



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Gustavo Becker Monteiro

Arbitragem Comercial Internacional e Devido Processo Legal: efeitos e limites do “*due process paranoia*” na condução de procedimentos arbitrais

Florianópolis

2019

Gustavo Becker Monteiro

Arbitragem Comercial Internacional e Devido Processo Legal: efeitos e limites do “*due process paranoia*” na condução de procedimentos arbitrais

Dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina para a obtenção do título de mestre em Direito.

Orientadora: Profa. Aline Beltrame de Moura, Dra.

Coorientador: Gustavo Moser, Dr.

Florianópolis

2019

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Becker, Gustavo

Arbitragem Comercial Internacional e Devido Processo Legal : efeitos e limites do "due process paranoia" na condução de procedimentos arbitrais / Gustavo Becker ; orientadora, Aline Beltrame de Moura, coorientador, Gustavo Moser, 2019.

157 p.

Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós Graduação em Direito, Florianópolis, 2019.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Due Process Paranoia. 3. Arbitragem Comercial Internacional. 4. Devido Processo Legal. 5. Direito Internacional. I. Beltrame de Moura, Aline. II. Moser, Gustavo. III. Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV. Título.

Gustavo Becker Monteiro

Arbitragem Comercial Internacional e Devido Processo Legal: efeitos e limites do “*due process paranoia*” na condução de procedimentos arbitrais

O presente trabalho em nível de mestrado foi avaliado e aprovado por banca examinadora composta pelos seguintes membros:

Prof. Paulo Potiara de Alcântara Veloso, Dr.
Faculdade CESUSC

Prof. Caetano Dias Corrêa, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Prof. Orlando Celso da Silva Neto, Dr.
Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)

Certificamos que esta é a **versão original e final** do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de mestre em direito.

Prof. José Isaac Pilati, Dr.

Diretor do Centro de Ciências Jurídicas respondendo cumulativamente como Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Profª. Aline Beltrame de Moura, Dra.
Orientadora

Florianópolis, 2019

AGRADECIMENTOS

Indicar minha família na seção de agradecimentos não é o bastante para refletir tamanha importância na elaboração deste trabalho. Mais justo seria adicioná-los enquanto colaboradores ou coautores, uma vez que não existiria dissertação ou mestrado sem o incessante apoio dos meus familiares. Dessa forma, divido todo e qualquer mérito com eles: Karla, Sérgio e Guilherme. Sintam-se parte deste trabalho. Há quem diga que grandes amigos são a família que escolhemos. Não concordo completamente com a frase porque amigos nem sempre configuram uma questão de escolha, muitas vezes são presentes inesperados da vida. Tive a sorte de encontrar alguns desse tipo no decorrer dos últimos dois anos, sem deixar de contar com os velhos e bons nos intervalos das longas e solitárias horas de trabalho despendidas para o desenvolvimento de um trabalho acadêmico. Se algum de vocês acabar lendo esses agradecimentos, saiba que nossos cafés e conversas foram essenciais para a finalização desta pesquisa e para a manutenção da minha sanidade. Todavia, família e amigos não seriam suficientes para conseguir trilhar os caminhos dos últimos dois anos de mestrado. Para me guiar, tive sorte de encontrar uma orientadora que, além de ensinar técnicas, mostrou o grande significado de dedicação profissional. Professora Aline, foi uma grande sorte poder contar com sua orientação, tanto técnica, quanto humana. Obrigado por nunca deixar que prazos e tarefas se tornassem mais importantes que respeito e compreensão. Também agradeço ao professor responsável pelo meu interesse por direito internacional e que sempre me apoiou academicamente e pessoalmente em diversos projetos – obrigado, Professor Arno. Ainda, os pilares que sustentaram a construção deste trabalho não estariam completos sem citar meus colegas Bettina, Rafaela, Fernanda, Gustavo e Kristal e muito menos sem agradecer pelas enriquecedoras experiências profissionais possibilitadas pelo CAM-CCBC e pelo Secretariado da UNCITRAL. Obrigado também a Gustavo Moser pelas breves e intensas conversas e conselhos, assim como pela coorientação deste trabalho. Agradeço aos sempre solícitos Bernardo Pires e Túlio di Giacomio pelas sugestões quando do momento de escolha do tema desta pesquisa. Por fim, agradeço aos membros da banca, Professores Orlando Celso da Silva Neto e Caetano Dias Corrêa, figuras que admiro desde a graduação e com quem pude sempre contar, e ao Professor Paulo Potiara, por trazer diversas sugestões durante a defesa do projeto desta dissertação e aceitar o convite para compor a banca de avaliação desta versão final da pesquisa.

“Not all those who wander are lost”

J.R.R. Tolkien

RESUMO

A arbitragem comercial internacional se tornou amplamente reconhecida como o método de resolução de disputas apto a superar barreiras encontradas nas disputas internacionais de cunho comercial. A possibilidade de escolha da lei aplicável à disputa, a sede da arbitragem, o idioma utilizado e, principalmente, a composição do tribunal que decidirá o caso são vistas como grandes vantagens do instituto. Além disso, um método de resolução de disputas privado e normalmente administrado por instituições especializadas tende a conferir mais eficiência ao procedimento, concedendo às partes a oportunidade de contar com uma sentença mais técnica e em menor tempo. Dessa maneira, somado à possibilidade de execução de sentenças arbitrais estrangeiras a partir do amplo reconhecimento da Convenção de Nova Iorque de 1958, a arbitragem comercial internacional se tornou reconhecida como o método adequado para suprir as demandas do comércio internacional. No entanto, o aumento da complexidade dos casos e dos valores envolvidos nos procedimentos tornou as arbitragens internacionais cada vez mais competitivas, de modo que a queda na eficiência passou a ser um tópico comumente discutido. Conforme pesquisa empírica sobre arbitragem internacional organizada e publicada pela *Queen Mary University of London* em 2015, uma das razões para a queda da eficiência na arbitragem internacional é a resistência de árbitros em negar certos pedidos das partes que acabam prejudicando o bom andamento do procedimento arbitral. Exemplos desses pedidos são requerimentos por extensão de prazo para produção de provas, apresentação de documentos ou novos argumentos em momento inoportuno, provas documentais em excesso e reagendamentos de audiências. Verificou-se que a resistência em indeferir esses pedidos está fundamentada em uma proteção exacerbada do direito das partes ao devido processo legal. Aponta-se que árbitros temem que o indeferimento desses pedidos poderia ser interpretado como uma violação ao direito das partes de “apresentarem seus argumentos”, uma previsão presente em relevantes normas que versam sobre arbitragem comercial internacional e baseada na garantia das partes a um processo justo. Esse comportamento do tribunal foi nomeado pela pesquisa como “*due process paranoia*”. No entanto, a factibilidade dos reais fundamentos para o desenvolvimento desse comportamento não é tão clara, de forma que a análise dessas razões é o objeto da presente pesquisa. Dessa forma, o objetivo deste trabalho é responder se existem fundamentos normativos, principiológicos e jurisprudenciais que justifiquem a resistência dos árbitros em negar pedidos que prejudicam o andamento do procedimento arbitral. A partir da aplicação do método dedutivo e técnica de pesquisa bibliográfica e documental, esta pesquisa concluiu que esses fundamentos existem, principalmente ao se considerar que jurisdições ainda podem se apresentar resistentes à arbitragem.

Palavras-chave: arbitragem comercial internacional, devido processo legal, *due process paranoia*

ABSTRACT

International commercial arbitration has become widely used as the appropriate dispute resolution method to overcome barriers encountered in international trade disputes. The choice of the law applicable to the dispute, the seat of the arbitration, or the language used, and especially the composition of the court that decides the case in which the great advantages of the institute are seen. In addition, a private dispute resolution method is typically administered by institutions that use more effective verification tests, giving parties the opportunity to rely on more technical analysis in less time. Thus, by allowing arbitrary foreign judgments to be enforced on the basis of broad recognition of the 1958 New York Convention, international commercial arbitration will become the appropriate method for meeting the demands of international trade. However, the increasing complexity of the cases and the values involved in the proceedings has made international arbitration proceedings increasingly fierce. It has become common among arbitration users and academics or to share opinions on some economic procedures, which shows increasingly lengthy and financially costly. According to empirical research on international arbitration organized and published by Queen Mary University in London in 2015, one of the reasons why international arbitration is the resistance of international arbitrators to the resistance of arbitrators to deny injunctive proceedings or smooth progress arbitration proceedings. Examples of such requests are required by extension of time to produce evidence, submission of documents or new arguments at the appropriate time, production of excess documented evidence and rescheduling of hearings. Resistance to such requests has been found to be based on exaggerated protection of the rights of the parties through due process of law. It is pointed out that the arbitrators fear that or reject such requests that could be interpreted as a violation of the parties' right to "present their arguments", a provision contained in the important regulations dealing with international commercial arbitration. This court behavior was named by the research as "*due process paranoia*". However, a feasibility of the real foundations for the development of this behavior is not so clear, so the analysis of these reasons is the object of the present research. Thus, the objective of this paper is to respond to normative, principled and jurisprudential grounds that justify the resistance of the arbitrators to deny the injurious requests or the course of the arbitral proceedings. From the application of the deductive and technical method of bibliographic and documentary research, this research is conducted on these existing foundations, mainly to consider that jurisdictions may still present resistance to arbitration. Thus, depending on how much the arbitration is as a jurisdiction in which the award may be challenged, there may be practical practices for arbitrators that show reticents about a more proactive measure in procedural administration.

Keywords: international commercial arbitration, due process of law, *due process paranoia*

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	11
2. IMPUGNAÇÃO ÀS SENTENÇAS ARBITRAIS EM ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL: O FUNDAMENTO DO “DUE PROCESS PARANOIA”	16
2.1 ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL	18
2.1.1 Arbitragem	18
2.1.2 Arbitragem internacional.....	20
2.1.3 Arbitragem comercial internacional	25
2.1.4 A Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras	27
2.1.5 A Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional	31
2.2 AS POSSIBILIDADES DE IMPUGNAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL EM ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL	33
2.2.1 O controle judicial sobre procedimentos de arbitragem comercial internacional	35
2.2.2 As possibilidades de impugnação à execução de sentença arbitral estrangeira conforme a Convenção de Nova Iorque de 1958	40
2.2.3 A anulação da sentença arbitral conforme a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional	50
2.3 O “DUE PROCESS PARANOIA” E A CORRELAÇÃO ENTRE FLEXIBILIDADE E EFICIÊNCIA NA ARBITRAGEM	55
2.3.1 Flexibilidade e eficiência na condução do procedimento arbitral	55
2.3.2 A pesquisa empírica da <i>Queen Mary University of London</i> e o conceito de “ <i>due process paranoia</i> ”	59

3. O DEVIDO PROCESSO LEGAL E SEU PAPEL NA IMPUGNAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS EM ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL	65
3.1 AS ORIGENS DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	67
3.1.1 A posição constitucional do devido processo legal	69
3.2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL INTERNACIONAL	71
3.2.1 O devido processo legal enquanto princípio geral do direito aplicado em arbitragem comercial internacional	73
3.2.2 A internacionalidade do princípio do devido processo legal	78
3.3 O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL APLICADO À ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL	82
3.3.1 A inclusão do devido processo legal na arbitragem comercial internacional	83
3.3.2 O devido processo legal enquanto garantia mínima processual na arbitragem internacional e os abusos na sua aplicação	88
4. EFEITOS DO "DUE PROCESS PARANOIA", SEUS REMÉDIOS E LIMITES SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA	98
4.1 EFEITOS DO "DUE PROCESS PARANOIA" NA EFICIÊNCIA DOS PROCEDIMENTOS ARBITRAIS	98
4.1.1. "Táticas de Guerrilha" em arbitragem internacional e suas relações com o "due process paranoia"	106
4.1.2. As Regras de Praga (Prague Rules) como remédio aos problemas de eficiência e ao "due process paranoia"	113
4.2 LIMITES JURISPRUDENCIAIS AO "DUE PROCESS PARANOIA": A INCIDÊNCIA DE DEFERIMENTOS ÀS IMPUGNAÇÕES CONTRA SENTENÇAS ARBITRAIS	119
4.2.1 A incidência de deferimentos às impugnações contra sentenças arbitrais por questões vinculadas à administração do procedimento	120
4.2.2 A pesquisa empírica da IBA (International Bar Association) sobre anulações de sentenças arbitrais em razão da administração do procedimento	126

4.3 “ <i>DUE PROCESS PARANOIA</i> ” OU PRUDÊNCIA DO TRIBUNAL ARBITRAL NA CONDUÇÃO DO PROCEDIMENTO?	133
4.3.1. É obrigação do Tribunal Arbitral elaborar uma sentença executável?.....	136
5. CONCLUSÃO	141

1. INTRODUÇÃO

A arbitragem comercial internacional se tornou amplamente reconhecida como o método de resolução de disputas apto a suprir as características dos conflitos advindos das relações comerciais internacionais. Através desse meio adjudicatório, empasses tipicamente vinculados às relações comerciais internacionais deixaram de ser impeditivos para a resolução de conflitos. A possibilidade de escolha da lei aplicável ao caso, da sede de resolução da disputa, a livre indicação de árbitros e a ampla possibilidade de execução das sentenças arbitrais em variadas jurisdições fez com que cláusulas arbitrais se tornassem típicas em contratos comerciais internacionais.

Além das características mencionadas, a arbitragem comercial internacional tradicionalmente apresentou como uma de suas principais vantagens a sua relação custo-benefício. Por mais que seus procedimentos sejam reconhecidos como altamente custosos, a eficiência da arbitragem em comparação ao processo judicial fez com que seu valor fosse vislumbrado como um investimento realizado pelas partes em troca de um procedimento célere, altamente técnico, e que evita a possibilidade de interposição de uma infinidade de recursos processuais que dificultam a execução da sentença.

No entanto, a opinião de profissionais envolvidos em arbitragens comerciais internacionais mudou no decorrer dos anos, de modo que a celeridade e a eficiência não mais constam entre as principais vantagens do procedimento arbitral. Pelo contrário: foram incluídas, dentre suas piores características. Diversos acadêmicos, advogados e demais atores da arbitragem começaram a expor opiniões no sentido que o procedimento arbitral não mais se apresenta como altamente vantajoso, uma vez que o desenvolvimento da arbitragem comercial internacional fez com que o instituto perdesse seu apelo baseado na eficiência, por mais que as demais vantagens se mantivessem.

O aumento da complexidade dos casos, os altos valores envolvidos nos conflitos e a percepção de que a postura dos advogados se tornava cada vez mais combativa são fatores apontados para o aumento do tempo e custos vinculados a uma arbitragem internacional. Da mesma forma, tornou-se popular a opinião de que a postura dos árbitros não acompanhou esse aumento de complexidade das arbitragens, de modo que se verificou a diminuição de

posicionamentos proativos por parte do tribunal arbitral enquanto administrador do procedimento.

Nesse sentido, um crescente receio por parte dos árbitros no que se refere à proteção dos direitos das partes ao devido processo legal foi verificado como um dos principais motivos para a diminuição de eficiência processual. Usuários da arbitragem internacional declaram que uma forte preocupação dos árbitros em relação ao direito das partes em apresentar seus argumentos durante o decorrer do procedimento arbitral faz com que tribunais arbitrais deixem de indeferir pedidos abusivos que causam o aumento de tempo e custos dos procedimentos arbitrais.

Esse receio é originado da possibilidade de que os indeferimentos dos pedidos vinculados a demandas procedimentais das partes – como extensões de prazos, produção de provas extras, alteração do calendário da arbitragem – sejam interpretados como violações aos direitos das partes baseados no devido processo legal. Ocorre que regras contidas em normativas fundamentais à arbitragem comercial internacional – como a Convenção de Nova Iorque de 1958 e a Lei Modelo da UNCITRAL – preveem o descumprimento ao direito das partes em apresentar seus argumentos como uma das possibilidades de impugnação à uma sentença arbitral.

Tais normas foram incluídas nessas regulamentações com base no princípio do devido processo legal, objetivando proteger direitos das partes a um processo justo e com garantia ao contraditório. Assim, o receio apresentado pelos tribunais arbitrais é que, caso o indeferimento de um pedido procedimental seja interpretado como descumprimento ao devido processo, as respectivas sentenças arbitrais sejam objeto de impugnação em cortes estatais e acabem não cumprindo – ou retardando – o cumprimento do seu objetivo final, justamente o de serem devidamente executadas.

Sendo indicado como um dos principais motivos para a diminuição de eficiência na arbitragem, essa postura foi verificada na opinião de muitos participantes da pesquisa empírica sobre arbitragem internacional realizada pela *Queen Mary Univeristy of London* em 2015, que denominou esse receio de “*due process paranoia*”. A partir disso, esse fenômeno se tornou objeto de inúmeras conferências e artigos acadêmicos, assim como foi mencionado em diversos encontros entre arbitralistas, de forma a se tornar um termo usual aos profissionais da arbitragem internacional.

Contudo, por mais que opiniões sobre a existência e malefícios do “*due process paranoia*” sejam quase uníssonas, seus fundamentos de existência causam controvérsias. As

discussões se direcionam principalmente à possível inexistência de reais razões para que os árbitros temam a impugnação da sentença arbitral em razão do modo como conduzem o procedimento arbitral. Nesse aspecto, verificou-se a baixa incidência de trabalhos acadêmicos abordando a factibilidade das razões que causam o “*due process paranoia*” e a ausência de pesquisas abordando razões práticas e teóricas para tanto.

Assim, diante do tema arbitragem comercial internacional, o presente trabalho se propõe a responder ao seguinte problema: existem fundamentos legais, principiológicos e jurisprudenciais que justifiquem o anseio dos árbitros em negar pedidos que afetem o bom andamento do procedimento arbitral devido à possibilidade que a sentença seja impugnada com fundamento na violação do devido processo legal?

A hipótese apresentada é que, muito embora não haja fundamentos objetivos de natureza normativa, principiológica ou jurisprudencial que consubstanciem o desenvolvimento do “*due process paranoia*”, árbitros possuem razões para se sentirem relutantes em negar pedidos das partes que causam aumento de tempo e custos à arbitragem. Por mais que jurisdições altamente abertas e adeptas à arbitragem comercial internacional e, até mesmo, jurisdições emergentes na utilização do instituto apresentem baixa probabilidade de deferimento de impugnações às sentenças arbitrais por motivos vinculados ao modo de administração do procedimento, a possibilidade existe, principalmente considerando jurisdições iniciantes na análise de questões jurídicas vinculadas à arbitragem internacional. Nesse sentido, propõe-se que o “*due process paranoia*” possui razões de existência.

Dessa maneira, o objetivo desta pesquisa é justamente analisar a existência de previsões normativas, bases principiológicas e casos que fundamentem o desenvolvimento do “*due process paranoia*”, respectivamente nos capítulos primeiro, segundo e terceiro deste trabalho, correspondendo a cada um dos três objetivos específicos da pesquisa.

O primeiro objetivo específico, abordado no capítulo inicial do trabalho, direciona-se a responder se existem fundamentos normativos para o desenvolvimento do “*due process paranoia*”. Regras assentadas no princípio do devido processo legal e contidas em normativas basilares à arbitragem comercial internacional preveem o direito das partes de apresentar seus argumentos de maneira ampla durante o procedimento arbitral. Sendo assim, o primeiro capítulo verificará quais normas preveem esse direito e de que forma elas podem ser interpretadas,

procurando demonstrar que algumas dessas interpretações se configuram como razões para o desenvolvimento do fenômeno, mas, de outra forma, outras não geram o mesmo efeito.

Por sua vez, o segundo capítulo possui como objetivo específico averiguar os fundamentos principiológicos do desenvolvimento do “*due process paranoia*”. É de amplo conhecimento que o princípio do devido processo legal é a base de garantias fundamentais vinculadas ao direito dos indivíduos a um processo justo. Nesse sentido, considerando que o tribunal arbitral suspeite que a sentença seja impugnada em razão do descumprimento de normas que traduzem esse princípio, este capítulo objetiva averiguar as garantias trazidas pelo devido processo legal à arbitragem internacional, especialmente para explorar seus limites e hipóteses de abusos na aplicação do princípio.

O terceiro capítulo finaliza o trabalho objetivando especificamente verificar os fundamentos jurisprudenciais do “*due process paranoia*”. Uma vez que as impugnações às sentenças arbitrais são analisadas por cortes judiciais, procura-se examinar as posições dessas cortes quanto ao deferimento de impugnações baseadas no modo de administração do procedimento arbitral pelo tribunal. Assim, pretende-se verificar se existem precedentes que deem suporte ao receio de indeferir pedidos que prejudicam o bom andamento da arbitragem pela expectativa de que esse indeferimento acarrete a anulação ou não execução da sentença arbitral.

Para desempenhar a pesquisa, este trabalho se utiliza fundamentalmente do método de abordagem dedutivo, partindo-se de considerações de cunho geral para conclusões particulares. A técnica de pesquisa aplicada foi a bibliográfica e documental, por meio da consulta à doutrina especializada, em manuais e artigos publicados em revistas e jornais voltados aos estudos sobre arbitragem internacional. Além disso, foram explorados documentos oficiais das Nações Unidas quando da redação da Convenção de Nova Iorque e da Lei Modelo da UNCITRAL, regulamentos de arbitragem de instituições arbitrais internacionalmente reconhecidas e decisões de tribunais estatais que trataram sobre pedidos de impugnação de sentenças arbitrais por motivos vinculados à administração do procedimento.

Tendo em vista o expressivo número de referências transcritas a partir de outros idiomas, em sua maioria da língua inglesa, todas as traduções foram realizadas pelo próprio autor, que se responsabiliza pelo conteúdo. Além disso, todos os endereços eletrônicos foram

verificados pela última vez em 13 de novembro de 2019, de modo que o autor se responsabiliza também pelo funcionamento dos links fornecidos.

Visando à melhor compreensão do leitor, a metodologia utilizada para as referências e citações foi híbrida, combinando notas de rodapé e explicativas no mesmo método, utilizando o sistema numérico determinado pela Associação Brasileira de Normas Técnicas através da NBR10520:2002.

2. IMPUGNAÇÃO ÀS SENTENÇAS ARBITRAIS EM ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL: O FUNDAMENTO DO “*DUE PROCESS PARANOIA*”

A Convenção de Nova Iorque de 1958 pode ser interpretada como a causa principal pela qual a arbitragem se tornou o método mais reconhecido para a resolução de disputas comerciais internacionais. Os mais importantes países comerciantes do mundo se tornaram signatários da Convenção, visto que ela oferece um modo simples e efetivo de obtenção do reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras.¹

Conforme estudo realizado pela Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (ICC) em 2012, uma característica que merece particular atenção no que se refere à minimização de perdas em relação a tempo e custos nos procedimentos arbitrais internacionais é a eficiência na administração dos mesmos por parte dos árbitros. A baixa eficiência na condução dos procedimentos arbitrais foi identificada como uma das causas basilares para seu aumento de tempo e custos.² Nesse sentido, de acordo com a pesquisa empírica realizada pela Escola de Arbitragem Internacional da *Queen Mary University of London* em 2015³, apresenta-se como um desafio aos tribunais arbitrais encontrar um equilíbrio entre suas responsabilidades de resguardar o direito das partes ao princípio do processo legal, mas também administrar arbitragens com eficiência.⁴

Diante de tal cenário, a pesquisa da *Queen Mary University* indica que é comum entre árbitros o receio de se cometer atos durante a condução da arbitragem que abram possibilidades de impugnação da sentença arbitral. Esse receio se intensifica quando o tribunal arbitral se vê diante de requerimentos das partes que afetam o bom andamento da arbitragem, uma vez que, por um lado, o indeferimento do pedido colabora com a eficiência do procedimento; por outro, o tribunal poderia estar desrespeitando o direito das partes de apresentar seus argumentos, um dos critérios para se negar a execução de uma sentença arbitral, de acordo com o artigo 5 (1) (b) da Convenção de Nova Iorque.

A pesquisa intitulou esse fenômeno de “*due process paranoia*”, que

descreve a relutância dos tribunais em agir decisivamente em certas situações por receio de que a sentença arbitral venha a ser impugnada com

¹ BLACKBY, Nigel; PARTASIDES, Constantine (et al.), 2015. pp. 61-62.

² ICC COMMISSION REPORT. **Reducing Time and Costs in International Arbitration**. ICC, ed. 2, 2012.

³ QUEEN MARY UNIVERSITY AND WHITE & CASE. **International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration**. 2015. Acesso em 01/07/2017.

⁴ Ibidem. p. 10.

base no argumento que uma das partes não tenha exercido seu direito de apresentar seus argumentos propriamente.⁵

As origens, efeitos e limites do “*due process paranoia*” compõem o objeto deste trabalho. Desse modo, para se compreender e averiguar a fundo esse fenômeno, faz-se necessária a análise do seu elemento mais fundamental: a possibilidade de impugnação de sentenças proferidas em arbitragens comerciais internacionais.

A análise sobre essas possibilidades será realizada diante dos diplomas normativos fundamentais e internacionalmente reconhecidos quanto ao desenvolvimento e à prática desse instituto: a Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras (Convenção de Nova Iorque de 1958) e a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional.

Dessa forma, considerando que o objetivo desta pesquisa é analisar a existência dos reais fundamentos normativos, principiológicos e jurisprudenciais que consubstanciam a existência do “*due process paranoia*”, o primeiro capítulo se propõe a analisar as bases normativas desse fenômeno. Para tanto, analisar-se-ão conceitos básicos de arbitragem comercial internacional, as possibilidades de impugnação das sentenças arbitrais e, de que forma a pesquisa empírica da *Queen Mary University of London* verificou a ocorrência do “*due process paranoia*”.

Primeiramente, será analisada a conceituação de arbitragem comercial internacional, principalmente para se delimitar o escopo desta pesquisa, excluindo do seu objeto a arbitragem doméstica, de investimentos ou entre Estados. A seguir, será examinada a relevância da Convenção de Nova Iorque de 1958 e da Lei Modelo da UNCITRAL para o desenvolvimento da arbitragem e seu papel na delimitação de critérios que possibilitam a impugnação de sentenças arbitrais.

Em sequência, serão estudadas as formas de impugnação e seus procedimentos, partindo-se de um breve histórico sobre a arbitragem para se compreender a alocação de poderes entre tribunais estatais e arbitrais no decorrer de um processo arbitral. Por fim, verificados os fundamentos para impugnação de sentença arbitral, o primeiro capítulo será finalizado abordando fenômeno do “*due process paranoia*”, sua conceituação e seus fundamentos normativos nos instrumentos supracitados.

⁵ “Due process paranoia” describes a reluctance by tribunals to act decisively in certain situations for fear of the arbitral award being challenged on the basis of a party not having had the chance to present its case fully”.

2.1 ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

A arbitragem comercial internacional se constitui como um meio de solução de disputas altamente utilizado por comerciantes, importadores e exportadores em seus litígios envolvendo operações transfronteiriças. É frequente a previsão de cláusulas arbitrais em contratos internacionais do comércio, uma vez que, a complexidade desses instrumentos, assim como as especificidades do direito comercial internacional, geralmente requer análises legais mais técnicas do que oferecem as cortes estatais.⁶

O termo "arbitragem comercial internacional" é encontrado primeiramente na Convenção de Genebra assinada em 1961 e na Lei Modelo adotada pela Comissão das Nações Unidas para o Direito do Comércio Internacional (UNCITRAL)⁷. Para se analisar o significado desse instituto, serão tratados separadamente os termos "arbitragem", "arbitragem internacional" e "arbitragem comercial internacional".

2.1.1 Arbitragem

Na tentativa de definir o termo "arbitragem", com algumas variações e de modo geral, a doutrina entende ser "um processo em que as partes submetem suas disputas a um terceiro não vinculado a entes governamentais e que foi por elas escolhido no intuito de elaborar uma decisão vinculativa que resolva uma disputa de acordo com procedimentos adjudicatórios neutros e garantindo a cada parte a oportunidade de apresentar seus argumentos".⁸

De acordo com Fouchard, Gaillard e Goldman, em arbitragem internacional, a definição de que a "arbitragem é uma ferramenta na qual a solução de uma disputa é confiada a um ou mais árbitros que obtêm seus poderes através de contrato firmado entre as partes ao invés de autoridades estatais e que devem decidir o caso segundo ditames contratuais" é preferível se

⁶ MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. **Arbitragem Comercial**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986. p.18.

⁷ A Assembleia Geral das Nações Unidas, por meio da Resolução 2205/XXI, de 17.12.1966, que criou a UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*) também conhecida como CNUDCI (*Commission des Nations Unies pour le Droit du Commerce International*), declarou que: "8. A Comissão desenvolverá a harmonização progressiva e a unificação das leis de comércio internacional (...) c. preparando ou promovendo a adoção de novas convenções internacionais, leis-modelo e leis uniformes." No rol de matérias que seriam foco dos trabalhos da UNCITRAL, foi incluído no item "10 (...) g. arbitragem comercial".

⁸ BORN, Gary B. **International Arbitration: Law and Practice**. Kluwer Law International, 2016. p. 02.

comparada à forma de definição no direito doméstico, que possui como principal característica a retirada da jurisdição das cortes estatais por questões vinculadas à eficiência.⁹

Como exemplo da suprarreferida forma de análise da arbitragem doméstica, Bernardo Cremades, na clássica obra "*Estudios sobre Arbitraje*"¹⁰, de 1977, inicia tratando sobre conflitos advindos de relações contratuais e sobre a postura do advogado tradicional espanhol em levar tal conflito ao judiciário. Além disso, o autor perpassa pelos problemas comuns vinculados a um litígio dirimido pelo poder judiciário, até iniciar as tratativas sobre as vantagens de se dirimir conflitos comerciais por meio da arbitragem. No Brasil, José Carlos de Magalhães e Luiz Olavo Baptista também pontuam, no prólogo da obra "*Arbitragem Comercial*", que "arbitragem é meio primitivo de resolver litígios que florescem nos momentos em que as instituições públicas gozam de menos prestígio"¹¹.

Na França, René David, na obra "*L'arbitrage dans le commerce international*", elucida que "arbitragem é técnica que visa a dar solução a uma questão de interesse vinculado às relações entre duas ou várias partes, através da decisão de uma ou mais pessoas - o árbitro ou os árbitros - as quais possuem poderes advindos de uma convenção privada firmada entre as partes e que decidem o caso com base nessa convenção, sem contar com a licença do Estado para tanto."¹²

Na doutrina brasileira, vide Carlos Alberto Carmona, arbitragem pode ser conceituada como "uma técnica para solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas, que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir eficácia de sentença judicial"¹³. Por sua vez, Irineu Strenger descreve a arbitragem como uma "modalidade jurisdicional privada, implantada por força de legislações internas, que consolidam sua existência e judicialidade"¹⁴.

Nas palavras de Maristela Basso, a arbitragem somente poderá ser aplicada diante de litígios decorrentes de direitos patrimoniais disponíveis, sendo indispensável a manifestação de

⁹ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (eds). **Fouchard, Gaillard and Goldman in International Commercial Arbitration**. Kluwer Law International, 1999, p.10.

¹⁰ CREMADES, Bernardo Maria. **Estudios sobre Arbitraje**. Madrid: Marcial Pons, 1977. pp. 12-14.

¹¹ MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo, 1986. p. 5.

¹² DAVID, René. **L'arbitrage dans le commerce international**. Paris: Economica, 1982. p. 9.

¹³ CARMONA, Carlos Alberto. **A arbitragem no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 19.

¹⁴ STRENGER, Irineu. **Arbitragem Internacional Conceitos Básicos**. In: PUCCI, Adriana Noemi (ed.). *Arbitragem Comercial Internacional*. São Paulo: Editora LTr, 1998. p. 21.

vontade das partes por escrito declarando seu interesse em submeter o conflito ao juízo arbitral, que se configura como a convenção de arbitragem. A autora explica que a convenção pode se apresentar na forma de cláusula compromissória presente em um contrato, ou na forma de compromisso arbitral. Além disso, a convenção pode ser judicial, ou seja, celebrada no curso de um processo judicial, ou extrajudicial, através de instrumento particular assinado por duas testemunhas.¹⁵

Ainda segundo Strenger¹⁶, e conforme se depreende dos conceitos desenvolvidos pelos autores supracitados, o termo "arbitragem" pode ter ampla extensão, abrangendo desde pequenos conflitos até grandes controvérsias empresariais ou estatais em diversos planos do direito que não estejam expressamente excluídos pela legislação. Por isso, muitos acreditam na unidade conceitual da arbitragem, tornando-se relevante delinear o campo da arbitragem comercial internacional quando a intenção seja tratar sobre esse tema em específico.

2.1.2 Arbitragem internacional

Segundo o autor francês Philippe Fouchard, o termo "arbitragem internacional" possui duas concepções: i) uma noção ampla, em que é suficiente que um elemento do litígio ou da arbitragem tenha conexão com país distinto àquele ao qual se vincula o restante do negócio jurídico; ii) uma noção estrita, em que arbitragem consiste em um meio específico para a evolução e formação de uma comunidade formada por comerciantes internacionais. Dessa forma, Fouchard distingue uma ideia ampla de "arbitragem internacional" da "arbitragem do comércio internacional", essa, por sua vez, autônoma em relação ao Estado.¹⁷

De acordo com Gary Born, longe de ser perfeita, a arbitragem internacional é amplamente reconhecida como o método preferido para se resolver disputas internacionais. A arbitragem internacional proporciona um processo de resolução de disputas neutro, célere e técnico, contendo elementos submetidos à escolha das partes, como a sede da disputa, idioma, lei material aplicável e calendário do procedimento, além de possuir um conjunto de convenções e

¹⁵ BASSO, Maristela. Arbitragem em E-Business e Mecanismos On-Line de Solução de Controvérsias. **Revista Brasileira de Arbitragem**, julho-outubro 2003. p. 209.

¹⁶ Ibidem

¹⁷ FOUCHARD, Phillipe. **Quand un arbitrage est-il international?**, Revue de l'arbitrage, 1970, p. 59.

normas amplamente reconhecidas internacionalmente, que garantem a executividade da sentença e da convenção arbitral.¹⁸

Cabe destacar que os aspectos de diferenciação entre arbitragem doméstica e internacional são de grande relevância, principalmente quanto aos seus efeitos jurídicos, leis aplicáveis e validade. Segundo Irineu Strenger, caso não se admitisse a validade dessa divisão, seria extremamente difícil lograr sucesso no processo de harmonização de normas e costumes do comércio internacional¹⁹ e superar conflitos de leis oriundas de diferentes sistemas jurídicos internos²⁰.

A definição de "arbitragem internacional" está delineada na Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional, em seu artigo 1 (3):

Uma arbitragem é internacional se: a) as partes numa convenção de arbitragem possuírem, no momento da conclusão dessa convenção, o seu estabelecimento em Estados diferentes; b) um dos lugares a seguir referidos estiver situado fora do Estado no qual as partes têm o seu estabelecimento: i) a sede da arbitragem, se este estiver fixado na Convenção de arbitragem ou for determinável de acordo com ela; ii) qualquer lugar onde deve ser executada uma parte substancial das obrigações resultantes da relação comercial ou o lugar com o qual o objeto do litígio seja mais estreitamente conexo, ou c) as partes tiverem convencionado expressamente que o objeto da convenção de arbitragem tem conexão com mais de um país."²¹

Esse conceito esclarece que uma arbitragem é internacional quando envolve partes, árbitros e leis advindos de diferentes países, mas vinculados ao mesmo procedimento arbitral. No que tange às leis, importante salientar que, em direito do comércio internacional, é primordial conhecer quais Estados são signatários das principais convenções internacionais em matéria de comércio e resolução de disputas, como a Convenção de Nova Iorque, de 10 de junho de 1958²² e a de Washington²³, de 18 de março de 1965.²⁴

¹⁸ BORN, Gary, B. 2016. pp. 7-8.

¹⁹ Na Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, foi reconhecido o princípio da uniformidade das leis nacionais de arbitragem. Segundo Strenger, "uma maior uniformidade de leis nacionais sobre arbitragem aumentaria a eficácia da arbitragem na solução de litígios de direito privado".

²⁰ STRENGER, Irineu. 1998. pp. 36-37.

²¹ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, 1985. *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006. Article. 1, (3).* " (3) An arbitration is international if: (a) the parties to an arbitration agreement have, at the time of the conclusion of that agreement, their places of business in different States; or (b) one of the following places is situated outside the State in which the parties have their places of business: (i) the place of arbitration if determined in, or pursuant to, the arbitration agreement; (ii) any place where a substantial part of the obligations of the commercial relationship is to be performed or the place with which the subject-matter of the dispute is most closely connected; or (c) the parties have expressly agreed that the subject matter of the arbitration agreement relates to more than one country."

²² A Convenção de Nova Iorque de 1958 (Convenção das Nações Unidas para o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras) é uma das fundações da arbitragem internacional. É em razão dessa Convenção

A ideia por trás da definição de arbitragem internacional trazida pela Lei Modelo foi discutida por anos e aprovada no encontro de 1984 do ICCA - *International Council for Commercial Arbitration* (Conselho Internacional de Arbitragem Comercial) quando exposta por Pieter Sanders na sua introdução sobre a publicação dos trabalhos referentes aos Congressos do ICCA²⁵. Segundo Alan Redfern e Martin Hunter, o método mais efetivo de criar um sistema "universal" de normas que regulem arbitragem internacional é via convenções internacionais, e, mais recentemente, por meio de leis modelo.²⁶ Convenções internacionais auxiliaram na conexão de diferentes sistemas legais, de forma a criar uma rede de normas que, por mais gramaticalmente distintas que sejam, possuem o objetivo comum de viabilizar a execução de sentenças e compromissos arbitrais no plano internacional.

Os marcos normativos internacionais mais relevantes em arbitragem internacional, para além das Convenções de Nova Iorque e de Washington, são o Protocolo de Genebra de 1923²⁷, a Convenção de Genebra de 1927²⁸, o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL²⁹ de 1976 e suas revisões em 2010 e 2013 e a Lei Modelo da UNCITRAL de 1985³⁰ e sua revisão em 2006.³¹

que a arbitragem se tornou o método estabelecido para a resolução de disputas internacionais, uma vez que ela possibilita a ampla execução de sentenças arbitrais estrangeiras e o reconhecimento de compromissos arbitrais. Até novembro de 2019, 161 Estados assinaram a Convenção.

²³ O *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)* foi estabelecido na ocasião da *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (the ICSID Convention)*. A Convenção foi estruturada por diretores executivos do Banco Mundial e, em 18 de março de 1965 submetida para assinaturas e ratificações. A Convenção entrou em prática em 14 de outubro de 1966 ratificada por 20 Estados, possuindo até maio de 2019 163 Estados. De acordo com as previsões da Convenção, o ICSID disponibiliza estrutura para conciliação e arbitragem de disputas envolvendo investimentos entre Estados signatários da Convenção e partes também nacionais de Estados signatários.

²⁴ STRENGER, Irineu. 1998. pp. 22-24.

²⁵ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. **ICCA Congress Series Vol. 2**. Kluwer Law International. p. 11.

²⁶ BLACKBY, Nigel; PARTASIDES, Constantine (et al.), 2015. p. 58.

²⁷ O Protocolo de Genebra de 1923 possuía dois objetivos principais. Seu primeiro objetivo era garantir que cláusulas arbitrais fossem executáveis internacionalmente, de forma que partes vinculadas a um compromisso arbitral fossem obrigadas a resolver suas disputas através de uma arbitragem ao invés das cortes estatais. Isso foi realizado através de solicitações oficiais no sentido que cortes se negassem a receber casos em que as partes acordaram contratualmente em resolver disputas por arbitragem. O segundo objetivo do Protocolo foi garantir que sentenças arbitrais vinculadas aos referidos compromissos arbitrais fossem executáveis nos Estados onde os compromissos fossem elaborados.

²⁸ A Convenção de Genebra de 1927 foi destinada a ampliar o escopo do Protocolo de 1923, de forma a possibilitar o reconhecimento e execução das sentenças arbitrais referidas no Protocolo não somente nos Estados onde o compromisso foi elaborado, mas em qualquer Estado signatário da Convenção. No entanto, uma parte que desejasse realizar a execução de uma sentença arbitral através dessa Convenção tinha de comprovar os requisitos de execução tanto no país onde a sentença seria executada quanto naquele onde ela foi elaborada. Essa característica foi conhecida como "*double exequatur*": procurava fazer com que a parte vencedora devesse primeiro buscar uma declaração da corte estatal do Estado onde a arbitragem foi realizada (*exequatur*) - para provar que a decisão era

Nas palavras de Giuditta Cordero-Moss, a autonomia da arbitragem internacional é garantida justamente pelos instrumentos normativos internacionais. Em primeiro lugar, pela Convenção de Nova Iorque de 1958, vez que os seus países signatários precisam aplicá-la quando uma das partes requer o reconhecimento de uma convenção de arbitragem ou execução de uma sentença arbitral estrangeira. Ademais, a Lei Modelo da UNCITRAL, deliberadamente alinhada com a Convenção de Nova Iorque, proporcionou uma larga harmonização normativa de arbitragem ao redor do mundo.³²

Mais detalhes sobre a Lei Modelo da UNCITRAL serão analisados na sequência deste capítulo. Por ora, importante destacar que o seu princípio "*Lex Specialis*" estabelece que esse corpo normativo foi desenvolvido para criar um regime legal especial para a arbitragem comercial internacional, de forma que, nos Estados que o adotarem³³, ele prevalecerá sobre qualquer outra lei da sede da arbitragem. Esse princípio se refere à noção de que as regras

final no seu país de origem e, por isso, poderia ser executada – e, na sequência, pudesse solicitar a execução da sentença em outro Estado signatário da Convenção.

