tal diretriz da *International Bar Association* não condena tal prática; o contato entre advogados e juízes não prevê necessidade da presença de todos os representantes das partes para que ocorra; ela impõe limites para os assuntos a serem tratados, o que se mostra sadio para a segurança jurídica e o momento do procedimento arbitral em que elas podem ocorrer, o que não leva em consideração também a urgência dos assuntos, apenas a real intenção e vontade da parte.,

Contudo, há pontos a rever: primeiramente, deve haver comunicação com o árbitro presidente, não com os coárbitros, e muito menos com os coárbitros nomeados pelas partes (não os interlocutores das partes no processo do tribunal); em segundo, o árbitro presidente deve informar imediatamente os outros árbitros, bem como a parte contrária da comunicação que teve lugar por uma questão de transparência e para resolver a questão em tempo útil. Neste contexto – mas apenas neste contexto – parece haver





espaço para suavizar a tensão ideal de contatos *ex parte* entre representantes e autônomos (NUNES, 2016).

A questão mais premente – e relacionada com expectativas de base cultural – é a entrevista com um potencial coárbitro ou potencial presidente do painel de arbitragem, que está prevista no Artigo 8 do das diretrizes.

A procura de árbitro é uma atividade normalmente confiada ao representante da parte, a quem compete averiguar a disponibilidade e a competência dos eventuais membros do júri. Portanto, é razoável querer entrevistar pessoas que eventualmente venham a ser indicadas para o tribunal arbitral e isso não impedirá as entrevistas (MUNIZ, 2016).

De fato, pode ser absolutamente necessário falar com o árbitro para verificar se a sua experiência é ampla o suficiente para que ele entenda completamente as questões com as quais terá de lidar; habilidade; às vezes é necessário aprofundar o conhecimento da existência de um conflito, de vínculos passados ou presentes entre árbitros e litigantes (LAMY; RODRIGUES, 2016). Mas não é só: não é incomum que as partes, após ouvirem as propostas de seus representantes sobre a composição do tribunal arbitral, desejarem encontrar-se com o futuro árbitro para fazerem o seu próprio julgamento sobre a oportunidade e o momento de sua nomeação. Não há nada de errado nesse procedimento, e esse tipo de contato pessoal também está dentro das “regras do jogo” (MUNIZ, 2016).

Durante as entrevistas, não é permitido discutir o ponto de vista do árbitro sobre qualquer assunto relacionado à controvérsia. Neste aspecto, as diretrizes estabelecem que nessas comunicações autorizadas entre os árbitros e os representantes das partes, estes últimos não devem tentar solicitar a opinião do candidato a árbitro sobre a “matéria substancial da controvérsia” (STRAUBE, 2016). Percebe-se que é mais do que isso: os representantes das partes não devem tentar discutir qualquer assunto relacionado à arbitragem, seja ela relacionada ou não ao mérito ou ao processo arbitral (BASILIO; LINS, 2016). Assim, questões como a validade e o alcance da Convenção de Arbitragem, a concessão da tutela de urgência, o idioma, o local da arbitragem ou quaisquer outras questões processuais ou processuais não poderão ser discutidos durante a entrevista. Também é inoportuno fornecer ao candidato a árbitro um resumo ou cópia de documento





sobre a matéria a ser submetida à arbitragem. Por mais simples que pareça, o uso crescente da arbitragem revelou algumas limitações nesse sentido; portanto, os futuros árbitros devem estar muito confiantes no escopo das entrevistas que podem aprovar (STRAUBE, 2016).

Enquanto as duas orientações acima são muito apreciadas pelo público brasileiro, aquelas relativas à nomeação do presidente do tribunal arbitral (Artigos 8.º *b* e 8.º *c*) têm encontrado maior resistência.