²⁹ O Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL (*UNCITRAL Arbitration Rules*) faz parte do rol de regulamentos de arbitragem reconhecidos em todo o mundo, ao lado das regras de instituições como a Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (ICC) e da *London Court of International Arbitration* (LCIA). Esses regulamentos definem a "estrutura geral da arbitragem", estabelecendo características sobre a seleção da sede da arbitragem, escolha do tribunal arbitral, impugnação de árbitros, escolha de peritos, entre outros. Conforme demonstram as pesquisas empíricas realizadas pela *Queen Mary University of London's School of International Arbitration*, o regulamento da UNCITRAL se tornou a mais popular escolha entre partes envolvidas em arbitragens internacionais *ad-hoc*, ou seja, realizadas fora dos auspícios de uma instituição arbitral.

³⁰ A Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional foi iniciada como uma proposta de reforma à Convenção de Nova Iorque. Esse projeto resultou em uma pesquisa realizada pela UNCITRAL sobre os efeitos de harmonização de leis de arbitragem de diferentes países na forma de uma lei modelo e seus benefícios quando comparados a uma Convenção. O texto final da Lei Modelo da UNCITRAL foi adotado na sessão de junho de 1975 da Comissão como uma lei-modelo de regulação de arbitragem comercial internacional, e uma recomendação da Assembleia Geral das Nações Unidas sobre a adoção da Lei Modelo foi adotada em 1985. De acordo com a obra *Redfern and Hunter on International Commercial Arbitration*, se a Convenção de Nova Iorque colocou a arbitragem internacional em uma perspectiva global, a Lei Modelo fez a arbitragem se tornar realmente reconhecida, sendo utilizada como referência pela maioria dos países.

³¹ BLACKBY, Nigel; PARTASIDES, Constantine (et al.) **Redfern and Hunter on International Arbitration**. Oxford: Oxford University Press, 2015. pp. 60-64.

³² CORDERO-MOSS, Giuditta (ed.). **International Commercial Arbitration: Different Forms and their Features**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp. 7-8.

³³ No Brasil, a Lei Brasileira de Arbitragem, Lei 9.307/1996, foi influenciada pela Lei Modelo de Arbitragem Comercial Internacional da UNCITRAL. O autor do projeto da Lei 9.307/1996, Senador Marco Maciel, na exposição de motivos da lei, esclareceu que a proposta legislativa apresentada levava em conta diretrizes da comunidade internacional, especialmente as fixadas pela ONU na Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional formulada pela UNCITRAL. A aprovação da lei 9.307, de 23 de setembro de 1996 resultou de um movimento iniciado pela denominada operação *Arbiter*, comandada pelo Instituto Liberal de Pernambuco, coordenado pelo Dr. Petrônio Muniz. Juristas estudiosos do tema contribuíram para o aperfeiçoamento do texto da lei incluindo Carlos Alberto Carmona, Pedro Batista Martins e Selma M. Ferreira Lemes.

vinculadas à arbitragem comercial internacional substituem, através da Lei Modelo, qualquer disposição divergente relacionada à legislação interna sobre arbitragem doméstica.³⁴

Dessa forma, baseada em convenções, leis modelo e outros regulamentos com caráter de *soft law*, a arbitragem internacional oferece às partes segurança jurídica necessária para utilizar os benefícios de uma resolução de disputas flexível, que possibilite a autonomia das partes e relativo controle sobre o procedimento. Essas características são particularmente importantes, visto que as partes geralmente não desejam seus casos submetidos às jurisdições umas das outras, temendo vantagens advindas da maior familiaridade de um polo sobre a lei aplicada ao direito material e/ou procedimental.³⁵ Para além, a arbitragem internacional oferece benefícios em casos envolvendo Estados ou entidades estatais: um tribunal internacional neutro é frequentemente mais apropriado para resolver disputas entre Estados, entidades estatais e partes privadas, em comparação a uma corte nacional.³⁶

De acordo com Gustavo Moser, a arbitragem é um método atraente de resolução de disputas não só por ser, em potência, mais eficiente na equação custo-benefício do que outros métodos. Gustavo Moser entende que os árbitros, devido ao grau de especialização e sofisticação do arranjo contratual subjacente à disputa arbitral, estão - também em potência, é preciso que se diga - mais ambientados e familiarizados com as matérias objeto das disputas arbitrais, o seu desenlace e a repercussão econômica no contrato, de modo que árbitros, também pelo caráter privado do contrato de investidora, tendem a interpretar o suporte fático e aplicar a lei (costumes, princípios gerais do direito e/ou regramento acordado entre as partes) sob um olhar mais pragmático e menos dogmático. As partes concedem ao tribunal arbitral considerável autonomia para estruturar o procedimento, de forma que os árbitros, já familiarizados com aquele determinado tipo de litígio, desenvolvem e implementam uma estrutura de resolução de forma a catalisar a eficiência do procedimento.³⁷

Destaca-se que a maioria das arbitragens internacionais envolvem disputas comerciais, ou seja, entre partes privadas – entre duas ou mais empresas, por exemplo. No entanto, arbitragens

³⁴ STRENGER, Irineu. 1998. p. 39.

³⁵ MOSES, Margaret L. **The Principles and Practice of International Commercial Arbitration**. New York: Cambridge University Press, 2008. p. 1.

³⁶ BORN, Gary, 2016. p. 14.

³⁷ MOSER, Luiz Gustavo Meira. Arbitration and Choice of Law in Cross-Border Transactions: A Potential Interplay? **ASA Bulletin**, 2016, vol. 34, issue 1. p. 108.

de investimento, ou seja, entre parte privada e Estado estrangeiro, e arbitragens entre Estados também são incluídas no gênero “arbitragem internacional”³⁸.

Nesse sentido, importante salientar que, dentro do gênero "arbitragem internacional", distinguem-se espécies como "arbitragem comercial internacional", "arbitragem de investimentos" e "arbitragem entre Estados".³⁹ Aqui, o foco se limita à arbitragem comercial internacional, isto é, aquela que envolve apenas partes privadas, conforme será analisado no item seguinte.

Levando todos esses aspectos em consideração, durante os últimos trinta anos, a prática da arbitragem internacional se tornou de fato profissionalizada, de forma que, na maioria das universidades onde essa matéria é ensinada, ela se tornou independente e não apenas vinculada às disciplinas de Direito Internacional Privado ou, conforme a tradição inglesa, *Conflicts of Laws*.⁴⁰ Essa transformação pode, também, ser vista na prática, dado que escritórios de advocacia ao redor do mundo atualmente possuem grandes equipes dedicadas exclusivamente à arbitragem internacional.⁴¹

Nesse processo, a própria arbitragem internacional se transformou, tornando-se mais institucionalizada e deixando para trás o conceito de "justiça informal" que carregou por muitos anos.⁴² Também se tornou mais "judicializada", partindo do pressuposto que as relações entre tribunal arbitral e justiça comum se estreitaram e possibilitaram o suporte das cortes estatais à legitimação dos tribunais arbitrais.⁴³

2.1.3 Arbitragem comercial internacional

Determinadas as definições de "arbitragem" e "arbitragem internacional", cabe agora especial atenção ao termo "comercial". Nesse aspecto, destaca-se que a Lei Modelo de Arbitragem Comercial Internacional da UNCITRAL, cumprindo seu papel de harmonização, teve função deveras relevante no processo de definição de conceitos ao versar sobre os três elementos que compõem "arbitragem comercial internacional".

³⁸ Ibidem. p. 417.

³⁹ Ibidem. p. 14

⁴⁰ REDFERN, Alan. **The Changing World of International Arbitration**. In: CARON, David. D.; SCHILL, Stephan W. (et al.). *Practising Virtue: Inside International Arbitration*. Oxford Scholarship Online, 2015. p. 45.

⁴¹ Ibidem.

⁴² SWEET, Alex Stone. GRISEL, Florian. **The Evolution of International Arbitration: Judicialization, Governance, Legitimacy**. Oxford Scholarship Online, 2017. p. 2.

⁴³ Ibidem.

O artigo 1 da Lei Modelo da UNCITRAL, que define o escopo de sua aplicação⁴⁴, incluiu uma nota de rodapé com a seguinte definição do termo “comercial”, que

(...) deve ser compreendido no seu sentido lato, de forma a abranger as questões decorrentes de qualquer relação de natureza comercial, contratual ou não contratual. As relações comerciais incluem, mas não se encontram restritas, às seguintes transações: qualquer fornecimento de bens ou serviços; acordos de distribuição; representação ou agência comercial; *factoring*; *leasing*; construção civil; consultoria; engenharia; licenças; investimento; financiamento; operações financeiras; seguros; acordo de exploração ou de concessão; *joint venture* e outras formas de cooperação industrial ou comercial; transporte de bens ou de passageiros por ar, mar, ferrovia ou por estrada.⁴⁵

A Lei Modelo da UNCITRAL traz um rol bastante amplo de espécies de relações comerciais que podem ter seus conflitos dirimidos através da arbitragem comercial internacional, incluindo relações não necessariamente vinculadas à compra e venda de mercadorias, como *factoring*, *leasing* e financiamento.

Nas palavras de Raul Etcheverry, até a criação da justiça estatal, os comerciantes resolviam seus conflitos entre si, uma vez que, considerando as especificidades do direito mercantil, apenas eles mesmos compreenderiam o caso. O comércio internacional possui na mercadoria seu próprio sistemas de normas, e na arbitragem o seu próprio sistema jurisdicional.⁴⁶ Ela se tornou, assim, o meio de excelência para resolver os conflitos comerciais, em especial os de cunho internacional⁴⁷, considerando que, além do direito material, decisões como a nacionalidade dos árbitros, idioma, sede da arbitragem e *lex arbitri*, que ficam a cargo das partes, constroem uma estrutura benéfica para a resolução de casos comerciais internacionais.

Além das características supracitadas, um elemento que colabora para a crescente utilização da arbitragem internacional é a possibilidade de executar sentenças arbitrais estrangeiras ao redor do mundo. Essa vantagem é resultado do sucesso atingido pela Convenção

⁴⁴ "This Law applies to international commercial arbitration, subject to any agreement in force between this State and any other State or States."

⁴⁵ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. *UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with amendments as adopted in 2006*. Article 1, footnote. The term "commercial" should be given a wide interpretation so as to cover matters arising from all relationships of a commercial nature, whether contractual or not. Relationships of a commercial nature include, but are not limited to, the following transactions: any trade transaction for the supply or exchange of goods or services; distribution agreement; commercial representation or agency; factoring; leasing; construction of works; consulting; engineering; licensing; investment; financing; banking; insurance; exploitation agreement or concession; joint venture and other forms of industrial or business cooperation; carriage of goods or passengers by air, sea, rail or road.

⁴⁶ ETCHEVERRY, Raul Anibal. **El arbitraje internacional y su incidencia en el comercio internacional**. In: PUCCI, Adriana Noemi (ed.). *Arbitragem Comercial Internacional*. São Paulo: Editora LTr, 1998. p. 42.

⁴⁷ *Ibidem*.

de Nova Iorque de 1958, ou Convenção das Nações Unidas para o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, tópico a ser abordado em seguida.

2.1.4 A Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras

Com o desenvolvimento de diferentes leis em matéria de arbitragem na Inglaterra, Suíça, França, Estados Unidos, dentre outros, tornou-se claro que regulamentos para a sistematização do processo de execução internacional de sentenças arbitrais eram essenciais para o crescimento do comércio internacional.⁴⁸ Dessa forma, o primeiro desses regulamentos foi o Protocolo da Liga das Nações de 1923, seguido do Protocolo e da Convenção de Genebra de 1927 sobre a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, que construiu os fundamentos para a Convenção de Nova Iorque de 1958 sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras.⁴⁹

A Convenção de Nova Iorque de 1958 é um dos poucos exemplos de sucesso de um instrumento de direito comercial internacional elaborado por uma agência intergovernamental especializada ou pelas Nações Unidas. Ela é também um dos diplomas normativos do pós-Segunda Guerra que demonstram que a comunidade internacional estava pronta para continuar seu caminho em direção a uma maior cooperação internacional através de regras comerciais harmonizadas.⁵⁰

No que toca ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais, assim como em uma jurisdição nacional, a sentença final da arbitragem também possui seu cumprimento compulsório nos limites das fronteiras do Estado onde a sentença foi elaborada. No entanto, a Convenção de Nova Iorque possibilitou a execução fora do país originário das sentenças. Quando os termos da sentença arbitral não são cumpridos voluntariamente, a parte vencedora pode requerer que o cumprimento seja forçado; a Convenção exerce justamente esse papel, permitindo às partes

⁴⁸ MUSTILL, Baron. **The History of International Commercial Arbitration**. In: NEWMAN, Lawrence W; HILL, Richard D. *The Leading Arbitrator's Guide to International Arbitration*. JurisNet, LLC, 2014. p. 11.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ KRONKE, Herbert. **The New York Convention Fifty Years on: Overview and Assessment**. In: KRONKE, Herbert; NASCIMENTO, Patricia (eds). *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*. Kluwer Law International, 2010. p. 231

requerer a execução da sentença mesmo que em jurisdição estrangeira ao país onde a sentença foi elaborada.⁵¹

Junto à Convenção de Nova Iorque, outros instrumentos foram elaborados nesse período. Cita-se, em especial, a Convenção de Varsóvia para a Unificação de Regras de Transporte Internacional de Mercadorias pelo Ar⁵², a Convenção sobre o Transporte Internacional de Bens por Estradas⁵³ e a Convenção de Viena sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias⁵⁴.

No entanto, pode ser questionado o porquê de apenas alguns desses instrumentos de comércio internacional. De acordo com Herbert Kronke, boa parte desses instrumentos adotou posturas por demais eurocêntricas, diferentemente do que ocorrera com a Convenção de Nova Iorque⁵⁵.

De maneira geral, a vantagem mais importante da arbitragem sobre o processo judicial comum em um contexto de resolução de disputas comerciais internacionais é o alto grau de certeza que as partes podem ter de que a sentença será executada em quase qualquer lugar no mundo, o que somente ocorre em razão do alto grau de aplicabilidade da Convenção de Nova Iorque e seus 161 membros signatários. Não há de maneira similar um instrumento amplamente aceito que verse sobre a execução de sentenças proferidas por cortes estatais.⁵⁶

A Convenção de Nova Iorque criou um regime quase universal para execução e reconhecimento de sentenças arbitrais. As decisões emanadas por cortes estatais, por outro lado, apenas são reconhecidas quando a lei doméstica ou um relevante tratado o permitem, o que acarreta sensação de incerteza às partes. Países europeus adotaram sistemas regionais de

⁵¹ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION (ICCA). **ICCA'S Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: A Handbook for Judges**. Kluwer Law International, 2011. p. 9.

⁵² The 1929 Warsaw Convention for the Unification of Certain Rules Relating to International Carriage by Air.

⁵³ The 1956 Convention for the International Carriage of Goods by Road.

⁵⁴ The 1980 Vienna Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG).

⁵⁵ KRONKE, Herbert, 2010. p. 2.

⁵⁶ Ibidem. p. 3

reconhecimento e execução de sentenças estrangeiras, como a Convenção de Bruxelas de 1968⁵⁷, atualizada através da Convenção de Lugano⁵⁸ de 1988.⁵⁹

No entanto, a regra geralmente prevista em sistemas de *civil law* é que sentenças estrangeiras apenas são executadas diante do requerimento da reciprocidade, o que gera ainda mais insegurança às partes. Em jurisdições de *common law*, por sua vez, as sentenças estrangeiras geralmente são executadas, mas as cortes detêm critérios bastante abertos sobre a matéria.⁶⁰

A Convenção de Nova Iorque, possibilitando que Estados sejam dela signatários com reservas, foi tão aceita na comunidade internacional que a cada ano se torna mais rara a possibilidade de se executar uma sentença arbitral em um país não signatário da Convenção.⁶¹ Ela pode, portanto, ser definida como um pilar essencial da moderna arbitragem comercial internacional.⁶²

A ampla aceitação da Convenção influenciou, inclusive, a elaboração de outros diplomas normativos que poderiam beneficiar ainda mais o cenário da arbitragem comercial internacional. Um exemplo de sucesso é a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional. A Lei Modelo foi a terceira das três grandes iniciativas assumidas pela UNCITRAL com vistas a colaborar com o comércio no período pós-Segunda Guerra, por intermédio da utilização dos meios alternativos de resolução de disputas. As outras duas iniciativas albergadas no seio da UNCITRAL, como mencionado, foram a Convenção de Nova Iorque e o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL⁶³.⁶⁴

⁵⁷ Convenção de Bruxelas, de 27 de Setembro de 1968, relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial, alterada pelos Actos de Adesão relativos aos sucessivos alargamentos da União Europeia.

⁵⁸ Convenção de Lugano, de 16 de Setembro de 1988, relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial, que alarga a aplicação das disposições da Convenção de Bruxelas de 1968 a alguns Estados membros da Associação Europeia de Comércio Livre.

⁵⁹ SMIT, Hans. **Annulment and Enforcement of International Arbitral Awards: a Practical Perspective** In: NEWMAN, Lawrence W; HILL, Richard D. *The Leading Arbitrator's Guide to International Arbitration*. JurisNet, LLC, 2014.p. 910.

⁶⁰ Ibidem.

⁶¹ MUSTILL, Baron, 2014. p. 11.

⁶² Ibidem.

⁶³ Ibidem. p. 15.

⁶⁴ Importante destacar os papéis fundamentais que cada um desses três trabalhos da UNCITRAL teve para o desenvolvimento da arbitragem internacional. Enquanto a Convenção de Nova Iorque foi desenvolvida para garantir a executividade de sentenças e compromissos de arbitragem em todos os seus países signatários, o que construiu uma imensa rede onde tanto sentenças quanto compromissos arbitrais são aceitos, a Lei Modelo se preocupou em uniformizar as leis internas de arbitragem dos países que a adotam. A relevância da Lei Modelo é uniformizar as práticas de arbitragem ao redor do mundo através da forma como as relações entre Estado e arbitragem se

Nas palavras de Loukas Mistelis, o sucesso da Convenção de Nova Iorque é o maior alcance no mundo da arbitragem internacional nos últimos cinquenta anos, abrangendo dentre seus signatários a maioria, senão todos, dos países que movimentam o comércio internacional, justamente por possibilitar o reconhecimento e execução estrangeira de sentenças e acordos de arbitragem.⁶⁵

De acordo com Alex Sweet, não haveria tamanho desenvolvimento da arbitragem comercial internacional se não fosse solucionado o crucial problema sobre como executar uma sentença arbitral em jurisdição estrangeira. Dessa forma, com a chegada da Convenção de Nova Iorque nos anos 60, juízes e legisladores de nações vinculadas ao comércio internacional puderam amenizar suas excessivas análises sobre o direito material das sentenças a serem executadas e se concentrar apenas nos critérios objetivos disponibilizados pela Convenção, tornando suas jurisdições mais amigáveis à arbitragem.⁶⁶

Esses operadores jurídicos tiveram pelo menos três razões para tornar seus sistemas de justiça mais amigáveis à arbitragem: (i) os empresários e comerciantes geralmente a preferem quando comparado às cortes judiciais; (ii) com as cortes judiciais abarrotadas de casos, ela possui a vantagem de dispor de um tribunal especializado e mais célere; e (iii) ela provou sua relevância ao facilitar a resolução de disputas comerciais internacionais.⁶⁷

No Brasil, ainda que tenha sido fonte de inspiração jurídica para a elaboração da Lei de Arbitragem (9.307/96)⁶⁸, a Convenção de Nova Iorque só foi adotada em âmbito interno com o

relacionam, ou seja, através das leis domésticas adotadas pelos Estados para regulamentar arbitragem comercial internacional. Por exemplo, a anulação de uma sentença arbitral pelo judiciário é matéria regulada pela Lei Modelo, considerando que faz parte dos enlacs entre Estado e arbitragem. Por sua vez, o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL é um modelo sobre como o procedimento arbitral deve ser administrado, assim como os fazem as instituições de arbitragem como a ICC. O Regulamento foi estruturado para ser incorporado aos compromissos arbitrais, ou seja, trata da esfera privada entre as partes envolvidas em uma arbitragem.

⁶⁵ MISTELIS, Loukas A. **Part I Fundamental Observations and Applicable Law**. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stavros (eds). *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*. International Arbitration Law Library, vol. 19, 2009. pp. 2-4.

⁶⁶ SWEET, Alex Stone. **Judicialization and Arbitral Governance**. In: SWEET, Alex Stone. GRISEL, Florian. *The Evolution of International Arbitration: Judicialization, Governance, Legitimacy*. Oxford Scholarship Online, 2017.

p.2

⁶⁷ Ibidem.

⁶⁸ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9307.htm

Decreto n. 4.311 de 2002, após forte pressão das comunidades acadêmica e prática, as quais, naquele período, se dedicavam ao aperfeiçoamento da arbitragem no Brasil.⁶⁹

2.1.5 A Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional

Na medida em que as atividades econômicas se tornam cada vez mais globais, no intuito de reduzir custos, viu-se um forte movimento para que o direito também colaborasse na diminuição de tais custos. A demanda por soluções jurídicas transnacionais se fundamenta na necessidade de reduzir a complexidade e aumentar a eficiência das transações, assim como de maior conhecimento sobre a matéria, todas causas para o desenvolvimento de leis uniformes.⁷⁰

Nesse sentido, como já mencionado, a comunidade internacional, através das Nações Unidas, desenvolveu pelo menos três contribuições que se tornaram extremamente relevantes para a construção de um efetivo sistema de resolução de disputas internacionais. A primeira, a Convenção de Nova Iorque de 1958, destinou-se a assegurar que as cortes estatais dariam efetividade a convenções e sentenças arbitrais. Na sequência, o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL se configura como a segunda contribuição. Por fim, em 1985, foi desenvolvido um texto de legislação nacional para regulação de arbitragem comercial internacional, criado em forma de lei modelo e recomendado a todos os Estados-membros das Nações Unidas: a Lei Modelo da UNCITRAL para Arbitragem Comercial Internacional.⁷¹

Em 1976, durante a elaboração do Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL, o Comitê Consultivo Legal da África e Ásia (AALCC) sugeriu que fosse considerada a possibilidade de preparação de um protocolo a ser anexado à Convenção de Nova Iorque, no intuito de clarificar assuntos que causavam dúvidas durante a leitura do seu texto. Esses tópicos tratavam das relações entre tribunal estatal e arbitral, ou seja, relacionados às legislações internas dos Estados.⁷² Dessa forma, em 1978, o Secretariado da UNCITRAL, o AALCC e a Câmara de Comércio Internacional (ICC) se reuniram em um encontro consultivo para dar os primeiros

⁶⁹ DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; RIBEIRO, Clarissa Correa Neto. **Impacto e influência dos tratados e convenções internacionais sobre a lei brasileira de arbitragem**. Revista de Direito Internacional, vol. 10, n. 1, 2013. p. 225.

⁷⁰ Ibidem.

⁷¹ PAULSSON, Jan; PETROCHILOS, Georgios. **UNCITRAL Arbitration**. Kluwer Law International, 2017, p. 5.

⁷² BINDER, Peter. **International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions**. Kluwer Law International, 4th edition, 2019, p. 14-15.

passos rumo ao estabelecimento de regulações de arbitragem. Concluiu-se que a preparação de uma lei modelo seria o modo mais adequado para se atingir esses padrões.⁷³

Assim, a Assembleia Geral da ONU, em 11 de dezembro de 1985, adotou uma resolução aprovando a Lei Modelo de Arbitragem Comercial Internacional, que foi preparada pela UNCITRAL. Essa resolução, adotada por consenso dentre os representantes dos Estados presentes na sessão, foi o resultado de um grande projeto focado em estruturar um modelo de lei de arbitragem a ser utilizado por todos os sistemas legais e políticos, tanto em países desenvolvidos quanto em desenvolvimento e em todas as regiões geográficas.⁷⁴

No entanto, de modo diverso da Convenção de Nova Iorque, cujo objetivo era justamente a uniformização de regras, o escopo da UNCITRAL, em 1985, era harmonizar legislações nacionais, de forma que o formato escolhido para atingir tal objetivo foi o de uma lei modelo e não uma convenção. Sendo assim, uma das finalidades do projeto era garantir a flexibilidade de adoção dos institutos trazidos pela Lei Modelo, podendo assim ser utilizada por um número maior de Estados.⁷⁵

Por conseguinte, a Lei Modelo da UNCITRAL significou o início de uma nova fase para o desenvolvimento da arbitragem no cenário internacional: o esforço de Estados para garantir a promulgação de modernas leis de arbitragem utilizando no seu corpo normativo a estrutura e institutos sugeridos por padrões internacionais.⁷⁶

No texto da Resolução de 11 de dezembro de 1985, foram enfatizados pontos-chave que destacam os propósitos da Lei Modelo. O primeiro deles é reconhecer o valor da arbitragem como método de resolução de disputas para relações comerciais internacionais. O segundo elemento busca reconhecer que o estabelecimento de uma lei modelo de arbitragem contribui ao desenvolvimento de relações econômicas internacionais mais harmônicas. Em terceiro, pontuar que a Lei Modelo foi elaborada após extensa consulta com instituições arbitrais e experts e, em quarto lugar, reconhecer que a Lei Modelo, juntamente com a Convenção de Nova Iorque de 1958 e com o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL, contribui para o estabelecimento de

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ 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.1.

⁷⁵ LEWIS, Dean, 2016. p. 24.

⁷⁶ HOLTZMANN, Howard M; NEUHAUS, Joseph, 1989, p.1.

uma estrutura jurídica unificada de modo a oportunizar um justo e eficiente sistema de resolução de disputas comerciais internacionais.⁷⁷

Mais recentemente, a Lei Modelo foi revisada para modernização de seu texto e passou a ser chamada de Lei Modelo da UNCITRAL de 2006, ou Lei Modelo Revisada. Essa revisão abriu novas possibilidades como a flexibilização da forma da convenção de arbitragem e implementou um novo regime de medidas cautelares em arbitragem.⁷⁸

Considerando que esse diploma normativo foi estruturado literalmente como um "modelo" de regulação que países poderiam utilizar integral ou parcialmente⁷⁹, a Lei Modelo abrange todos os estágios do procedimento arbitral. Inicia-se pela convenção de arbitragem, passa pela composição e jurisdição do tribunal arbitral, a extensão de intervenções de cortes estatais nos procedimentos arbitrais, e finaliza com reconhecimento, execução e anulação de sentenças arbitrais⁸⁰.

É justamente sobre esses dois últimos pontos que o próximo subcapítulo desta pesquisa se aterá, vez que a impossibilidade de execução da sentença arbitral e a sua anulação formam as duas possibilidades de impugnação à sentença arbitral que os tribunais arbitrais geralmente vislumbram e receiam quando resistem a indeferir pedidos das partes que prejudicam o bom andamento da arbitragem.

2.2 AS POSSIBILIDADES DE IMPUGNAÇÃO DE SENTENÇA ARBITRAL EM ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

A pesquisa elaborada pela *Queen Mary University of London* em 2015 conceituou, conforme já salientado, o fenômeno do “*due process paranoia*” como “(...) a relutância dos tribunais em agir decisivamente em certas situações por receio que a sentença arbitral venha a ser impugnada com base no argumento que a uma das partes não tenha sido garantido o direito de apresentar suas razões integralmente.”⁸¹

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ BINDER, Peter, p. 14.

⁷⁹ MUSTILL, Baron, 2014, p. 16.

⁸⁰ BINDER, Peter. 2019, pp. 14-15.

⁸¹ QUEEN MARY UNIVERSITY AND WHITE & CASE, 2015. p. 10: “*Due process paranoia*” describes a reluctance by tribunals to act decisively in certain situations for fear of the arbitral award being challenged on the basis of a party not having had the chance to present its case fully.”

De acordo com Julian Lew e Loukas Mistelis na obra *Comparative International Commercial Arbitration*, uma parte insatisfeita com uma arbitragem possui três maneiras de evitar os efeitos da sentença. Ela pode, inicialmente, solicitar a sua anulação nas cortes estatais da sede da arbitragem, ou aguardar até o processo de execução para poder contestar o pedido de execução.⁸² Além disso, caso permitido pela lei de arbitragem escolhida pelas partes, ou seja, a *lex arbitri* ou, no caso de arbitragem institucional, caso permitido pelo regulamento da instituição escolhida, ou ainda de outra forma tenha sido acordado pelas partes, poderá haver a possibilidade de apelação contra o resultado previsto na sentença.⁸³

Como exemplo de instituição de arbitragem que ofereça a possibilidade de apelação, destaca-se *American Arbitration Association*. Desde 2013, é oferecido aos usuários a possibilidade de adotar o regulamento intitulado “*Optional Appellate Arbitration Rules*”, que prevê a possibilidade de não consideração da sentença arbitral enquanto final quando é apresentada uma apelação. O artigo A-3 do regulamento indica os critérios para interposição de apelação, quais sejam: (i) apresentar notificação de apelação no prazo de 30 dias contados do dia do envio da sentença às partes; (ii) providenciar uma cópia da notificação de apelação para cada parte envolvida na arbitragem; (iii) realizar o pagamento da taxa para apelação; (iv) apresentar as informações requeridas no item (iii) do artigo A-3.⁸⁴

Considerando o caráter de exceção de legislações e regulamentos de que possibilitam a apelação à sentença arbitral⁸⁵, a presente pesquisa considerará a anulação da sentença arbitral e a contestação à execução como as duas possibilidades de impugnação da sentença arbitral para fins de análise do “*due process paranoia*”.

Destaca-se que a anulação de uma sentença arbitral geralmente ocorre diante de uma corte estatal da sede da arbitragem escolhido pelas partes e se configura como uma tentativa da parte vencida para invalidar a sentença com base nas leis locais. Por outro lado, argumentos opostos ao pedido de execução à sentença arbitral são apresentados diante da corte estatal em cujo país a parte vencedora deseja a execução da sentença.⁸⁶

⁸² LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; et al. **Comparative International Commercial Arbitration**. Kluwer Law International, 2003, p. 663.

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION (AAA). *Optional Appellate Arbitration Rules*. Rules Effective November 1, 2013. Disponível em: https://www.adr.org/sites/default/files/AAA-ICDR_Optional_Appellate_Arbitration_Rules.pdf

⁸⁵ NIGEL, Blackaby; PARTASIDES, Constantine, 2015. pp. 569-570.

⁸⁶ Ibidem. p. 570.

A parte que deseja contestar a execução da sentença arbitral possui à sua disposição o rol de possibilidades limitadoras à execução, previstas no artigo 5 da Convenção de Nova Iorque de 1958 considerando que o Estado onde a sentença arbitral será executada seja signatário da Convenção.⁸⁷ Caso a parte deseje requerer a anulação da sentença, serão seguidos os ditames do artigo 34 da Lei Modelo da UNCITRAL, no caso do país escolhido como sede da arbitragem ter seguido os padrões da Lei Modelo da UNCITRAL – adotados pela maioria dos Estados que modernizaram suas leis de arbitragem.⁸⁸

Conforme mencionado, para se compreender o “*due process paranoia*” é necessário, por primeiro, analisar as formas de impugnação da sentença arbitral, ou seja, a impugnação à execução da sentença e a sua anulação, o que será examinado neste tópico. Para tanto, imprescindível a compreensão da relevância da Convenção de Nova Iorque e da Lei Modelo da UNCITRAL.

Assim, a impugnação da sentença arbitral em arbitragem comercial internacional será tratada em dois momentos deste subcapítulo. Primeiramente, a contestação à execução da sentença arbitral estrangeira conforme a Convenção de Nova Iorque, e, logo após, a anulação da sentença a partir da Lei Modelo da UNCITRAL.

Isso exposto, considerando que ambas as possibilidades de impugnação da sentença arbitral se vinculam à temática do controle judicial sobre os procedimentos arbitrais, a presente pesquisa se direcionará introdutoriamente a uma breve passagem sobre o papel das cortes estatais no controle de garantias das partes vinculadas a uma arbitragem. Na sequência, será considerada a execução de sentenças arbitrais estrangeiras de acordo com a Convenção de Nova Iorque de 1958 e, finalizando, será tratado sobre as possibilidades de anulação da sentença arbitral diante da Lei Modelo da UNCITRAL.

2.2.1 O controle judicial sobre procedimentos de arbitragem comercial internacional

Uma breve passagem sobre a história da arbitragem internacional oferece a necessária fundamentação para a análise da contemporânea arbitragem comercial internacional. Por uma perspectiva histórica, é possível identificar a extensão na qual a arbitragem internacional entre

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ De acordo com os dados oficiais disponibilizados pela UNCITRAL, legislações baseadas na Lei Modelo foram adotadas por 80 Estados em um total de 111 jurisdições: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/status

Estados e a arbitragem comercial internacional se desenvolveram em paralelo, com objetivos, institutos e procedimentos similares.⁸⁹

Além disso, para se compreender em que medida o poder do Estado é altamente relevante para a forma como o procedimento arbitral é administrado, a recapitulação histórica também se mostra relevante. Dessa forma, este tópico da pesquisa inicia por uma passagem histórica para, em seguida, versar sobre o controle estatal aos procedimentos arbitrais, principalmente em respeito à alocação de poderes entre tribunal estatal e tribunal arbitral.

Muito embora o gênero "arbitragem internacional" possua um longo histórico de existência em decorrência das arbitragens realizadas entre Estados, a arbitragem comercial internacional, foco deste trabalho, experimentou seu crescimento principalmente a partir do século XIX. A utilização da arbitragem como instrumento comercial foi por muito tempo reconhecido, mas a Revolução Industrial e a diversificação dos fluxos comerciais demandaram que se voltasse maior atenção à necessidade de uma forma privada de resolução de conflitos entre partes de países distintos.⁹⁰

A arbitragem também era comum na Grécia antiga para a resolução de disputas comerciais. Por mais irônico que possa parecer, as razões para se utilizar da arbitragem na antiguidade se mostram muito modernas. O abarrotamento das cortes gregas com muitos casos a serem resolvidos levavam partes a procurarem terceiros independentes de outras cidades para decidir sobre suas demandas.⁹¹

A arbitragem comercial também foi amplamente utilizada e desenvolvida na Idade Média. Regulamentos de direito processual datados dos séculos XIV, XV e XVI ofereciam à arbitragem uma posição suplementar aos processos nas cortes. Os motivos pelos quais mercadores utilizavam arbitragem durante a era medieval eram quase os mesmos pelos quais ela é aplicada em tempos modernos: para evitar as dificuldades e incertezas de litígios internacionais em cortes estatais.⁹²

Já na Idade Moderna, em 1698, a Inglaterra colocou em prática um dos primeiros estatutos de arbitragem do mundo, adotando o que pode ser chamado de Lei de Arbitragem de

⁸⁹ BORN. Gary, B, 2014. pp. 6-7.

⁹⁰ MUSTILL, Baron, 2014. pp. 6-7.

⁹¹ BORN. Gary, B, 2014. pp. 28-29.

⁹² Ibidem. pp. 34-35.

1698. Essa lei refletia o objetivo de promover a arbitragem comercial de forma a tornar as sentenças arbitrais mais efetivas e, conseqüentemente, mais atraentes para os mercadores.⁹³

Considerando a concentração do poder decisório pelo Estado, ainda que um método de resolução de disputas fosse privado, a anuência do ente estatal era necessária. Assim, tendo em vista que a ordem econômica mundial foi por algumas décadas centralizada na Inglaterra, não é surpresa que foi a partir de um estatuto inglês⁹⁴ que se delineou a arbitragem comercial internacional como é conhecida hoje no que tange às suas relações com as cortes estatais.⁹⁵

Em 1854, após uma reforma da lei inglesa, uma de suas inovações era que, ao invés de se forçar as partes a iniciarem um procedimento arbitral contra suas vontades, a lei permitia que cortes executassem compromissos arbitrais indiretamente: a corte na qual uma ação foi iniciada poderia aceitar o caso mesmo diante de um compromisso arbitral entre as partes, as quais, no entanto, não poderiam voltar atrás e escolher a arbitragem novamente. O resultado prático é que a maioria das partes simplesmente preferia iniciar um procedimento arbitral.⁹⁶ Uma segunda característica delimitada pela Lei Inglesa foi o poder conferido pelo Estado às cortes estatais para que escolhessem um árbitro quando uma das partes se recusasse a cooperar com o procedimento arbitral no momento de formação do tribunal.⁹⁷

Além disso, uma inovação inglesa que ainda colhe frutos no atual cenário da arbitragem comercial internacional consiste no poder do Estado de exercer sua supervisão jurisdicional no caso de violação de garantias cometidas contra as partes no decorrer do processo arbitral. Essa faculdade estatal foi colocada em prática não somente através da possibilidade de anular a sentença arbitral, o que significava que todo o procedimento seria invalidado, como também de se remeter a sentença novamente ao tribunal arbitral após análise do judiciário para que fossem corrigidas as condutas consideradas inadequadas, evitando, assim, a anulação da sentença. Anos depois, essa mesma possibilidade foi incluída na Lei Modelo da UNCITRAL em seu artigo 34 (4)^{98 99}.

⁹³ BORN. Gary, 2014. p. 35.

⁹⁴ The Common Law Procedure Act, 1854.

⁹⁵ MUSTILL, Baron, 2014. pp. 7-8

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ Ibidem.

⁹⁸ UNCITRAL. **Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional**. Artigo 34.º. Pedido de anulação como recurso exclusivo contra a sentença arbitral. (4) Quando lhe for solicitada a anulação de uma sentença arbitral, o tribunal estatal pode, se for necessário e a pedido de uma das partes, suspender o procedimento de anulação durante o período de tempo que determinar, a fim de dar ao tribunal arbitral a possibilidade de retomar o

Segundo Gary Born, as cortes inglesas, ainda em um período inicial no uso da arbitragem comercial, estavam preparadas para produzir reais efeitos aos acordos de arbitragem através da execução dos mesmos e da postura firme do judiciário em respeitar cláusulas arbitrais e executar as sentenças. No final do século XIX, a Inglaterra colocou em prática a sua Lei de Arbitragem de 1889, que incluiu a irrevogabilidade de acordos de arbitragem firmados entre as partes.¹⁰⁰

Processos históricos semelhantes, mas não necessariamente contemporâneos ao inglês, também se deram na França e Suíça, de forma que as cortes estatais se tornavam mais flexíveis aos procedimentos arbitrais. Geralmente, o ponto-chave onde se verificava a concessão de efetividade para a arbitragem era através da facilitação pelas cortes quanto à execução tanto da cláusula quanto das sentenças arbitrais.¹⁰¹

A partir do momento em que o Estado é detentor do poder decisório através das suas cortes, é necessária a concessão de jurisdição a partir desse poder central para que um meio privado de resolução de conflitos resulte em uma sentença executável. Afinal, sem tal efeito prático, estaria configurado um procedimento concluído em uma sentença não executável perante o Estado. A execução da sentença arbitral, portanto, coloca-se como um dos pilares para a efetividade da arbitragem. É justamente nesse quesito que se encontra a relevância da Convenção de Nova Iorque de 1958.

A existência de um controle judicial em momento posterior à elaboração da sentença é substancial para as políticas pró-arbitragem. Não estando o judiciário legitimado a interferir no curso do procedimento arbitral, ele terá a oportunidade de revisar o procedimento após a conclusão da sentença e anular a decisão caso necessário.¹⁰²

Importante frisar que um dos princípios basilares da arbitragem, o "*competence-competence*" ("competência-competência"), que delimita a competência do tribunal arbitral para decidir sobre a própria capacidade de decidir o caso, existe justamente em razão das cortes estatais poderem reanalisar o trabalho realizado pelos árbitros após a sentença ter sido proferida.¹⁰³

procedimento arbitral ou de tomar qualquer outra medida que o tribunal arbitral julgue susceptível de eliminar os fundamentos da anulação.

⁹⁹ MUSTILL, Baron, 2014. p. 8.

¹⁰⁰ BORN. Gary, B, 2014. p. 36.

¹⁰¹ Ibidem. p. 50-61.

¹⁰² GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (eds.), 1999. p. 886.

¹⁰³ Ibidem.

As legislações domésticas de arbitragem geralmente incluem um número de requisitos que precisam ser garantidos para gerar uma sentença arbitral sem riscos de anulação. Por exemplo, a Lei Modelo da UNCITRAL elenca os critérios de forma e conteúdo a serem preenchidos por uma sentença arbitral, em seu artigo 31:

(1) A sentença arbitral será feita por escrito e assinada por um ou mais árbitros. Em um procedimento arbitral com mais de um árbitro, serão suficientes as assinaturas da maioria dos membros do tribunal arbitral, desde que seja mencionada a razão da omissão das restantes. (2) A sentença será fundamentada exceto se as partes acordarem que não haverá fundamentação ou se se tratar de uma sentença proferida com base em um acordo entre as partes nos termos do artigo 30. (3) Da sentença constará a data e a sede da arbitragem, em conformidade com o artigo 20.º, parágrafo 1.º. Considerar-se-á que a sentença foi proferida nesse local. (4) Proferida a sentença, será enviada a cada uma das partes uma cópia assinada pelo árbitro ou árbitros, nos termos do parágrafo 1.º do presente artigo.¹⁰⁴

Em jurisdições amigáveis à arbitragem, os requisitos para uma sentença arbitral estrangeira ser reconhecida e executada são baseados no regime pró-arbitragem da Convenção de Nova Iorque. Em alguns casos, leis nacionais oferecem regimes ainda mais liberais à arbitragem que aqueles da própria Convenção, como é o caso da Lei de Arbitragem da Inglaterra.¹⁰⁵

A revisão da sentença arbitral pode ocorrer tanto no país sede da arbitragem quanto no país de onde as leis procedimentais aplicáveis são originárias, assim como em qualquer outro país onde seja requerida a execução da sentença. A análise da sentença será realizada sob critérios procedimentais e materiais, e a política de rigidez nessa análise será traçada pelo nível de aceitação da arbitragem daquele referido país. Por exemplo, em países pró-arbitragem, como Inglaterra e Suíça, pouco será verificado sobre o mérito da decisão, voltando-se os juízes apenas a questões de ordem pública e procedimento. No entanto, em países ainda resistentes à arbitragem, tal análise pode ser mais minuciosa.¹⁰⁶

No Brasil, o reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras são regulamentados tanto pela Convenção de Nova Iorque, através do Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002¹⁰⁷, quanto pela Lei 9.307/1996, a Lei Brasileira de Arbitragem, em seu capítulo VI

¹⁰⁴ UNCITRAL. **Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional**. Artigo 31.

¹⁰⁵ BORN. Gary, B, 2014. p. 2902.

¹⁰⁶ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (eds.), 1999. p. 885.

¹⁰⁷ REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002**. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm

e, ainda, pelo Código de Processo Civil¹⁰⁸. Seguindo um modelo pró-arbitragem, a Lei Brasileira adere à regra de que toda sentença arbitral estrangeira é executável e reconhecível, exceto quando fere um ou mais dentre critérios presentes na Convenção e incorporados pela Lei 9.307/1996. Os critérios para indeferimento da homologação são, dessa forma, residuais; o deferimento tende à regra geral.

Concluído o exame acerca do poder de gerência do Estado sobre as arbitragens, para continuar o estudo sobre os elementos que compõem a noção trazida pelo “*due process paranoia*”, nas próximas subdivisões desta pesquisa serão analisados o processo de execução de sentenças arbitrais estrangeiras de acordo com a Convenção de Nova Iorque e as possibilidades de impugnação à execução. Na sequência, será visto o processo de anulação da sentença diante da Lei Modelo da UNCITRAL.

2.2.2 As possibilidades de impugnação à execução de sentença arbitral estrangeira conforme a Convenção de Nova Iorque de 1958

Conforme destacado, a ampla aceitação de execução de sentenças arbitrais estrangeiras é vista como a grande vantagem da arbitragem internacional. Uma sentença arbitral não possui legitimidade em uma jurisdição diferente daquela de onde as partes escolheram a lei aplicável ao procedimento e realizaram a arbitragem, de modo que um sistema de unificação de normas para execução de sentenças arbitrais se torna primordial para a ampla execução das decisões.¹⁰⁹

A maior parte das jurisdições possui uma postura favorável ao reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras devido à ampla aceitação de diplomas normativos como a Convenção de Nova Iorque. No entanto, conforme tratado, a execução conferida por cortes estatais às sentenças arbitrais estrangeiras seria inconcebível sem alguma forma de revisão do conteúdo da sentença e das condições nas quais ela foi elaborada.¹¹⁰

Nas palavras de Margaret Moses, a contribuição da Convenção para o crescimento da arbitragem internacional se dá amplamente pela segurança conferida às partes de países signatários da Convenção quando iniciam uma arbitragem internacional, dado que o artigo 3 da

¹⁰⁸ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Lei n. 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/113105.htm

¹⁰⁹ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (eds), 1999. p. 885.

¹¹⁰ Ibidem.

Convenção requer que o reconhecimento de sentenças gere obrigações a serem reconhecidas e executadas.¹¹¹

A Convenção de Nova Iorque regulamenta o procedimento para reconhecimento e execução de sentenças arbitrais estrangeiras no país ou nos países onde a sentença tem de gerar efeitos. Ela também rege as relações entre procedimentos no país de execução e potenciais processos que podem ser iniciados no país sede da arbitragem ou no país de origem da lei utilizada como *lex arbitri*.¹¹²

Destaca-se que os procedimentos específicos para execução variam de acordo com as regras do país onde a sentença é apresentada para ser executada. No entanto, nos países signatários da Convenção, não se pode impor onerosidades maiores à execução de sentença arbitral estrangeira em comparação ao que seria aplicado em um processo de execução de sentença doméstica. Dessa forma, esses procedimentos são frequentemente similares à execução de sentenças arbitrais da própria jurisdição, somada a algumas especificidades trazidas pela Convenção de Nova Iorque e que serão tratadas nesta seção do trabalho.¹¹³

O artigo 3 da Convenção regulamenta:

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.¹¹⁴

Diante da Convenção de Genebra de 1927, a parte que buscasse a execução era responsável por provar que a sentença cumprira todas as condições para reconhecimento e execução no país de origem. Essa previsão, no entanto, é revertida na Convenção de Nova Iorque: a parte que busca a execução apenas tem de apresentar documentos que provem a autenticidade e conteúdo da sentença e da convenção de arbitragem. Caso haja impugnações sobre a execução da sentença, é a parte contrária incumbida de apresentá-las.¹¹⁵

O artigo 4, por sua vez, delimita quais documentos devem ser apresentados do momento do pedido de execução:

¹¹¹ MOSES, Margaret L., 2008, p. 203.

¹¹² GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (eds.), 1999, p. 968.

¹¹³ MOSES, Margaret L., 2008, p. 885.

¹¹⁴ REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002**. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras.

¹¹⁵ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (eds.), 1999, p. 968-969.

A fim de obter o reconhecimento e a execução mencionados no artigo precedente, a parte que solicitar o reconhecimento e a execução fornecerá, quando da solicitação: a) a sentença original devidamente autenticada ou uma cópia da mesma devidamente certificada; b) o acordo original a que se refere o Artigo II ou uma cópia do mesmo devidamente autenticada. 2. Caso tal sentença ou tal acordo não for feito em um idioma oficial do país no qual a sentença é invocada, a parte que solicitar o reconhecimento e a execução da sentença produzirá uma tradução desses documentos para tal idioma. A tradução será certificada por um tradutor oficial ou juramentado ou por um agente diplomático ou consular.

Segundo o guia elaborado pelo ICCA sobre execução de sentenças arbitrais, a Convenção não especifica questões vinculadas à lei que governa a autenticação da sentença, conforme previsão do artigo 4 (1) (a), e a maioria das cortes se demonstra aberta a aceitar qualquer tipo de autenticação. Os requerimentos estabelecidos no artigo 4 são os únicos pré-requisitos que a parte que busca a execução deve cumprir. De acordo com o artigo 3, esse rol de documentos substitui qualquer requerimento adicional que venha a ser solicitado sob a lei do local onde se busca a execução da sentença.¹¹⁶

Embora a Convenção de Nova Iorque não exija a execução da sentença arbitral no país de origem para que seja executável no país onde se busca a execução, quando se trata do pedido de anulação da sentença no país de origem, a Convenção de Nova Iorque incluiu uma previsão possibilitando o adiamento da decisão sobre a execução. Isso se deve ao fato que uma sentença arbitral é vinculativa se não for objeto de pedido de anulação na sede de origem.¹¹⁷

O artigo 6 regulamenta que:

Caso a anulação ou a suspensão da sentença tenha sido solicitada à autoridade competente mencionada no artigo 5, 1. (e), a autoridade perante a qual a sentença está sendo invocada poderá, se assim julgar cabível, adiar a decisão quanto a execução da sentença e poderá, igualmente, a pedido da parte que reivindica a execução da sentença, ordenar que a outra parte forneça garantias apropriadas.¹¹⁸

Para determinar se uma sentença ou um compromisso arbitral se encontram no escopo da Convenção, os juízes devem ter a certeza que existe validade na sentença e/ou convenção arbitral. Nesse aspecto, não há uma definição exata para sentença arbitral na Convenção: os juízes devem primeiramente analisar se a disputa em questão foi realmente decidida por

¹¹⁶ ICCA, 2011. pp. 72-73.

¹¹⁷ OTTO, Dirk. **Article IV**. In: KRONKE, Herbert; NASCIMENTO, Patricia (eds). Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention. Kluwer Law International, 2010. p. 188.

¹¹⁸ REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002**. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras.

arbitragem e não mediação, conciliação ou outra forma de resolução de disputas, uma vez que a Convenção de Nova Iorque possui escopo limitado à arbitragem.¹¹⁹

Em seguida, os juízes devem analisar se a decisão a ser executada é realmente uma sentença, visto que tribunais arbitrais podem proferir diferentes tipos de decisões, inclusive sentenças parciais, que também são parte do escopo da Convenção. Dessa forma, são executáveis e reconhecíveis diante da Convenção de Nova Iorque as sentenças finais, parciais, preliminares (*interim awards*), sentenças sobre custos da arbitragem e sentenças consensuais que oficializam um acordo amigável da disputa.¹²⁰

No caso da análise de uma convenção arbitral, diferentemente da sentença, a Convenção de Nova Iorque prevê uma breve conceituação:

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 elas no que diz respeito a uma relação jurídica definida, seja ela contratual ou não, com relação a uma matéria passível de solução mediante arbitragem.¹²¹

A expressão "tenham surgido ou que possam vir" demonstra que a Convenção abrange tanto cláusulas arbitrais já incluídas em contratos de maneira prévia ao início do conflito, quanto compromissos arbitrais formalizados em momento posterior ao início do litígio. Além disso, segundo o artigo 2 (1), a convenção de arbitragem deve estar vinculada à uma relação jurídica específica entre as partes. Dessa forma, não seria possível que as partes submetessem à arbitragem "qualquer" ou "todas" as disputas que surjam em razão de "qualquer" razão.¹²²

No que concerne ao reconhecimento ou execução de uma convenção de arbitragem, cabe destacar que tal acordo entre as partes resultará em dois possíveis efeitos: i) a obrigação estabelecida de submeterem seus casos a um tribunal arbitral; e ii) a limitação de acessar o judiciário para resolver a disputa. A Convenção de Nova Iorque justamente faz com que países signatários sejam obrigados a reconhecer esses dois efeitos.¹²³

¹¹⁹ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION (ICCA). **ICCA'S Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: a Handbook for Judges**. Kluwer Law International, 2011. p. 20.

¹²⁰ Ibidem p. 19.

¹²¹ REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002**. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras.

¹²² ICCA, 2011. p. 20.

¹²³ WOLFF, Reinmar. **New York Convention: Convention on the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards, A Commentary**. C.H.Beck, 2012. p. 26.

Ainda que o termo "reconhecer" e "executar" tendam a ser mencionados juntos, eles possuem diferentes significados. Quando uma corte "reconhece" uma sentença, ela admite que a decisão seja válida e obrigatória, produzindo um efeito similar ao de um julgamento realizado na própria jurisdição. "Execução", por sua vez, significa a utilização de quaisquer meios oficiais disponíveis em uma jurisdição para coletar o montante devido pela parte vencida na sentença, seja através de bloqueio de valores em conta ou expropriação de bens em nome do devedor.¹²⁴

Ainda assim, juízes que precisam aplicar a Convenção de Nova Iorque de 1958 enfrentam alguns desafios. Por primeiro, as complexidades que geralmente surgem quando se lida com convenções internacionais, como a uniformização interpretativa. Em segundo lugar, o fato que essa é uma convenção que testa a objetividade do juiz, considerando que geralmente são recebidos casos de execução de sentenças arbitrais estrangeiras no local de domicílio da parte vencida na disputa, onde a parte possuirá bens a serem executados. Em outras palavras, na maioria das vezes, os casos envolverão parte estrangeira contra parte local, onde a parte estrangeira tenta a execução dos bens da parte nacional, provavelmente da mesma nacionalidade do juiz.¹²⁵

Importante destacar que, por se configurar como um tratado internacional, a Convenção de Nova Iorque faz parte do conteúdo de Direito Internacional Público. Consequentemente, quando os juízes aplicam essa Convenção durante a execução ou reconhecimento de convenção ou sentença arbitral, ela deve ser interpretada de acordo com os artigos 31 e 32 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969.¹²⁶

De acordo com o artigo 31 da Convenção de Viena, os juízes devem interpretar as convenções internacionais de maneira autônoma: os textos devem ser interpretados de acordo com o propósito da convenção, de modo que as suas regras devem ter o mesmo significado em qualquer país signatário, garantindo uma aplicação uniforme do texto.¹²⁷

¹²⁴ Ibidem. p. 204.

¹²⁵ ICCA. 2011. p. 7.

¹²⁶ Ibidem p. 12.

¹²⁷ UNITED NATIONS. The Vienna Convention on the Law of the Treaties. INTERPRETATION OF TREATIES Article 31, GENERAL RULE OF INTERPRETATION 1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose. 2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes: (a) Any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty; (b) Any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty. 3. There shall be taken into account, together with the context: (a) Any subsequent agreement between the parties

Considerando que o propósito da Convenção de Nova Iorque é promover o comércio internacional e a resolução de conflitos internacionais através da arbitragem, esses devem ser os fundamentos de um juiz quando interpreta a Convenção, com uma postura pró-execução frente à sentença arbitral estrangeira. Nesse sentido, quando existem muitas possibilidades de interpretação, as cortes devem escolher aquela que mais favoreça a execução ou reconhecimento, aplicando o chamado *pro-enforcement bias*.¹²⁸

O *pro-enforcement bias* indica a tendência interpretativa no sentido de se favorecer a execução da sentença arbitral. Conforme Albert Jan van den Berg, os artigos 4, 5 e 6 da Convenção de Nova Iorque¹²⁹ são exemplos de normas que refletem essa tendência. Segundo o autor, considerando o *pro-enforcement bias* verificado na estrutura da Convenção, no caso de indeferimento à execução da sentença arbitral, a decisão do tribunal estatal deve ser elaborada de forma minuciosa, ou, ainda, no caso de invalidade da convenção de arbitragem, essa deve ser aceita somente em casos específicos.¹³⁰

Sobre o assunto, cabe destacar que não só de elogios à Convenção são fundamentadas as opiniões de experts em arbitragem. De acordo com artigo “*Annulment and Enforcement of International Arbitral Awards: a Practical Perspective*” de autoria de Hans Smit na obra “*The Leading Arbitrator’s Guide to International Arbitration*”, se a Convenção de Nova Iorque tivesse se limitado a apenas delimitar as possibilidades de execução e reconhecimento de sentenças e convenções arbitrais, ela seria adequada. No entanto, a Convenção, ainda que indiretamente, contempla em seu artigo 5 (1) (e) considerações sobre ações que objetivam a anulação da sentença arbitral estrangeira.¹³¹

O artigo 5 (1) (e) da Convenção afirma que

regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions; (b) Any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation; (c) Any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties. 4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

¹²⁸ ICCA p. 15.

¹²⁹ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm.

¹³⁰ DEN BERG, Albert Jan. The New York Convention of 1958: an Overview. In: GAILLARD, Emmanuel; DI PIETRO, Domenico. Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards: the New York Convention in practice. Cameron May, 2008. pp. 39-68.

¹³¹ SMIT, Hans. **Annulment and Enforcement of International Arbitral Awards: a Practical Perspective** In: NEWMAN, Lawrence W; HILL, Richard D. *The Leading Arbitrator's Guide to International Arbitration*. JurisNet, LLC, 2014. pp. 910-911.

(...) o reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que: e) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida.¹³²

A Convenção vislumbra que uma sentença arbitral poderá ter seu reconhecimento e execução indeferidos se foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que tenha sido proferida ou no país da *lex arbitri* escolhida pelas partes. Além disso, a sentença arbitral suspensa por autoridade competente também pode ter seu reconhecimento e execução negados.

Segundo Smit, tais previsões são rasas e causam problemas, uma vez que, não sendo a anulação de sentenças arbitrais o escopo da Convenção, mas, ainda assim, ter sido essa matéria incluída no seu bojo de forma pouco desenvolvida, muitas alternativas de interpretação foram abertas. Um grande problema foi criado no que toca à possibilidade de execução de sentenças arbitrais estrangeiras anuladas na jurisdição de origem, muito discutida academicamente e na prática arbitral.¹³³

Ademais, a Convenção de Nova Iorque apenas exige a apresentação de documentos fundamentais para o conhecimento da matéria pelo juiz da corte que receber o pedido. Quanto à impugnação ao pedido de execução, no entanto, a Convenção traz um rol exaustivo com sete ocasiões para se demonstrar razões para impossibilidade de execução da sentença: cinco previstas no artigo 5 (1) e duas no artigo 5 (2).¹³⁴

Os requisitos de impugnação incluem: (a) incapacidade das partes e invalidade do acordo de arbitragem; (b) ausência de notificação de uma das partes ou falta de oportunidade de apresentar argumentos; (c) decisão além da matéria definida na convenção de arbitragem; (d) formação do tribunal arbitral em desacordo com o convencionado entre as partes ou com a lei do país onde a arbitragem ocorreu; (e) anulação da sentença por autoridade do país em que ou conforme a lei do qual a sentença tenha sido proferida; (f) o objeto da lide não era passível de ser decidido por arbitragem; (g) o reconhecimento ou execução feriria a ordem pública.¹³⁵

¹³² REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002**. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras.

¹³³ SMIT, Hans, 2014. p. 912.

¹³⁴ MOSES. Margaret L., 2008. p. 208.

¹³⁵ REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002**. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Artigo V 1. O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se

A característica em comum entre os sete critérios para impugnação da execução da sentença é justamente que nenhum deles é baseado no mérito da arbitragem em. De acordo com a Convenção, a corte estatal não pode recusar a execução de uma sentença baseada na revisão do mérito do caso, uma vez que uma sentença arbitral é final e estabelece uma relação *res judicata* entre as partes.¹³⁶ As razões de impugnação são baseadas na integridade do procedimento, incluindo igualdade entre as partes e oportunidades razoáveis de ter argumentos apresentados.¹³⁷

Levando em consideração o seu propósito – unificar os critérios utilizados na execução de sentenças arbitrais estrangeiras –, os autores da Convenção tinham em mente que os sete motivos para impugnação da execução deveriam ser interpretados e aplicados estritamente, ou seja, sem flexibilidade de interpretação, e que o indeferimento da sentença deveria apenas ocorrer em hipóteses drásticas.¹³⁸

Ainda que a interpretação do artigo 5 deva ser restrita, uma questão levantada entre a doutrina e a prática da arbitragem é se as cortes estatais teriam o arbítrio de reconhecer e executar uma sentença arbitral, ainda que exista uma impugnação válida à execução sob um dos incisos do artigo 5. Essa questão surgiu em razão das diferentes traduções oficiais do *caput* do artigo 5 da Convenção, oficialmente publicada em inglês, francês, espanhol, chinês e russo.¹³⁹

A versão em português da Convenção declara:

esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que: a) as partes do acordo a que se refere o Artigo II estavam, em conformidade com a lei a elas aplicável, de algum modo incapacitadas, ou que tal acordo não é válido nos termos da lei à qual as partes o submeteram, ou, na ausência de indicação sobre a matéria, nos termos da lei do país onde a sentença foi proferida; ou b) a parte contra a qual a sentença é invocada não recebeu notificação apropriada acerca da designação do árbitro ou do processo de arbitragem, ou lhe foi impossível, por outras razões, apresentar seus argumentos; ou c) a sentença se refere a uma divergência que não está prevista ou que não se enquadra nos termos da cláusula de submissão à arbitragem, ou contém decisões acerca de matérias que transcendem o alcance da cláusula de submissão, contanto que, se as decisões sobre as matérias suscetíveis de arbitragem puderem ser separadas daquelas não suscetíveis, a parte da sentença que contém decisões sobre matérias suscetíveis de arbitragem possa ser reconhecida e executada; ou d) a composição da autoridade arbitral ou o procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes, ou, na ausência de tal acordo, não se deu em conformidade com a lei do país em que a arbitragem ocorreu; ou e) a sentença ainda não se tornou obrigatória para as partes ou foi anulada ou suspensa por autoridade competente do país em que, ou conforme a lei do qual, a sentença tenha sido proferida. 2. O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que: a) segundo a lei daquele país, o objeto da divergência não é passível de solução mediante arbitragem; ou b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.

¹³⁶ GHOSH, Varun N. An uncertain shield: *res judicata* in arbitration. **Arbitration International**. Oxford University Press, 2015. vol. 31. p. 662.

¹³⁷ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (eds.), 1999. p. 969.

¹³⁸ ICCA, 2011. p. 81.

¹³⁹ OTTO, Dirk, 2010. p. 207-208. Grifado.

O reconhecimento e a execução de uma sentença **poderão** ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que: (...) ¹⁴⁰

Assim como a versão em português, aquela em inglês abre a possibilidade de escolha da corte, uma vez que se utiliza do termo "... *may... be refused*", ou seja "...pode... ser negado" ao invés de "*shall be refused*", ou seja, "deve ser negado". Ao adotar esse termo, os autores da Convenção abriram a possibilidade de escolha pelos juízes das cortes estatais. Entretanto, o mesmo texto em francês não abre essa possibilidade. ¹⁴¹

Nesse caso, na aplicação do artigo 33 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados ¹⁴² e a sua regra sobre prevalência da versão autêntica, a problemática interpretação ainda persiste, considerando que ambas as versões em inglês e francês são autênticas. Dessa forma, resta a aplicação do inciso 4, que rege a prevalência da interpretação mais próxima à finalidade do tratado. ¹⁴³

Entre acadêmicos e operadores da arbitragem, o principal argumento para restringir o poder das cortes estatais é que cortes são influenciadas pelas suas tradições jurídicas e podem utilizar diferentemente da discricionariedade em executar ou não sentenças, ainda que impugnadas sob os critérios do artigo 5. Um alto nível de discrepância entre cortes pode levar à insegurança e imprevisibilidade jurídica, enquanto o artigo 5 foi incluído na Convenção justamente com objetivo contrário, de harmonizar os critérios de recusa da execução. ¹⁴⁴

No entanto, na prática, os resultados de aplicação do artigo 5 em jurisdições que permitem a discricionariedade dos juízes raramente se diferenciam daquelas jurisdições que proíbem a escolha dos juízes quando diante de uma clara razão de indeferimento à execução.

¹⁴⁰ REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002**. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras.

¹⁴¹ LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas (et al), 2003. pp. 706-707.

¹⁴² PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Decreto n. 7.030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969, com reserva aos artigos 25 e 66. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7030.htm

¹⁴³ REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Decreto n. 7030, de 14 de dezembro de 2009**. Promulga a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados com reserva aos artigos 25 e 26. Art. 33 1. Quando um tratado for autenticado em duas ou mais línguas, seu texto faz igualmente fé em cada uma delas, a não ser que o tratado disponha ou as partes concordem, que, em caso de divergência, prevaleça um texto determinado. 2. Uma versão do tratado em língua diversa daquelas em que o texto foi autenticado só será considerada texto autêntico se o tratado o prever ou as partes nisso concordarem. 3. Presume-se que os termos do tratado têm o mesmo sentido nos diversos textos autênticos. 4. Salvo o caso em que um determinado texto prevalece nos termos do parágrafo 1, quando a comparação dos textos autênticos revela uma diferença de sentido que a aplicação dos artigos 31 e 32 não elimina, adotar-se-á o sentido que, tendo em conta o objeto e a finalidade do tratado, melhor conciliar os textos.

¹⁴⁴ OTTO, Dirk, 2010. p. 207-208.

Dessa forma, as cortes francesas chegariam aos mesmos resultados que cortes americanas, considerando que as possíveis incongruências da sentença não são vinculadas ao direito material.¹⁴⁵

Dessa forma, tendo sido elencadas as razões que podem levar à impugnação da execução de uma sentença arbitral, cabe a esta pesquisa dar o enfoque necessário a uma das razões de existência do fenômeno do "*due process paranoia*", o artigo 5 (1) (b), que regulamenta:

O reconhecimento e a execução de uma sentença poderão ser indeferidos, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que: b) a parte contra a qual a sentença é invocada não recebeu notificação apropriada acerca da designação do árbitro ou do processo de arbitragem, ou foi, por outras razões, impedida de apresentar seus argumentos.¹⁴⁶

Como mencionado, de acordo com a pesquisa empírica realizada pela *Queen Mary University of London*, em 2015, um dos grandes motivos para a resistência dos árbitros em negar pedidos das partes que levam à má condução do procedimento é que tal indeferimento seja uma motivação à impugnação da sentença. Um dos motivos que poderia oferecer fundamentos para um dos modos de impugnação está justamente no artigo 5 (1) (b), que prevê a possibilidade de indeferimento da execução caso seja comprovado que a parte contra a qual a sentença é executada foi impedida de apresentar seus argumentos.

Tal como sua antecessora, a Convenção de Genebra de 1927, a Convenção de Nova Iorque protege os direitos das partes de serem notificadas sobre existência do procedimento arbitral, assim como de descumprimento ao devido processo, textualmente definido na Convenção como "a possibilidade das partes de apresentar seus argumentos".¹⁴⁷ O fenômeno do "*due process paranoia*" está intimamente relacionado à essa previsão, visto que a Convenção aponta o rol de possibilidades em virtude das quais uma sentença arbitral pode ter sua execução negada. Dessa forma, o trecho "ou lhe foi impossível, por outras razões, apresentar seus argumentos" pode dar cabo a interpretações restritas ou extremamente amplas.

De maneira restrita, "o direito apresentar seus argumentos", fundamentado no Princípio do Devido Processo Legal, pode ser interpretado tão somente como o direito fundamental dos

¹⁴⁵ Ibidem.

¹⁴⁶ REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. **Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002.** Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras.

¹⁴⁷ ANA L., Andrés; ARMER, Angie (et al.) **Article V (1) (b).** In: KRONKE, Herbert; NASCIMENTO, Patricia (eds). *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention.* Kluwer Law International, 2010. p. 231.

indivíduos de se manifestar em um processo contra eles movido. Por outro lado, de maneira ampla, esse direito pode ser entendido como uma constante possibilidade das partes apresentarem seus argumentos em qualquer momento do processo. É justamente essa interpretação que enseja o “*due process paranoia*”: as partes de fato poderiam impedir a execução da sentença arbitral caso lhes fosse negado – em qualquer momento da arbitragem – um pedido para trazer novos argumentos ao procedimento.

Tendo sido analisados os fundamentos para a impugnação à execução da sentença arbitral, será vislumbrado no próximo tópico o processo de anulação de sentença arbitral.

2.2.3 A anulação da sentença arbitral conforme a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional

Existem circunstâncias em que partes, por razões estratégicas ou não, discordam da forma com a qual a decisão arbitral final foi tomada, podendo buscar a anulação da sentença. No entanto, diante da maioria das legislações sobre arbitragem, há um limitado número de situações em que essa impugnação pode ser levantada.¹⁴⁸

Conforme analisado, a existência de um controle judicial é corolário de uma política favorável à arbitragem, onde as cortes estatais não podem interferir no procedimento arbitral fora dos casos previstos em lei. Dessa forma, o princípio *competência-competência* só consegue existir porque as cortes estatais poderão analisar a jurisdição do tribunal arbitral quando a sentença for finalizada.¹⁴⁹

A anulação se configura, assim, como a garantia de que cortes estatais possam revisar a sentença arbitral, desde que a parte solicitante apresente motivos contundentes para se mostrar insatisfeita ou prejudicada com a arbitragem e/ou a forma com que a decisão foi tomada.¹⁵⁰ Essa garantia é primordial para haver confiança das partes no processo arbitral, de forma que a possibilidade de anulação da sentença é considerada um “baluarte contra corrupção, arbitrariedades e vícios”¹⁵¹.

¹⁴⁸ Ibidem.

¹⁴⁹ GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (eds.), 1999. p. 885.

¹⁵⁰ LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A.; et al., 2003. p. 665.

¹⁵¹ KERR, Michel. Arbitration and the Courts: The UNCITRAL Model Law. **The International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 34, No. 1, 1985, pp. 1-24.

O pedido de anulação é a única forma de impugnação que uma parte descontente com o resultado da sentença pode levantar diante das cortes estatais da sede da arbitragem. Contudo, o pedido não pode e não deve se direcionar ao conteúdo de mérito da decisão, de outra forma, estaria sendo realizado um julgamento em segunda instância. As cortes podem apenas anular a sentença em parte ou em sua integralidade, mas não podem modificar a decisão.¹⁵²

Conforme mencionado, são as leis do Estado escolhido como sede da arbitragem e/ou outra *lex arbitri* escolhida pelas partes que regulam os critérios para anulação da sentença arbitral, as quais normalmente contêm um limitado número de previsões que possibilitam sua anulação. Tais normas são principalmente focadas em assegurar que a arbitragem seja conduzida de acordo com as normativas básicas do devido processo legal e de respeito mútuo das partes em serem ouvidas ante um tribunal independente e imparcial dentro dos limites definidos pela convenção de arbitragem.¹⁵³

De acordo com a obra *Redfern and Hunter on International Arbitration*, diante de uma completa anulação da sentença arbitral, ao requerente da arbitragem resta apenas reiniciar o procedimento arbitral, pois a sentença simplesmente deixa de existir; o *status quo ante* é retomado. Qualquer novo requerimento referente a uma arbitragem que teve sua sentença anulada deve ser levado à formação de um novo procedimento, diante de novo tribunal arbitral.¹⁵⁴

Por outro lado, segundo Gary Born, as consequências legais da anulação de uma sentença resultante de arbitragem comercial internacional não são rapidamente identificáveis. Conforme já mencionado, um considerável número de jurisdições entende que a anulação de uma sentença na origem – ou seja, por uma corte estatal parte do sistema jurídico do país sede da arbitragem – impede que ela seja posteriormente reconhecida ou executada em outros Estados. Mesmo não sendo um entendimento pacificado em diversos Estados, a execução de sentenças arbitrais anuladas na origem ainda permanece um assunto nebuloso.¹⁵⁵

Esse problema demonstra o quão relevante é o papel da lei da sede escolhida pelas partes para sediar a arbitragem ou outra *lex arbitri* elegida por elas. Essa será a lei levada em

¹⁵² Ibidem.

¹⁵³ BLACKBY, Nigel; PARTASIDES, Constantine (et al.). 2015. p. 570.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 571.

¹⁵⁵ BORN, Gary B, 2014. p. 3165.

consideração para regular o procedimento vinculado ao principal remédio disponível para que a parte vencida evite os efeitos da sentença.

Dessa forma, assim como as partes, o tribunal arbitral precisa conhecer desde o início da arbitragem o que é requerido pela *lex arbitri* para se produzir uma sentença com baixas chances de anulação. Leis de diferentes países podem apresentar requerimentos específicos para a condução do procedimento arbitral, acarretando na anulação da sentença caso não cumpridos os requisitos previstos em lei. Por exemplo, um determinado modo de juramento a ser seguido pelas testemunhas para garantir a veracidade de seus depoimentos durante a audiência.¹⁵⁶

O prazo para se iniciar um processo requerendo a anulação da sentença arbitral também é um ponto importante a ser levado em consideração, uma vez que diferentes legislações indicarão diferentes prazos. Por exemplo, de acordo com a Lei Modelo da UNCITRAL¹⁵⁷, o prazo para se realizar o pedido de anulação em uma corte estatal é de três meses após recebida a sentença.

Ademais, a maioria das leis nacionais de arbitragem adotou abordagens similares para considerar as possibilidades de anulação de uma sentença arbitral. Na maioria dos casos, as razões para anulação são limitadas a critérios similares àqueles previstos no artigo 34 da Lei Modelo da UNCITRAL.¹⁵⁸

De acordo com esse dispositivo¹⁵⁹, uma sentença arbitral pode ser anulada somente se a parte provar que: (i) uma parte vinculada à convenção arbitral era incapaz ao tempo da assinatura

¹⁵⁶ KARRER, Pierre A. **Introduction to International Arbitration Practice**. Kluwer Law International, 2014, p. 226.

¹⁵⁷ UNCITRAL Model Law, Art 34, (3): An application for setting aside may not be made after three months have elapsed from the date on which the party making that application had received the award or, if a request had been made under article 33, from the date on which that request had been disposed of by the arbitral tribunal.

¹⁵⁸ Ibidem.

¹⁵⁹ Article 34. Application for setting aside as exclusive recourse against arbitral award (1) Recourse to a court against an arbitral award may be made only by an application for setting aside in accordance with paragraphs (2) and (3) of this article. (2) An arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if: (a) the party making the application furnishes proof that: (i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not 20 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of this State; or (ii) the party making the application was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case; or (iii) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, only that part of the award which contains decisions on matters not submitted to arbitration may be set aside; or (iv) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, unless such agreement was in conflict with a provision of this Law from which the parties cannot derogate, or, failing such agreement, was not in accordance with this Law; or (b) the court finds that: (i) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of this State; or (ii) the award is in conflict with the public policy of this State. (3) An application for setting aside may

da convenção ou a convenção não era válida de acordo com a *lex arbitri* escolhida pelas partes, ou, na falta de qualquer indicação a esse respeito, nos termos da lei do Estado onde o pedido de anulação foi proposto; (ii) a parte que requer a anulação não foi devidamente informada sobre a nomeação de um árbitro ou do procedimento arbitral, ou, de qualquer outra forma, foi impedida de apresentar seus argumentos; (iii) a sentença trata sobre objeto não abrangido pela convenção de arbitragem ou que ultrapassa seus limites, a menos que apenas esse objeto possa ser anulado e o restante da sentença mantido; (iv) o tribunal arbitral foi constituído em desconformidade com o que foi acordado entre as partes, a não ser que esse acordo entre as partes contrarie alguma disposição inderrogável da *lex arbitri*.

Além dos supracitados critérios que a parte interessada deve provar, a sentença pode ser anulada se o juiz constatar que: (i) o objeto da disputa não é arbitrável de acordo com a *lex arbitri*; ou (ii) a sentença arbitral contraria a ordem pública do Estado cuja *lex arbitri* foi escolhida.¹⁶⁰

Observa-se que os requisitos trazidos pela Lei Modelo são bastante concentrados em direitos processuais básicos das partes, como o direito de se manifestar no processo, de obter uma sentença limitada aos pedidos das partes, de impedimento de incapazes entrarem nos polos ativo ou passivo, além da necessidade de verificação dos ditames da convenção arbitral.

Para além, merece destaque uma previsão bastante relevante do artigo 34, item 4. Nela, é previsto que o juiz pode, a qualquer momento que entenda apropriado, suspender o procedimento judicial e dar ao tribunal arbitral a oportunidade de tomar ações que possam eliminar os motivos pelos quais a sentença arbitral poderia ser anulada, demonstrando o caráter *ultima ratio* da anulação e inclusive a possibilidade de o judiciário colaborar com a manutenção da sentença arbitral.

Quando se compara o artigo 34 da Lei Modelo da UNCITRAL com o artigo 5 da Convenção de Nova Iorque, tratado no tópico anterior, percebe-se grande semelhança entre os critérios para anulação de uma sentença arbitral e aqueles indicados para se aceitar a contestação à uma sentença arbitral estrangeira.

not be made after three months have elapsed from the date on which the party making that application had received the award or, if a request had been made under article 33, from the date on which that request had been disposed of by the arbitral tribunal. (4) The court, when asked to set aside an award, may, where appropriate and so requested by a party, suspend the setting aside proceedings for a period of time determined by it in order to give the arbitral tribunal an opportunity to resume the arbitral proceedings or to take such other action as in the arbitral tribunal's opinion will eliminate the grounds for setting aside.

¹⁶⁰ Ibidem.

Considerando que a contestação à execução da sentença arbitral estrangeira e o pedido de anulação da sentença são espécies do gênero “impugnação da sentença arbitral”, ao se extrair as previsões em comum do artigo 34 da Lei Modelo da UNCITRAL e do artigo 5 da Convenção de Nova Iorque, comuns tanto para o pedido de anulação quanto para a contestação à execução, o resultado seria o estabelecimento de critérios para a impugnação à uma sentença arbitral: quando (i) a convenção de arbitragem é inválida; (ii) uma parte não teve a oportunidade de apresentar seus argumentos; (iii) a sentença decidiu sobre elemento que foge do escopo do objeto da arbitragem; (iv) a composição do tribunal não foi realizada de acordo com o previsto pela convenção de arbitragem; (v) o direito envolvido na disputa não é arbitrável; ou (vi) a sentença viola a ordem pública.

Conforme se verifica no item (ii), o direito das partes de apresentar suas razões é comum tanto à Lei Modelo da UNCITRAL quanto à Convenção de Nova Iorque, ou seja, é um critério que serve de escopo tanto ao pedido de anulação da sentença quanto à contestação à execução de sentença arbitral estrangeira. O princípio do devido processo legal está no cerne desse direito, e, portanto, o desrespeito ao direito das partes de apresentarem suas razões se configura como uma grave afronta ao *due process*.

Esse é justamente o fundamento ao “*due process paranoia*”, ou seja, a possibilidade de impugnação à sentença arbitral devido a uma suposta violação ao devido processo legal, que seria realizada através do descumprimento às regras que preveem o direito das partes de apresentar seus argumentos. Como mencionado, o objetivo deste primeiro capítulo é estudar os pressupostos legais que dão fundamento ao “*due process paranoia*”, apresentar as origens do fenômeno e averiguar se existem realmente bases normativas para tal paranoia. Dessa forma, tendo sido analisados tais pressupostos normativos, no próximo subcapítulo, serão verificadas as origens do fenômeno objeto desta pesquisa, assim como se as normas até o momento esmiuçadas realmente justificam o temor característico da paranoia.

O próximo subcapítulo, pois, buscará analisar o fenômeno do “*due process paranoia*”, sua origem e conceituação, bem como uma temática relevante para a compreensão completa do fenômeno: as relações entre flexibilidade e eficiência na arbitragem.

2.3 O “DUE PROCESS PARANOIA” E A CORRELAÇÃO ENTRE FLEXIBILIDADE E EFICIÊNCIA NA ARBITRAGEM

Conforme mencionado, o “*due process paranoia*” foi citado pela primeira vez na pesquisa empírica sobre arbitragem internacional conduzida pela *Queen Mary University*, em 2015. Desde então, muito se discutiu e se escreveu acerca dos efeitos decorrentes da resistência de um tribunal arbitral em indeferir requerimentos que prejudicam o bom andamento da arbitragem.

Dentre os assuntos que circundam essa temática, está a correlação entre flexibilidade e eficiência em arbitragem comercial internacional, uma vez que a flexibilidade é uma característica inerente à arbitragem e um dos seus mais relevantes benefícios. No entanto, essa flexibilidade também pode gerar a utilização de táticas protelatórias pelas partes.

Dessa forma, este subcapítulo tratará primeiramente sobre a relação entre flexibilidade e eficiência, de modo a fundamentar a análise que será realizada sobre o fenômeno do “*Due Process Paranoia*” na sequência.

2.3.1 Flexibilidade e eficiência na condução do procedimento arbitral

A flexibilidade é uma das principais características da arbitragem. Considerando que o tribunal arbitral é escolhido pelas próprias partes, as quais podem estabelecer os procedimentos que devem ser adotados¹⁶¹, as normas das instituições arbitrais são bastante abertas no intuito de garantir flexibilidade ao procedimento. Nesse sentido, no procedimento arbitral, a previsibilidade dá espaço à flexibilidade, de forma contrária ao processo judicial, que é regulado pelos códigos normativos processuais¹⁶².

A discricionariedade do árbitro na condução do procedimento é considerado outro relevante elemento da arbitragem comercial internacional.¹⁶³ Todavia, até os melhores regulamentos de arbitragem se ausentam em nortear detalhes sobre a gerência procedimental por parte do árbitro e assim também garantir a flexibilidade. Dessa forma, uma das qualidades mais

¹⁶¹ STRENGER, Irineu. In: PUCCI, Adriana Noemi (Coord.), 1998. p. 21.

¹⁶² BITTAR Flávia. Arbitragem e Devido Processo Legal (palestra). **II Seminário Catarinense de Arbitragem: Desafios e Perspectivas**. Florianópolis, OAB/SC, 23/05/2018.

¹⁶³ BORN, Gary B. 2014, p. 145.

destacadas do procedimento arbitral pode se tornar um problema quando os tribunais arbitrais falham em conduzir o procedimento de forma eficiente.¹⁶⁴

Diante de um procedimento altamente flexível, cada arbitragem possui uma trajetória única. Assim, os pedidos das partes não necessariamente obedecem à uma ordem específica com prazos delimitados. Normalmente, pedidos que alteram o calendário da arbitragem são dirigidos ao tribunal arbitral, que possui discricionariedade de analisá-los e decidir se requerimentos como prazos para nova produção de provas ou adiamento da audiência para preparação de provas técnicas são ou não relevantes para o convencimento dos árbitros sobre o caso.