As diretrizes estabelecem que os representantes das partes podem comunicar-se com coárbitros (indicados) ou futuros coárbitros para discutir a escolha do presidente do tribunal arbitral (LAMY; RODRIGUES, 2016). Essa é uma questão delicada que aproxima o coárbitro da parte que o indicou, de modo que as diretrizes parecem mais alinhadas com a interpretação anglo-saxônica da arbitragem (MOSES, 2014).

Com efeito, quando as partes decidem que o presidente do tribunal arbitral será escolhido por um coárbitro (árbitro indicado pelas partes), não há garantia de que as partes (e seus representantes) intervirão nessa escolha (MARINONI, 2016). De fato, os advogados brasileiros não querem que os coárbitros consultem-nos sobre a nomeação do presidente do colegiado, salvo acordo em contrário. Idealmente, seria melhor deixar as partes decidirem na Convenção de Arbitragem se negociariam em nome do presidente e até que ponto interviriam nessa negociação: as partes poderiam ser solicitadas a eleger alguns coárbitros para escolher nomes dentre os nomes dos coárbitros que podem ser solicitados a rejeitar todos (ou mais) os nomes propostos pelos coárbitros para presidir o painel (sem dar uma razão); podem ser encorajados a propor uma lista restrita de candidatos para a presidência da mesa, ou pode ser solicitado a informar aos coárbitros as qualidades e as competências que eles terão liberdade de escolher conforme julgarem convenientes para o presidente (CAMPELLO DE MENEZES, 2015).

Embora, como mencionado anteriormente, a consulta aos representantes dos partidos não seja a via que mais se utiliza (não há, repete-se, nenhuma estipulação em contrário); as orientações tendem a promover uma maior interferência dos representantes dos partidos na escolha do presidente do tribunal arbitral. Não se percebe uma desvantagem na arbitragem nesse sentido (STRAUBE, 2016). Contrariamente, acredita-se que esse procedimento tende a aumentar a participação das partes (por meio de seus





representantes) na Justiça por meio da arbitragem. A maior participação na formação dos tribunais tende a aumentar a legitimidade do órgão julgador e a confiabilidade do colegiado (MOSES, 2014).

Em todo o caso, os meios referidos dizem respeito à possibilidade de os representantes das partes contatarem os coárbitros, e não o contrário. Se o contato iniciar-se pelo representante, poderiam surgir constrangimentos e problemas; Seria necessário, portanto, definir claramente as regras a serem seguidas para a consulta dos coárbitros, quais regras poderiam ser inseridas na Convenção de Arbitragem ou regras aplicáveis para permitir a todos os litigantes um grau igual de interferência na escolha do presidente formador (STRAUBE, 2016).

Este assunto alonga-se, pois, as pautas também mencionam a possibilidade – caso haja acordo – de o futuro presidente ser entrevistado para avaliar (por meio de seus representantes) competência, experiência, eventual promoção ao tribunal, disponibilidade, interesses e existência de conflitos pessoais pelo cargo de reitor (CAMPELLO DE MENEZES, 2015).

Nota-se a clara distinção entre as duas orientações (Artigo 8.º b e Artigo 8.º c): no Artigo 1.º, presume-se que os representantes das partes podem contatar os coárbitros para intervir na seleção da cadeira do painel; em segundo lugar, a entrevista com o presidente eleito somente acontecerá se houver um acordo.

2.6 DIRETRIZ SOBRE O CONFLITO DE INTERESSES EM ARBITRAGEM INTERNACIONAL

Nesta diretriz, a *International Bar Association* visou a dirimir problemáticas sobre as impugnações desnecessárias de árbitros, renúncias e destituições, com o intuito protelatório e sem fundamentação, buscando encontrar um ponto de equilíbrio entre os interesses das partes, representantes, árbitros e instituições, evitando mecanismos que alonguem desnecessariamente o procedimento arbitral. Essa diretriz foi dividida em dois grandes blocos:

I. Parte I – Princípios Gerais relativos à Imparcialidade, Independência e Revelação; e





II. Parte II – Aplicação Prática dos Princípios Gerais.

No primeiro bloco desta diretriz há a tratativa de sete princípios, sendo de forma resumida, cada um deles:

1º. - Princípio Geral – o árbitro deve ser imparcial e independente em relação às partes e permanecer assim durante todo o processo.