Portanto, caso não seja bem administrada, tal flexibilidade pode fazer com que a relação vantajosa de custo-benefício da arbitragem decaia de modo significativo, considerando uma alta frequência de deferimentos de pedidos que aumentam o tempo da arbitragem. 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.¹⁶⁵

De acordo com Harold Crowter e Anthony Tobin, em vista de suas tradições jurídicas, educacionais e histórico-profissionais, árbitros tendem a seguir uma "postura jurídica" de segurança no curso do procedimento, de forma a tomar poucos passos realmente ativos durante o decorrer da arbitragem. Nesse sentido, emite-se um número limitado de ordens processuais vinculadas à estrita organização do procedimento, e os árbitros se tornam propensos a deferir pedidos das partes que atrasam o fim da arbitragem.¹⁶⁶

Os supracitados autores acreditam que se aumenta gradativamente o número de árbitros que visualizam a necessidade de administrarem seus casos mais ativamente, no intuito de alcançarem arbitragens mais eficientes. Para tanto, profissionais que atuam em arbitragem precisam da competência necessária para administrarem casos de forma efetiva. Além disso, regulamentos institucionais e leis nacionais de arbitragem precisam oferecer aos árbitros os poderes necessários a permitir a eficiente condução dos procedimentos arbitrais¹⁶⁷

¹⁶⁴ BERGER, Klaus Peter; JENSEN, J. Ole, 2017. p. 419.

¹⁶⁵ Ibidem. pp. 415-416.

¹⁶⁶ CROWTER, Harold S.; TOBIN, Anthony G.V. Ensuring that Arbitration Remains a Preferred Option for International Dispute Resolution: Some Practical Considerations. **Journal of International Arbitration**. The Netherlands: Kluwer Law International, 2002, vol. 19. pp. 302-305.

¹⁶⁷ Ibidem. p. 302.

Dentre tais poderes para a condução eficiente do procedimento, está justamente a confortável posição de saber que, garantidos os direitos das partes ao contraditório e manifestação, o tribunal pode decidir entre deferir ou não pedidos que afetam o bom andamento da arbitragem, levando em conta apenas seu exame sobre a relevância daquele pedido para a decisão do caso. Não há o receio de que o indeferimento de tal pedido possa causar a anulação ou impedir a execução da sentença arbitral.

Muitas vezes, o paradigma flexibilidade *vs.* eficiência deixa os árbitros temerosos de tomarem posturas firmes. A Lei de Arbitragem de 1996 do Reino Unido é um exemplo de legislação que justamente fornece os fundamentos jurisdicionais para disponibilizar aos árbitros posturas mais proativas e impõe uma obrigação sobre eles nesse quesito.¹⁶⁸

O artigo 33 (1) da Lei de Arbitragem do Reino Unido¹⁶⁹ prevê que o tribunal deverá

(...) (a) agir de forma justa e imparcial entre as partes, dando a cada uma das partes oportunidade apresentar seus argumentos e lidar com o de seu oponente, e b) Adotar procedimentos adequados às circunstâncias do caso concreto, evitando atrasos ou despesas desnecessárias, de modo a proporcionar meios justos para a resolução das questões a serem determinadas. (2) O tribunal cumprirá com o dever geral de conduzir o procedimento arbitral em suas decisões sobre questões de procedimento e provas e no exercício de todos os outros poderes que lhe são conferidos.

Dessa forma, árbitros que conduzem arbitragens sob as regras da Lei de Arbitragem do Reino Unido possuem uma obrigação de proatividade e de evitar atrasos e gastos desnecessários no curso do procedimento.¹⁷⁰

Nas palavras de Yves Fortier, os árbitros possuem mais que o poder de acelerar o procedimento arbitral, eles possuem o dever de fazê-lo. É geralmente aceito – e ocasionalmente esquecido – que, além do dever de tratar as partes igualmente e assegurar que elas possuam a oportunidade de apresentar seus argumentos, os árbitros possuem o dever de diligência.¹⁷¹

¹⁶⁸ CROWTER, Harold S.; TOBIN, Anthony G.V., 2002. p. 303.

¹⁶⁹ THE NATIONAL ARCHIVES. **Arbitration Act 1996**. Art. 33(1) *The tribunal shall: a) act fairly and impartially as between the parties, giving each party a reasonable opportunity of putting his case and dealing with that of his opponent, and (b) adopt procedures suitable to the circumstances of the particular case, avoiding unnecessary delay or expense, so as to provide a fair means for the resolution of the matters falling to be determined. (2) The tribunal shall comply with that general duty in conducting the arbitral proceedings, in its decisions on matters of procedure and evidence and in the exercise of all other powers conferred on it.*

¹⁷⁰ CROWTER, Harold S.; TOBIN, Anthony G.V., 2002. p. 303.

¹⁷¹ FORTIER, Yves L. **The Minimum Requirements of Due Process in Taking Measures Against Dilatory Tactics: Arbitral Discretion in International Commercial Arbitration - “A Few Plain Rules and a Few Strong Instincts.** In: BERG, Albert Jan van den (ed.) *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, 1999, ICCA Congress Series, Volume 9.* p. 401.

Além dos exemplos utilizados acima, vários regulamentos de arbitragem incluem previsões determinando que os tribunais arbitrais conduzam as arbitragens da maneira mais eficiente possível, tais como da Corte de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (ICC)¹⁷², em seu artigo 22 (1), da *London Court of International Arbitration (LCIA)*¹⁷³, em seu artigo 14 (4) (2), e do *Singapore International Arbitration Centre (SIAC)*¹⁷⁴, em seu artigo 19 (1).¹⁷⁵

O Regulamento de Arbitragem da ICC, a título de exemplo, em seu artigo 22 (1), prevê que: “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”.¹⁷⁶

Quando se refere à eficiência em arbitragem internacional, a maioria dos profissionais instantaneamente pensaria em tempo e custos. A questão sobre como tornar arbitragem mais eficiente é frequentemente interpretada de maneira a tornar a arbitragem mais rápida e menos custosa. No entanto, de acordo com Jennifer Kirby, ao se mencionar "eficiência", não se pode olvidar de mais um elemento que se combina a tempo e custo: a qualidade.¹⁷⁷

O que define a qualidade da arbitragem é uma pergunta difícil de ser respondida. Diferentes atores em uma arbitragem podem articular diferentes respostas, alguns focando na qualidade do procedimento e outros na qualidade da sentença. No entanto, ainda segundo Kirby,

¹⁷² CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (ICC). **Regulamento de Arbitragem**. Em vigor a partir de 1 de março de 2017. Disponível em: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2017/02/ICC-2017-Arbitration-and-2014-Mediation-Rules-portuguese-version.pdf>

¹⁷³ LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION. **2014 Arbitration Rules**. 14.4 Under the Arbitration Agreement, the Arbitral Tribunal’s general duties at all times during the arbitration shall include: (ii) a duty to adopt procedures suitable to the circumstances of the arbitration, avoiding unnecessary delay and expense, so as to provide a fair, efficient and expeditious means for the final resolution of the parties’ dispute. Disponível em: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx

¹⁷⁴ SINGAPORE INTERNATIONAL ARBITRATION CENTRE. **2016 SIAC Rules**. 19.1. The Tribunal shall conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, after consulting with the parties, to ensure the fair, expeditious, economical and final resolution of the dispute. Disponível em: <https://www.siac.org.sg/our-rules>

¹⁷⁵ ICC Rules, art. 22 (1); UNCITRAL Rules, art. 17.1 (“The arbitral tribunal, in exercising its discretion, shall conduct the proceedings so as to avoid unnecessary delay and expense and to provide a fair and efficient process for resolving the parties’ dispute”); LCIA Rule, 14.4 (ii) (“The Arbitral Tribunal shall adopt procedures suitable to the circumstances of the arbitration, avoiding unnecessary delay and expense, so as to provide a fair efficient and expeditious means for the final resolution of the parties’ dispute”); SIAC Rules, art.19.1 (“The Tribunal shall conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, after consulting with the parties, to ensure the fair, expeditious, economical and final resolutions of the dispute”).

¹⁷⁶ CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL. **Regulamento de Arbitragem**. Em vigor a partir de 1 de março de 2017. Paris, 2019. p. 29.

¹⁷⁷ KIRBY, Jennifer. Efficiency in International Arbitration: Whose Duty Is It? **Journal of International Arbitration**, 2015, vol. 32, n. 6. p. 659

seria seguro afirmar que muitos usuários considerariam uma arbitragem de qualidade aquela que resulta em uma sentença executável. Isso significa que os árbitros administraram o procedimento de forma a assegurar o devido processo e evitar erros procedimentais no decorrer da lide.¹⁷⁸

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.

De acordo com a supracitada pesquisa da *Queen Mary University*, a responsabilidade de equilibrar o resguardo ao princípio do processo legal e gerenciar o procedimento com eficiência foi indicada como um desafio aos árbitros que participaram da pesquisa.¹⁷⁹ Isso exposto, antes de adentrar na conceituação do objeto desta pesquisa, o “*due process paranoia*”, para a melhor compreensão do mesmo, analisar-se-á brevemente o princípio do devido processo legal e sua introdução na arbitragem através da Convenção de Nova Iorque e da Lei Modelo da UNCITRAL.

2.3.2 A pesquisa empírica da *Queen Mary University of London* e o conceito de “*due process paranoia*”

Desde 2006, a Escola de Arbitragem Internacional da *Queen Mary University of London* organiza pesquisas empíricas, por intermédio da coleta, processamento e publicação de dados sobre arbitragem internacional, com o suporte de escritórios internacionais de advocacia como *White & Case*, *PriceWaterhouseCoopers* e *Pinsent Masons*.¹⁸⁰

Cada pesquisa empírica publicada pela universidade possui um foco diferente no escopo do desenvolvimento da arbitragem internacional. Em 2006, por exemplo, na sua primeira edição, o escopo da pesquisa foram as atitudes e práticas empresariais. Por sua vez, a última pesquisa,

¹⁷⁸ Ibidem. p. 692

¹⁷⁹ QUEEN MARY UNIVERSITY AND WHITE & CASE, 2015. p. 10.

¹⁸⁰ QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. Research. Acesso em 05/06/2019. <http://www.arbitration.qmul.ac.uk/research/>

lançada em 2019, teve como objeto as arbitragens internacionais envolvendo conflitos de construção civil.¹⁸¹

Em 2015, a temática da pesquisa foi a melhoria e as inovações em arbitragem internacional. A metodologia utilizada compreendeu a realização de duas fases distintas em um período de seis meses. Primeiro, a captação de dados por meio de um questionário online, respondido por 763 participantes, chamado de fase quantitativa; e, posteriormente, a realização de 105 entrevistas pessoais, chamado de fase qualitativa.¹⁸²

As principais conclusões da pesquisa foram: (i) 90% dos participantes indicaram a arbitragem internacional como preferida forma de resolução de disputas internacionais; (ii) a executividade das sentenças arbitrais internacionalmente foi considerada a mais valiosa característica da arbitragem internacional, seguida da possibilidade de se evitar sistemas legais específicos, flexibilidade e a possibilidade de selecionar árbitros.¹⁸³

Além disso, os custos foram apontados como a maior desvantagem da arbitragem internacional, seguidos da ausência de sanções efetivas durante o procedimento arbitral, a falta de eficiência dos árbitros na condução dos procedimentos, bem como o aumento do tempo envolvido na conclusão dos procedimentos arbitrais.¹⁸⁴

Para o escopo do presente trabalho, o resultado mais importante da referida pesquisa de 2015 foi a verificação da relutância apresentada por tribunais arbitrais na tomada de ações mais decisivas na condução do procedimento arbitral, em razão do receio que a sentença fosse impugnada com base em uma potencial violação do direito da parte de apresentar seus argumentos, fenômeno que foi denominado “*due process paranoia*”.¹⁸⁵

A partir dessa verificação, Klaus Peter Berger merece destaque por publicar em 2016 uma completa pesquisa sobre o assunto¹⁸⁶. Conforme o autor, muito embora o princípio do processo legal configure parte vital de qualquer processo arbitral, uma ênfase exacerbada nesse princípio é a causa basilar para o acanhamento dos árbitros quando se encontram diante de requerimentos

¹⁸¹ Ibidem.

¹⁸² QUEEN MARY UNIVERSITY AND WHITE & CASE, 2015. p. 02.

¹⁸³ Ibidem.

¹⁸⁴ Ibidem.

¹⁸⁵ Ibidem.

¹⁸⁶ BERGER, Klaus Peter; JENSEN, J. Ole. Due Process Paranoia and the Procedural Judgment Rule: A Safe Harbor for Procedural Management Decisions by International Arbitrators. **Arbitration International**. Oxford Press, vol. 32, 2016. p. 415.

delicados envolvendo o procedimento, mesmo em casos em que não se verificam riscos de desrespeito ao princípio do devido processo legal.¹⁸⁷

De acordo com a pesquisa empírica, muitos participantes descreveram situações em que frequentes requerimentos por extensões de prazos foram acolhidos, novas evidências foram aceitas em estágios avançados da arbitragem, e outros comportamentos prejudiciais ao bom andamento do procedimento arbitral por parte dos advogados foram aceitos pelos tribunais arbitrais, devido ao declarado receio, por parte dos árbitros, que o indeferimento desses pedidos levaria à impugnação da sentença.¹⁸⁸

Além disso, Berger também atesta que o "*due process paranoia*" não é somente originado pelo interesse dos árbitros em elaborar uma sentença executável, mas também pela aplicação de regras que indicam o dever de empregar todos os esforços para garantir que a sentença será executável. Muitos árbitros interpretam essa obrigação inclusive como cumprimento ao devido processo e atuam de forma a cumprir com todos os seus esforços para garantir o direito das partes de apresentar seus argumentos.¹⁸⁹

O risco de que a sentença arbitral não seja executada em jurisdição estrangeira ou seja anulada em razão de um indeferimento do tribunal arbitral em relação a pedidos por alterações procedimentais parece influenciar as decisões dos tribunais arbitrais. Na mesma pesquisa de 2015, profissionais que atuam como árbitros declararam que essa preocupação frequentemente altera profundamente a decisão que será tomada diante do requerimento das partes.¹⁹⁰

Os participantes da pesquisa frequentemente expressaram opiniões no sentido de que alguns dos problemas mais atuais da arbitragem internacional, como aumento de custos e baixa celeridade, possuem suas raízes no "*due process paranoia*". Porém, alguns participantes acreditam que esse fenômeno é inerente à arbitragem internacional, por ser um mecanismo de resolução de disputas originado e estruturado com base na autonomia das partes.¹⁹¹

Acerca desse cenário, Bernardo Cremades afirmou que o abuso na aplicação do princípio do processo legal em arbitragens internacionais se tornou uma verdadeira ameaça aos tribunais. Durante a *Alexander Lecture* organizada pelo *Chartered Institute of Arbitrators* em 2016,

¹⁸⁷ Ibidem.

¹⁸⁸ QUEEN MARY UNIVERSITY AND WHITE & CASE, 2015. p. 10.

¹⁸⁹ BERGER, Klaus Peter; JENSEN, J. Ole, 2017. p. 415.

¹⁹⁰ JAIN, Shubham. '**Public Policy**' as the Root Cause of **Due Process Paranoia: An Examination of the Statute and Court Decisions in India**. Indian Journal of Arbitration Law, 2017 vol. VI, issue 2. p. 146.

¹⁹¹ QUEEN MARY UNIVERSITY AND WHITE & CASE, 2015. p. 10.

CremaDES sustentou que, em que pese as demandas relativas ao princípio do devido processo estarem presentes em qualquer decisão tomada pelos árbitros, durante a gerência do procedimento arbitral, advogados frequentemente utilizam o princípio como um argumento de ameaça. Eles sugerem que, caso os árbitros não aceitem seus requerimentos, tal ato seria uma afronta ao referido princípio e resultaria em uma ação de anulação da sentença e/ou na impugnação à execução perante tribunal estrangeiro.¹⁹²

Nesse sentido, diante de determinados requerimentos das partes, o tribunal arbitral naturalmente precisa refletir sobre como encontrar uma saída que equilibre o respeito ao devido processo e a obrigação de ser diligente. Klaus Peter Berger e J. Ole Jensen identificaram cinco cenários comuns que potencialmente colocam os árbitros no referido dilema: i) pedidos de extensão de prazos; ii) apresentação de manifestações não solicitadas, mas consideradas muito importante pelas partes; iii) apresentação de documentos após o fim do prazo para fazê-lo; iv) envio de novos pedidos em momento indevido; v) solicitação de reagendamento de audiências em momento inoportuno.¹⁹³

Klaus Peter Berger e J. Ole Jensen explicam que o tribunal precisa sempre respeitar a vontade das partes exteriorizada em acordos entre as mesmas e sempre analisar com cuidado seus argumentos para cumprir o mandato de proferir uma decisão de qualidade. No entanto, a administração do procedimento se configura como uma parte diferente do mandato do tribunal, qual seja, a condução e organização da arbitragem.¹⁹⁴

Diante desses pedidos, o tribunal arbitral pode se sentir influenciado pelas já mencionadas regras da Lei Modelo da UNCITRAL, por exemplo, que determina em seu artigo 34 (2) (a) (2) que uma sentença pode ser anulada se uma das partes não teve completa oportunidade de apresentar seus argumentos. Por sua vez, o artigo 18 da Lei Modelo contempla a regra do devido processo e regula que à cada parte será dado o direito de apresentar seus argumentos de forma completa.¹⁹⁵

Um árbitro relutante em razão do "*due process paranoia*" pode ser colocado em situação de extrema insegurança ao se deparar com o termo "direito de apresentar seus argumentos de

¹⁹² CREMADES, Bernardo M. **The Use and Abuse of Due Process in International Arbitration.** *The Alexander Lecture.* Londres: 16 de novembro de 2016.

¹⁹³ BERGER, Klaus Peter; JENSEN, J. Ole, 2017. p. 419.

¹⁹⁴ *Ibidem.*

¹⁹⁵ UNCITRAL. The UNCITRAL Model Law. Article 18. *Equal treatment of parties: The parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case.*

forma completa"¹⁹⁶ e considerar que as partes podem se utilizar de toda e qualquer oportunidade para apresentar suas manifestações. No entanto, de acordo com Howard Holtzmann e Joseph Neuhaus, o termo "oportunidade completa" ("*full opportunity*") incluído no artigo 18 da Lei Modelo não foi significava que o tribunal arbitral devesse sacrificar a eficiência para acomodar qualquer demanda das partes.¹⁹⁷

Além disso, os comentários analíticos ao texto da Lei Modelo determinam que a "oportunidade completa de apresentar seus argumentos" não confere às partes o direito de obstruir o procedimento a partir de táticas dilatórias, por exemplo, apresentando qualquer objeção, emendas ou evidências na véspera da prolação da sentença.¹⁹⁸ Uma anterior versão da Lei Modelo foi rejeitada justamente por incluir a possibilidade das partes apresentarem argumentos "a qualquer momento do procedimento", uma vez que tal previsão seria uma porta de entrada para táticas protelatórias.¹⁹⁹

A própria pesquisa da *Queen Mary University* aponta que, enquanto alguns participantes acreditam que o "*due process paranoia*" seja um fenômeno natural e inerente à arbitragem, outros responderam que, na prática, é baixo o risco de um pedido de impugnação realmente ser acolhido com base no argumento de que a parte teve seu direito ao *due process* ferido porque seu pedido por extensão de prazo ou reagendamento da audiência foi indeferido. Por isso, seria injustificado o excessivo cuidado dos tribunais, de forma que árbitros deveriam estar dispostos a administrar as arbitragens de forma decisiva. A pesquisa empírica de 2010²⁰⁰ apontou que as partes preferem árbitros com um perfil de gerência mais proativo do que reativo.

Além disso, conforme mencionado, são diversos os regulamentos de arbitragem que preveem normas alocando o dever dos árbitros em relação a um procedimento eficiente, como as regras referentes à ICC, LCIA e SIAC. Alguns participantes da pesquisa empírica de 2015 responderam que essas ferramentas oferecidas pelos regulamentos são raramente usadas, de modo a se considerar a possibilidade de que o problema não resida na falta de sanções efetivas, mas na aplicabilidade dessas sanções pelos árbitros.²⁰¹

¹⁹⁶ *each party shall be given a full opportunity of presenting its case*

¹⁹⁷ HOLTZMANN, Howard M; NEUHAUS, Joseph E., 1989. p. 551.

¹⁹⁸ UNCITRAL. **Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration**. 1985, UN Doc A/CN.9/264. p. 46.

¹⁹⁹ HOLTZMANN, Howard M; NEUHAUS, Joseph E. p. 552.

²⁰⁰ QUEEN MARY UNIVERSITY AND WHITE & CASE, 2010. p. 25. Acesso em 18/06/2019. http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2010_InternationalArbitrationSurveyReport.pdf

²⁰¹ QUEEN MARY UNIVERSITY AND WHITE & CASE, 2015. p. 10.

Isso exposto, o primeiro capítulo desta pesquisa identificou previamente que os argumentos que embasam a existência do “*due process paranoia*” por fundamentos normativos possuem incongruências e fraquezas. Como foi analisado, por mais que uma interpretação extensiva do termo “oportunidade de apresentar seus argumentos” possa soar como a contínua possibilidade das partes de trazerem novas demandas ao procedimento, não parece ser essa a interpretação mais apurada. Os próprios comentários analíticos oficiais à Lei Modelo da UNCITRAL esclarecem que termos subjetivos como “*full opportunity*” não significam que as partes estejam livres a levar novos argumentos ao processo a qualquer tempo.

No entanto, cabe destacar que interpretações não são elementos objetivos em um contexto internacional. Expressões podem ser entendidas diferentemente de acordo com a língua e cultura dos juízes que interpretarão a lei. A interpretação das normas aqui examinadas pode ser diferente na comparação de uma jurisdição amigável à arbitragem com ordenamentos mais conservadores.

Dessa forma, conclui-se o primeiro capítulo no sentido de confirmar parcialmente a hipótese, uma vez que existem inconsistências na fundamentação do “*due process paranoia*” com base em normas da Convenção de Nova Iorque ou da Lei Modelo da UNCITRAL enquanto se trata de uma arbitragem envolvendo sede e local de execução em países com posições pró-arbitragem. Todavia, é razoável que se desenvolva receios quando da necessidade de se gerar efeitos a uma sentença arbitral em uma jurisdição conservadora.

Além disso, no próximo capítulo, em seu item 3.3.1, uma análise ainda mais minuciosa sobre como se deu a inclusão de previsões sobre o devido processo legal na Convenção de Nova Iorque e na Lei Modelo vai substanciar ainda mais a conclusão de que não há razões objetivas com base em normas para fundamentar o desenvolvimento do “*due process paranoia*”. Ademais, no segundo e terceiro capítulo, respectivamente, serão analisadas mais duas formas de fundamentos a esse fenômeno, quais sejam, suas bases principiológicas e jurisprudenciais.

Dessa maneira, o próximo capítulo realizará, então, um estudo sobre o princípio do devido processo legal e investigará se as bases e aplicações desse princípio podem ser interpretados como fundamentos ao desenvolvimento do “*due process paranoia*”.

3. O DEVIDO PROCESSO LEGAL E SEU PAPEL NA IMPUGNAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS EM ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

O devido processo legal é um dos pilares do Estado de Direito e pode ser conceituado como "o direito dos indivíduos de não serem privados de suas propriedades, ou outros direitos pessoais, sem a justa oportunidade de se defenderem diante de juízes neutros"²⁰². Ele serve como uma espécie de "escudo" dos direitos processuais fundamentais diante da possibilidade de privação de direitos materiais e pessoais.

Geralmente, o devido processo é visto como um conjunto de critérios que protege um indivíduo em relação ao Estado e autoridades públicas. Os requisitos do devido processo são considerados parte da proteção constitucional de um indivíduo. No entanto, no contexto da arbitragem comercial internacional, tais elementos devem ser reconsiderados por se tratar de um mecanismo privado de resolução de disputas.²⁰³

De acordo com Gabrielle Kaufmann-Kohler, existem dois princípios amplamente utilizados em arbitragem internacional: a autonomia das partes e o devido processo. O termo "devido processo" em arbitragem se refere a um grande número de diferentes concepções com nomenclaturas variadas conforme a jurisdição a qual se vinculam, incluindo *natural justice*, *procedural fairness*, o direito de apresentar seus argumentos, contraditório e tratamento igualitário entre partes. Além dos dois princípios mais reconhecidos, outros novos emergem em obras acadêmicas e na prática da arbitragem, como a eficiência processual.²⁰⁴

Gary Born também destaca que “*due process*” e “*natural justice*” possuem significados especiais em certos sistemas de justiça, especialmente em direito penal. Dessa forma, ao se tratar de arbitragem internacional, torna-se mais adequado utilizar o termo “justiça processual fundamental” ou, em sua versão original em inglês, “*fundamental procedural fairness*”.²⁰⁵

Segundo Charles Nairac, é amplamente aceito que o devido processo se aplica ao procedimento arbitral, sendo reconhecido tanto implicitamente quanto explicitamente em instrumentos legais internacionais relevantes à arbitragem. A Lei Modelo da UNCITRAL, por

²⁰² REED, Lucy. Ab(use) of due process: sword vs. shield. **Arbitration International**, Oxford, 2017, vol. 33. p. 362.

²⁰³ KURKELA, Matti S.; TURUNEN Santtu. **Due Process in International Commercial Arbitration**. Oxford University Press, 2010, 2 ed. p. 1.

²⁰⁴ KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. **Globalization of Arbitral Procedure**. Vanderbilt J. Transl, 2003. p. 36.

²⁰⁵ BORN, Gary. **International Commercial Arbitration** (2nd edn, Kluwer Law International 2014) 2144, 2154.

exemplo, indica no seu artigo 18 que “as partes devem ser tratadas igualmente com equidade e a cada parte será dada oportunidade de apresentar seus argumentos”²⁰⁶. De maneira similar, o artigo 17 (1) do Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL²⁰⁷ requer que “as partes sejam tratadas com equidade” e que a cada parte seja “dada razoável oportunidade de apresentar seus argumentos”, de maneira que o tribunal deva “garantir um justo e eficiente procedimento”.²⁰⁸ Além disso, o devido processo é encontrado como condição para a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, de acordo com o artigo 5 da Convenção de Nova Iorque de 1958.²⁰⁹

Conforme já detalhado nesta pesquisa, o direito das partes de apresentarem seus argumentos é justamente um dos elementos fundamentais ao “*due process paranoia*”, uma vez que, por receio de lesar esse direito, os tribunais arbitrais tendem a aceitar requerimentos procedimentais das partes que prejudicam o bom andamento da arbitragem. Exemplo disso é a apresentação de novas alegações fora do momento adequado, bem como o reagendamento de audiências por alegada falta de tempo hábil para preparação de provas.

Nesse sentido, considerando que o objetivo desta pesquisa é examinar se o “*due process paranoia*” possui fundamentos normativos, principiológicos e jurisprudenciais para afetar o *modus operandi* do tribunal arbitral, tendo sido verificado o plano normativo da pesquisa no capítulo primeiro, o capítulo segundo abordará o princípio do devido processo legal. Busca-se analisar as suas bases históricas, sua abordagem no plano internacional e a aplicabilidade do princípio na arbitragem.

Para tanto, este capítulo se inicia a partir de um estudo sobre o princípio do processo legal, tanto em sua perspectiva histórica quanto sua aplicabilidade. Em sequência, considerando

²⁰⁶ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. **UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration**. Artigo 18: The parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case. Acessado em 13/11/2019. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/07-86998_ebook.pdf

²⁰⁷ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. **UNCITRAL Arbitration Rules**. Artigo 17(1). Subject to these Rules, the arbitral tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, provided that the parties are treated with equality and that at an appropriate stage of the proceedings each party is given a reasonable opportunity of presenting its case. The arbitral tribunal, in exercising its discretion, shall conduct the proceedings so as to avoid unnecessary delay and expense and to provide a fair and efficient process for resolving the parties’ dispute. Acessado em 13/11/2019. Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-rules-revised-2010-e.pdf>

²⁰⁸ BELTRAME DE MOURA, Aline; BECKER, Gustavo. The Normative Roots of the “Due Process Paranoia” in International Commercial Arbitration .and its Impacts on Procedural Efficiency. **Vindobona Journal**, 2019, vol. 23, issue, 2. pp. 172-176.

²⁰⁹ NAIRAC, Charles. Due Process Considerations in the Constitution of Arbitral Tribunals. In: MENAKER, Andrea (ed). **International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity**. ICCA Congress Series, Vol. 19, Kluwer Law International, 2017. p. 122.

a arbitragem comercial internacional um método privado de resolução internacional de controvérsias, será hipotetizada a existência de um devido processo legal em âmbito internacional, ou seja, para além das interpretações vinculadas ao direito interno que o princípio apresenta na jurisdição onde é aplicado. A pesquisa segue para averiguar a aplicabilidade do devido processo na arbitragem internacional, iniciando por um contexto histórico e finalizando com as práticas da arbitragem internacional que são fundamentadas no *due process*. Por fim, o problema desta pesquisa será considerado ao se tentar responder se o princípio do devido processo legal fornece fundamentos ao desenvolvimento do “*due process paranoia*”.

3.1 AS ORIGENS DO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

Matti Kurkela e Santtu Turunen destacam que regras e princípios podem ser diferenciados pelo grau de generalidade que os acompanham. Ao passo que regras são ordens específicas, princípios descrevem a forma como os acontecimentos devem ser realizados, a partir de um grau generalizado.²¹⁰

Além disso, nas palavras de Michael Bayles, regras e princípios podem ser distinguidos quando se entende que regras são aplicáveis de uma forma vinculada a uma ideia de “tudo ou nada”, ou seja, se regra é cumprida ou não. Enquanto isso, princípios são vistos não necessariamente como o único fator envolvido para se determinar a solução para o problema legal, mas como argumentos ou normas que precisam ser balanceadas em relação a outros princípios.²¹¹

Nesse sentido, a utilização formal da expressão “*due process of law*” se deu pela primeira vez em 1354, na oportunidade em que o Rei Eduardo III da Inglaterra confirmou a *law of the land* (Leis da Terra) e, entre elas, a Magna Carta das Liberdades assinada pelo Rei João-Sem-Terra em 1215. A Magna Carta foi uma tentativa de limitar o poder do Rei e seus abusos, para que o povo inglês fosse poupado de exacerbadas retaliações. Com o tempo, o poder de fazer leis na Inglaterra passou do soberano ao Parlamento. Dessa forma, a evolução do devido processo

²¹⁰ KURKELA, Matti S.; TURUNEN, 2010. p. 13.

²¹¹ BAYLES, Michael. **Principles of law: a normative analysis**. Oxford Press, 1977. pp. 11-14.

legal na Inglaterra faz conexão ao poder do povo de fazer as leis e o dever de todos de respeitá-las.²¹²

O artigo 28 da Carta de 1215 declarava que

(...) nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, senão mediante um julgamento justo pelos seus semelhantes ou de harmonia com a lei da localidade.²¹³

Desenvolvido na Inglaterra para manter os interesses do povo contra a tirania, o devido processo se tornou nos Estados Unidos da América a base de defesa para os cidadãos humildes contra o poder legislativo. Na visão norte-americana, o devido processo geralmente resulta nas características de um processo conforme naturalmente se percebe em nações civilizadas, como a presença de uma parte requerente, uma parte requerida, um juiz, apresentação inicial de alegações, oportunidade de resposta e um julgamento.²¹⁴

De acordo com João Gualberto Ramos, pode se dizer que, nos Estados Unidos, ainda que tenha historicamente existido certa ruptura com a tradição inglesa, o devido processo legal permaneceu como ponto em comum entre os sistemas jurídicos norte-americano e inglês. A Carta dos Direitos (*Bill of Rights*), que entrou em vigor em 1791, dispôs em seu artigo 7 que "ninguém poderá ser privado da vida, liberdade, ou propriedade, sem o devido processo legal"²¹⁵. Essa transfiguração do Direito Norte-americano, no entanto, é diversa daquela relacionada ao Direito Inglês, uma vez que foi moldada por componentes políticos e étnicos, não existentes à época da formação da ideia do devido processo legal na Inglaterra.²¹⁶

Os termos “*due process of law*” e “*law of the land*” verificados no desenvolvimento do direito nos Estados Unidos e na Inglaterra deram início a uma construção jurisprudencial que possui como objetivo o direito à proteção das garantias do indivíduo, em especial às garantias

²¹² RAMOS, João Gualberto Garcez. Evolução Histórica do Princípio do Devido Processo Legal. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, 2007, vol. 46. p. 103.

²¹³ "No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land." UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP, COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. **Magna Carta - 1215**.

²¹⁴ RUSSELL, Isaac Franklin. Due Process of Law. **Yale Law Journal**, vol. 14, no. 6, 1904-1905. pp. 322-332

²¹⁵ *Article the seventh: No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.*

²¹⁶ Ramos, 2007. p. 105.

processuais. Com o decorrer da história, o devido processo legal tomou maior relevância, passando de uma proteção aplicada em face do juízo para a garantia de igualdade de tratamento entre as partes diante de qualquer autoridade.²¹⁷

Conforme afirmado por Lucy Reed durante sua *Freshfields Lecture* intitulada “*Ab(use) of Due Process: Sword vs Shield*”, na análise de jurisdições de *civil law*, *common law* ou, ainda, outros sistemas legais, os princípios básicos que constituem o devido processo aparecem diversas vezes como essenciais para legitimar sistemas adjudicatórios. Eles são princípios intrínsecos às constituições e convenções internacionais, como as Convenções Europeia e Interamericana de Direitos Humanos.²¹⁸

Nas palavras da professora norte-americana, o devido processo pode ser dividido em quatro elementos principais: (i) a parte em um processo precisa ser notificada sobre um caso contra ela; (ii) a parte terá a oportunidade de se defender apresentando suas razões de forma a responder aos argumentos contra ela apresentados; (iii) a parte terá o direito de se defender diante de um tribunal imparcial e independente; (iv) o tribunal deve tratar as partes igualmente.²¹⁹

3.1.1 A posição constitucional do devido processo legal

Com as declarações de direitos humanos do século XVIII, dá-se início à constitucionalização do devido processo legal, de modo que tais direitos se transformaram em garantias constitucionais absolutas dos cidadãos. Sistematizar essas garantias juntamente aos direitos fundamentais nas constituições se tornou um elemento essencial para a modernização dos Estados, uma vez que as garantias constitucionais passaram a ser relevantes ao povo. Assim, o desenvolvimento e a precisão dos dispositivos constitucionais reguladores dos direitos fundamentais acarretaram a necessidade de se levar ao seu bojo também as normas processuais.²²⁰

²¹⁷ DANTAS, San Tiago F. C. de. Igualdade Perante a Lei e Due Process of Law em Problemas de Direito Positivo, *Revista Forense*, de Janeiro, 1953. p. 43.

²¹⁸ REED, Lucy. 2017, p. 366.

²¹⁹ Ibidem. pp. 362-364.

²²⁰ FIX-ZAMUDIO, Héctor. Los Instrumentos Procesuales Internos de Protección de los Derechos Humanos en los Ordenamientos de Europa Continental y su influencia en otros países, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas*, UNAM, n9 35, maio/ agosto, 1979. pp. 337-338.

A Suprema Corte dos Estados Unidos, por meio da 5ª Emenda de 1791, determinou um padrão de devido processo legal a partir dos fundamentos da Lei da Terra inglesa, que passou a ser implementado em diversas constituições. O conceito de processo legal, assim, tornou-se uma das maiores garantias de uma parte requerida em um processo, o qual nenhuma outra ordem ou lei poderá privá-la, situando o devido processo em posição de suma relevância no desenvolvimento do sistema de justiça norte-americano.²²¹

No Brasil, o princípio do devido processo foi mencionado pela primeira vez em nível constitucional somente na Constituição de 1988 que, em seu art. 5º, inciso 54,²²² declarou a sua obrigatoriedade: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". Tal como no Direito Norte-americano, a prescrição do ordenamento brasileiro abrange a igualdade substancial e formal entre os cidadãos e controla o poder do Estado.²²³

A posição hierarquicamente superior da Constituição em relação às leis ordinárias que regulamentam as normas processuais resulta na conclusão de que a tutela de um processo se realiza por meio da posição imperativa das previsões constitucionais. Nesse sentido, destaca Eduardo Couture que a constituição prevê o processo como garantia da pessoa humana e, se a lei previr uma forma processual que prive o indivíduo de razoável oportunidade para fazer valer seu direito a um processo justo, ela será inconstitucional.²²⁴

Nesse sentido, de acordo com Ada Pellegrini, raras eram as exceções de constituições no século XX que não seguiam à tendência de se reconhecer a necessidade de proclamação das garantias processuais junto ao grupo de direitos da pessoa humana e das suas garantias fundamentais.²²⁵ Considerando o plano constitucional, os princípios fundamentais do processo incluem o direito de ação, contraditório e devido processo.²²⁶ Similarmente, Sálvio Teixeira²²⁷ afirma que o operador do direito encontra na Constituição a fundamentação processual aos

²²¹ RODRIGUES, Lêda Boechat. A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano. **Edição Revista Forense**, 1958. p. 92.

²²² PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Art. 5º, inciso 54.

²²³ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Estado de Direito e Devido Processo Legal**. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: 1997, vol. 209. pp. 7-8.

²²⁴ COUTURE, Eduardo J. **Fundamentos de Derecho Procesal Civil**, Depalma, Buenos Aires, 1977, 3a. ed., pp. 148 a 152; idem, Las Garantias Constitucionales dei Proceso Civil, publicado no volume em honra de Alsina o na Rev. D. J. A., t. 43, p. 353.

²²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Garantias Constitucionais do Direito de Ação**, Editora Revista dos Tribunais Ltda., São Paulo, 1973, p. 2.

²²⁶ Ibidem.

²²⁷ TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo . **Manual Elementar de Direito Civil de Lopes da Costa**, edição atualizada, Forense, Rio de Janeiro, 1982, 3a. ed., p. 48.

direitos das partes e princípios processuais, cristalizados no chamado *due process of law*, segundo o qual o processo – qualquer que seja – exige decisão imparcial, igualdade de oportunidade entre as partes e procedimento previsto em lei.

De acordo com Louis Favoreu²²⁸, o aumento no número de jurisdições constitucionais é um fenômeno que marcou o século XX, consagrado em diversos Estados, como Áustria, Itália, Alemanha, Grécia, Espanha e França. Junto às especialidades de cada sistema, estão presentes linhas de semelhança que caracterizam uma jurisdição constitucional na Europa, como a existência de uma corte constitucional e a necessidade de juízes diferentes no plano ordinário e constitucional.

Mauro Cappelletti destaca que o processo em geral possui caráter de instrumentalidade e apresenta muitos paralelos na comparação entre sistemas de justiça distintos. Segundo ele, os institutos e princípios fundamentais do direito e do processo, quando comparados entre os países ocidentais, não diferem substancialmente. Mesmo considerando o contraste entre sistemas de *common law* e *civil law*, os pontos em comum são numerosos e aumentam no decorrer do tempo.²²⁹

Dessa forma, a ampliação em diversos sistemas jurídicos da relevância do devido processo legal e sua posição constitucional, resultou na limitação dos poderes do Estado quando diante dos direitos a serem garantidos aos cidadãos, transformando o devido processo em um padrão a ser respeitado pelos tribunais, levando em consideração as circunstâncias do caso e características de tempo e opinião pública em relação ao local de resolução do conflito.²³⁰

3.2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL INTERNACIONAL

O subcapítulo anterior explorou a tendência que garantias fundamentais processuais estejam posicionadas em altos níveis hierárquicos nos ordenamentos jurídicos dos Estados. Nesse sentido, um questionamento natural pode surgir é: considerando o caráter doméstico vinculado às regras de garantias ao devido processo enquanto presentes nos ordenamentos

²²⁸ FAVOREU, Louis. **Rapport Général Introductif, Revue Internationale de Droit Comparé**. Número Especial sobre ‘La Protection des Droits Fondamentaux par les Juridictions Constitutionnelles en Europe Allemagne Fédérale, Autriche, France, Italie’, n. 92, abril/junho, 1981. p. 64.

²²⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **A Ideologia no Processo Civil**, AJURIS, Porto Alegre, n. 9 23, novembro, 1981, p. 32.

²³⁰ *Ibidem*.

jurídicos internos, como se falar do devido processo em resoluções de disputas internacionais, levando em conta que cada parte poderá possuir visões distintas do conteúdo do princípio?

Nesse caso, existiria uma fonte do devido processo legal que se desprenda da herança nacional presente em cada constituição? Essa abordagem se torna necessária quando se reflete sobre a natureza da arbitragem e do devido processo legal quando vinculado a um método de resolução de conflito que, além de privado, é naturalmente internacional.

Como já mencionado, o conceito de devido processo tem suas origens no sistema legal do *common law* da Inglaterra. A regra definia que indivíduos não seriam privados da sua vida, liberdade ou propriedade sem um próprio julgamento, a aplicação da lei e uma oportunidade de defender seus interesses. Essas normas, desde então, codificaram vários instrumentos legais, tanto domésticos quanto internacionais: a Magna Carta no século XII, a Declaração dos Direitos dos Homens e dos Cidadãos de 1789, a 5ª Emenda da Constituição Norte-americana de 1791, a Declaração Universal de Direitos Humanos da ONU em 1948 e a Convenção Europeia de Direitos Humanos de 1950.²³¹

Conforme Jan Paulsson, como uma proteção a normas arbitrárias adotadas por Estados soberanos, o direito internacional desenvolveu uma válvula de segurança para lidar com situações de arbitrariedade comuns a algumas nações. Segundo o autor, a autoridade de um tribunal internacional para determinar e aplicar leis nacionais é plena, de forma que é possível que esses tribunais recusem a aplicação de “leis injustas”, por intermédio dos princípios gerais do direito, os quais incluem o princípio do devido processo legal em sua amplitude internacional.²³² O devido processo legal, portanto, pode ser vislumbrado em uma dimensão internacional a partir do momento que se considera esse princípio parte do rol de princípios gerais do direito internacional.

Assim, para dar continuidade à análise do âmbito internacional do princípio do devido processo legal, este subcapítulo será dividido em dois tópicos. Primeiramente, será explorada a posição do devido processo enquanto princípio geral do direito, atentando-se à possibilidade de considerá-lo internacional ainda que diante de uma disputa internacional privada. Em seguida,

²³¹ Os instrumentos mencionados são apenas exemplos; as obrigações vinculadas ao devido processo são previstas em diversos regramentos domésticos e internacionais.

²³² PAULSSON, Jan. Unlawful Laws and the Authority of International Tribunals. *ICSID Review*, 2018, vol. 215. pp. 221-222.

será vislumbrada a internacionalidade do princípio do devido processo, mesmo sem a necessidade de considerá-lo como um princípio geral do direito internacional.

3.2.1 O devido processo legal enquanto princípio geral do direito aplicado em arbitragem comercial internacional

Charles Kotuby atesta que juristas observaram, durante mais de um século a existência de princípios mínimos inerentes a qualquer sistema legal. Eles podem ser considerados princípios gerais do direito e derivam do consenso entre diferentes sistemas jurídicos, fundamentados no direito positivo de cada ordenamento nacional e tratados como fonte primária de direito internacional. Eles buscam definir os fundamentos de justiça material e processual e vêm sendo aplicados pela Corte Internacional de Justiça, tribunais internacionais de investimentos e tribunais arbitrais comerciais. Somados, os princípios gerais formam uma noção de devido processo internacional segundo o qual processos locais são julgados para além dos limites da soberania nacional. Esses princípios possuem o potencial de desempenhar um papel de direito material quando um caso transnacional chega a uma corte doméstica.²³³

A abordagem comum nesses casos é aplicar “princípios gerais do direito reconhecidos por nações civilizadas” como uma norma corretiva. Conforme Bin Cheng, tais princípios se tornam “princípios gerais” e, conseqüentemente, uma fonte primária de direito internacional, quando eles são “reconhecidos universalmente” pela maioria dos sistemas legais civilizados.²³⁴ Nas palavras de Hermann Mosler, os princípios gerais de direito internacional constituem um conceito referente a princípios originados diretamente nas relações legais internacionais. Ademais, o adjetivo “geral” indica que serão aplicados em todos os casos similares que venham a surgir no âmbito do direito internacional.²³⁵

Benedetto Conforti preceitua que os princípios gerais do direito são originalmente advindos dos sistemas legais internos dos Estados, sendo duas as condições para sua aplicação como princípios gerais de direito internacional: eles precisam existir e ser uniformemente

²³³ KOTUBY, Charles T. Jr. "General Principles of Law, International Due Process, and the Modern Role of Private International Law." **Duke Journal of Comparative and International Law**, vol. 23, no. 3, Spring 2013. p. 412.

²³⁴ CHENG, Bin. **General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals**. Cambridge University Press, 2006. p. 112.

²³⁵ MOSLER, Hermann. General Principles of Law. In: BERNHARDT, R., **Encyclopedia of Public International Law**, North Holland, 1995, vol. 1. p 512.

aplicados na grande maioria dos Estados, bem como ser considerados obrigatórios e necessários do ponto de vista do direito internacional.²³⁶ A aplicação de princípios gerais permite que os tribunais internacionais fundamentem decisões não necessariamente conexas ao dogmatismo doméstico e das idiossincrasias da lei local, mas, ainda assim, alicerça a decisão em bases jurídicas que sejam reconhecidas e vinculantes aos Estados.²³⁷

Um exemplo de aplicação prática de princípios internacionalmente aceitos²³⁸ é o caso *World Duty Free Company Ltd. vs. República do Quênia*, de 2006²³⁹. Em 1989, uma empresa britânica firmou um acordo com o governo do Quênia para a construção, manutenção e operação de lojas *duty free* nos aeroportos de Nairobi e Mombassa. Conforme alegado pelo autor, o governo procurou encobrir uma enorme fraude interna expropriando e liquidando bens locais do autor, incluindo seus direitos no acordo de 1989. A empresa, por conseguinte, iniciou a busca por sua restituição financeira diante de quebra de contrato, que indicava ambas as leis queniana e inglesa como aplicáveis ao contrato.

O Governo do Quênia indicou que o acordo de 1989 não era executável, uma vez que foi assinado diante do pagamento de dois milhões de dólares de suborno ao presidente queniano em exercício. O autor requereu que o Tribunal executasse o contrato apesar do suborno, pois “doar valores ao se fazer negócios” no Quênia era uma prática rotineira, quase visto como um protocolo do povo queniano, alegando estar “seguindo suficientemente a ordem pública doméstica”²⁴⁰.

Configurado o cenário internacional do caso – a aplicação tanto da lei queniana quanto inglesa – o tribunal arbitral responsável realizou buscas na jurisprudência de outros tribunais arbitrais internacionais, convenções, decisões domésticas e leis nacionais, concluindo que “suborno ou influência descabida são sancionadas pelas leis criminais da maioria, senão de todos os países”.²⁴¹ Entendeu-se que esse consenso pode ser considerado um princípio geral da lei

²³⁶ CONFORTI, Benedetto. **Diritto Internazionale**, Editoriale Scientifica, 2014. p. 110.

²³⁷ BERGER, Klaus Peter. General Principles of Law in International Commercial Arbitration: How to Find Them- How to Apply Them. **World Arbitration and Mediation Review**, 2011, n. 97. pp. 105-06.

²³⁸ Os exemplos são aqui utilizados apenas para ilustrar o fenômeno de formação de princípios internacionalmente reconhecidos e sua aplicabilidade. A amostragem de arbitragens internacionais de investimento não altera o escopo da presente pesquisa, que se fundamenta nas arbitragens comerciais internacionais.

²³⁹ **ICSID Case ARB/00/7**, 04 de outubro de 2006.

²⁴⁰ Parágrafos 110, 120 e 134.

²⁴¹ Parágrafo 139.

inglesa e queniana, sendo “ desnecessário para o Tribunal considerar o efeito de um costume local que violaria a ordem pública transnacional”²⁴².

Fatos similares foram apresentados no caso *Inceysa Vallisoletana v. El Salvador* de 2006²⁴³, em que o tribunal responsável tomou uma decisão semelhante. Nesse caso, uma empresa espanhola assinou contrato para oferecer serviços industriais à República de El Salvador. Segundo o autor, El Salvador descumpriu o contrato e expropriou seus direitos alegando que a empresa assinara o referido contrato através de fraude, e dessa forma, não poderia requerer as proteções previstas no acordo bilateral realizado.

O tribunal entendeu que a legalidade do contrato dependeria das leis e princípios aplicados em El Salvador.²⁴⁴ Tendo em mente que o acordo bilateral dispunha também sobre a aplicabilidade do direito internacional²⁴⁵ e que os princípios gerais do direito são uma fonte autônoma de direito internacional, o Tribunal decidiu que eles poderiam ser aplicados como regras gerais quando houvesse consenso internacional, de forma que pelo menos três princípios foram violados: boa fé, proibição de benefício a partir de atos ilegais e proibição de enriquecimento ilícito.²⁴⁶

Visto que o objeto aqui estudado é um método de resolução de disputa intimamente ligado aos poderes privados das partes e que o artigo 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça²⁴⁷ – jurisdição responsável, em sua maioria, por casos de direito internacional público – indica os princípios gerais como uma das cinco fontes de direito internacional, seriam os princípios gerais do direito aplicáveis às arbitragens comerciais internacionais? Segundo o juiz da Corte Internacional de Justiça, Antônio Augusto Cançado Trindade, princípios gerais do direito englobam tanto princípios encontrados em todos os sistemas legais nacionais – conectados com aqueles princípios basilares ao direito – quanto aqueles próprios de direito

²⁴² Parágrafo 172

²⁴³ **ICSID Case ARB/03/26**, 02 de agosto de 2006.

²⁴⁴ Parágrafo 214.

²⁴⁵ Parágrafos 219-224.

²⁴⁶ Parágrafos 230-255.

²⁴⁷ *Article 38 1. The Court, whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply: a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting states; b. international custom, as evidence of a general practice accepted as law; c. the general principles of law recognized by civilized nations; d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law. 2. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case ex aequo et bono, if the parties agree thereto.*

internacional. Ambos servem de base para decisões no âmbito do direito internacional público e de disputas privadas internacionais.²⁴⁸

Cançado Trindade também afirma que, de tempos em tempos, esses princípios são reafirmados, expressando a ideia de uma justiça objetiva, com vistas a construir o caminho para a aplicação de um direito internacional universal.²⁴⁹ Em sentido semelhante, de acordo com Michael Nolan e Frederic Sourgenes²⁵⁰, diante desses princípios são englobadas as leis privadas de todos os sistemas judiciais nacionais.

Esses princípios se apresentam como fonte de direito de forma vinculativa, tanto no plano doméstico como internacional; por um lado, eles constituem fonte de direito aplicadas pelo Estado a partir de suas cortes domésticas, mas também podem ser aplicados sobre os Estados no plano internacional.²⁵¹ Dessa forma, tribunais internacionais de qualquer tipo ou cortes domésticas diante de um caso transnacional podem se utilizar dos princípios gerais como fonte de direito. Os princípios formam um conjunto de critérios internacionais mínimos de devido processo legal e justiça procedimental, baseado não somente nas suas perspectivas, mas em uma visão universal de sistemas legais.²⁵²

Retomando a arbitragem comercial internacional, haveria espaço para aplicação dos Princípios UNIDROIT sobre Contratos Comerciais Internacionais²⁵³ como princípios gerais do direito? Conforme afirmado por Michael Bonell, dado que os princípios UNIDROIT foram estabelecidos através de um processo de comparação e busca de similaridades entre regulamentos e princípios comuns à maioria dos sistemas jurídicos nacionais, eles poderiam ser considerados “princípios gerais” de direito comercial internacional e contratos internacionais. No entanto, durante sua elaboração, um elemento decisivo foi não somente considerar quais regras seriam adotadas pela maioria dos países, mas quais regras teriam cunho mais persuasivo e maior

²⁴⁸ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Statute of International Court of Justice**. United Nations Audiovisual Library of International Law.

²⁴⁹ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium**, 2nd. rev. ed., Leiden/The Hague, Nijhoff, 2013. p. 126.

²⁵⁰ NOLAN, Michael D.; SOURGENES, Frederic G. Issues of Proof of General Principles of La., **World Arbitration and Mediation Review**, n. 505, 2009.

²⁵¹ ELIAS, Olumefi; LIN, Chin. General Principles of Law, Soft Law and the Identification of International Law. **Netherlands Yearbook of International Law**, T.M.C, Asser Press, 1997. pp. 25-26.

²⁵² KOTUBY, Charles T. p. 422.

²⁵³ UNIDROIT. **Unidroit Principles of International Commercial Contracts**. 2016. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>

adequação para transações internacionais. O elemento de plena aplicabilidade dos princípios na generalidade dos sistemas jurídicos, conseqüentemente, não estaria cumprido.²⁵⁴

Michael Bonell destaca, ainda, que os princípios UNIDROIT não parecem ter a vocação para se aplicar a relações desenvolvidas no nível do direito internacional como um todo, mas se especificam em uma matéria à parte, o que também os situa em uma posição mais distante da ideia de princípios gerais do direito reconhecidos por nações civilizadas.²⁵⁵

Cabe destacar que, além do devido processo, outros princípios gerais do direito podem ser observados na construção da arbitragem comercial internacional. A jurisdição arbitral, por exemplo, constitui-se com o apoio de um princípio fundamental: o juiz natural. Juntamente com o princípio da autonomia da vontade das partes, eles assentam a base principiológica que possibilita a realização de uma justiça privada, permissível, válida e considerada compulsória a partir do momento que as partes assim acordarem.²⁵⁶

Nesse sentido, tanto a Convenção de Nova Iorque quanto a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional preveem a obrigação do juiz natural – o juiz da corte estatal – de analisar a convenção arbitral e, caso considere-a válida, guiar as partes à arbitragem e declarar a sua incompetência quanto ao caso em questão.²⁵⁷

Além disso, uma característica fundamental do processo comum em cortes estatais é a possibilidade de terceiros tomarem parte no processo, no papel de terceiros interessados. Na arbitragem, o princípio fundamental da autonomia das partes dificulta essa possibilidade, uma vez que a participação de uma parte terceira é permitida somente diante do consentimento de todas as partes envolvidas no procedimento.²⁵⁸

Outro ponto que merece menção é referente à publicidade judicial dos procedimentos, tido como fundamental no direito das nações civilizadas e incorporado no artigo 6 (1) da Convenção Europeia de Direitos do Homem²⁵⁹, que regula o direito à uma audiência pública. A

²⁵⁴ BONELL, Michael. **An International Restatement of Contract Law**. Transnational Publishers, ed. 2, 1997. pp. 19-32.

²⁵⁵ Ibidem.

²⁵⁶ MANTAKOU, Anna. "General Principles of Law and International Arbitration." **Revue Hellenique de Droit International**, vol. 58, no. 2, 2005, p. 421.

²⁵⁷ Artigo 2 (3) da Convenção de Nova Iorque e artigo 8 da Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional.

²⁵⁸ LEW, Julian D.; MISTELIS, Loukas. **Comparative International Commercial Arbitration**. Kluwer Law International, 2003. p. 456.

²⁵⁹ CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Europeia de Direitos do Homem. Roma, 04/11/1950. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf

arbitragem é um procedimento de natureza privada, mas esse caráter não parece ferir a Convenção, uma vez que a Corte Europeia declarou no caso *Deweer vs. Bélgica*²⁶⁰ que o caráter de uma audiência pública diante de uma corte estatal é sujeito a limitações implícitas, como a existência de uma convenção arbitral.

Conclui-se, assim, que os princípios gerais do direito possuem aplicabilidade tanto doméstica quanto internacional e empregam-se igualmente em casos de direito internacional público e casos privados. Dessa forma, considerando o devido processo legal como princípio geral do direito, ele é aplicável a casos internacionais. Cabe ao próximo tópico analisar se, independente da sua classificação como princípio geral do direito, o princípio do devido processo legal possui em si uma natureza internacional.

3.2.2 A internacionalidade do princípio do devido processo legal

Chegar a uma definição de justiça processual em um caso internacional é uma missão complexa, uma vez que cada Estado possui vastos e diferentes procedimentos para determinar o que é “justiça”, e esses procedimentos produzem um número ainda mais variado de decisões. Mas quando se busca a execução dessas decisões em outro país, esta precisa assegurar se a decisão a ser executada preenche um padrão mínimo de justiça antes de se garantir sua executividade.²⁶¹

De acordo com Wolfgang Friedmann, desde que os indivíduos iniciaram a se relacionar através de fronteiras, desenvolve-se um código de “devido processo internacional”: mínimos padrões de administração da justiça, construídos a partir de uma noção elementar de justiça baseada na sua generalizada aplicação em diversos sistemas legais, de maneira que se tornaram padrões legais internacionais.²⁶²

Na opinião de Edwin Borchard, em “*The 'Minimum Standard' of the Treatment of Aliens,*”, em ambos os cenários, doméstico e internacional, o padrão aplicável de devido processo legal requer a noção ampla e universal de justiça, de forma simples, fundamental e de

²⁶⁰ Case number 18479/91.

²⁶¹ Ibidem. p. 424.

²⁶² FRIEDMANN, Wolfgang. The Uses Of "General Principles" in The Development of International Law. **American Journal of International Law**, vol. 57, n. 2. pp. 279-281.

aceitação geral por todos os países civilizados, de modo a formar uma parte da normativa internacional.²⁶³

Charles Kotuby, por sua vez, defende que a noção de devido processo internacional pode ser interpretada como a estruturação de decisões domésticas seguindo padrões aceitos também em um contexto internacional. Assim, a fundamentação do princípio a partir de um mínimo critério de tratamento entre as partes – o qual todos os países podem e devem se esforçar a seguir – também garante que decisões domésticas não sejam simplesmente desconsideradas em um contexto internacional pelo desrespeito às garantias fundamentais das partes durante o decorrer do procedimento.²⁶⁴

Além disso, considerando um litígio internacional, o devido processo legal internacional também pode ser interpretado como garantias estritamente vinculadas a litígios que contenham um elemento de estraneidade. A título ilustrativo, pode-se citar a oportunidade de um julgamento justo e completo no estrangeiro diante de uma jurisdição competente, a devida notificação sobre o processo ainda que em país distinto do foro onde o processo foi iniciado, a administração imparcial da justiça tanto diante de cidadãos do mesmo país quanto de países distintos, bem como a segurança contra fraudes no julgamento. Esses exemplos não são limitados a algumas jurisdições, mas presentes na jurisprudência das nações civilizadas e identificados como direitos basilares vinculados ao devido processo legal.²⁶⁵

Bin Cheng examina, em seu livro “*General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals*”, a noção de alguns princípios gerais aplicados amplamente por cortes e tribunais internacionais. Dentre eles, está presente um considerável número de garantias que possuem seu núcleo na ideia de devido processo legal em seu âmbito de aplicação internacional, como igualdade entre as partes (*audiatur et altera pars*), proibição que alguém seja juiz em causa própria (*nemo iudex in causa sua*) e o princípio que ninguém pode julgar além de sua jurisdição (*extra compromissum arbiter nihil facere potest*).²⁶⁶

Esses conceitos centrais do devido processo internacional podem ser diretamente remetidos aos princípios gerais do direito, uma vez que, conforme mencionado, baseados nos

²⁶³ BORCHARD, Edwin, The "Minimum Standard" of the Treatment of Aliens. **Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting**, 1939. pp. 445-458.

²⁶⁴ KOTUBY, 2013. p. 426.

²⁶⁵ Ibidem. p. 427.

²⁶⁶ CHENG, Bin. **General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals**. Cambridge University Press, 2006. pp. 279-291.

princípios amplamente aplicados pelas cortes domésticas e interpretados como também necessário no contexto internacional, eles se tornam princípios gerais universalmente aceitos pela maioria dos sistemas civilizados de justiça. Nesse sentido, quando lidam com disciplinas processuais, esses princípios formam a básica noção de devido processo internacional.²⁶⁷

Como exemplo, o Conselho Europeu, ao publicar a Convenção Europeia de Direitos Humanos em 1950, estabeleceu em seu artigo 6, parágrafo 1, uma tentativa de codificar um padrão europeu de devido processo e incluiu garantias processuais em seu corpo normativo: “Qualquer pessoa tem direito a que sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei (...)”.²⁶⁸

Além disso, regulações de *soft law*, como os Princípios UNIDROIT de Processo Civil Transnacional proporcionam exemplos ainda mais claros sobre muitos dos princípios vinculados ao devido processo internacional. Nesses sentido, três princípios gerais que substanciam a noção de uma decisão justa por um tribunal competente são listados nos primeiros artigos desse instrumento, quais sejam, imparcialidade dos juizes, equidade entre as partes, e direito de ser representado por um advogado. Além deles, o princípio que proíbe as causas de serem julgadas sem devida notificação da parte contrária é encontrado no artigo 5, que também apresenta o direito de submeter ao processo fatos e evidências.²⁶⁹

Na opinião de Charles Kotuby, quando colocados juntos em um código de Processo Civil Transnacional, como feito pela UNIDROIT, esses princípios individuais formam padrões mínimos para adjudicação de disputas comerciais internacionais, e também constituem uma tentativa de codificação do devido processo internacional.²⁷⁰

Segundo Harold Koh, em seu artigo “*The Transnational Legal Process*”, princípios internacionais, como o devido processo, são internalizados no sistema normativo de um país, e uma nova base legal é criada, que irá guiar interações transnacionais entre partes no futuro²⁷¹; de

²⁶⁷ KOTUBY, 2013. p. 427.

²⁶⁸ 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

²⁶⁹ UNIDROIT. **Unidroit Principles of Transnational Legal Procedure**. Disponível em <https://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure>

²⁷⁰ KOTUBY, Charles T. Jr. General Principles of Law, International Due Process, and the Modern Role of Private International Law. **Duke Journal of Comparative and International Law**, vol. 23, no. 3, Spring 2013, p. 430.

²⁷¹ KOH, Harold. The Transnational Legal Process. The 1994 Roscoe Pound Lecture. **Yale Law School Faculty Scholarship**. Faculty Scholarship Series, 1996. pp. 204-205.

forma contrária, Curtis Bradley e Jack Goldsmith²⁷² criticam o processo de inserção dos princípios gerais como fonte primária de direito em decisões envolvendo tribunais internacionais. De acordo com os autores, esses princípios são aplicados de maneira quase “divina”, construídos pela “comunidade internacional ao custo das prerrogativas dos estados”, em que “estados sede dos litígios não foram formalmente nem efetivamente representados durante o processo de formação das normas”.

No entanto, novamente conforme Harold Koh, críticas desse tipo não se sustentam. Lançar mão de um princípio após o processo de análise e aplicação dos princípios gerais do direito, identificando a base lógica por trás de uma regra em particular e constatar sua ampla utilização nos diversos sistemas legais é certamente não menos discricionário do que definir um costume internacional, o que se configura como uma prática amplamente aceita no ordenamento jurídico internacional.²⁷³

Dessa forma, tendo sido analisados os pormenores que envolvem o princípio do devido processo legal e os questionamentos que podem surgir no que cabe à sua aplicação no contexto internacional, bem como seu poder vinculativo no âmbito internacional privado, a pesquisa agora direciona seu foco à investigação das relações entre o devido processo legal e a arbitragem comercial internacional.

Por outro lado, sob a análise do Direito Processual Civil Internacional, Orlando Celso da Silva Neto esclarece que essa disciplina possui como objeto o estudo das características processuais envolvendo relações jurídicas dotadas de características internacionais através de elementos de conexão. Dessa maneira, o autor denota que a fundamentação da instrumentalidade dessa disciplina não deveria ser buscada em princípios de direito internacional, mas dentro da teoria geral do processo, uma vez que as funções do direito processual civil internacional não se diferenciam do processo civil interno, qual seja, desempenhar a função de instrumento unificador e assegurador do direito. Nesse sentido, o que difere as duas áreas é apenas o âmbito de aplicação.²⁷⁴

²⁷² BRADLEY, Curtis A.; GOLDSMITH, Jack L. Customary International Law as Federal Common Law: A Critique of the Modern Position. **Harvard Law Review**, vol. 110, n. 4, 1997. pp. 815-858.

²⁷³ KOH, Harold. Is International Law Really State Law? **Yale Law School Faculty Scholarship**. Faculty Scholarship Series, 1998. pp.1824-1853.

²⁷⁴ SILVA NETO, Orlando Celso da. **Direito Processual Civil Internacional Brasileiro**. São Paulo: Ltr, 2003. pp. 97-99.

A partir dessa perspectiva o devido processo para além de uma visão doméstica ou internacional poderia ser vislumbrado a partir de seu papel na teoria geral do processo, que se baseia nas ideias já analisadas até o momento, principalmente de garantia às partes de atuar em um processo neutro, diante de tribunal imparcial e sendo garantido o contraditório.²⁷⁵

3.3 O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL APLICADO À ARBITRAGEM COMERCIAL INTERNACIONAL

Em virtude de a arbitragem ser um meio privado de resolução de disputas, por que o devido processo foi transposto do meio adjudicatório estatal comum, isto é, público, para a arbitragem internacional? Na opinião de Lucy Reed, a resposta é a mesma que seria para o processo judicial comum: tribunais arbitrais elaboram decisões vinculantes que determinam os direitos das partes, sendo assim, o devido processo legal deve operar. O caráter adjudicatório presente entre os poderes inerentes aos árbitros também impõe a existência de padrões mínimos procedimentais que garantam os direitos fundamentais das partes durante a demanda arbitral.²⁷⁶

Também é pontuado que o devido processo é tão essencial para qualquer método adjudicatório que os responsáveis por redigir os mais fundamentais instrumentos normativos de arbitragem aceitaram absolutamente que as partes deveriam ser beneficiadas pelos direitos constitucionais vinculados ao devido processo.²⁷⁷ Dessa forma, como a arbitragem comercial internacional é uma forma de adjudicação, e o devido processo é basilar para qualquer tipo de pleito judicial, normas nele baseadas foram introduzidas aos já mencionados instrumentos normativos primordiais à arbitragem internacional: a Convenção de Nova Iorque de 1958 e a Lei Modelo da UNCITRAL de 1985.²⁷⁸

Os critérios processuais inerentes ao devido processo se apresentam como as possibilidades que devem ser verificadas pelo juiz estatal quando do pedido de impugnação de uma sentença arbitral. No entanto, existe outro motivo chave para se requerer que a arbitragem cumpra critérios mínimos do devido processo legal: uma convenção arbitral não somente concede capacidade às partes para iniciar uma arbitragem, como também as impede de buscar a

²⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Garantias Constitucionais do Direito de Ação**, Editora Revista dos Tribunais Ltda., São Paulo, 1973, p. 9.

²⁷⁶ REED, Lucy. 2017, p. 367.

²⁷⁷ Ibidem. pp. 367-368.

²⁷⁸ Ibidem.

resolução do conflito em uma corte estatal comum. Dessa maneira, um compromisso arbitral ou uma cláusula compromissória limitam o acesso das partes às cortes comuns, o que concentra o acesso à justiça somente à resolução do litígio via arbitragem. Assim, se a arbitragem corresponde a um modo de substituir a corte estatal e o poder do juiz, garantias processuais mínimas precisam ser cumpridas.²⁷⁹

Deve-se atentar que as normativas baseadas no devido processo e aplicadas à arbitragem comercial internacional são diversas, mas algumas fontes primárias são necessárias para identificar os critérios de *due process* em arbitragem: i) a Convenção de Nova Iorque de 1958, ii) convenções de Direitos Humanos, iii) normas internacionais de arbitragem com caráter de *soft law*; e iv) princípios de direito advindos de diversas leis procedimentais nacionais, assim como do direito internacional.²⁸⁰

Nesse sentido, foram adicionadas em normas fundamentais à arbitragem comercial internacional regras prevendo o direito das partes de apresentar seus argumentos, um padrão processual essencial ao devido processo. Essas previsões podem ser encontradas na Convenção de Nova Iorque, na Lei Modelo da UNCITRAL e no Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL, temas tratados no próximo tópico deste subcapítulo.

3.3.1 A inclusão do devido processo legal na arbitragem comercial internacional²⁸¹

A Convenção de Nova Iorque de 1958²⁸² e a Lei Modelo da UNCITRAL²⁸³ possuem em seus *travaux préparatoires* trechos demonstrando que os representantes presentes nas sessões da UNCITRAL, quando das discussões para a elaboração de ambos os textos, decidiram pela implementação dos princípios básicos do devido processo, no intuito de propiciar garantias às

²⁷⁹ KURKELA, Matti S.; TURUNEN Santtu, 2010. p. 2.

²⁸⁰ Ibidem.

²⁸¹ Por mais que este tópico aparentemente se adeque melhor com o capítulo primeiro deste trabalho, por destacar as normas que sustentam os direitos ao devido processo legal, o autor considera mais apropriado destacá-lo neste momento, por demonstrar cronologicamente como o devido processo se tornou peça-chave na arbitragem internacional. Uma vez que esse capítulo se concentra no devido processo legal em si, e esse tópico trata especificamente sobre o devido processo legal implementado nos corpos normativos de arbitragem internacional, a compreensão do leitor é facilitada ao se apresentar o assunto nessa etapa.

²⁸² UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. Travaux Préparatoires. The United Nations Convention on the Recognition of Foreign Arbitral Awards. Disponível em: <http://www.newyorkconvention.org/travaux+preparatoires>

²⁸³ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. Travaux Préparatoires. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/travaux

partes, como a notificação válida sobre o procedimento, o direito de ser ouvido, o tratamento igualitário entre as partes e um tribunal imparcial.

Pela análise cronológica dos *travaux préparatoires*, observa-se que a linguagem normativa referente ao devido processo tornou-se cada vez mais restrita com o decorrer do tempo. O intuito não era de restringir os direitos das partes ao devido processo, mas sim prevenir abusos que uma linguagem mais ampla poderia causar ao possibilitar a propositura de demandas procedimentais descabidas com fundamento no princípio.

Iniciando-se pela Convenção de Nova Iorque de 1958, conforme mencionado no capítulo anterior, seu artigo 5 (1) (b)²⁸⁴ declara:

O reconhecimento e a execução de uma sentença **poderão ser indeferidos**, a pedido da parte contra a qual ela é invocada, unicamente se esta parte fornecer, à autoridade competente onde se tenciona o reconhecimento e a execução, prova de que: b) a parte contra a qual a sentença é invocada não recebeu notificação apropriada acerca da designação do árbitro ou do processo de arbitragem, ou lhe foi impossível, **por outras razões, apresentar seus argumentos**;

Conforme defendido por autores supramencionados, a execução da sentença arbitral pode ser identificada como o objetivo final da arbitragem, uma vez que de nada servirá o procedimento arbitral caso resulte em uma sentença não executável. Dessa forma, os critérios vinculados ao devido processo legal trazidos no artigo 5 (1) (b) da Convenção representam as limitadas possibilidades de indeferimento à execução da sentença arbitral estrangeira e se colocam como um dos principais motivos pelos quais o devido processo se estabeleceu fortemente na arbitragem internacional.²⁸⁵

No entanto, o histórico de construção do texto da Convenção demonstra que o amplo termo lá aplicado “por outras razões” foi uma mudança realizada a partir do texto da Convenção de Genebra de 1927, que apresentava em seu artigo 2 (b) que a execução seria indeferida somente se “a parte não (recebesse) notificação sobre o procedimento arbitral em tempo suficiente para apresentar seus argumentos”²⁸⁶.

Observa-se que, na comparação do texto da Convenção de Genebra em 1927 com o conteúdo da Convenção de Nova Iorque, o documento de 1958 foi substancialmente alterado. No

²⁸⁴ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm. Grifado.

²⁸⁵ REED, Lucy. 2017, p. 370.

²⁸⁶ UNITED NATIONS. **Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards**. United Nations Treaty Collection. 25 July 1929. Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/LON/Volume%2092/v92.pdf>

primeiro, a execução de uma sentença arbitral seria indeferida se o tempo para o recebimento da notificação da arbitragem pela parte requerida fosse insuficiente para apresentar seus argumentos. Em outras palavras, uma vez que o requerido tivesse sido devidamente notificado sobre o procedimento, a parte vencida não teria proteção sobre a violação dos seus direitos ao devido processo no momento da execução da sentença.

Na Convenção de Nova Iorque, no entanto, o termo “por outras razões” amplia o escopo da falta de oportunidade de apresentar argumentos. A partir de 1958, isso acontece não somente diante da ausência de notificação, mas por qualquer motivo. Conforme Maxi Scherer, essa alteração foi proposta e amplamente aceita pelos redatores da Convenção. Eles se convenceram que, ainda diante de uma notificação válida, a execução deveria contar com possibilidades de indeferimento em relação a outras formas de impossibilidade de apresentar argumentos.²⁸⁷

Por sua vez, a Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional também prescreve as garantias das partes em relação ao devido processo. O artigo 18 da Lei Modelo declara: “As partes devem ser tratadas de forma igualitária e deve ser dada a cada uma delas plena possibilidade de apresentar seus argumentos”²⁸⁸.

Os redatores da Lei Modelo, ao incluírem no texto o termo “plena possibilidade de apresentar seus argumentos” – “*full opportunity of presenting his case*” –, buscavam justamente garantir às partes, mais uma vez, as garantias ao devido processo legal, evitando a executividade de uma sentença resultante de um procedimento no qual as partes não tiveram seus direitos processuais mínimos respeitados. No entanto, conscientes da amplitude de interpretação que o termo poderia acarretar, os redatores tomaram o cuidado de adicionar uma nota, afirmando que a plena oportunidade de apresentar seus argumentos não confere às partes o direito de obstruir o procedimento arbitral através de táticas dilatórias, como, por exemplo, apresentar objeções e evidências somente na véspera da declaração da sentença.²⁸⁹

A presença do termo “*full opportunity*” na Lei Modelo, juntamente de sua nota explicativa, demonstra uma preocupação dos redatores em comparação com o texto do Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL de 1976. Nesse regulamento, a previsão de garantia

²⁸⁷ SCHERER, Maxi. **Queen Mary Legal Studies Research Paper No 163/2013**: ‘NYC: Art. V(1)(b)’, 282.

²⁸⁸ COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM. **Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1985 com as alterações adotadas em 2006**. Tradução não oficial realizada por Flavia Foz Mange, Gustavo Santos Kulesza, Rafael Bittencourt Silva, Rafael Vicente Soares. Disponível em: http://www.cbar.org.br/leis_intern_arquivos/Lei_Modelo_Uncitral_traduzida_e_revisada_versao_final.pdf.

²⁸⁹ UNCITRAL. **Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration**, 25 March 1985, UN Doc A/CN.9/264, 46.

ao devido processo legal possuía termos ainda mais amplos e aptos a interpretações que favoreceriam as táticas dilatórias.

O artigo 15 (1) do Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL afirma:

Sujeito a este regulamento, o tribunal arbitra pode conduzir a arbitragem de maneira que considerar apropriada, garantindo que as partes sejam tratadas de maneira igualitária e que **a qualquer fase do procedimento** a cada parte será dada **plena oportunidade de apresentar seus argumentos.**²⁹⁰

Essa passagem da Lei Modelo é essencial para se verificar como um dos diplomas normativos mais relevantes para a arbitragem comercial internacional permite que o tribunal arbitral possua ampla discricionariedade para conduzir o procedimento, mas sempre sujeito aos limites do devido processo. No entanto, ao incluir uma previsão para a garantia dos direitos processuais fundamentais das partes, os redatores abrem diversas possibilidades interpretativas aos termos “qualquer fase do procedimento” e “plena oportunidade”. A problemática do “*due process paranoia*” se estabelece quando “qualquer fase” passa a ser interpretada como “todas as fases”²⁹¹.

Percebe-se que entre o Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL, que data de 1976, e a Lei Modelo da UNCITRAL de 1985, o termo “qualquer fase” foi suprimido, mas a Lei Modelo manteve o termo “oportunidade plena”. De acordo com o grupo de trabalho da UNCITRAL para práticas de contratos internacionais, deixar de usar o termo “qualquer fase” foi intencional, uma vez que poderia causar o prolongamento do procedimento arbitral a partir da apresentação de requerimentos desnecessários pelas partes.²⁹²

Quando da atualização das regras de arbitragem da UNCITRAL e lançamento do Regulamento de 2010, muitas das previsões e termos utilizados foram modificados visando à redução de ampliações interpretativas do direito das partes ao devido processo legal. O artigo XVII do Regulamento de Arbitragem da UNCITRAL de 2010 atesta que,

Sujeito a este Regulamento, o tribunal arbitral pode conduzir a arbitragem de maneira que considerar apropriada, garantindo que as partes são tratadas com equidade e que, em

²⁹⁰ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. UNCITRAL Arbitration Rules. General Assembly Resolution 31/98. Article 15 1. Subject to these Rules, the arbitral tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, provided that the parties are treated with equality and that at any stage of the proceedings each party is given a full opportunity of presenting his case. (Grifado). Disponível em: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules.pdf>

²⁹¹ REED, Lucy. 2017, p. 368.

²⁹² UNCITRAL. **Report of the Working Group on International Contract Practices on the work of its fourth session** (Vienna, 4–15 October 1982) UN Doc A/CN.9/232, 42–43 [104].

uma fase apropriada do procedimento, a cada parte será dada **oportunidade razoável** para apresentar seus argumentos. O tribunal arbitral, ao exercer a sua discricionariedade, conduzirá o procedimento arbitral de forma a evitar prolongamentos e custos desnecessários e garantirá um justo e eficiente procedimento para resolver a disputa entre as partes.²⁹³

Entre os Regulamentos de 1976 e o de 2010 se verificam alterações bastante relevantes no que se trata da diminuição de espaço interpretativo aos direitos das partes, com trechos mais objetivos tratando sobre a obrigação do tribunal em conduzir o procedimento arbitral de maneira eficiente de acordo com sua discricionariedade. Essa mudança foi realizada substituindo o termo “qualquer fase do procedimento” para “fase apropriada do procedimento”²⁹⁴. Além disso, ao invés de uma “oportunidade plena”, foi utilizado o termo “oportunidade razoável”²⁹⁵. Por fim, foram adicionados os termos “procedimento eficiente” e “evitar prolongamentos e custos desnecessários”²⁹⁶.

Abordados os textos desenvolvidos pela UNCITRAL, outros exemplos sobre a presença do devido processo legal na arbitragem internacional são encontrados em regulamentos de outras instituições que também preveem a necessidade de cumprimento do direito das partes ao devido processo, como a ICC. Seu regulamento de arbitragem, no artigo 22 (4)²⁹⁷, declara que

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.

De acordo com Eric Schwartz e Yves Derains, o artigo 22 foi adicionado no Regulamento da ICC em equiparação a previsões semelhantes presentes em demais regulamentos de arbitragem²⁹⁸. Segundo os autores, o propósito primário do artigo é prevenir que o procedimento se arraste indefinidamente, uma vez que o regulamento caracteriza o direito das

²⁹³ UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. 2010 **UNCITRAL Arbitration Rules**. United Nations Office at Vienna. 2011. “Article 17.1. Subject to these Rules, the arbitral tribunal may conduct the arbitration in such manner as it considers appropriate, provided that the parties are treated with equality and that at an appropriate stage of the proceedings each party is given a reasonable opportunity of presenting its case. The arbitral tribunal, in exercising its discretion, shall conduct the proceedings so as to avoid unnecessary delay and expense and to provide a fair and efficient process for resolving the parties’ dispute.”

(Grifado). Disponível em: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf>

²⁹⁴ “any stage”, “an appropriate stage”

²⁹⁵ “full opportunity”, “reasonable opportunity”

²⁹⁶ “efficient process”, “avoid unnecessary delay and expense”

²⁹⁷ CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (ICC). Regulamento de Arbitragem. Paris, 2015. Disponível em: <http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2012/05/ICC-865-1-POR-Arbitragem-Mediacao.pdf>

²⁹⁸ AAA International Arbitration Rules, article 24; UNCITRAL Rules, article 29; WIPO Arbitration Rules, article 57

partes de apresentarem suas razões de maneira “razoável”, ou seja, são abertas possibilidades de interpretação capazes de conduzir o procedimento a prolongamentos desarrazoados.²⁹⁹ Observa-se a partir do regulamento da ICC que a instituição optou por termos menos abrangentes e construiu sua previsão de garantia ao devido processo de forma mais objetiva.

Importante salientar que tanto o regulamento da UNCITRAL quanto da ICC foram aqui utilizados como exemplos para confirmar a migração das previsões do devido processo legal para a arbitragem internacional. Entretanto, os dois conjuntos normativos que de fato abrem margem para o desenvolvimento do “*due process paranoia*” são a Lei Modelo da UNCITRAL e a Convenção de Nova Iorque, visto que o receio do tribunal arbitral em indeferir pedidos das partes que prejudicam o bom andamento da arbitragem encontra fulcro na possibilidade de impugnação da sentença arbitral, o que ocorreria diante do descumprimento da Convenção de Nova Iorque e da *lex fori*, mas não de um regulamento institucional de arbitragem.

3.3.2 O devido processo legal enquanto garantia mínima processual na arbitragem internacional e os abusos na sua aplicação

O devido processo aplicado na arbitragem internacional requerer que a convenção arbitral firmada entre as partes seja reconhecida e executada. Em outras palavras, requer que as partes tenham efetivo acesso à arbitragem uma vez que escolheram tal método de resolução de disputas.³⁰⁰ A certeza de que uma sentença arbitral é executável é uma das obrigações mais centrais de um tribunal arbitral; para tanto, o processo arbitral precisa cumprir com determinados padrões processuais de qualidade. Tais padrões podem ser chamados de requisitos do devido processo (*due process requirements*), como os requisitos mínimos processuais em um processo judicial comum. Da mesma forma, existe um mínimo de garantias necessárias em uma arbitragem, como um processo justo, a oportunidade de manifestação, tratamento igualitário entre as partes e acesso à justiça.³⁰¹

Além de normas singulares e específicas, mínimos critérios de devido processo legal poderiam e deveriam ser abordados como parte dos princípios legais do direito da arbitragem.

²⁹⁹ SCHWARTZ, Eric; DERAIS, Yves. **Guide to the ICC Rules of Arbitration**, Kluwer Law International, 2005, ed. 2, p. 294.

³⁰⁰ SERAGLINI, Christophe; ORTSCHIEDT, Jérôme, **Droit de l'arbitrage**. Montchrestien, 2013. pp. 732-733.

³⁰¹ KURKELA, Matti S.; TURUNEN Santtu, 2010. pp. 1-2.