2º. - Conflito de Interesses – recusar a nomeação ou continuar a ser árbitro, se houver dúvidas (inclusive de terceiro razoável), quanto à sua capacidade de ser imparcial ou independente. Quando houver dúvidas justificáveis em relação à imparcialidade e à independência do árbitro em situações elencadas na Lista Vermelha de Situações Irrenunciáveis.

3º. - Revelação pelo Árbitro – o árbitro deve informar antes as situações ou fatos que possam, no entendimento das partes, suscitar dúvidas quanto à imparcialidade e à independência do árbitro. Essa declaração não isenta o árbitro no decorrer do procedimento em se manter imparcial e independente.

4º. - Renúncia das Partes – se em 30 dias após realizada a revelação pelo árbitro, as partes não apresentarem objeção expressa, as partes renunciam qualquer conflito de interesse em relação ao objeto da revelação, exceto se a revelação for relacionada à Lista Vermelha de Situações Irrenunciáveis.

5º. - Âmbito – as diretrizes aplicam-se para presidentes de tribunais, árbitros únicos e coárbitros, seja qual for o modo de nomeação. secretários do Tribunal, secretários administrativos e assistentes, de árbitros únicos ou do Tribunal Arbitral, encontram-se vinculados ao mesmo dever de independência e imparcialidade.

6º. - Relações – o árbitro é equiparado à sociedade de advogados em que se integra, logo os conflitos de interesse devem ser revelados como se seu fosse.

7º. - Dever do Árbitro e das Partes – a parte deve informar eventual relação direta ou indireta com qualquer árbitro, colaborando com as informações que forem necessárias para eventuais diligências de verificação de conflito.

Vale ressaltar que esses princípios não se exaurem em si, são um rol exemplificativo, porém contém premissas que devem ser seguidas pelas partes. Essa diretriz é a mais coerente produzida pelo grupo de trabalho de arbitragem da *International*





Bar Association. De fato, foram trazidos temas e problemáticas reais e plausíveis a qualquer procedimento arbitral, independente do ordenamento jurídico do foro de arbitragem.

Além destes princípios, o segundo bloco dessa diretriz traz três listagens, com um rol exemplificativo de situações de violação que podem ou não ser superadas, chamadas de:

- I. Lista Verde - que contém uma enumeração não taxativa de situações específicas em que inexistente conflito de interesses aparente ou efetivo. Assim, o árbitro não tem qualquer dever de revelar situações que se enquadrem nessa Lista Verde. Prevalece o princípio da razoabilidade. Traz-se como exemplo: o contato inicial entre o árbitro e uma das partes.
- II. Lista Laranja – constitui uma enumeração não taxativa de situações específicas que, dependendo dos fatos do caso concreto, podem, aos olhos das partes, suscitar dúvidas quanto à imparcialidade ou à independência do árbitro. Situações que impõem ao árbitro o dever de revelar a sua existência, como por exemplo: serviços anteriores ou atuais prestados a uma das partes.
- III. Lista Vermelha (*Red List*) – é composta por duas partes: Lista Vermelha Irrenunciável, que possui como exemplo de violação: interesse financeiro; e a Lista Vermelha Renunciável, que possui como exemplo de violação: árbitro que teve envolvimento prévio com o litígio. Essas listas contêm uma enumeração não taxativa de situações específicas que, dependendo dos fatos pertinentes de um determinado caso, suscitam dúvidas justificáveis a respeito da imparcialidade e independência do árbitro. Situações que impõem ao árbitro o dever de revelar a sua existência.