Como um princípio do direito, critérios de devido processo possuem diferentes ontologias quando defronte a normas, podendo ser interpretados de forma mais ampla.³⁰²

Os principais padrões mínimos processuais de devido processo na arbitragem comercial internacional são principalmente estudados com base na Convenção de Nova Iorque de 1958. Essa é uma abordagem inicial natural quando se tem em conta que o significado do devido processo é ligado à executividade da sentença. Portanto, para analisar o principal ponto sobre devido processo internacional, um método reverso deve ser utilizado: se uma violação de regra procedimental resulta na anulação de uma sentença a partir da Convenção de Nova Iorque, essa regra procedimental forma parte do devido processo internacional. No entanto, as diferentes leis, regras institucionais, outras convenções internacionais, leis modelos, regras de direitos humanos e princípios gerais processuais apenas definem o núcleo dos critérios de devido processo em arbitragem.³⁰³

Mesmo tentando apenas identificar os conjuntos de normas que definem os critérios de devido processo internacional como específicas normas que regulam o procedimento arbitral, essa abordagem não cobre todo o significado do devido processo em arbitragem. É também necessário identificar, específica e concretamente, os limites do que pode ser procedimentalmente realizado em arbitragem.

De acordo com Seraglini e Ortscheidt, as garantias principais do devido processo são conhecidas pelos seus praticantes: incluem a obrigação do árbitro de garantir que a cada parte seja dada a oportunidade de apresentar seus argumentos e responder aqueles apresentados pelo seu oponente. O princípio do devido processo legal oferece fundamentos para que cada parte possua a chance de propriamente apresentar seus argumentos, o que possibilita às partes entender os desafios que enfrentarão e permite que sejam apresentados argumentos antes que a decisão final seja proferida. Esse princípio consiste em, dentre outros, receber notificação sobre cada estágio relevante da arbitragem e conceder tempo razoável e oportunidade para responder os argumentos da parte contrária.³⁰⁴

Todavia, os requisitos processuais básicos de um processo judicial precisam ser cumpridos em uma arbitragem para garantir o direito das partes a um processo justo. Nesse

³⁰² Ibidem. p. 13.

³⁰³ Ibidem. p. 09.

³⁰⁴ WAINCYMER, Jeffrey. **Procedure and Evidence in International Arbitration**. Kluwer Law International, 2012. pp. 17-18.

aspecto, ainda é aplicável o artigo 6 (1)³⁰⁵ da Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), que prevê o direito das partes a uma audiência oral.³⁰⁶

Quando dos primeiros debates acadêmicos sobre a aplicabilidade de normas de direitos humanos em arbitragens, seus proponentes negavam a direta aplicabilidade de direitos humanos em normas de procedimentos arbitrais baseados no argumento que uma arbitragem não poderia ser considerada um tribunal diante do contexto da CEDH.³⁰⁷ Importante salientar que a CEDH ainda não declarou claramente os efeitos obrigatórios de normas de direitos humanos diante dos atos de árbitros ou partes vinculadas a arbitragens. Logo, pode-se sustentar que essa questão se mantém sem uma solução definitiva.³⁰⁸

A abordagem mais comum ao se tratar sobre a relação entre devido processo legal e arbitragem internacional é que geralmente o devido processo existe quando o procedimento estabelecido na arbitragem é compatível com uma lei procedimental nacional específica. No entanto, leis nacionais de arbitragem geralmente não oferecem bases sólidas para definir os critérios procedimentais mínimos. Com frequência, partes concordam em aplicar as normas de arbitragem de uma instituição específica; nesse caso, todo o procedimento é definido em fundamentos diferentes da lei de arbitragem nacional.³⁰⁹

Como leis nacionais de arbitragem são geralmente amplas e não cobrem todas as lacunas do regramento processual, elas não são fundamentos adequados para definir o conceito do devido processo enquanto mínimos requisitos de garantia processual.³¹⁰ No entanto, há critérios mínimos nacionais e internacionais indiretos quando se busca verificar a existência dessas garantias.³¹¹

Quando se procura confirmar os critérios de devido processo em arbitragem comercial internacional com base nos elementos destinados à execução de sentenças arbitrais, essa análise

³⁰⁵ EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS. **Article 6 (1)**: In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice.

³⁰⁶ KURKELA, Matti S.; TURUNEN Santtu, 2010. p. 3.

³⁰⁷ JAKSIC Aleksandar. Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings. **Journal of International Arbitration**, Kluwer Law International, 2007. p. 159/161.

³⁰⁸ Ibidem.

³⁰⁹ KURKELA, Matti S.; TURUNEN Santtu, 2010. p. 3.

³¹⁰ Ibidem.

³¹¹ BORN, Gary. 2015. p. 1765.

poderia ser realizada a partir da comparação entre leis procedimentais de arbitragem. As leis nacionais naturalmente se diferenciam em algumas características, mas guardam semelhanças em outras. Para realizar essa análise, serão consideradas as leis das seis preferidas sedes de arbitragem de acordo com as opiniões dos participantes da pesquisa empírica da *Queen Mary University* realizada em 2018³¹², são elas: Londres, Paris, Singapura, Hong Kong, Genebra e Nova Iorque.

No que se refere ao cumprimento do devido processo legal, a lei de arbitragem do Reino Unido (*Arbitration Act 1996*), sua seção 68 regula que “uma parte possui o direito de impugnar uma sentença diante de circunstâncias onde houve uma ‘séria irregularidade’ que causou ou causará injustiça ao demandante³¹³”. Por sua vez, a seção 68 (2), indica a definição do termo “sérias irregularidades”, que dizem respeito a garantias vinculadas ao devido processo, como: i) atos do tribunal arbitral que excedem seus poderes; ii) falha do tribunal arbitral em conduzir o procedimento de acordo com o que fora acordado pelas partes; iii) elaboração da sentença arbitral através de fraude ou determinando ordens contrárias à ordem pública.³¹⁴

Por sua vez, a Lei Francesa³¹⁵, em seu código de processo civil, artigo 1502, também indica possibilidades de impugnação da sentença arbitral de acordo com o descumprimento a direito das partes vinculados ao devido processo.

Uma impugnação contra decisão garantindo reconhecimento e executividade pode ser levantada somente se: 1. O árbitro proferiu decisão diante da ausência de uma convenção de arbitragem, ou se a convenção continha vícios; 2. O tribunal arbitral foi composto irregularmente ou o árbitro único foi irregularmente indicado; 3. Se o árbitro proferiu decisão de maneira incompatível com a função a ele conferida; 4. Quando o devido processo legal não foi respeitado; 5. Se o reconhecimento e execução é contrário à ordem pública

³¹² QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. 2018 International Arbitration Survey: The Evolution of International Arbitration. p.9. Acesso 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)

³¹³ UK PUBLIC GENERAL ACTS. Arbitration Act 1996. Disponível em: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/contents>

³¹⁴ Ibidem. Section 68: Challenging the award: serious irregularity (a) failure by the tribunal to comply with section 33 (general duty of tribunal); (b) the tribunal exceeding its powers (otherwise than by exceeding its substantive jurisdiction: see section 67); (c) failure by the tribunal to conduct the proceedings in accordance with the procedure agreed by the parties; (d) failure by the tribunal to deal with all the issues that were put to it; (e) any arbitral or other institution or person vested by the parties with powers in relation to the proceedings or the award exceeding its powers; (f) uncertainty or ambiguity as to the effect of the award; (g) the award being obtained by fraud or the award or the way in which it was procured being contrary to public policy; (h) failure to comply with the requirements as to the form of the award; or (i) any irregularity in the conduct of the proceedings or in the award which is admitted by the tribunal or by any arbitral or other institution or person vested by the parties with powers in relation to the proceedings or the award.

³¹⁵

No que toca à legislação de Singapura, uma lei destinada especificamente à arbitragem internacional compõe o ordenamento jurídico dessa jurisdição. O *International Arbitration Act* de 1994 e revisado em 2002 é baseado na Lei Modelo da UNCITRAL, mas adiciona considerações próprias. O artigo 24, por exemplo, regula que, além das previsões estabelecidas pelo artigo 34 da Lei Modelo, a *High Court* de Singapura pode, também, aceitar impugnações a sentenças arbitrais ao se verificar que a decisão foi emitida através de fraude ou quando o princípio do juiz natural fora desrespeitado e, de alguma maneira, uma ou ambas as partes tenham se sentido prejudicadas.³¹⁶

A lei de Hong Kong também é baseada na Lei Modelo da UNCITRAL, que indica em seu artigo 34 que uma sentença arbitral pode ser impugnada se i) uma parte vinculada à convenção de arbitragem fosse incapaz no momento da assinatura do termo; ii) a uma parte não foi enviada devida notificação sobre a oportunidade de indicação de árbitro; iii) a sentença decide sobre matéria além daquela determinada pelas partes; iv) a composição do tribunal arbitral não reflete os termos acordados pelas partes.³¹⁷

Na Suíça, a arbitragem internacional é regulada por uma lei datada de 1987 e especialmente dedicada a regras de direito internacional privado (*Swiss Private International Law Act*). De acordo o artigo 27 da lei, o pedido de execução a uma sentença arbitral será negado quando i) seu conteúdo não for compatível com a ordem pública suíça; ii) se uma parte não recebeu devida notificação sobre o procedimento; iii) se a decisão for emitida em violação a

³¹⁶ REPUBLIC OF SINGAPORE. **International Arbitration Act**. Article 24: Notwithstanding Article 34(1) of the Model Law, the High Court may, in addition to the grounds set out in Article 34(2) of the Model Law, set aside the award of the arbitral tribunal if — (a) the making of the award was induced or affected by fraud or corruption; or (b) a breach of the rules of natural justice occurred in connection with the making of the award by which the rights of any party have been prejudiced. Disponível em: <http://www.siac.org.sg/images/stories/articles/rules/IAA/IAA%20Aug2016.pdf>

³¹⁷ HONG KONG E-LEGISLATION. **Arbitration Ordinance**. Article 34 (2). An arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if: (a) the party making the application furnishes proof that: (i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of this State; or (ii) the party making the application was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case; or (iii) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, only that part of the award which contains decisions on matters not submitted to arbitration may be set aside; or (iv) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, unless such agreement was in conflict with a provision of this Law from which the parties cannot derogate, or, failing such agreement, was not in accordance with this Law; (...). Disponível em: <https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap609>

princípios fundamentais à concepção suíça de direito processual, incluindo quando a uma das partes não foi dado o direito de apresentar sua defesa; e iv) se uma disputa entre as mesmas partes e sobre o mesmo objeto está pendente na Suíça ou foi decidida em outra jurisdição.

Enquanto isso, a Lei de Arbitragem dos Estados Unidos (*United States Arbitration Act - FAA*), em sua sessão 10, determina:

Em qualquer dos casos subsequentes, as cortes dos Estados Unidos da América ou para a região onde a sentença foi elaborada podem proferir decisão anulando a sentença a partir do pedido de qualquer parte da arbitragem: a) Onde a sentença foi influenciada por corrupção, fraude ou formas ilegais; b) Onde havia evidente parcialidade ou corrupção por partes dos árbitros ou de qualquer um deles; c) Onde os árbitros foram culpados por falha de conduta ao se negar de adiar uma audiência diante de suficiente causas, ou ao recusar de ouvir uma evidência pertinente e material para a controvérsia; ou de qualquer falha de comportamento o qual qualquer parte tenha sido prejudicada; d) Onde árbitros excederam seus poderes ou de forma tão equivocada os executaram que uma sentença final, mútua e definitiva sobre a matéria da arbitragem acabou não sendo elaborada; e) Onde uma sentença é anulada e o prazo indicado na convenção de arbitragem ainda não se findou, a corte pode, de acordo com sua vontade, apreciar um *rehearing* pelos árbitros.

Como visto, por mais que algumas passagens das referidas leis possuam diferenças estruturais, todas preveem mínimas garantias baseadas no devido processo legal e vinculadas à ao procedimento arbitral. Os exemplos demonstram que, mesmo se tratando de um método de resolução de disputas privado, os Estados preveem a proteção de garantias processuais.

No entanto, não se trata apenas de verificar a presença das normas vinculadas ao devido processo nos momentos de manifestação das partes na fase de análise do direito material, uma vez que o devido processo também tem lugar na fase de formação do tribunal arbitral. De acordo com Charles Nairac, devido processo também requer que as partes tenham a oportunidade de participar na constituição da corte arbitral de acordo com a convenção arbitral³¹⁸; ainda, o devido processo requer que o tribunal trate as partes igualmente, de forma justa e imparcial, beneficiando-se de um juízo arbitral independente e imparcial, constituindo o núcleo do devido processo na arbitragem.³¹⁹

A justiça processual em procedimentos legais está no núcleo da noção de devido processo³²⁰. Enquanto essa justiça pode tomar diferentes formas, no contexto da arbitragem, o devido processo exige pelo menos que as partes envolvidas tenham recebido notificação do

³¹⁸ FORTESE, Frabricio; HEMMI, Lotta. Procedural Fairness and Efficiency in International Arbitration. **Groningen Journal of International Law**, vol. 31(1): **International Arbitration and Procedure**, p. 112

³¹⁹ NAIRAC, Charles, 2017. p.122.

³²⁰ WAINCYMER, **Procedure and Evidence in International Arbitration**. 2012. pp. 14-16.

procedimento, igual tratamento por um tribunal legalmente constituído, neutro e imparcial, e tenham tido a oportunidade de apresentar seus argumentos e responder os de seu oponente antes dos árbitros tomarem sua decisão.³²¹

Entender a natureza dos critérios do devido processo como princípios aumenta a sua importância tanto na interpretação do direito quanto na prática da arbitragem. O princípio do devido processo orienta o uso da discricionariedade, que é relativamente amplo na arbitragem. Ademais, não deveria ser objetivo do árbitro apenas usar os mínimos critérios internacionalmente aceitos de devido processo em arbitragem, mas sim buscar as saídas mais equilibradas possíveis.³²²

Ainda segundo Nairac³²³, muito embora o devido processo legal seja uma das pedras angulares da arbitragem internacional, delimitar seu escopo e papel em todo o decorrer das diferentes fases do processo arbitral é uma tarefa que não tem chamado muito a atenção da comunidade arbitral e acadêmica. Nesse sentido, qual é o papel do devido processo na constituição do tribunal arbitral? As considerações sobre devido processo são relevantes na fase inicial do procedimento arbitral, antes da constituição do juízo? Os estatutos e regulamentos de arbitragem protegem o direito ao devido processo durante essas fases?

O devido processo implica em vários critérios na fase de constituição do tribunal arbitral. Em primeiro lugar, a lei procedimental escolhida e aplicada pelas partes deveria garantir a elas oportunidades equivalentes de ter seus argumentos apresentados. Além disso, há uma estreita conexão entre os critérios de *due process* na fase de constituição e os critérios de imparcialidade e independência que o tribunal, assim que constituído, precisa observar. Dessa forma, algumas das características do devido processo na fase de constituição do tribunal são delineadas para se garantir sua imparcialidade e independência. Embora os regramentos de arbitragem protejam os direitos das partes ao devido processo na fase de constituição, é necessário tomar cuidados práticos, como a disponibilidade dos árbitros. Essa preocupação se intensifica em jurisdições nas quais a utilização da arbitragem ainda não seja frequente.³²⁴

Assim, cabe ao tribunal arbitral analisar a aplicação dessas normas e verificar quando o requerimento de uma das partes está se valendo delas de forma a abusar do seu conteúdo, e

³²¹ Emmanuel GAILLARD and John SAVAGE, eds., **Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration**, 1999. pp. 464-465

³²² KURKELA, Matti S.; TURUNEN, 2010. p. 13.

³²³ NAIRAC, Charles, 2017. p.121.

³²⁴ Ibidem.

quando de fato existem motivos razoáveis para tanto. Caso um tribunal negue um requerimento de uma das partes para extensão de tempo, isso não necessariamente caracteriza uma violação do devido processo, mas e se forem cinco ou dez indeferimentos? E se o tribunal indefere que a mesma parte apresente uma evidência tardia? Ou seja, poderia um grande número de indeferimentos procedimentais violar o direito ao devido processo?

Segundo Lucy Reed, muitas vezes as partes utilizam como estratégia elevar a relevância de um requerimento procedimental rotineiro a uma possível violação do devido processo. A partir disso, as partes tendem a reiterar os requerimentos de determinado pedido, ou se utilizam de modos bruscos para realizar um requerimento, ou, ainda, tentam intimidar o tribunal arbitral, afirmando que a sentença não seria executável caso determinada demanda não seja acolhida pelo tribunal. Outros subterfúgios seriam, por exemplo, enviar tantos requerimentos ao tribunal arbitral a ponto de exigir um longo intervalo de tempo simplesmente para o tribunal decidir sobre tais pedidos, rendendo à parte o tempo que lhe é necessário para seus interesses.

Conforme as tratativas sobre a introdução do devido processo legal na arbitragem comercial internacional previamente realizadas, a função das previsões incluídas na Convenção de Nova Iorque e na Lei Modelo da UNCITRAL era justamente oferecer garantias às partes quanto ao devido processo e evitar demandas desarrazoadas. No entanto, aberturas interpretativas abrem espaço para estratégias que prejudicam o bom andamento da arbitragem, aumentam seus custos e prolongam seu tempo.³²⁵

Nas palavras de Flávia Bittar, os árbitros devem evitar e talvez até punir as táticas dilatórias que tentam atrasar o procedimento arbitral se utilizando do abuso de aplicação do devido processo legal, de modo que tribunais arbitrais não devem se afetar diante de tais ameaças. Segundo ela, confrontar essas premissas e permitir o equilíbrio entre flexibilidade, eficiência e cumprimento do devido processo no procedimento arbitral se apresentam como o maior desafio da arbitragem nos dias de hoje.³²⁶

Lucy Reed atesta que as mudanças no desenvolvimento das regras da UNCITRAL destacam os limites entre processo comum e devido processo. Regulamentos e leis de arbitragem não preveem e não podem prever detalhes sobre o procedimento arbitral, diante dos mais variados cenários que podem surgir durante uma arbitragem, o que colocaria em xeque a

³²⁵ REED, Lucy. 2017, p. 376.

³²⁶ *Ibidem*.

flexibilidade do procedimento. As leis e regulamentos, dessa feita, não podem prever exatamente como seria um “devido processo legal”, ou seja, todos os momentos em que uma parte teria a prerrogativa de levar argumentos, responder demandas ou quanto tempo seria suficiente para uma testemunha finalizar seu depoimento.³²⁷

Além disso, é afirmado que cabe ao tribunal arbitral utilizar dos princípios aqui tratados, das previsões das normativas de arbitragem e do seu senso de justiça para encontrar um caminho adequado em cada procedimento. Não se deve prometer às partes uma “oportunidade plena” de apresentar seus argumentos e assim convidá-las a enviar requerimentos a todo momento sobre a garantia do devido processo. É preferível averiguar o que seria uma “oportunidade razoável” e um “momento apropriado” do procedimento para uma nova manifestação, juntada de documentos ou alteração do calendário, e não se utilizar de termos como “qualquer momento”, que pode resultar em requerimentos enviados de última hora, ou ainda após o momento oportuno para fazê-lo. Dessa forma, tribunais poderão exercer sua discricionariedade e tomar suas decisões para proteger a justiça e o devido processo.³²⁸

Verificado o problema apresentado pelos autores trabalhados neste capítulo e a necessidade de se instruir profissionais sobre os perigos dos abusos na aplicação do princípio, conclui-se a segunda parte deste trabalho confirmando uma parte da hipótese da pesquisa, ou seja que não existem fundamentos objetivos do ponto de vista principiológico que embasem o desenvolvimento do “*due process paranoia*”.

Levado em conta as bases do princípio do devido processo legal e sua posição constitucional, percebe-se que seu papel é garantir direitos mínimos das partes a um processo justo, inicialmente necessário em razão dos abusos cometidos pelo Estado contra os cidadãos. Assim, considerando somente essas raízes do princípio, não haveria razão para os árbitros temerem o indeferimento de pedidos das partes vinculados ao andamento do procedimento: ambas as partes já notificadas e respeitado o direito de cada uma ao contraditório, está cumprido a tutela do princípio do devido processo legal.

Devido ao receio de uma possível impugnação à sentença arbitral, o “*due process paranoia*” pode ser evitado se os árbitros conhecerem os riscos advindos do indeferimento a um pedido que prejudica o bom andamento da arbitragem ser interpretado como descumprimento ao

³²⁷ REED, Lucy. 2017, p. 369.

³²⁸ Ibidem.

devido processo. Essa certificação pode ser fruto de uma análise por parte do tribunal arbitral acerca da jurisprudência e posturas de tribunais estatais nas jurisdições onde a sentença arbitral pode ser impugnada. Tal análise será o objeto do próximo capítulo deste trabalho.

4. EFEITOS DO "*DUE PROCESS PARANOIA*", SEUS REMÉDIOS E LIMITES SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA

O primeiro capítulo apresentado nesta pesquisa se ateve a averiguar os fundamentos normativos do fenômeno do "*due process paranoia*". Foram apresentadas as básicas diretrizes da arbitragem comercial internacional, suas normativas fundamentais, as possibilidades de impugnação da sentença arbitral em arbitragem comercial internacional e a relação entre eficiência e flexibilidade do procedimento arbitral.

Por sua vez, o segundo capítulo se direcionou aos fundamentos principiológicos do fenômeno, em que se abordou as bases do princípio do devido processo legal, a possibilidade de visualizá-lo enquanto princípio geral do direito internacional, além de ser averiguado seu próprio caráter internacional. Ao final, foram explorados os abusos na sua aplicação e sua relevância nas normativas fundamentais da arbitragem comercial internacional analisadas no capítulo primeiro.

Nesta etapa, inicia-se o terceiro capítulo do trabalho, que possui como objetivo analisar os efeitos práticos do desenvolvimento do "*due process paranoia*", assim como seus limites de existência observados através da jurisprudência. Além dos fundamentos práticos e de seus limites, serão examinados os efeitos da paranoia na eficiência do procedimento e possíveis remédios jurídicos para esse problema.

Dessa forma, dando continuidade ao último tópico trabalhado no segundo capítulo, que versou sobre os abusos de aplicação do princípio do devido processo em arbitragem comercial internacional, inicia-se o presente capítulo a partir dos efeitos práticos do "*due process paranoia*" na eficiência dos procedimentos arbitrais. Serão observadas as características das chamadas "táticas de guerrilha", além de conjuntos normativos que podem ser visualizados como possíveis remédios jurídicos ao problema da perda de eficiência na arbitragem internacional.

4.1 EFEITOS DO "*DUE PROCESS PARANOIA*" NA EFICIÊNCIA DOS PROCEDIMENTOS ARBITRAIS

Flexibilidade e eficiência constituem um binômio relevante quando se trata sobre procedimentos arbitrais. Primeiramente, a flexibilidade é uma das mais fundamentais características da arbitragem, garantindo que as próprias partes utilizem da sua autonomia para

indicar árbitros, escolher a lei aplicável ao caso, a institucionalidade do procedimento, dentre outras características.

No entanto, como já mencionado, dependendo do modo como uma arbitragem é conduzida pelo tribunal arbitral, a flexibilidade pode abrir espaço para a diminuição da eficiência processual. Desse modo, é possível afirmar que o tribunal arbitral possui duas funções centrais em uma arbitragem: elaborar uma decisão final vinculante e legalmente técnica e lidar com a administração do procedimento, garantindo uma arbitragem eficiente.³²⁹

Conforme declarado por Ina Popova, o binômio tempo-custo, característico à arbitragem internacional – uma de suas grandes vantagens em comparação a outros métodos adjudicativos –, crescentemente se transforma em uma de suas maiores fraquezas. O aumento do tempo para se findar uma arbitragem e a constante elevação de seus custos são responsáveis pelo problema aqui analisado. De acordo com a autora, a reconhecida relação entre justiça e demora na condução de procedimentos passou a ser vinculada não mais apenas às cortes judiciais, mas também à arbitragem internacional.³³⁰

As partes envolvidas em uma arbitragem internacional obviamente não desejam um procedimento que, ainda que possua baixos custos e seja célere, não apresente resultados efetivos quanto à qualidade técnica e executividade da sentença. Dessa forma, um procedimento arbitral eficiente pode ser considerado equivalente a uma adequada administração de procedimento somada à manutenção de um resultado técnico da sentença.³³¹

Nesse sentido, conforme Christopher Newmark³³², uma arbitragem ideal em termos de administração procedimental seria conduzida de maneira igualitária, neutra, flexível, célere e de alto custo-benefício. Segundo o autor, eficiência é geralmente vinculada somente a custos e tempo, muito embora exista um outro lado dessa qualidade: um resultado tecnicamente adequado no momento de redação da sentença e um procedimento que não tenha desrespeitado o direito das partes ao devido processo, garantindo a executividade da sentença.

O conceito de eficiência em arbitragem engloba variadas características, e as primeiras discussões sobre a formação desse ideal se iniciaram nos anos 90, a partir do aumento de

³²⁹ BERGER, Klaus Peter; JENSEN, J. Ole, 2017. p. 415/416.

³³⁰ POPOVA, Ina C. Restoring Efficiency to International Arbitration : Five Core Recommendations . In: GONZÁLEZ-BUENO, Carlos (ed). **40 under 40 International Arbitration**. Dykinson, 2018. 123.

³³¹ Ibidem.

³³² NEWMARK, Christopher. Controlling Time and Costs in Arbitration. In: NEWMARK, Christopher (ed). **Leading Arbitrators Guide**. Juris Publishing, New York, 2006, p. 8.

problemas envolvendo interrupções e atrasos nos procedimentos arbitrais. Em 1990, o “Grupo de Trabalho I sobre a Prevenção de Atrasos e Interrupções em Arbitragens” (*Working Group I on Preventing Delay and Disruption of Arbitration*) discutiu diferentes formas de promover eficiência nas arbitragens durante o Congresso do ICCA (*International Council for Commercial Arbitration*) em Estocolmo.³³³

Como resultado do Congresso, foram decididas algumas medidas a serem publicadas como formas de prevenção a obstruções em arbitragem internacional, tais como: i) escolher sedes de arbitragem que sejam amigáveis ao instituto para que a *lex arbitri* apresente poucas possibilidades de obstrução do procedimento; ii) aplicar regulamentos de arbitragem bem estruturados no que concerne à prevenção de atrasos e interrupções no procedimento; iii) escolher árbitros que sejam reconhecidos por colocarem em prática seu poder de discricionariedade quando necessário; e iv) optar por realizar arbitragens sob os auspícios de uma instituição arbitral.³³⁴

Foi nesse cenário que diversos regulamentos sobre as melhores práticas procedimentais foram lançados no mercado de serviços de arbitragem como forma de diminuir preocupações, além de aumentar a segurança jurídica e a previsibilidade em determinadas situações³³⁵ do procedimento arbitral.³³⁶

Como exemplos dessas regras sobre melhores práticas procedimentais na arbitragem, em 2007, a Comissão de Arbitragem da ICC publicou as “Técnicas de Controle de Tempo e Custos na Arbitragem” (*Technique for Controlling Time and Costs in Arbitration*).³³⁷ Esse documento buscava instigar partes envolvidas em uma arbitragem a tomarem decisões concernentes à administração eficiente do procedimento ainda nos seus estágios iniciais. Alguns fundamentos

³³³ INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION (ICCA), WORKING GROUP I, PREVENTING DELAY AND DISRUPTION OF ARBITRATION. **ICCA Congress, Stockholm, 1990.**

³³⁴ HOLTZMANN, Howard M., How to Prevent Delay and Disruption of Arbitration: Lessons of the 1990 ICCA Stockholm Congress. In: VAN DEN BERG, AJ. (ed). **Preventing Delay and Disruption in Arbitration and Effective Proceedings in Construction Cases: International Congress Proceedings.** ICCA Congress Series, n. 5, Kluwer Law International, Leiden, 1991. pp. 21–22.

³³⁵ Tais situações são aquelas já mencionadas no item 2.3.2 do capítulo segundo e exemplificadas por Klaus Peter Berger e J. Ole Jensen como pedidos por extensões de prazos, apresentação de documentos após o momento oportuno, submissão de novos pedidos ao tribunal na véspera de uma audiência ou da elaboração da sentença e pedidos por reagendamento de audiências.

³³⁶ FAVALLI, Daniele. **An Overview of Existing Para-Regulatory Texts (‘PRTs’): Analysis, Facts and Figures**”. In: FAVALLI, Daniele (ed), *The Sense and Non-sense of Guidelines, Rules and other Para-Regulatory Texts in International Arbitration*, 2015, Juris. pp. 14-5.

³³⁷ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC) COMMISSION ON ARBITRATION AND ADR, TASK FORCE ON REDUCING TIME AND COSTS IN ARBITRATION. **Report: Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration**, 2007.

apresentados nessas regras foram implementados no próprio Regulamento de Arbitragem da ICC lançado em 2012, que se manteve na versão de 2017.

O referido Regulamento de Arbitragem prevê em seu artigo 22 que:

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.³³⁸

Como se percebe, o regulamento da ICC possui duas posições diferentes quando direciona o papel das partes e do tribunal arbitral à eficiência do procedimento arbitral. Quanto às partes, determina-se um dever de empenhar melhores esforços para que a condução da arbitragem seja eficiente. No entanto, ao tribunal arbitral é indicada a possibilidade que ele adote as medidas procedimentais que considere adequadas para assegurar a condução eficaz do trâmite arbitral.

Para além da condução do procedimento, o Regulamento da ICC introduz a eficiência também nas regras de determinação de custos do procedimento. No artigo 37 (5)³³⁹, é previsto que o tribunal deve levar em consideração as circunstâncias que entender relevantes quando tomar decisões relativas aos custos da arbitragem.

Conforme mencionado por Daniele Favalli, diversas foram as normativas lançadas no mercado da arbitragem internacional sobre eficiência procedimental, seja por instituições arbitrais, órgãos representativos de advogados, além de escritórios de advocacia.³⁴⁰ Em 2010, o escritório Debevoise & Plimpton LLP apresentou um conjunto de 25 princípios visando a tornar a arbitragem mais eficiente, no qual sustenta que partes – mas também árbitros e advogados – envolvidas na arbitragem internacional precisam agir de forma mais intensa do que simplesmente evitar táticas de guerrilha, mas é necessário uma postura proativa e criativa desses usuários diante do procedimento. Além disso, as escolhas das partes deveriam fazer com que a

³³⁸ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). **Regulamento de Arbitragem de 2017**. Grifado. Disponível em: <https://iccwbo.org/publication/2017-arbitration-rules-and-2014-mediation-rules-portuguese-version/>

³³⁹ Ibidem. Art. 37. 5. Ao tomar decisões relativas a custos, o tribunal arbitral deverá considerar quaisquer circunstâncias que entenda relevantes, inclusive em que medida cada parte conduziu a arbitragem de uma forma expedita e eficiente quanto aos custos.

³⁴⁰ FAVALLI, Daniele, 2015. pp. 14-5.

flexibilidade se torne uma ferramenta de aumento de eficiência, e não de atrasos desnecessários.³⁴¹

Embora o desenvolvimento de regulamentos que detalhem os possíveis atos do tribunal arbitral na condução do procedimento pareçam ser uma forma de aumento de eficiência na arbitragem internacional, críticos ao desenvolvimento desses regulamentos apontam que instrumentos de *soft law* impedem o pensamento técnico e crítico dos árbitros quando os mesmos se encontram diante da necessidade de decidir sobre o andamento do procedimento arbitral, de forma a eliminar a flexibilidade procedimental, considerada um dos pilares da arbitragem. Para tais críticos, o poder discricionário dos árbitros e a flexibilidade procedimental são características primordiais à arbitragem, permitindo que árbitros utilizem desses artifícios em cenários que não podem ser antecipados previamente durante o planejamento inicial do procedimento.³⁴²

No mesmo sentido, no Congresso do ICCA de 1994, quando a discussão sobre eficiência na arbitragem ainda se iniciava, o “Grupo de Trabalho I sobre Prevenção de Atrasos e Interrupções em Arbitragens” debatia sobre as vantagens e desvantagens de implementar regulamentos de arbitragem intensamente detalhados. Temia-se justamente que o excesso de regulamentação causasse um efeito reverso e gerasse um maior número de impugnações em processos arbitrais, causando mais atrasos e custos.³⁴³

Ainda que uma gama de instrumentos aponte para formas de promoção de maior eficiência, percebe-se pelos exemplos mencionados que essas regras são amplas e não descrevem os detalhes da administração procedimental. Essa ausência de detalhes é preenchida justamente pela discricionariedade do tribunal arbitral e seu poder de conduzir o procedimento, vinculado somente aos ditames do regulamento de arbitragem, da convenção de arbitragem e aos direitos das partes ao devido processo.³⁴⁴

De acordo com Klaus Peter Berger e J. Ole Jensen, a responsabilidade do tribunal arbitral de utilizar seu poder para estimular a eficiência do procedimento arbitral pode ser exercido a

³⁴¹ DEBEVOISE & PLIMPTON LLP. **Protocol to Promote Efficiency in International Arbitration**, 2010. Disponível em: <https://www.debevoise.com/~media/files/.../%20arbitration%20protocol.pdf>

³⁴² SCHNEIDER, Michael E. **The Essential Guidelines for the Preparation of Guidelines, Directives, Notes, Protocols and Other Methods Intended to Help International Arbitration Practitioners to Avoid the Need for Independent Thinking and to Promote the Transformation of Errors into ‘Best Practices’**. In LÉVY, Laurent; DERAÏNS, Yves (eds), *Liber amicorum en l'honneur de Serge Lazareff*, 2011, Éditions Pedone. pp. 564-565.

³⁴³ MARRIOTT, AL. **Pros and Cons of More Detailed Arbitration Laws and Rules**. In: VAN DEN BERG, A.J. (Ed). *Planning Efficient Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration*. ICCA Congress Series, n. 7, Kluwer Law International, Leiden, 1996. p. 71.

³⁴⁴ BERGER, Klaus Peter; JENSEN, J. Ole. 2017, vol. 14, issue 54. p. 77.

partir de dois tipos de decisões vinculadas à administração da arbitragem. Em primeiro lugar estão as decisões sobre planejamento e estruturação do procedimento, realizadas de modo *ex ante*, ou seja, na primeira ordem processual elaborada pelo tribunal ou durante a definição de critérios presentes no termo de arbitragem, onde são definidas as datas para a apresentação das alegações iniciais, respostas, réplicas e outros detalhes do calendário da arbitragem. Além dessas decisões *ex ante*, outras determinações podem ter caráter “*ad hoc*”: realizadas já durante o procedimento, quando árbitros recebem requerimentos das partes que não foram previstos nos termos anteriormente firmados no começo da arbitragem, mas que influenciam o seu andamento.³⁴⁵

É justamente esse segundo tipo de decisão que é afetado pelo “*due process paranoia*” e causa consequências na eficiência da condução dos procedimentos, afetando a relação de custos e tempo das arbitragens. De acordo com Robin Oldenstam, uma das causas apontadas pela comunidade arbitral para o aumento de custos e tempo na arbitragem internacional é a diminuição do quão decisivos são os árbitros durante a administração de procedimentos, principalmente quando se encontram diante das já exemplificadas solicitações das partes que prejudicam o bom andamento da arbitragem.³⁴⁶

Em face desses requerimentos vinculados ao procedimento arbitral, árbitros frequentemente se deparam com uma delicada questão: seria o requerimento um pedido legítimo e embasado nos direitos das partes por um processo justo, ou apenas uma desarrazoada estratégia que resulta em desnecessários atrasos e aumento de custos?³⁴⁷

Coloca-se como uma necessidade ao tribunal arbitral a reflexão sobre as intenções das partes quando da apresentação de tais requerimentos. De acordo com Stephan Wilske, em algumas situações, essas tarefas são relativamente fáceis de serem executadas, uma vez que se tornam claras as legítimas razões das partes em utilizar de seus direitos embasados no devido processo. Por outro lado, em outros momentos, ficam claras as intenções das partes em aplicar “táticas de guerrilha” que resultem na obstrução do procedimento.³⁴⁸

³⁴⁵ Ibidem. pp. 74/75.

³⁴⁶ OLDENSTAM, Robin. Chapter 8: Due Process Paranoia or Prudence? In: CALISSENDORFF, Axel; SCHÖLDSTROM, Patrik (eds). **Stockholm Arbitration Yearbook Series**, Kluwer Law International, 2019, vol. 1. p. 121.

³⁴⁷ BERGER, Klaus Peter; JENSEN, J. Ole, 2017. p. 73.

³⁴⁸ WILSKE, Stephan. Arbitration Guerrillas at the Gate: Preserving the Civility of Arbitral Proceedings When the Going Gets (Extremely) Tough” in Christian Klausegger and others (eds), **Austrian Yearbook on International Arbitration**, Manz, 2011. p. 315.

Na maioria dos casos, essa decisão não é clara, e os árbitros se veem diante de uma zona cinzenta. Diante de tais situações, o tribunal se divide em dois de seus papéis centrais referentes ao poder de administração do caso. De um lado, está o senso de ser eficiente para com o procedimento e negar pedidos desarrazoados, por mais que se trate, por exemplo, da apresentação de novos documentos; do outro, busca-se evitar qualquer risco de que o direito das partes ao devido processo legal seja infringido.³⁴⁹

Essa inclinação por evitar qualquer interpretação que possa ser entendida como desrespeito ao devido processo advém do receio de que a sentença arbitral possa ser impugnada com base nas normativas analisadas nos capítulos primeiro e segundo desta pesquisa. Caso a tendência do tribunal seja sempre deferir os pedidos das partes, o resultado pode gerar prolongamentos desnecessários que não beneficiam as partes e afetam a arbitragem internacional institucionalmente, devido à lentidão e aumento de custos provocados.³⁵⁰

Nas palavras de William Park, o modo como são administradas as decisões vinculadas ao poder de gerência do caso é o foco de muitos debates na comunidade da arbitragem. Alguns grupos temem o “lado negativo” do poder de discricionariedade de um tribunal arbitral, considerando que árbitros podem criar regras próprias de administração no curso do procedimento, de forma independente de qualquer parâmetro procedimental anteriormente firmado.³⁵¹

Quanto aos efeitos do “*due process paranoia*” na eficiência do procedimento arbitral, Duarte Henriques é bastante enfático ao tratar sobre o “assustador e crescente” fenômeno enquanto razão para a diminuição da eficiência na arbitragem internacional, tendo em vista que o comportamento dos árbitros contribui para longos e custosos procedimentos arbitrais. Nas palavras do autor,

muitos dizem que o problema está em outro lugar: árbitros fracos, os quais, fundamentam-se exclusivamente no conjunto de regras existente, que os constringe a obedecer estritamente e rigorosamente os ‘sacrossantos’ comandos do devido processo. Como consequência, todo requerimento das partes é sujeito a um amplo exercício do

³⁴⁹ BERGER, Klaus Peter; JENSEN, J. Ole, 2017. p. 75

³⁵⁰ Ibidem. p. 73.

³⁵¹ PARK, William W. The 2002 Freshfields Lecture – Arbitration's Protean Nature: The Value of Rules and the Risks of Discretion. **Arbitration International Review**, 2003, vol. p. 286.

contraditório e a maior parte deles é deferida, evitando que haja uma impugnação do árbitro ou da sentença.³⁵²

Importante destacar que, por mais que o objeto deste trabalho seja o “*due process paranoia*”, os problemas relacionados com a eficiência na arbitragem não podem ser somente a ele vinculados. A pesquisa empírica da *Queen Mary University* aponta também que, ao serem questionados sobre os motivos dos altos valores das arbitragens, os participantes responderam que a necessidade por inovações procedimentais visando ao melhor controle de tempo e custos das arbitragens é uma das razões do problema.³⁵³

Quando questionados sobre sugestões práticas que refletissem na diminuição de custos e tempo, embora nenhuma opção tenha recebido um expressivo número de votos em comparação às demais, destacou-se a proposta de que tribunais arbitrais fossem mais comprometidos com um calendário de arbitragem, cumprindo períodos para deliberações e a data final para redação da sentença. Outras ideias foram apontadas, como obter mais informações sobre a disponibilidade dos árbitros antes da indicação pelas partes, a implementação de sanções aplicadas contra táticas dilatórias e a possibilidade de mais encontros entre os árbitros previamente à uma audiência.³⁵⁴

Outra sugestão foi a elaboração de regulamentos de arbitragem que incluam procedimentos simplificados para casos que não ultrapassem um determinado valor máximo de causa. Conforme a opinião dos participantes da pesquisa, um montante adequado seria um milhão de dólares; qualquer valor inferior poderia contar com regras mais simples e, conseqüentemente, resultar em uma arbitragem mais célere e de menor custo.³⁵⁵

Por fim, os entrevistados responderam que as partes envolvidas em uma arbitragem, incluindo advogados e árbitros, deveriam agir proativamente no sentido de guiar um procedimento com um maior custo-benefício. As medidas que mais receberam votos foram: i) posturas colaborativas entre advogados de ambas as partes para melhor especificar os requerimentos da arbitragem; ii) limitar a produção de provas; iii) estimular a realização de acordos; iv) deixar de praticar condutas baseadas em um desproporcional uso de novos recursos,

³⁵² HENRIQUES, Duarte Gorjão. The Prague Rules: Competitor, Alternative or Addition to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration? *ASA Bulletin, Association Suisse de l'Arbitrage*, Kluwer Law International, 2018, vol. 36, issue 2. pp. 351/352.