Observa-se que as principais circunstâncias consideradas na elaboração dessa diretriz trazem em sua redação, principalmente, o desenvolvimento acelerado de escritórios de advocacia e de grupos empresariais internacionais, situações essas que desencadeiam conflitos de interesses, que se desenrolam para dever de revelação, evitando assim que se tenham impugnações exacerbadas de árbitros, com ou sem fundamento, conforme observa-se nos últimos anos.

2.7 DIRETRIZ SOBRE A PRODUÇÃO DE PROVAS EM ARBITRAGEM INTERNACIONAL

Outro ponto a ser avaliado com cautela nas diretrizes é a produção de provas. Como já mencionado neste estudo, a formação do grupo de trabalho para a produção das diretrizes não foi tão diversificada como esperado. Prevaleceram membros com





origem no ordenamento jurídico anglo-saxão, o que eivou todo o desenvolvimento intelectual para a criação das diretrizes para a produção de provas da *International Bar Association* com os preceitos e fundamentos dessa natureza legal.

A diretriz sobre a produção de provas da *International Bar Association* trouxe à luz a problemática em que há diferentes diretrizes derivadas de ordenamentos jurídicos diversos entre as partes para a produção de provas, cuja finalidade é a apresentação de regras para a produção de provas que atendam partes de ordenamentos jurídicos diversos.

Essas regras foram divididas em nove artigos, sendo tratados sequencialmente os temas: âmbito de aplicação, consulta sobre questões de provas, documentos, testemunhas fáticas, peritos indicados pelas partes, peritos indicados pelo tribunal, inspeção, audiência de produção de provas, admissibilidade e valoração da prova.

Essas regras versam sobre institutos amplamente desenvolvidos na *Common Law*, como por exemplo o *discovery* e o testemunho antecipado (gravado). Tais institutos e meios de prova são totalmente descabidos em ordenamentos como o brasileiro e português, por exemplo. Isso leva a críticas ferrenhas na *imparcialidade* da criação de tais regras, levando claramente ao questionamento: teria a *International Bar Association* favorecido a utilização das diretrizes a Estados de origem anglo-saxã, que utilize a *Common Law*?. Fica a provocação e a necessidade da reflexão sobre o tema.

O que se consegue extrair, de forma resumida, das diretrizes sobre a produção de provas da *International Bar Association*, pois esse assunto merece um estudo específico sobre a sua criação e aplicação, é a inaplicabilidade dessas diretrizes para arbitragens que tenham como foro eleito o território brasileiro, justamente pela incompatibilidade com o ordenamento pátrio, sendo esse o utilizado para dirimir eventuais questões que precisem ser judicializadas em relação a esta arbitragem.

METODOLOGIA

Neste artigo é apresentada a metodologia a utilizar-se para a elaboração de trabalhos futuros.





Explicar a metodologia consiste em apresentar todas as ações utilizadas, desde a busca de materiais, o método de interpretação, até os procedimentos utilizados.

Quanto à natureza, trata-se de um trabalho teórico, pois não se trata de um estudo de caso em particular, mas sim de analisar determinado assunto, que visa a enriquecer o conhecimento científico sobre o assunto em questão.

O pesquisador pode almejar desenvolver novas teorias, construir novos modelos teóricos ou estabelecer novas hipóteses de trabalho nos diversos campos do conhecimento humano, seja por dedução, indução ou analogia.

Este trabalho, que não visa a uma utilização prática dos resultados, mas ao enriquecimento do conhecimento científico, define-se como investigação teórica. É importante ressaltar que a base teórica é fundamental para o desenvolvimento de qualquer tipo de pesquisa e o avanço de qualquer campo científico.

Quanto aos objetivos, trata-se de uma pesquisa exploratória, que segundo Gil (2018, p. 41), “visa a compreender melhor o problema, com vistas a explicá-lo ou construir hipóteses”.

Quanto à abordagem, foi utilizada a pesquisa qualitativa, que pode ser caracterizada pela ausência de dados quantitativos em suas análises.