³⁵³ QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. **2015 International Survey on Arbitration.**

³⁵⁴ *Ibidem*. p. 9

³⁵⁵ *Ibidem* p. 10.

como constantemente apontar novos advogados com poderes de atuar no caso para aumentar as chances de haver um conflito de interesses com os árbitros.³⁵⁶

No que cabe à ausência de sanções contra táticas dilatórias das partes, o estudo a apontou como a segunda mais votada dentre as piores características da arbitragem internacional, atrás apenas dos altos custos. Os participantes declararam sua insatisfação com as várias táticas dilatórias aplicadas pelas partes e com a ausência de sanções, tanto porque os árbitros são relutantes em aplicá-las quanto por não possuírem os instrumentos legais para tanto.³⁵⁷

Desse modo, considerando a expressiva opinião dos usuários da arbitragem frente ao problema da ausência de sanções a táticas dilatórias, este subcapítulo abordará agora as “táticas de guerrilha” em arbitragem internacional e seus efeitos no desenvolvimento do “*due process paranoia*”. Na sequência, será verificado como as Regras de Praga se apresentam como uma possível solução não somente para a perda de eficiência da arbitragem internacional, mas também ao problema do “*due process paranoia*”.

4.1.1. “Táticas de Guerrilha” em arbitragem internacional e suas relações com o “*due process paranoia*”

No decorrer deste trabalho, foram mencionadas algumas vezes as táticas que resultam no aumento de custos e tempo em uma arbitragem. É comum o uso de práticas abusivas no processo judicial para que haja interrupções do processo e, de alguma forma, que uma das partes seja beneficiada pela situação. No entanto, quando se trata de um procedimento arbitral, em vista de seus custos e complexidade, é natural que surja o questionamento sobre as razões pelas quais uma ou ambas as partes empregariam técnicas que almejam truncar o andamento do procedimento. Uma vez que o alto investimento – monetário e profissional – empregado em uma arbitragem, qual seria a vantagem de se aplicar técnicas que impedem uma conclusão eficiente do procedimento?

De acordo com Robert Pfeiffer e Stephan Wilske, essa questão pode ser respondida pelo conceito das “táticas de guerrilha”. Trata-se de um artifício utilizado como meio de uma “parte fraca” obter sucesso em um procedimento. Segundo os autores, diante de uma disputa, uma

³⁵⁶ Ibidem.

³⁵⁷ QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. 2018 International Arbitration Survey: The evolution of international arbitration. p. 8. 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)

“parte forte” é aquela que possui melhores argumentos diante do direito e dos fatos apresentados, enquanto uma “parte fraca” não apresenta as bases legais ou a expertise necessária para aumentar suas chances de ganhar uma disputa. Dessa forma, enquanto a maior parte de uma arbitragem é fundamentada no mérito do caso, fundamentos legais e fatos, “guerrilheiros” tentam evitar ou postergar embates legais durante o procedimento arbitral ao se utilizar de táticas que gradualmente desgastam a parte oponente ou o próprio tribunal.³⁵⁸

O termo “táticas de guerrilha” foi utilizado pela primeira vez no contexto da arbitragem³⁵⁹ por Michael Hwang, que definiu “guerrilhas em arbitragem” como condutas que “tentarão explorar o regulamento de arbitragem procurando por vantagens para atrasar a audiência e (se tiver a oportunidade) inviabilizar o procedimento para que a arbitragem se torne inefetiva”³⁶⁰.

Para verificar se o uso de “táticas de guerrilha” na arbitragem internacional é um problema suficientemente frequente e merece atenção da comunidade arbitral, uma pesquisa empírica foi conduzida por Edna Sussman e Solomon Ebere em 2012.³⁶¹ Os participantes eram profissionais que atuam como árbitros em variadas jurisdições e tiveram de responder as seguintes perguntas: “i) como advogado ou árbitro em uma arbitragem, você já sentiu que uma ou ambas as partes aplicaram “táticas de guerrilha”; “ii) se a sua resposta foi sim, por favor, descreva a tática que você interpretou como “tática de guerrilha”.

Os autores não descreveram um conceito de “tática de guerrilha” e utilizaram a pesquisa para também compreender os tipos de atos que os usuários da arbitragem internacional interpretavam a partir desse termo. Em uma amostra de oitenta e um participantes que responderam à pesquisa, 68% responderam que presenciaram “táticas de guerrilha” em procedimentos em que atuavam como árbitros ou advogados. Dentre as táticas utilizadas se

³⁵⁸ PFEIFFER, Robert; WILSKE, Stephan. **'Chapter 1, §1.01: An Etymological and Historical Overview**. In: HORVATH, Günther J.; WILSKE, Stephan (eds). *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, International Arbitration Law Library, vol. 28, Kluwer Law International, 2013. p. 3.

³⁵⁹ KHVALEI, Vladimir. **Guerrilla Tactic in International Arbitration, Russian View**. In: PITKOWITZ, Nikolaus; PETSCHKE, Alexandre, et al. (eds). *Austrian Yearbook on International Arbitration 2011, Volume 2011*. p. 336.

³⁶⁰ HWANG, Michael. **Why is There Still Resistance to Arbitration in Asia?** In: AKSEN, Gerald (ed). *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution – Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, 2005. p. 337.

³⁶¹ SUSSMAN, Edna; 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*, 2011, vol. 22, n. 4. p. 612.

destacou a apresentação excessiva de documentos, inclusive utilizada para “camuflar” documentos importantes dentre centenas de outros com baixa relevância.³⁶²

Além da produção excessiva de documentos, destacou-se na pesquisa as táticas que buscavam atrasar o procedimento a partir da apresentação de desarrazoados motivos pelos quais as partes ou advogados não poderiam se fazer presentes na audiência, envolvendo razões pessoais, de saúde, dentre outras. Também foram mencionadas as táticas para criar conflitos de interesses entre árbitros e advogados, em que partes trocam seus procuradores diversas vezes durante o procedimento para aumentar as chances de ensejar tais situações.³⁶³

Ainda, impugnações frívolas dos árbitros também foram identificadas como prática recorrente, incluindo argumentos embasados no fato de que árbitro e advogado da parte contrária estudaram na mesma turma de faculdade cerca de 25 anos antes do procedimento, ainda que não tivessem mantido contato desde então. Por fim, outra tática apontada foi “surpreender o tribunal arbitral na última hora”, por exemplo, apresentando importantes documentos e argumentos pela primeira vez na véspera de uma audiência ou durante a mesma.³⁶⁴

É possível verificar que o termo “táticas de guerrilha” motiva a interpretação de larga margem de possibilidades práticas. Dessa forma, conforme Günther Horvath e Stephan Wilske, uma definição única do termo não parece existir³⁶⁵; por outro lado, pode-se dizer que o termo é formado por diferentes tipos de comportamentos. Um método de categorizar esses comportamentos seria considerar sua natureza e gravidade.

Os autores dividem, dessa forma, as táticas de guerrilhas em duas diferentes classificações: i) as mais comuns, que possuem natureza de conduta abusiva; e ii) táticas “extremas”, com natureza de atos criminais. Segundo eles, uma violação do direito ou do regulamento de arbitragem realizada no intuito de impedir o bom andamento do procedimento arbitral se configura como o primeiro indicador de que existe uma “tática de guerrilha”. No entanto, os autores complementam que essa percepção não é uma tarefa simples, uma vez que diversas condutas se encontram em uma zona cinzenta entre atos criminais ou simplesmente astuciosos, onde é difícil de se definir a tática das partes.³⁶⁶

³⁶² Ibidem.

³⁶³ Ibidem. p. 613.

³⁶⁴ Ibidem.

³⁶⁵ HORVATH, Günther J.; WILSKE, Stephan. 2013. p. 4.

³⁶⁶ Ibidem.

Durante a quarta edição do evento *Annual GAR Live Brazil*, organizado pela *Global Arbitration Review* (GAR), em 2016, parte das discussões desenvolvidas se direcionaram às “táticas de guerrilha” na arbitragem internacional. Os painelistas concordaram justamente sobre a dificuldade de identificar e enquadrar atos nessa categoria, ainda mais considerando a perspectiva multicultural presente na arbitragem internacional.³⁶⁷

Vladimir Khvalei apresenta outra forma de abordar a temática, de modo necessariamente vinculado à condição do requerente na arbitragem. Para ele, o termo não deveria ser limitado a ações direcionadas somente a atrasar um procedimento arbitral, uma vez que essas táticas consistem em: i) o requerido estar ciente que falhou em cumprir com suas obrigações; ii) o requerido estar ciente que o procedimento arbitral iniciado será finalizado em breve e provavelmente a sentença não lhe será favorável; iii) o requerido começa a utilizar várias técnicas que, do ponto de vista da comunidade da arbitragem internacional, não são permitidas e objetivam dificultar o bom andamento do procedimento.³⁶⁸

Sobre a razão por trás do aumento de incidência dessas táticas, Caio de Menezes aponta um dos motivos já mencionados neste capítulo, quando se tratou sobre as razões para a diminuição da eficiência na arbitragem internacional: o aumento da complexidade e valor dos casos. Segundo o autor, a demanda econômica que uma arbitragem internacional exige e a ausência de sanções podem ser apontadas como motivações para o aumento da popularidade das “táticas de guerrilha”.³⁶⁹

Muito embora sanções diretas não sejam comuns nesses casos, de acordo com Edna Sussman – em mais um de seus trabalhos sobre padrões éticos em arbitragem internacional –, um crescente número de usuários apoia que a adoção de um código de ética específico para a conduta de advogados em arbitragem internacional já está levando muito tempo para ser criado. Algumas propostas já foram sugeridas nesse sentido.³⁷⁰

³⁶⁷ LAMAS, Natália Mizrahi. 4th Annual GAR Live Brazil. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr, IOB, Kluwer Law International 2016, vo. XIII, issue 50. p. 254.

³⁶⁸ KHVALEI, Vladimir, 2011. p. 336.

³⁶⁹ DE MENEZES, Caio Campello. Como Barrar as Táticas de Guerrilha em Arbitragens Internacionais? **Revista Brasileira de Arbitragem**, Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) & IOB, Kluwer Law International, 2015, vol. XII, issue 45. p. 83.

³⁷⁰ SUSSMAN, Edna. Can Counsel Ethics Beat Guerrilla Tactics?: Background and Impact of the New IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration. **Revista Brasileira de Arbitragem**, Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) & IOB, 2013, vol X, issue 40. pp. 99-100.

Por exemplo, Doak Bishop e Margrete Stevens propuseram um “*International Code of Ethics for Lawyers*”³⁷¹ durante o Congresso do ICCA de 2010 e a IBA desenvolveu as *IBA Guidelines on Party Representation*³⁷². Além disso, a própria *International Law Association* (ILA) produziu o regulamento intitulado “*The Hague Principles on Ethical Standards*”³⁷³. Considerando que esses projetos não se direcionam especificamente à arbitragem internacional, Sundaresh Menon abriu o Congresso do ICCA em 2012 declarando a grande necessidade do desenvolvimento de um código de conduta para guiar especificamente a prática de advogados e árbitros envolvidos em arbitragens internacionais.

Alguns autores, no entanto, indicam que elementos desses regulamentos, na verdade, tentam prescrever aspectos do processo arbitral que já são alvo de regulação em diferentes contextos, como questões vinculadas à independência e imparcialidade dos árbitros, que já são geralmente previstas pelas próprias leis domésticas de arbitragem. Nesse sentido, seria difícil realizar uma adequada distinção entre verdadeiros problemas éticos e problemas relacionados com temas já normatizados. Além disso, como já mencionado, a ultrarregulação da arbitragem e a perda da flexibilidade também são exemplos de preocupações.³⁷⁴

Diante das tratativas sobre as “táticas de guerrilha”, percebe-se que elas estão intimamente relacionadas com o “*due process paranoia*”. Klaus Peter Berger e J. Ole Jensen afirmam que essas táticas se baseiam em métodos que colocam os árbitros diante da já mencionada situação de receio em denegar pedidos abusivos vinculados ao procedimento.³⁷⁵

As “táticas de guerrilha” baseadas na submissão de documentos logo antes da audiência, pedidos de alteração do calendário arbitral e prazos extra para análise de documentos são exemplos claros dos pedidos que desenvolvem o “*due process paranoia*” no tribunal arbitral e garantem que muitos árbitros se inclinam a deferi-los. Nesse sentido, para evitar que se prive a

³⁷¹ BISHOP, Doak; STEVENS, Margrete. *International Code of Ethics for Lawyers*, ICCA Congress 2010. Disponível em: http://www.arbitration-icca.org/media/0/12763302939400/stevens_bishop_draft_code_of_ethics_in_ia.pdf

³⁷² INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. *IBA Guidelines on Party Representation*, 2012.

³⁷³ International Law Association, Study Group on the Practice and Procedure of International Courts and Tribunals. *The Hague Principles on Ethical Standards*, 2010. Disponível em: www.ucl.ac.uk/laws/cict/docs/Hague_Sept2010.pdf

³⁷⁴ MARZOLINI, Paolo. Counsel Ethics in International Arbitration: Is There Any Need for Regulation?. *Indian Journal of Arbitration Law*. Centre for Advanced Research and Training in Arbitration Law, National Law University, 2017, vol. VI, issue 2. pp. 124-132. GEISINGER, Elliot. “*Soft Law*” and *Hard Questions: ASA's Initiative in the Debate on Counsel Ethics in International Arbitration*. In: *The Sense and Non-Sense of Guidelines, Rules, and other Para-regulatory Texts in International Arbitration*, ASA Special Series, n. 37. pp. 17-21.

³⁷⁵ BERGER; Jensen, 2017. p. 75.

arbitragem de sua necessária eficiência, observa-se duas possibilidades: o uso de técnicas para evitar essas táticas – como as normativas éticas acima mencionadas ou meios sancionatórios – ou a mudança na postura do tribunal arbitral.

Nas palavras de Eleonora Coelho, não é possível impedir as “táticas de guerrilha”, mas é possível sancionar o comportamento que vai de encontro aos parâmetros éticos da arbitragem internacional. Segundo a autora, exemplos dessas sanções são: i) alocação de custos do procedimento realizada de maneira a penalizar a parte que tenha empregado essas táticas; ii) inferências negativas quando da redação da sentença arbitral; e iii) condenação por litigância de má-fé.³⁷⁶

Sobre a mudança de postura do tribunal arbitral, de acordo com Duarte Henriques, o comportamento menos proativo de árbitros em arbitragens internacionais pode ser resultado da importação de elementos de resolução de disputas da cultura de “*common law*”. Essa cultura é baseada em um estilo voltado ao confronto entre as partes e atuação menos proativa do tribunal arbitral. Além disso, o processo de produção de provas na arbitragem também é uma das razões para queda de eficiência. A produção de incontáveis documentos nem sempre relevantes, inúmeras testemunhas e peritos, longos memoriais e outras requisições por escrito são causas que contribuem para o aumento de tempo e custos.³⁷⁷

A respeito da produção de provas, um intensivo trabalho foi realizado por *experts* em arbitragem internacional advindos de diferentes jurisdições, que, sob os auspícios da *International Bar Association*, lançaram em 1999 – com revisão em 2010 – as “Regras da IBA sobre Produção de Provas em Arbitragem Internacional” (*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*).³⁷⁸ Elas possuem o mérito de tentar harmonizar diferentes tradições jurídicas para formar um modelo de regime pragmático e efetivo para produção de provas.³⁷⁹

De acordo com Alan Redfern e Martin Hunter, gerir os requerimentos das partes quanto à produção de provas pode ser um processo longo, que emprega diferentes técnicas de

³⁷⁶ COELHO, Eleonora. As Táticas de Guerrilha e a Ética na Arbitragem Internacional. **Revista Brasileira da Advocacia (RBA)**, 2017, ano 2, n. 5. p. 50.

³⁷⁷ HENRIQUES, Duarte Gorjão. The Prague Rules: Competitor, Alternative or Addition to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration? **ASA Bulletin, Association Suisse de l'Arbitrage**, Kluwer Law International, 2018, vol. 36, issue 2. pp. 351-352.

³⁷⁸ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration**.

³⁷⁹ PARTASIDES, Constantine; et al. **Chapter 6. Conduct of the Proceedings'**. In: BLACKABY, Nigel. Redfern and Hunter on International Arbitration, 6th edition, Kluwer Law International, Oxford University Press, 2015. pp. 381-382.

administração, de modo que as regras da IBA possuem relevante papel de uniformização.³⁸⁰ Por exemplo, é estabelecido no seu artigo 3 como as partes devem estruturar um requerimento de produção de provas, incluindo a descrição dos documentos solicitados, as razões pelas quais eles são relevantes, dentre outros.³⁸¹ As regras também possibilitam que o tribunal negue a produção de provas que, por mais que fossem relevantes, não produzem efeitos nos resultados do procedimento.³⁸²

Ainda assim, mesmo diante de variadas opções de *soft law* a serem aplicadas, mantém-se a discussão sobre o aumento de eficiência na arbitragem internacional. Dessa forma, o “*due process paranoia*” e o receio dos árbitros em descumprir o devido processo portam consigo uma reflexão. Conceder mais poderes aos árbitros poderia tornar sua conduta mais firme no momento de negar pedidos que prejudicam o bom andamento da arbitragem? Poderia o problema ser baseado na ausência de regras que confirmam ao tribunal mais controle e proatividade?³⁸³

Diante desse questionamento e da mencionada visão negativa por parte de um conjunto de usuários da arbitragem acerca da grande influência das práticas de *common law* introduzidas à arbitragem comercial internacional, um grupo de juristas advindos de jurisdições de *civil law* – tanto dos países que anteriormente formavam a União Soviética quanto de países da Europa Central –, com suporte da Associação Russa de Arbitragem (*Russian Arbitration Association*), lançou em 2018 as “Regras de Praga sobre Condução Eficiente de Procedimentos de Arbitragem Internacional”³⁸⁴ (*Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration*).³⁸⁵

³⁸⁰ Ibidem p. 382-383.

³⁸¹ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. Art. 3.3.** A Request to Produce shall contain: a) (i) a description of each requested Document sufficient to identify it, or (ii) a description in sufficient detail (including subject matter) of a narrow and specific requested category of Documents that are reasonably believed to exist; in the case of Documents maintained in electronic form, the requesting Party may, or the Arbitral Tribunal may order that it shall be required to, identify specific files, search terms, individuals or other means of searching for such Documents in an efficient and economical manner; (b) a statement as to how the Documents requested are relevant to the case and material to its outcome; and (c) (i) a statement that the Documents requested are not in the possession, custody or control of the requesting Party or a statement of the reasons why it would be unreasonably burdensome for the requesting Party to produce such Documents, and (ii) a statement of the reasons why the requesting Party assumes the Documents requested are in the possession, custody or control of another Party.

³⁸² Martin and hunter. pp. 381-382.

³⁸³ HENRIQUES, Duarte Gorjão, 2018. p. 352.

³⁸⁴ RULES ON THE EFFICIENT CONDUCT OF PROCEEDINGS IN INTERNATIONAL ARBITRATION. Disponível em: <https://praguerules.com/upload/medialibrary/9dc/9dc31ba7799e26473d92961d926948c9.pdf>

³⁸⁵ PETTIBONE, Peter J. The Prague Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration: Are They an Alternative to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration? **Asian Dispute Review**, Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), 2019, vol. 21, issue 1. p.13.

As Regras de Praga podem ser consideradas uma alternativa às Regras da IBA sobre Produção de Provas em Arbitragem Internacional, além de serem vislumbradas como um remédio ao problema da eficiência. Porém, pode-se entendê-las como uma ameaça ao direito das partes ao devido processo, ou um remédio ao “*due process paranoia*”. Dessa forma, o próximo tópico se voltará exclusivamente à análise dessas regras.

4.1.2. As Regras de Praga (*Prague Rules*) como remédio aos problemas de eficiência e ao “*due process paranoia*”

Nas palavras de Duarte Henriques, existem duas culturas legais conflitantes no cenário das práticas de condução de arbitragens internacionais. A típica abordagem de *common law* é fundamentalmente baseada na autonomia das partes e, por isso, mais vinculada a uma postura de confronto. Por sua vez, a abordagem de *civil law* se inclina a uma forma mais investigativa e inquisitorial por parte do tribunal arbitral, outorgando-lhe poder para decidir sobre diversos aspectos do procedimento. Dessa forma, juristas de *common law* esperam que o tribunal decida o caso somente utilizando ferramentas apresentadas pelas próprias partes, enquanto profissionais de *civil law* consideram que o tribunal deva atuar de maneira mais similar a um juiz, possuindo mais controle sobre a produção de provas, assim como sobre a análise da investigação de fatos.³⁸⁶

De acordo com a nota introdutória que precede as Regras de Praga³⁸⁷, seu projeto se iniciou a partir do momento em que se vislumbrou o aumento do poder decisório do tribunal arbitral como uma ferramenta de contenção à comum insatisfação de usuários da arbitragem com o tempo e os custos envolvidos. Desse modo, considerou-se que um dos modos de aumentar a eficiência se encontra no poder dos tribunais arbitrais em assumir posturas mais proativas na administração dos procedimentos. Além disso, o preâmbulo do documento esclarece que não é a intenção do projeto substituir os regulamentos de arbitragem disponibilizados pelas instituições de arbitragem, mas complementá-los a partir do momento em que as partes concordem com a sua adoção.³⁸⁸

³⁸⁶ HENRIQUES, Duarte Gorjão, 2018. pp. 353-354.

³⁸⁷ RULES ON THE EFFICIENT CONDUCT OF PROCEEDINGS IN INTERNATIONAL ARBITRATION. Disponível em: <https://praguerules.com/upload/medialibrary/9dc/9dc31ba7799e26473d92961d926948c9.pdf>

³⁸⁸ Ibidem. pp. 2-3.

A motivação para a elaboração das Regras de Praga reside na preocupação de que a condução dos procedimentos arbitrais internacionais se desenvolveu diante da estrutura da *common law* refletida nas Regras da IBA sobre produção de provas em arbitragem internacional. A crítica é que as Regras da IBA acabaram se inclinando à cultura jurídica do contraditório e restringiram o poder do tribunal arbitral sobre o procedimento, o que pode ter justamente acarretado no desenvolvimento do “*due process paranoia*”. Dessa forma, as Regras de Praga foram elaboradas para complementar as opções de regras de *soft law* apresentadas aos usuários da arbitragem internacional.³⁸⁹

Como resultado da procura pelo aumento de influência da tradição de *civil law* na arbitragem internacional, Klaus Peter Berger defende que oferecer opções adicionais aos seus usuários faz a arbitragem se tornar mais atrativa, uma vez que a aptidão de escolher diferentes regulamentações é a essência do princípio da autonomia da vontade, que se coloca como o principal pilar da arbitragem.³⁹⁰

Assim, a grande diferença das Regras de Praga em relação aos demais regulamentos é a sua abordagem inquisitorial direcionada ao tribunal arbitral. Essa característica é um contraste com as Regras da IBA sobre produção de provas, considerando que essa apresentava uma abordagem de confronto, onde as partes e seus advogados possuíam as posições dominantes.³⁹¹

Na opinião de Peter Pettibone³⁹², a abordagem de confronto sob a tradição de *common law* acaba adicionando mais tempo e custos na condução de arbitragens internacionais na produção de documentos, em como se dará a colaboração de testemunhas e assistentes técnicos indicados pelas partes, e de que maneira ocorrerá o interrogatório desses indivíduos. Diante da tradição adversarial, percebe-se que os árbitros não tomam a postura proativa que se espera para que se priorize a eficiência. A característica mais significativa que diferencia as Regras de Praga das Regras da IBA, portanto, é o aumento de autoridade no mandato do tribunal.

³⁸⁹ HENRIQUES, Duarte Gorjão, 2018. p. 354-355.

³⁹⁰ BERGER Klaus Peter. Common Law vs. Civil Law in International Arbitration: The Beginning or the End? **Journal of International Arbitration**, Kluwer Law International, 2019, vol. 36, issue. p. 313.

³⁹¹ PETTIBONE, Peter J. **The Prague Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration: Are They an Alternative to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration?** In: WEERAMANTRY, Romesh; and CHOONG, John (eds). *Asian Dispute Review*, Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), 2019, vol, 21, issue 1. p.14.

³⁹² *Ibidem*.

Para assegurar ao tribunal esse papel mais proativo, as Regras de Praga apresentam previsões que garantem mais poderes de administração da arbitragem³⁹³. Isso abarca expressar suas visões preliminares sobre o caso, possibilitar que o tribunal aplique fundamentos legais não previstos pelas partes³⁹⁴, estimular o tribunal e partes a procurarem a resolução da disputa apenas com base em documentos³⁹⁵ e possibilitar que o tribunal colabore para se alcançar uma resolução amigável da disputa a qualquer momento do procedimento.³⁹⁶

Duarte Henriques sustenta ser frequente na prática da arbitragem encontrar partes firmando convenções de arbitragem sem ainda estarem na posição de estabelecer as previsões que deverão ser provadas no desenrolar do procedimento. Por isso, o autor aponta que a atuação proativa do tribunal arbitral é de grande importância para se definir as etapas do procedimento de maneira prévia.³⁹⁷ Assim, leva-se em conta três áreas fundamentais referentes ao aumento do controle procedimental pelos árbitros:

Ao especificar o papel que o tribunal arbitral possui e a maneira como ele irá aplicá-lo, as Regras de Praga determinam que os árbitros irão atuar de uma maneira proativa através de poderes amplos e inquisitoriais na condução do procedimento. Além disso, tribunais arbitrais podem também aplicar previsões legais não determinadas pelas partes nos seus argumentos (*juris novit curia*) e facilitar o acordo entre as partes no papel de mediadores.³⁹⁸

O poder do tribunal arbitral de utilizar de fundamentos de direito não previstos pelas partes, mas guiado pelo seu próprio senso (*juris novit curia*), é um elemento trazido pelo poder inquisitorial do tribunal. Na cultura de *civil law*, essa questão é vislumbrada como o mandato dos árbitros de analisar a disputa a partir dos fundamentos legais que julgarem apropriado, independentemente de apresentados pelas partes ou não.³⁹⁹

³⁹³ RULES ON THE EFFICIENT CONDUCT OF PROCEEDINGS IN INTERNATIONAL ARBITRATION. Art. 2.4.

³⁹⁴ Ibidem Art. 7.2. No entanto, após consultar as partes, o Tribunal Arbitral poderá aplicar disposições legais não invocadas pelas Partes, se o considerar necessário, incluindo, mas não limitando às normas de ordem pública. Nesses casos, o Tribunal Arbitral deverá solicitar a opinião das Partes sobre as disposições legais que pretende aplicar. O Tribunal Arbitral pode basear-se em elementos de autoridade jurídica mesmo que não apresentados pelas Partes, desde que tais elementos respeitem a regras legais invocadas pelas Partes ou aplicadas pelo Tribunal Arbitral. Contudo, o Tribunal Arbitral convidará as Partes a indicar os seus pontos de vista sobre esses elementos de autoridade.

³⁹⁵ Ibidem Art. 8.1. Tendo em vista a promoção da poupança de custos e da eficiência, e na medida em que seja apropriado ao caso, o Tribunal Arbitral e as Partes procurarão resolver a disputa apenas com base em documentos

³⁹⁶ Ibidem Art. 9.1. Salvo se uma das Partes se opuser, em qualquer fase da arbitragem o Tribunal Arbitral auxiliará as Partes a chegar a uma solução amigável do litígio.

³⁹⁷ HENRIQUES, Duarte Gorjão, 2018. p. 353.

³⁹⁸ Ibidem.

³⁹⁹ SALGER; TRITTMAN, et al. **Internationale Schiedsverfahren**, 2019, para. 24. p. 49.

No entanto, tal previsão causa controvérsias, uma vez que sua aplicação não é amplamente reconhecida. Por exemplo, duas decisões de tribunais estatais franceses – portanto, de tradição de *civil law* – acolheram a impugnação das sentenças arbitrais, uma vez que o tribunal arbitral aplicou previsões legais não escolhidas pelas partes. A motivação dessas decisões não foi uma posição contra o *juris novit curia* em si, mas a surpresa das partes quando tomaram ciência que o tribunal arbitral aplicou normas não previstas por elas.⁴⁰⁰

O Tribunal Federal Suíço, por sua vez, revela maior inclinação em favor desse princípio. Sendo ou não uma surpresa para as partes, a possibilidade de aplicação de fundamentos jurídicos por elas não previstos é interpretado como incluído no poder discricionário do tribunal, tendo que ser exercido de maneira cautelosa.⁴⁰¹

Para garantir que o tribunal arbitral não arrisque violar direitos das partes ao devido processo quando aplica fundamentos legais de maneira *ex officio*, as Regras de Praga, em seu artigo 7.2⁴⁰², lembram ao tribunal que se deve buscar as opiniões das partes acerca das regras que pretendem aplicar. Além disso, o tribunal deve conceder às partes a oportunidade de expor suas opiniões a respeito de essas regras mesmo que sejam relacionadas às previsões por elas mesmas apresentadas. Dessa forma, o tribunal arbitral garante cumprimento ao devido processo e se aumentam as possibilidades de não haver problemas ao se aplicar o *juris novit curia*.

Além disso, uma das características chave trazidas pelas Regras de Praga é a necessidade de um encontro inicial entre partes e árbitros, logo depois da proposição da arbitragem e formação do tribunal, para se discutir sobre a administração do procedimento. Nesse encontro, o tribunal arbitral deverá delimitar detalhes do calendário procedimental, bem como esclarecer as posições das partes quanto aos fatos, pedidos e fundamentos jurídicos. No momento de definir o calendário, o tribunal pode determinar quais questões são preliminares, limitar o número de apresentação de argumentos e o tamanho dos requerimentos escritos e delimitar prazos restritos para produção de documentos.⁴⁰³

⁴⁰⁰ COUR DE CASSATION. **No.10-23321**, Bull. 2011, I, n° 125, 29/06/2011; COUR D'APPEL. No. **06/17901**, 19/06/2008. Disponível em: <https://clck.ru/F9H5> e.

⁴⁰¹ SWISS FEDERAL TRIBUNAL. **Judgement 4A_554/2014**, 15/04/2015, para. 2.1. Tradução em inglês disponível em: <https://clck.ru/F9H4G>.

⁴⁰² RULES ON THE EFFICIENT CONDUCT OF PROCEEDINGS IN INTERNATIONAL ARBITRATION. Art. 7.2.

⁴⁰³ Ibidem. Art. 2.

Nesse sentido, de acordo com Lukas Hoder, uma das maiores distinções entre as Regras de Praga, com sua característica inquisitorial, e as Regras da IBA pode ser encontrada na limitação de produção de documentos, conforme declarado nos artigos 4.2, 4.3 e 4.5⁴⁰⁴:

4.2. Como regra, o Tribunal Arbitral deve evitar a requisição de prova documental, incluindo qualquer forma de averiguação eletrônica de provas. 4.3. Contudo, se uma parte considerar que necessita a obtenção de documentos da outra parte, deverá indicar tal pretensão ao tribunal arbitral no encontro prévio sobre administração do procedimento e explicar as razões pelas quais a produção de documentos é necessária nesse caso particular. Se o tribunal ficar convencido de que a produção de documentos é necessária, deverá também decidir sobre o procedimento aplicável a essa produção e consignar para tanto as provisões apropriadas no calendário processual. 4.5. Sem prejuízo dos Artigos 4.2 a 4.4, uma parte pode requerer ao tribunal arbitral que ordene a outra a produção de documento específico que: a. seja relevante e material para a resolução do litígio; b. não esteja no domínio público; e c. esteja na posse ou controle de outra parte.⁴⁰⁵

Dessa forma, as Regras de Praga possibilitam às partes que somente documentos específicos sejam solicitados, devendo ser apresentados os motivos de tal requisição. As Regras da IBA, por sua vez, possibilitam a solicitação não de documentos específicos, mas de categorias de documentos, de acordo com o seu Artigo 3.3.⁴⁰⁶

Ainda segundo Hoder, muito embora essa limitação na produção de documentos possa poupar tempo por instigar as partes a produzir somente os documentos extremamente necessários, ela também pode levá-las a uma difícil posição quanto ao seu ônus probatório, uma vez que é difícil apresentar somente documentos específicos para sustentar um argumento. O autor segue afirmando que essas regras poderiam, ainda, de alguma maneira influenciar as partes

⁴⁰⁴ HODER, Lukas. **Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure, Prague Rules vs. IBA Rules: Taking Evidence in International Arbitration.** In: KLAUSEGGER, Christian; KLEIN, Peter, et al. (eds). *Austrian Yearbook on International Arbitration*, 2019. p. 157.

⁴⁰⁵ RULES ON THE EFFICIENT CONDUCT OF PROCEEDINGS IN INTERNATIONAL ARBITRATION. Arts. 4.2, 4.3 e 4.5. Grifado. Destaca-se que, para a melhor compreensão do trabalho, o autor preferiu traduzir diretamente a versão em inglês das Regras de Praga à utilizar a versão oficial realizada em português de Portugal. A versão portuguesa apresenta diversos termos que deveras dificultariam a interpretação do leitor. Para acesso à versão do documento em português: <https://praguerules.com/upload/medialibrary/1ce/1ceb209403ed5145d6b85c632489bf56.pdf>

⁴⁰⁶ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. **IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. 2010.** Art. 3.3: Documents. 3. A Request to Produce shall contain: (a) (i) a description of each requested Document sufficient to identify it, or (ii) a description in sufficient detail (including subject matter) of a narrow and specific requested category of Documents that are reasonably believed to exist; in the case of Documents maintained in electronic form, the requesting Party may, or the Arbitral Tribunal may order that it shall be required to, identify specific files, search terms, individuals or other means of searching for such Documents in an efficient and economical manner.

a apresentar inverdades em suas alegações, uma vez que se diminui a probabilidade de que elas sejam obrigadas a apresentar documentos comprovando os fatos indicados.⁴⁰⁷

No que toca à organização das audiências, importante destacar que as Regras de Praga encorajam as partes a resolver a disputa apenas com base na análise de documentos. No entanto, não é permitido que o tribunal decida o caso sem a realização de audiências caso as partes assim desejem, muito embora deva ser observado o modo de organização da audiência conforme previsto no artigo 8.2:

Se uma das Partes requerer a realização de uma audiência de julgamento ou o Tribunal Arbitral, por sua própria iniciativa, o julgar apropriado, as Partes e o Tribunal Arbitral procurarão organizar a audiência da forma menos dispendiosa e mais eficiente, tentando reduzir a duração da mesma e utilizar comunicações vídeo, eletrônicas ou telefônicas para evitar despesas de viagem desnecessárias dos Árbitros, Partes e outros participantes.

Nas palavras de Annett Rombach e Hanna Shalbanava, a cuidadosa inclusão realizada pelo *Working Group for the Prague Rules* de uma previsão dando poder ao tribunal para rejeitar a realização de uma audiência provavelmente foi realizada para evitar conflitos com regulamentos de arbitragem de instituições líderes de mercado, que geralmente exigem uma audiência obrigatória se uma das partes assim requerer. Além disso, mesmo que se procure garantir mais poder decisório ao tribunal, conceder oportunidade às partes para que se manifestem sobre o procedimento gera menos riscos de o tribunal agir contra o direito das partes ao devido processo.⁴⁰⁸

Nesse sentido, considerando que o “*due process paranoia*” é embasado na resistência dos árbitros em agir decisivamente por receio que o indeferimento de algum pedido procedimental seja interpretado como uma violação do devido processo, as Regras de Praga podem ser interpretadas como uma saída ao problema da paranoia. Visto que tenham acordado em adotar tais regras, a postura imperativa do tribunal terá sido fundamentada na vontade das partes.

No entanto, cabe destacar novamente que, considerando a análise da impugnação das sentenças arbitrais desempenhada por cortes estatais, a decisão sobre a executividade da sentença arbitral estará sob a interpretação dos juízes da jurisdição onde se deseja que a sentença tenha

⁴⁰⁷ HODER, Lukas, 2019. p. 162.

⁴⁰⁸ ROMBACH, Annett; SHALBANAVA, Hanna. The Prague Rules: A New Era of Procedure in Arbitration or Much Ado about Nothing? **German Arbitration Journal**, Kluwer Law International, Verlag C.H. Beck, 2019, vol. 17, issue 2. p. 58.

efeitos práticos. Dessa forma, não se pode afirmar que as Regras de Praga forneçam um remédio absoluto à questão. Caso a jurisdição que receba a sentença apresente características específicas na sua lei de arbitragem baseadas em uma estrutura conservadora, uma interpretação também conservadora sobre a impugnação de uma sentença arbitral pode ser aplicada pela corte estatal.

Por isso, entende-se importante que seja analisado como os tribunais estatais recebem pedidos de impugnação baseados em razões procedimentais da arbitragem. O próximo subcapítulo desta monografia tratará especificamente sobre essa temática.

4.2 LIMITES JURISPRUDENCIAIS AO “*DUE PROCESS PARANOIA*”: A INCIDÊNCIA DE DEFERIMENTOS ÀS IMPUGNAÇÕES CONTRA SENTENÇAS ARBITRAIS

Conforme mencionado no subcapítulo anterior, o “*due process paranoia*” afeta a eficiência na condução de uma arbitragem a partir do momento que o tribunal tema que a sentença arbitral seja impugnada ou não executada. Apresentam-se, assim, dois diferentes elementos desse receio: i) a impugnação da sentença em si, ou seja, o ato em que uma das partes se dirige a uma corte estatal requerendo a sua anulação ou contestando sua execução, independentemente do desfecho; e ii) o resultado dessa impugnação, se a sentença de fato será anulada ou será indeferida a sua execução.

Dessa forma, destaca-se que o “*due process paranoia*” não se fundamenta somente no temor de que a sentença seja anulada ou não executada, mas também no próprio ato de impugnação. Mesmo que a sentença não seja anulada, o fato de ela ser objeto de uma demanda judicial automaticamente prejudicará o resultado prático da arbitragem, qual seja, os efeitos concretos da sentença arbitral.⁴⁰⁹

Perante o exposto, a presente pesquisa se coloca diante da necessidade de duas formas de abordagem quanto aos limites do “*due process paranoia*”. Primeiramente, verificar a incidência de decisões de tribunais estatais que de fato anularam ou deixaram de executar sentenças arbitrais em razão de pedidos procedimentais das partes que não foram atendidos pelo tribunal arbitral. Além disso, será abordado o receio dos árbitros quanto à impugnação da sentença, a partir da reflexão se os tribunais arbitrais realmente possuem a obrigação de entregar às partes uma sentença executável, o que será verificado no próximo subcapítulo.

⁴⁰⁹ BERGER, Klaus Peter; JENSEN, J. Ole, 2017. p. 81.

Para tanto, inicia-se essa análise com o estudo sobre a incidência de deferimentos às impugnações de sentenças arbitrais por cortes estatais. Esse estudo será realizado a partir das opiniões de *experts* em arbitragem internacional, pesquisas empíricas sobre a questão e a análises de casos utilizados como exemplos.

4.2.1 A incidência de deferimentos às impugnações contra sentenças arbitrais por questões vinculadas à administração do procedimento

Como já conhecido, o “*due process paranoia*” se desenvolve a partir da consideração que uma sentença arbitral possa ser impugnada quando o tribunal precisa decidir sobre um pedido procedimental das partes e teme que indeferimento seja interpretado como um desrespeito ao devido processo. Desse modo, um dos remédios mais efetivos para esse comportamento parece ser o conhecimento se, de fato, as cortes estatais costumam deferir os pedidos de impugnação por motivos vinculados ao procedimento arbitral.⁴¹⁰

Nas palavras de Klaus Peter Berger e J. Ole Jensen, analisar se o “*due process paranoia*” é justificável depende efetivamente da atitude das cortes estatais que desempenham o papel de “guardiões do devido processo” em *ultima ratio*. Segundo os autores, no fim das contas, é a opinião e a revisão do procedimento arbitral realizada por uma corte estatal que deve definir se há ou não fundamentos para “árbitros sofrerem de ‘*due process paranoia*’.”⁴¹¹

Importante recapitular que as formas de impugnação da sentença arbitral, nesse caso, serão o pedido de anulação da sentença ou a impugnação à execução da mesma. Conforme abordado no capítulo primeiro, essas impugnações são fundamentadas na lei doméstica de arbitragem de cada jurisdição, principalmente no que se refere à anulação da sentença, e na Convenção de Nova Iorque de 1958 no que cabe à execução. Nesse sentido, averiguar a incidência de deferimentos de pedidos de impugnação significa verificar posturas de jurisdições diante de demandas do gênero.

Dessa forma, a presente pesquisa se fundamenta em duas principais fontes para averiguar essa questão. Serão analisadas opiniões de *experts* em arbitragem internacional que tenham publicado trabalhos sobre a matéria e a pesquisa empírica realizada pela *International Bar*

⁴¹⁰ BERGER, Klaus Peter; JENSEN, J. Ole, 2017. p. 79.

⁴¹¹ Ibidem.

Association (IBA)⁴¹² que examinou a jurisprudência de treze jurisdições sobre a anulação de sentenças arbitrais no que diz respeito à administração do procedimento.