Na pesquisa qualitativa, delineiam-se análises mais aprofundadas em relação ao fenômeno em estudo. A abordagem qualitativa visa a evidenciar características não observadas por meio de um estudo quantitativo, dada a superficialidade deste último.

Quanto à forma de abordagem, utilizar-se-á também a pesquisa documental, que é aquela realizada a partir de documentos, contemporâneos ou retrospectivos, considerados cientificamente autênticos.

No que diz respeito aos procedimentos técnicos, esta pesquisa adotou dados bibliográficos e análise documental, pois o trabalho foi elaborado a partir de material já publicado, constituído principalmente por livros, pareceres, artigos, periódicos e materiais disponíveis na Internet.

CONCLUSÃO





A arbitragem é um sistema processual autônomo, que se aperfeiçoa no procedimento e baseia-se na autonomia das partes; apresenta alta flexibilidade, e desenvolve-se sob a garantia do devido processo legal – tanto na proteção judicial quanto em seu próprio processo. Conclui-se, no entanto, que as garantias do devido processo legal e a efetividade da tutela jurisdicional requerem um processo pautado no princípio da integridade processual, o que pode apenas ser alcançado mediante a proibição do abuso processual.

Há mecanismos inseridos nas disposições dos tribunais arbitrais (a exemplo do LCIA) que permitem aos árbitros ferramentas destinadas a coibir o uso dessas condutas impróprias, como a possibilidade de emissão de decisões parciais e o custo de aplicação do Código de Ética e taxas. Também se examinou a existência de um poder inerente para os árbitros manterem a integridade processual e as salvaguardas das partes, e a importância da adoção de *soft law*, como as diretrizes da *International Bar Association* ou as Regras de Praga.

REFERÊNCIAS

ABBOT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. Hard and Soft law in international governance. *International Organization*. Cambridge, v. 54, n. 3, p. 421-456, 2000.

ACCIOLY, Hidelbrando. *Manual de direito internacional público*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Burden of Proof and Adverse Inferences. International Arbitration: Proposal for an Inference Chart. *Journal of International Arbitration*, v. 35, n. 1, fev. 2018.

ANDRADE, Érico. Novas fronteiras da Arbitragem: superação da discussão em torno da natureza contratual ou jurisdicional. *Revista de Processo*, v. 305, ano 45. São Paulo: Ed. RT, jul./2020.

BASILIO, Ana Tereza; LINS Thiago. A relativização da confidencialidade na arbitragem. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 49, São Paulo: Ed. RT, abr./jul./2016.

BENEDUZZI, Renato Resende. *Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 70 ao 187* / Renato Resende Beneduzzi – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.





BRASIL. *Lei nº. 9.307 de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm. Acesso em: 12 jan. 2023.*

CAMPELLO DE MENEZES, Caio. Como barrar as táticas de guerrilha em arbitragens internacionais? *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 45, São Paulo: Ed. RT, 2015.

CARMONA, Carlos Alberto. Breves Considerações Críticas acerca das Diretrizes da International Bar Association sobre Representação de Parte na Arbitragem Internacional. *Revista de Arbitragem e Mediação*. v. 40/2014, p. 23, jan / 2014, DTR\2014\996.

CASADO FILHO, Napoleão. *Arbitragem Comercial Internacional e Acesso à Justiça: o novo paradigma do Third Party Funding*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Orientador Claudio Finkelstein. São Paulo. 2014

FERRUZO, Gianfranco; CILLÓNIZ Bryan. Tácticas de guerrilla en la práctica arbitral peruana: um breve análisis. *Revista del Club Español del Arbitraje*: Wolters Kluwer España, 2019.

FINKELSTEIN, Cláudio. *Arbitragem internacional e legislação aplicável*. RJLB, ano 1, n. 5, p. 341-353, 2015.

GABBAY, Daniela Monteiro; ALVES, Rafael Francisco; LEMES, Selma Ferreira. Projeto de pesquisa: Arbitragem e Poder Judiciário. Parceria Institucional Acadêmico-Científica da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (DIREITO GV) e do Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAR). *Revista Brasileira de Arbitragem*, v. 19, 2008.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (eds). Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration. *Kluwer Law International*, 1999.

GIL, António Carlos. *Como desenhar projetos de pesquisa*. São Paulo: Atlas, 2018.

HORVATH, Günther J. *et al*. Guerrilla Tactics in International Arbitration. *International Arbitration Law Library*: Kluwer Law International, 2015.

IBA. *Diretrizes da International Bar Association sobre Conflitos de Interesses em Arbitragem Internacional* Aprovadas por resolução do Conselho da IBA, na quinta-feira, 23 de outubro de 2014. Disponível em: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=EB37DA96-F98E-4746-A019-61841CE4054C>. Acesso em: 12 jan 2023.

IBA. *Diretrizes da International Bar Association para a Redação de Cláusulas de Arbitragem Internacional* Adotadas por resolução do Conselho da IBA 7 de outubro de 2010. Disponível em: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=94D1E845-0F53-4F27-9A63-1ACD8EA002DB>. Acesso em: 12 jan. 2023.





IBA. *Diretrizes da International Bar Association 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: 12 jan. 2023.

IBA. *Regras da IBA sobre Produção de Provas em Arbitragem Internacional* Adotadas por resolução do Conselho da IBA em 29 de maio de 2010. Disponível em <https://www.ibanet.org/document?id=Rules-on-the-Taking-of-Evidence-in-International-Arbitration-2020-Portuguese>. Acesso em: 12 jan. 2023.

KIM, Richard Pae; BENASSI, Maria Cristina Kunze dos Santos. O direito fundamental ao “processo justo” e seu conteúdo jurídico. *Revista de Processo*, v. 279, São Paulo: Ed. RT, maio/2018.

LAMY, Eduardo de Avelar; RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Teoria Geral do Processo*. (coord.) Horácio Wanderlei Rodrigues, Eduardo de Avelar Lamy. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

LEMES. Selma Ferreira. *Arbitragem em Números e Valores*. Seis Câmaras. 8 anos. Período de 2010 (jan./dez.) a 2017 (jan./dez.), 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 1º ao 69. (coord.) Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MONTEIRO, Gustavo Becker. *Arbitragem Comercial Internacional e Devido Processo Legal*: efeitos e limites do “due process paranoia” na condução dos procedimento arbitrais – Programa de Pós-Graduação em Direito (dissertação), Universidade Federal de Santa Catarina, 2019.

MUNIZ, Joaquim de Paiva. Guia politicamente incorreto da arbitragem brasileira: visão crítica de vinte anos de sucesso. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 50, São Paulo: Ed. RT, 2016.

NEVES, M. S. Soft Law. In: NASSER, S. H. *Fontes e Normas do Direito Internacional: Um Estudo sobre a Soft Law*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 251. ISBN 8522445265.

NUNES, Gustavo Henrique Schneider. Processo civil democrático, contraditório e o Novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.252/2016, fev. 2016.

PORTELA, P. H. G. *Direito Internacional Público e Privado*. 10. ed. rev. São Paulo: Ed. JusPodium. 2018.





SHELTON, D. International Law and Relative Normativity. In: EVANS, M. *International Law*. Oxford University Press, 2010.

STRAUBE, Frederico José. Arbitragem: presente, passado e futuro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 50, São Paulo: Ed. RT, jul.-set./2016.

VALADÃO, Marcos Aurélio Pereira. Soft Law: um aspecto (quase) inovador do direito internacional contemporâneo. *Prática jurídica*, São Paulo, Ano V, n. 49, p. 14-21, abr. 2006.

WALD, Arnaldo. A evolução da arbitragem no Brasil após a Lei 9307/1996. *Revista de Arbitragem e Mediação*, v. 50, São Paulo: Ed. RT, jul.-set./2016.