De acordo com Lucy Reed, a maior parte dos requerimentos procedimentais enviados pelas partes, como extensões de prazos, postergar audiências e apresentação de novos argumentos em momento inoportuno não são sérias ameaças à justiça fundamental e equidade entre as partes. Em circunstâncias extremas, esses tipos de pedidos podem implicar em questões vinculadas ao devido processo, mas poucas situações realmente chegam a esse ponto.⁴¹³ Isso ocorre em razão do suporte legislativo à arbitragem por parte das leis domésticas, e também porque as cortes estatais apreciam a forma técnica e detalhada com que os tribunais arbitrais conduzem as sentenças, de forma a respeitar o modo como o tribunal decidiu lidar com a administração procedimental do caso.⁴¹⁴

Desse modo, nas palavras de Gary Born, considerando seus rigorosos efeitos, a anulação de uma sentença arbitral não é um resultado comum considerando a maioria das jurisdições. Em países como Suíça, Estados Unidos, França e Inglaterra, a anulação de sentenças arbitrais ocorre em raras ocasiões, de forma que sua absoluta maioria é mantida. Em outras palavras, após uma arbitragem ser concluída, são baixas as possibilidades que a parte vencida possui para modificar os resultados.⁴¹⁵

No que cabe à execução de sentenças arbitrais estrangeiras, em 1997, foi montado um esquema de cooperação entre a UNCITRAL e a IBA para monitorar a implementação da Convenção de Nova Iorque. O projeto envolvia uma pesquisa empírica realizada por meio de questionários dirigidos a advogados e instituições arbitrais de cada Estado signatário da Convenção. Ao fim do primeiro ano, foi estimado que o cumprimento voluntário das partes combinado com a alta incidência de executividade das sentenças resulta em aproximadamente 98% de sentenças arbitrais internacionais cumpridas, tanto de maneira voluntária quanto por meio do pedido de execução das sentenças em jurisdições estrangeiras.⁴¹⁶

⁴¹² INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, IBA ARBITRATION COMMITTEE. **Annulment of arbitral awards by state court: Review of national case law with respect to the conduct of the arbitral process.** October 2018. Disponível em: https://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Projects.aspx#Oct18_2

⁴¹³ REED, Lucy. 2017, p. 372.

⁴¹⁴ Ibidem.

⁴¹⁵ BORN, Gary B, 2016. p. 312.

⁴¹⁶ KERR, Michael. Concord and Conflict in International Arbitration. **Arbitration International**, vol. 24, Oxford University Press, 1997. p. 121.

No entanto, as informações mencionadas acima tratam da baixa incidência de anulações e indeferimento de execução de sentenças arbitrais de maneira ampla. Não foram mencionados motivos específicos pelos quais as sentenças são anuladas ou não executadas dentro da pequena – mas existente – possibilidade de deferimento da impugnação da sentença arbitral.

Dessa forma, para verificar a incidência de quais argumentos são apresentados pelas partes quando buscam o indeferimento do pedido de execução de uma sentença arbitral, Maxi Scherer elaborou uma pesquisa empírica buscando dados vinculados aos argumentos levados às cortes estatais quando uma das partes busca resistir à execução de uma sentença arbitral. Ela concluiu que o artigo 5º (1) (b) da Convenção de Nova Iorque está entre as mais populares razões apresentadas na tentativa de impugnação da sentença e que em mais de 90% das vezes esse argumento não obtém sucesso.⁴¹⁷

O artigo 5º (1) (b) da Convenção de Nova Iorque é justamente aquele tratado no capítulo primeiro desta pesquisa, que possibilita o indeferimento da execução quando a uma das partes não foi possível apresentar seus argumentos. Em outras palavras, é a previsão da Convenção que protege o direito das partes ao devido processo e um dos fundamentos do “*due process paranoia*”.

Dessa forma, Maxi Scherer toca diretamente na questão do “*due process paranoia*”, vez que a impugnação à execução de uma sentença possui dentre seus mais populares argumentos o desrespeito ao direito das partes ao devido processo, muito embora os números apontem que em 90% dos casos essa argumentação não é acolhida. Desse modo, um forte argumento é apresentado na direção da baixa incidência de deferimentos dos tribunais estatais diante de impugnações à execução da sentença arbitral.

No mesmo sentido, Klaus Peter Berger e J. Ole Jensen desenvolveram análises sobre casos advindos de cortes estatais de variadas jurisdições e afirmam que pode ser uma surpresa para os árbitros que desenvolvem o “*due process paranoia*” saber que um juiz raramente interfere nas decisões por eles elaboradas quando se refere à administração dos casos. Na realidade, as cortes estatais consideram que é seu papel oferecer apoio substancial aos tribunais

⁴¹⁷ SCHERER, Maxi. **New York Convention: Violation of Due Process**, Article V(1)(b). In: WOLFF, Reinmar (ed). *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, A commentary*. C.H.G. Beck/Hart/Nomos, 2012. p. 280.

arbitrais ao seu poder de gestão das arbitragens, encorajando os árbitros a aplicar sua discricionariedade para determinar os caminhos do procedimento.⁴¹⁸

Essa posição é particularmente ilustrada por uma decisão da Corte de Apelações de Hong Kong, que determinou:

(...) oportunidade plena de apresentar seus argumentos não significa que uma parte possui o direito de apresentar qualquer argumento de acordo com a sua vontade em qualquer momento que considerar adequado, não importa quão longo esse argumento seja. (...) qualquer oportunidade de uma parte apresentar seus argumentos, deve ser devidamente equilibrada com a oportunidade do seu oponente. (...) Uma parte que possui razoável oportunidade de apresentar seus argumentos raramente foi colocada diante da posição de não ter seus direitos ao devido processo respeitados.⁴¹⁹

A partir da análise de decisões advindas de jurisdições reconhecidas como “amigáveis” à arbitragem, é possível inferir que cortes domésticas reconhecem as consequências do “*due process paranoia*”. A Suprema Corte de Singapura, por exemplo, também afirmou que o direito das partes de apresentar seus argumentos não significa que o tribunal arbitral precisa sacrificar a eficiência procedimental para acomodar demandas desarrazoadas apresentadas por uma ou ambas as partes.⁴²⁰

Conforme os resultados encontrados por Klaus Peter Berger e J. Ole Jensen, cortes domésticas estão atentas à necessidade dos árbitros em equilibrar a delicada relação entre devido processo e eficiência. Segundo os autores, as cortes apenas interferem se considerarem que a administração do caso deveria ter sido conduzida de maneira diferente para assegurar o direito das partes ao devido processo. No entanto, seguindo as conclusões do estudo, essa prática raramente ocorre.⁴²¹ Nesse sentido, Serge Lazareff exemplifica afirmando que não há conhecimento sobre um único caso administrado pela *International Court of Commerce* (ICC) em que a sentença não tenha sido executada porque o prazo concedido a uma parte não foi suficiente para apresentar seus argumentos ou porque o número de apresentação de provas foi restringido.⁴²²

⁴¹⁸ BERGER, Klaus Peter; JENSEN, J. Ole, 2017. pp. 81-82.

⁴¹⁹ HONG KONG COURT OF APPEAL. **Pacific China Holdings Ltd (In Liquidation) v Grand Pacific Holdings Ltd**. 4 HKLRD 1, 2012. para 68. Citado por BERGER, Klaus Peter; JENSEN, J. Ole, 2017. pp. 81-82.

⁴²⁰ SINGAPORE HIGH COURT. **Triulzi Cesare SRL v XinyiGroup (Glass) Co Ltd**. SGHC 220, 2014. para 151. Citado por: HOLTZMANN; NEUHAUS, 2016 p. 551.

⁴²¹ BERGER, Klaus Peter; JENSEN, J. Ole, 2017. p. 82.

⁴²² LAZAREFF, Serge. **International Arbitration: Towards a Common Procedural Approach**. In: FROMMEL, Stefan N; RIDER, Barry AK (eds), *Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration: Old Issues and New Trends*, Kluwer Law International, 1999. p. 35.

Neste ponto da abordagem, é importante que uma distinção seja realizada. Os exemplos e afirmações acima descritos tratam sobre impugnações baseadas na administração do caso pelo tribunal arbitral, especificamente diante de afirmações sobre a falta de oportunidade das partes em apresentar seus argumentos. Incluídas nessa “falta de oportunidade” estão tanto os desarrazoados pedidos que prejudicam o bom andamento do procedimento arbitral, como também o dever que o tribunal arbitral possui para com o contraditório. Em outras palavras, caso o tribunal tenha concedido oportunidade para uma parte se manifestar, a parte contrária merece a mesma oportunidade, e, caso esse direito seja desrespeitado, cortes estatais devem se posicionar no sentido de anular sentenças arbitrais.⁴²³

Quando tratado sobre as “táticas de guerrilha”, alguns exemplos foram mencionados sobre quais tipos de atitudes das partes colocavam em risco a eficiência do procedimento, como requerimentos por extensões de prazos, apresentação de argumentos não solicitados e submissão de documentos perto do fim do prazo para fazê-lo. Essas táticas foram observadas no estudo qualitativo realizado por Klaus Peter Berger e J. Ole Jensen, que concluíram que, mesmo diante desses cenários, cortes estatais não costumam anular sentenças arbitrais com fulcro em um suposto descumprimento do devido processo ou falta de oportunidade para apresentar argumentos.⁴²⁴

No entanto, cabe destacar que as decisões analisadas pelos autores tratam de cortes amplamente reconhecidas por suas posições pró-arbitragem. O estudo realizado aponta decisões advindas de jurisdições como Reino Unido, Alemanha, Singapura, Hong Kong e Suíça⁴²⁵. De acordo com números disponibilizados pela ICC⁴²⁶, com exceção da Alemanha, esses países fazem parte da lista das mais escolhidas sedes de arbitragens. Da mesma forma, essas jurisdições abrigam instituições líderes do mercado, como LCIA⁴²⁷, SIAC⁴²⁸ e HKIAC⁴²⁹.

⁴²³ BERGER, Klaus Peter; JENSEN, J. Ole, 2017. p. 82. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Jimmie Earl Carlisle v. Luciano Silva Pereira, **Agravo de Instrumento No 2006.002.27583**, Relatora: Leila Mariano.

⁴²⁴ Ibidem. pp. 81-87.

⁴²⁵ Ibidem.

⁴²⁶ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. **ICC Dispute Resolution Bulletin, 2018, Issue 2. 2017 ICC Dispute Resolution Statistics**. Dez cidades mais apontadas como sede de arbitragens: Paris, Londres, Genebra, Cingapura, Zurique, Nova Iorque, Hong Kong, Viena, São Paulo e Cidade do México. Acesso em 08/01/2019, via: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/07/2017-icc-dispute-resolution-statistics.pdf>

⁴²⁷ London Court of International Arbitration.

⁴²⁸ Singapore International Arbitration Centre.

⁴²⁹ Hong Kong International Arbitration Centre.

A manifesta postura pró-arbitragem dessas jurisdições dificultam a visualização dos resultados das análises de Klaus Peter Berger e J. Ole Jensen como amplamente aplicáveis. Dessa maneira, cabe também analisar o contexto de execuções de sentenças arbitrais estrangeiras em países em que a arbitragem internacional se apresenta como novidade às cortes locais.

G. Nwakobi e Charles Aduaka, por exemplo, ao descreverem a arbitragem comercial internacional a partir do ponto de vista de juristas atuantes na Nigéria, afirmam que a maioria dos países em desenvolvimento visualiza o instituto sendo administrado por países desenvolvidos, uma vez que, mesmo arbitragens envolvendo partes nacionais são normalmente sedeadas em países desenvolvidos. Segundo os autores, esse efeito faz com que cortes estatais de alguns desses países não possuem conhecimento e habilidades para lidar com procedimentos arbitrais, resultando em anulações e indeferimentos de execuções de sentenças arbitrais com base em argumentações rasas.⁴³⁰

Olufunke Adekoya esclarece que a lei federal da Nigéria para regulamentação da arbitragem⁴³¹ é uma incorporação integral da Lei Modelo da UNCITRAL, ou seja, prevê as possibilidades de anulação analisadas no primeiro capítulo deste trabalho. Todavia, segundo o autor, obter o reconhecimento e execução de uma sentença arbitral diante de cortes nigerianas não é uma missão simples, muito embora a Convenção de Nova Iorque tenha sido devidamente ratificada. O autor explica que um passo ainda importante para a facilitação de execuções de sentenças arbitrais estrangeiras tanto na Nigéria quanto em outros países da África Subsaariana é aumentar as relações entre tribunais arbitrais e tribunais estatais, assim como, aumentar a preparação de juízes locais para lidar com os casos.⁴³²

Ademais, no caso nigeriano, as cortes nacionais também desenvolveram suas especificidades para julgar pedidos de anulação de sentença. A lei de arbitragem prevê que uma parte possui o prazo de três meses contados a partir da data de recebimento da sentença arbitral para requerer sua anulação diante de uma corte estatal. Em um primeiro momento as cortes

⁴³⁰ NWAKOBY, G. Chukwudi; ADUAKA, Charles Emenogha. Obstacles facing international commercial arbitration. *Journal of Law and Conflict Resolution*, 2015, vol. 7, n. 3. p.17.

⁴³¹ LAWS OF THE FEDERATION OF NIGERIA. Arbitration and Conciliation Act. 1990. Disponível em: <http://www.nigeria-law.org/ArbitrationAndConciliationAct.htm>

⁴³² ADEKOYA, Olufunke. Report to the Conference: A Nigerian Perspective. In.: THE INTERNATIONAL BUREAU OF THE PERMANENTE COURT OF ARBITRATION. **The Mauritius International Arbitration Conference 2014**. The Litmus Test: Challenges to Awards and Enforcement of Awards in Africa. Regent Press Co. Ltd., 2014. pp. 57-59.

entenderam que extensões de prazo poderiam ser garantidas, uma vez que a lei não proíbe tal possibilidade. No entanto, a suprema corte nigeriana estabeleceu que os três meses devem ser cumpridos rigidamente, o que pode ser visto como um prazo curto por juristas advindos de jurisdições pró-arbitragem.⁴³³

Isso demonstra que, por mais que alguns autores sustentem o amplo apoio de cortes estatais aos poderes de um tribunal arbitral, é importante levar em consideração que existem jurisdições ainda em um estágio inicial de implementação da arbitragem internacional nas cortes internas. Dessa forma, caso juízes ainda possuam comportamentos considerados conservadores quando da análise de impugnações à sentença arbitral, essas posturas podem ser vislumbradas como uma motivação para desenvolvimento do “*due process paranoia*”.

Diante disso, considerando que o presente trabalho busca analisar da forma mais ampla possível a incidência de impugnação de sentenças arbitrais por motivos vinculados à administração do procedimento, será abordada no próximo tópico a pesquisa empírica realizada pela *International Bar Association* sobre a incidência de anulações de sentenças por motivos vinculados à administração do procedimento arbitral.

4.2.2 A pesquisa empírica da IBA (*International Bar Association*) sobre anulações de sentenças arbitrais em razão da administração do procedimento

A *International Bar Association* (IBA) regularmente conduz estudos práticos para colaborar na assistência ao trabalho de advogados que atuam em arbitragem internacional. Desse modo, a IBA elaborou um projeto para agir na problemática do “*due process paranoia*” a partir de uma pesquisa empírica voltada a analisar, em treze jurisdições, a jurisprudência sobre anulação de sentenças arbitrais por motivos vinculados à administração do procedimento. O estudo se originou com a percepção de que muitos usuários da arbitragem internacional nem sempre desempenham suas funções com a autoridade necessária, gerando frustração para todas as partes envolvidas.⁴³⁴

Segundo Philippe Pinsolle, subcoordenador da comissão de arbitragem internacional da IBA, por receio que a sentença arbitral seja impugnada, árbitros permitem que partes sucedam

⁴³³ Ibidem, p. 60.

⁴³⁴ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, IBA ARBITRATION COMMITTEE. **Annulment of arbitral awards by state court: Review of national case law with respect to the conduct of the arbitral process.** October 2018.

em requerimentos procedimentais que deveriam ser negados, sendo possível chamar esse comportamento de “*due process paranoia*”. Por essa razão, acreditando que o remédio mais prático seria conhecer a jurisprudência das cortes estatais onde a sentença será executada, a IBA dirigiu seus estudos para as treze jurisdições de destaque no mercado da arbitragem⁴³⁵, convidando representantes regionais a elaborar estudos jurisprudenciais exaustivos sobre a incidência de decisões anulando sentenças arbitrais por razões vinculadas à condução do procedimento.

Dentre as treze jurisdições pesquisadas pela IBA, englobam-se sete dentre as dez sedes de arbitragem mais escolhidas, de acordo as estatísticas da ICC de 2017. São elas, em ordem alfabética: Brasil, China, Estados Unidos, França, Inglaterra, Suíça e Singapura. Dessa forma, observa-se que um expressivo número de jurisdições analisadas também se trata de locais que tendem a uma postura pró-arbitragem, de outra forma, elas não se configurariam como populares sedes de arbitragem.

De antemão, a introdução à pesquisa antecipa que os resultados confirmam a postura verificada dentre acadêmicos citados neste trabalho. Segundo a IBA, cortes estatais geralmente colaboram com o processo arbitral e raramente deferem impugnações às sentenças arbitrais apenas com base em questões vinculadas à administração do procedimento arbitral pelos árbitros.⁴³⁶

A pesquisa foi organizada utilizando como critério de classificação as situações que mais frequentemente geram um incidente procedimental, como o indeferimento de i) extensão de prazo; ii) oportunidade de produção de provas; iii) organização de interrogatório durante a audiência; e iv) evidências apresentadas em momentos não previstos no calendário do procedimento.⁴³⁷

Partindo para a análise dos seus resultados, considerando que muito já foi tratado sobre decisões advindas de jurisdições reconhecidas pelo seu alto conceito pró-arbitragem, explora-se a pesquisa destacando as jurisdições chamadas pela IBA de “emergentes” na utilização da arbitragem: Brasil e China. Dessa forma, busca-se equilibrar as fontes já mencionadas sobre a

⁴³⁵ Bélgica, Brasil, China, Inglaterra e País de Gales, França, Alemanha, Hong Kong, Itália, Singapura, Espanha, Suécia, Suíça e EUA.

⁴³⁶ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, IBA ARBITRATION COMMITTEE, 2018. p. 3.

⁴³⁷ *Ibidem*.

incidência de impugnações em jurisdições desenvolvidas com novas fontes sobre jurisdições ainda em desenvolvimento no âmbito da aplicação da arbitragem.⁴³⁸

Na análise dos resultados vinculados ao Brasil, foram verificadas doze decisões brasileiras baseadas em pedidos de anulação de sentenças resultantes de arbitragens internacionais por motivos vinculados à administração do procedimento, abrangidas no período entre 2007 a 2018. Essas decisões foram proferidas por cinco tribunais de justiça estaduais⁴³⁹, pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF), e pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ). Todas elas tratam de alguma maneira sobre produção de provas. Algumas versam sobre o indeferimento de inquirição de testemunhas, outras sobre o indeferimento de produção de provas técnicas adicionais, ou, ainda, sobre o modo como o tribunal arbitral determinou a organização da audiência de instrução.

Percebe-se que cortes brasileiras acompanham o entendimento dominante analisado até o momento, no sentido de não anular decisões com base na administração do procedimento por parte do tribunal arbitral. Por exemplo, o caso *Spazio K Engenharia Ltda v. Marcelo Hsiu e Michael Hsiu* de 20 de outubro de 2015 trata de pedido de anulação de sentença arbitral sob o argumento de que uma das partes foi privada de produzir provas, mesmo tendo sido concedido prazo para que ela o fizesse. O Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) entendeu que, sendo dada a oportunidade para apresentar argumentos, o indeferimento de juntada de documentos fora do prazo especificado não configura infração ao direito da parte ao devido processo. Além disso, o TJSP declarou que o tribunal arbitral possui poderes para decidir se uma evidência deveria ou não ser produzida.⁴⁴⁰

Por sua vez, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) também demonstrou sua postura a favor do poder discricionário do tribunal arbitral ao negar provimento a um pedido de anulação de sentença arbitral que se debruçava sobre a suposta parcialidade dos árbitros ao negarem um requerimento para produzir evidências por intermédio de testemunhas. O TJMG entendeu que evidências testemunhais devem ser empregadas somente quando se tornam

⁴³⁸ Ibidem, p. 2.

⁴³⁹ Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de São Paulo, de Minas Gerais, do Paraná, e do Mato Grosso.

⁴⁴⁰ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **Apelação Civil n. 1046552- 75.2015.8.26.0100.** Spazio K Engenharia Ltda v. Marcelo Hsiu and Michael Hsiu. 20/10/2015. Relator: Claudio Godoy.

essenciais para o caso; aqui, cabia ao tribunal arbitral decidir se considerava o depoimento das testemunhas relevante ou não.⁴⁴¹

No mesmo sentido, o Tribunal de Justiça do Paraná (TJPR) recebeu um agravo de instrumento requerendo anulação de sentença arbitral sob a alegação de que a agravante teria sido privada do seu direito de apresentar argumentos quando o tribunal arbitral negou a produção de prova testemunhal. Assim como o TJMG, o TJPR indeferiu o pedido, entendendo que cabe ao tribunal arbitral decidir sobre a produção de provas na arbitragem.⁴⁴²

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso (TJMT), assim como os já mencionados, demonstrou apoio ao poder discricionário do tribunal arbitral para com a administração do procedimento ao também indeferir pedido de anulação de sentença arbitral baseada na alteração da ordem de fala das testemunhas determinada pelo tribunal. A apelante argumentou que não foi informada sobre a alteração, o que prejudicou sua estratégia argumentativa. O TJMT entendeu que cabe ao tribunal arbitral determinar a ordem de fala das testemunhas conforme o convir, e que, de acordo com a gravação da audiência, a apelante não se manifestou durante a audiência de maneira contrária à mudança na ordem da fala.⁴⁴³

Por fim, como último exemplo dos posicionamentos dos tribunais, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDF), assim como os demais, negou pedido de anulação embasado no fato de que o tribunal arbitral havia desconsiderado o conteúdo de uma perícia apresentada. O TJDF declarou que a apelante não realizou nenhum pedido de produção adicional de provas antes de juntar a perícia, de forma que cabia ao tribunal arbitral considerar o documento ou não durante a elaboração da sentença.⁴⁴⁴

Como contraponto, para exemplificar casos em que o tribunal arbitral falha em respeitar o direito das partes ao devido processo a partir do momento que fere seu direito ao contraditório, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ) decidiu anular uma sentença arbitral ao ser demonstrado que foi ferido o direito do requerido de apresentar seus argumentos. O tribunal

⁴⁴¹ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. **Agravo de Instrumento No. 1.0471.12.012691-0/001**. Coopernorpi Cooperativa Agrícola do Norte Pioneiro v. Horizonte Têxtil Ltda, 11/06/2013. Relatora: Mariângela Meyer.

⁴⁴² TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. **Apelação Civil No. 1.653.176-9**. Marisa Vaz v. Silfredo Klein de Melo, 17/05/2017. Relator: Marcelo Gobbo Dalla Dea.

⁴⁴³ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO. **Apelação Civil No. 115478/2009**. Campos & Saadeddine Ltda. v. Luiz Mariano de Lima, 22/11/2011. Relator: João Ferreira Filho.

⁴⁴⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL. **Apelação Civil No. 0019447-76.2014.8.07.0001**. Agro Turismo e Aerodromo Botelho Ltda ME v. ICEL Construções e Pavimentações Ltda, 08/04/2015. Relator: Sebastião Coelho.

arbitral não concedeu devida oportunidade de apresentação de defesa, e a audiência ocorreu sem representantes da parte requerida. Além disso, o tribunal arbitral não conseguiu comprovar que intentou seus maiores esforços para notificar o requerido sobre a existência do procedimento arbitral.⁴⁴⁵

De todo modo, tornou-se clara a postura dos tribunais brasileiros no sentido de não anular decisões com base no modo como o tribunal arbitral administrou o procedimento. Dessa forma, seguindo as proposições de Klaus Peter Berger e J. Ole Jensen, conhecer a postura dos tribunais brasileiros pode servir como remédio ao “*due process paranoia*” desenvolvido em tribunais arbitrais que lidam com laudos arbitrais que podem ser impugnados no Brasil, uma vez que seria baixa a probabilidade de o judiciário brasileiro anular uma sentença arbitral em decorrência do modo em que o tribunal decidiu administrar o procedimento.⁴⁴⁶

Abordadas as decisões vinculadas à jurisdição brasileira, passa-se a tratar sobre a jurisdição chinesa, também considerada como emergente em matéria de arbitragem, de acordo com a IBA. De início, destaca-se que, em comparação com a amostra de doze decisões brasileiras, a IBA analisou dezessete decisões chinesas. Essas decisões foram abrangidas no período entre 2002 e 2017. Mapeando o seu conteúdo, percebe-se que cinco desses casos tratam sobre prazo para se produzir provas, quatro exploram a possibilidade de apresentação de provas não determinadas pelo tribunal arbitral, três dissertam sobre escassez de tempo para produzir provas, dois se ocupam do chamamento de terceiros ao processo e os demais abarcam variadas temáticas. Além disso, dentre os casos chineses, também se verifica amplo apoio das cortes estatais ao poder discricionário do tribunal arbitral em administrar o procedimento. Os únicos casos de deferimento do pedido de anulação da sentença arbitral se deram quando houve descumprimentos ao princípio do devido processo diante do desrespeito ao contraditório.⁴⁴⁷

Considerando a ausência de casos brasileiros que tratassem mais especificamente sobre o indeferimento da extensão de prazos sendo interpretados como descumprimento ao direito das partes de apresentar seus argumentos, destaca-se uma decisão chinesa sobre o assunto, que, inclusive, apresenta um exemplo de “táticas de guerrilha”. O requerido no procedimento arbitral emendou seus argumentos iniciais quinze dias antes da audiência, de forma que o requerente

⁴⁴⁵ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Agravo de Instrumento No 2006.002.27583**. Jimmie Earl Carliesle v. Luciano Silva Pereira, 04/04/2007. Relatora: Leila Mariano.

⁴⁴⁶ BERGER, Klaus Peter; JENSEN, J. Ole, 2017. p. 79.

⁴⁴⁷ INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, IBA ARBITRATION COMMITTEE, 2018. pp. 17-33.

considerou curto seu prazo de preparação para os novos argumentos; requereu, então, ao tribunal arbitral o reagendamento da audiência para complementar sua preparação. O tribunal arbitral negou o pedido, e o requerente posteriormente pediu a anulação da sentença diante da Corte Popular de Pequim. A Corte entendeu que, mesmo sem extensão de prazo, o requerido foi capaz de se fazer presente na audiência e apresentar seus argumentos, de modo que não havia o que se falar em descumprimento do devido processo. Assim, a decisão do tribunal arbitral foi mantida e a Corte de Pequim o declarou responsável por analisar o prazo adequado das partes para se preparar para uma audiência.⁴⁴⁸

Outro pedido de anulação de sentença arbitral com fundamento na administração dos prazos pelo tribunal arbitral também foi indeferido pela Corte Popular Intermediária de Shenzhen. O requerente sustentou que o procedimento não fora realizado em conformidade com o regulamento da instituição responsável pela administração da arbitragem, uma vez que a parte oponente submetera documentos após o prazo determinado e tais evidências foram levadas em consideração no momento de redação da sentença arbitral. A Corte entendeu que a argumentação não merecia prosperar, pois o regulamento de arbitragem previa a possibilidade de o tribunal arbitral estender prazos quando considerasse apropriado. Dessa forma, o pedido de anulação da sentença arbitral foi negado diante da argumentação que cabe ao tribunal arbitral analisar se defere ou não pedidos de extensão de prazos.⁴⁴⁹

Como último exemplo, a Corte Popular Intermediária de Pequim negou pedido de anulação de sentença diante de alegação fundamentada na falta de oportunidade da parte requerida de apresentar argumentos após o tribunal arbitral ter negado seu pedido por produção de provas *in situ*. A Corte de Pequim indeferiu o pedido sob o argumento que, uma vez que a parte havia submetido sua contestação, disponibilizado evidências relevantes e sustentado suas razões nas audiências, não há que se falar em falta de oportunidade de apresentar argumentos, uma vez que cabe ao tribunal arbitral analisar quais provas são necessárias ao procedimento.⁴⁵⁰

⁴⁴⁸ BEIJING NO. 4 INTERMEDIARY PEOPLE'S COURT. **Shenyang Xinying Nets Industrial Co.,Ltd. v. Poway Ltd.**, 3 December 2015, Si Zhong Min, No. 284. Application for annulment of the arbitral award No. 0625 rendered by CIETAC in Beijing.

⁴⁴⁹ SHENZHEN INTERMEDIARY PEOPLE'S COURT. **Jiang Jianjun v. Bangwei Yipin (Hong Kong) Co., Ltd. and Innovation Industry Co., Ltd.** 20 December 2014, Shen Zhong Fa She Wai Zhong Zi No. 248. Application for annulment of the arbitral award. Shen Zhong Cai Zi No. 504 rendered by Shenzhen Court of International Arbitration in Shenzhen.

⁴⁵⁰ BEIJING NO. 4 INTERMEDIARY PEOPLE'S COURT. **Beijing Shenglu International Manor Hotel Management Co., Ltd. v. Frontier Design Studio Ltd**, 18 May 2016, Jin 04 Min Te No. 5. Application for annulment of the arbitral award, No. 0672 rendered by CIETAC in Beijing.

Diante dos exemplos chineses presentes na pesquisa da IBA, verifica-se a ausência de casos em que uma sentença arbitral tenha sido anulada com fundamento no direito das partes de apresentar seus argumentos enquanto os fatos demonstram pedidos de extensão de prazos ou de produção de provas. Dessa forma, assim como as cortes estatais brasileiras, as chinesas também possuem uma postura pró-arbitragem: respeitam o poder do tribunal arbitral em administrar o procedimento como entender adequado, desde que estejam garantidos os direitos ao devido processo e sejam respeitados o regulamento de arbitragem e a *lex arbitri*.

Dessa forma, considerando que o “*due process paranoia*” está fundamentado no temor que a sentença arbitral venha ser impugnada, podendo resultar na sua anulação ou no impedimento de sua execução, e verificada a baixa probabilidade de deferimento das impugnações apresentadas aos tribunais estatais, esta pesquisa aproxima-se da resposta de seu problema.

A partir dos estudos aqui analisados, não parece haver fundamentos jurisprudenciais que sustentem o “*due process paranoia*”. Além disso, é a opinião de autores como Klaus Peter Berger⁴⁵¹ e Lucy Reed⁴⁵² que, por mais que tal paranoia não seja irreal, as decisões dos árbitros são protegidas pelo seu poder de decidir sobre a administração do procedimento. Ademais, segundo os autores, a prática demonstra que agentes da arbitragem preferem árbitros com postura ativa àqueles com posturas reativas.

Assim sendo, a partir dos fundamentos explorados no decorrer deste capítulo, os caminhos levam à conclusão de que a hipótese não é verificada ante variados exemplos sobre o quão baixa é a possibilidade de uma sentença arbitral ser anulada com base na proatividade com o qual tribunal arbitral administrou o procedimento. No entanto, mesmo sendo uma possibilidade pequena, a arbitragem internacional gira em torno da executividade das sentenças em jurisdições estrangeiras⁴⁵³, e nem sempre o tribunal poderá ter certeza sobre a executividade da sentença elaborada.⁴⁵⁴

⁴⁵¹ BERGER, Klaus Peter; JENSEN, J. Ole, 2017. p. 94.

⁴⁵² REED, Lucy. 2017, p. 373.

⁴⁵³ MISTELIS, Loukas A. **Part I Fundamental Observations and Applicable Law.** In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stavros (eds). *Arbitrability: International and Comparative Perspectives.* International Arbitration Law Library, vol. 19, 2009. pp. 2-4.

⁴⁵⁴ OLDENSTAM Robin. **Chapter 8: Due Process Paranoia or Prudence?** In: CALISSENDORFF, Axel; SCHÖLDSTROM, Patrik (eds). *Stockholm Arbitration Yearbook 2019*, vol. 1, Kluwer Law International, 2019. p. 127.

Nesse caso, diante da incerteza quanto à interpretação das cortes locais sobre quais atos caracterizam ou não uma afronta ao devido processo, ante os fundamentos jurisprudenciais do “*due process paranoia*”, confirma-se a hipótese de que há motivos para que o tribunal arbitral se sinta temeroso, uma vez que, caso se esteja lidando com a execução da sentença em uma jurisdição conservadora ou iniciante em relação às questões jurídicas vinculadas à arbitragem internacional, é compreensível que o tribunal arbitral blinde a sentença com todas as formas que encontre para evitar a impugnação.

Diante dessa conclusão, um remédio jurídico parece claro para a diminuição do “*due process paranoia*”: que o tribunal arbitral considere a jurisdição onde a sentença será executada durante a administração do procedimento arbitral. Caso se trate de jurisdições pró-arbitragem, como as supracitadas, não há que se falar em temor de que a sentença seja anulada ou não executada, uma vez que não haverá fundamentos normativos, principiológicos ou jurisprudenciais que sustentem esse receio.

No entanto, uma abordagem ainda deve ser feita para se exaurir as tratativas propostas para esta pesquisa. Muito embora tenha sido examinado que são baixas as possibilidades que a sentença realmente seja anulada ou não executada, o ato de impugnação em si pode ser um motivo para o desenvolvimento do “*due process paranoia*”. Nesse caso, o receio do tribunal não se refere necessariamente à anulação ou não execução da sentença, mas devido ao excesso de tempo e custos que serão despendidos quando a sentença arbitral se tornar objeto de um procedimento judicial.

Nesse caso, o “*due process paranoia*” pode ser interpretado não necessariamente como um receio fundamentado na anulação da sentença ou não execução da sentença, mas como uma prudência do tribunal arbitral. Por conseguinte, um contra-argumento à essa prudência excessiva seria o questionamento se de fato é obrigação do tribunal arbitral elaborar uma sentença executável; caso não o seja, o “*due process paranoia*” não haveria razão de existir. À vista disso, essas serão as últimas abordagens desta pesquisa, apresentadas no próximo subcapítulo.

4.3 “*DUE PROCESS PARANOIA*” OU PRUDÊNCIA DO TRIBUNAL ARBITRAL NA CONDUÇÃO DO PROCEDIMENTO?

A partir das análises realizadas no decorrer desta pesquisa, é possível inferir a alta relevância de os árbitros estarem cientes sobre suas obrigações de gerenciar casos de maneira

eficiente, resguardar os calendários processuais e elaborar uma sentença dentro dos prazos aplicáveis diante das regras institucionais escolhidas. Essas obrigações não estão somente expressas em diversas leis domésticas, como também na maioria dos regulamentos de arbitragem das instituições líderes de mercado. No entanto, é importante que o debate sobre esse tópico não seja focado somente na percepção dos usuários de que árbitros se tornaram “paranoicos” em relação ao devido processo.

Nesse sentido, de acordo com Robin Oldenstam, caso se direcione demasiada ênfase à eficiência procedimental e economia de tempo na arbitragem, tribunais arbitrais correm o risco de decidir os casos de maneira injusta. Segundo ele, mesmo que muito esforço seja investido para se definir calendários, prazos para apresentação de documentos e audiências, sempre haverá situações imprevisíveis, momentos em que o tribunal arbitral deverá utilizar seu poder de discricionariedade e aceitar variações no calendário. Quando do momento de aplicação desse poder, várias características da arbitragem se tornam relevantes para o tribunal refletir sobre deferir ou não os pedidos das partes. Aplicando-se uma diferente perspectiva de análise, ele sustenta que muitas dessas reflexões podem ser interpretadas como prudência, e não paranoia.⁴⁵⁵

Desse modo, o autor lista características da arbitragem internacional que são levadas em consideração por um cauteloso tribunal arbitral. Primeiramente, umas das principais vantagens da arbitragem é a impossibilidade de continuar apresentando inúmeros recursos após a elaboração da sentença.⁴⁵⁶ Considerando que na maioria das vezes não haverá uma segunda análise sobre o mérito do caso, é de grande importância que o tribunal arbitral não impeça as partes de apresentarem a integralidade de seus argumentos. Essa perspectiva coloca em risco a ideia até então trabalhada nesta pesquisa em relação ao quão breve deveriam ser as manifestações das partes durante a arbitragem a partir do momento que se possui como objetivo um procedimento eficiente.⁴⁵⁷

Outro ponto a ser ressaltado é justamente a baixa incidência de anulações e indeferimentos às execuções arbitrais.⁴⁵⁸ Ainda que esses números sejam reduzidos, dependendo da jurisdição, as cortes podem demorar meses, ou até anos, para decidir sobre um pedido de anulação ou sobre a contestação à uma execução de sentença arbitral. Por esse ângulo, mesmo

⁴⁵⁵ OLDENSTAM, Robin, 2019. pp. 124-125.

⁴⁵⁶ BORN, Gary B, 2016. p. 312.

⁴⁵⁷ OLDENSTAM Robin, 2019. p. 125.

⁴⁵⁸ BORN, Gary B, 2016. p. 312; KERR, Michael, 1997. p. 121; REED, Lucy. 2017, p. 372.

que o resultado da impugnação não seja o seu deferimento, o tempo despendido pelo tribunal arbitral ao garantir às partes mais oportunidades de apresentação de argumentos pode ser interpretado como um investimento para se evitar a impugnação da sentença arbitral, uma vez que, caso ela ocorra, mais tempo e mais custos serão desembolsados em litígios judiciais.⁴⁵⁹

Ainda acerca da baixa incidência de deferimentos às impugnações, ao invés uma razão para sentir mais segurança que os tribunais estatais não costumam anular decisões arbitrais por questões vinculadas ao procedimento, pode-se oferecer uma perspectiva distinta a essa questão. É possível considerar que essa baixa probabilidade de deferimento de impugnações seja justamente uma consequência do alto nível de zelo que os tribunais arbitrais possuem para com o procedimento. Em outras palavras, as estatísticas podem mostrar mais sobre os efeitos positivos do cuidado excessivo dos árbitros para com o procedimento do que sobre uma posição natural das cortes estatais no sentido de apoiar os poderes do tribunal arbitral.⁴⁶⁰

Além disso, a rejeição por novos documentos comprobatórios pode influenciar o resultado da sentença de maneira negativa.⁴⁶¹ Como visto, cortes estatais costumam apoiar o poder do tribunal arbitral de selecionar quais provas entendem necessárias para a adequada compreensão do caso. Assim, na ocasião de falha ao analisar a necessidade de produzir documentos, o tribunal pode colocar em risco permanente o resultado material de uma sentença. Desse modo, aceitar facilmente os pedidos das partes por produção de provas pode ser visualizado como uma forma de se diminuir as chances que a sentença arbitral não contemple os fatos adequados para uma análise completa do caso.

As diferentes perspectivas mencionadas apresentam uma nova visão sobre o “*due process paranoia*”. No entanto, considerando esse fenômeno tanto como um problema que afeta a eficiência de procedimentos arbitrais internacionais quanto o interpretando como um necessário zelo do tribunal arbitral para com o procedimento, um elemento é comum a ambas as interpretações: a busca do tribunal arbitral pela finalização da arbitragem com uma sentença executável. Dessa forma, um questionamento que circunda a análise desta pesquisa é: o tribunal arbitral tem a obrigação de elaborar uma sentença executável?

⁴⁵⁹ Ibidem. p. 126.

⁴⁶⁰ Ibidem. p. 127.

⁴⁶¹ GENTELE, Oskar. **Chapter 11: Combating Due Process Paranoia in Swedish Arbitration.** In: CALISSENDORFF, Axel; SCHÖLDSTROM, Patrik (eds). Stockholm Arbitration Yearbook 2019. Vol. 1, Kluwer Law International, 2019. p. 163.

Essa questão é primordial a este trabalho, uma vez que, compreendendo-se a natureza da obrigatoriedade do tribunal arbitral em relação à executividade da sentença, o estudo sobre os remédios ao “*due process paranoia*” se torna mais claro. Levando em conta a forma como o tribunal arbitral se responsabiliza pela executividade da sentença, o receio excessivo em relação à possibilidade de impugnação da decisão arbitral é mais ou menos justificável. Nesse sentido, o próximo e último tópico deste trabalho abordará essa temática, seguido da verificação da hipótese aventada ao longo deste trabalho.

4.3.1. É obrigação do Tribunal Arbitral elaborar uma sentença executável?

Como tratado no decorrer da presente pesquisa, o produto final de uma arbitragem é uma sentença executável, uma vez que, sem esse produto, todo o procedimento arbitral perde sua razão prática de ser.⁴⁶² As pesquisas empíricas elaboradas pela *Queen Mary University* e citadas neste trabalho⁴⁶³, inclusive, demonstram que os usuários consideram a executividade da sentença arbitral como a maior vantagem da arbitragem internacional. Uma sentença arbitral executável significa afirmar que o tribunal arbitral cumpriu um conjunto de obrigações ditadas pela *lex arbitri*, pela convenção de arbitragem firmada entre as partes, pelo regulamento de arbitragem da instituição escolhida, caso se trate de uma arbitragem institucional e, ainda, pelas previsões requeridas pela legislação do local de execução do laudo.

Nas palavras de Martin Platte, enquanto administram um procedimento arbitral, os árbitros precisam considerar os riscos de uma impugnação, assim como devem agir de forma diligente para evitar as consequências que tal cenário acarreta.⁴⁶⁴ Essa opinião é a base do desenvolvimento do fenômeno do “*due process paranoia*”.

No entanto, o autor segue afirmando que as obrigações dos árbitros não incluem elaborar uma sentença que seja executável em todas as jurisdições; tal expectativa não seria razoável, pois um árbitro não pode seguir as leis internas de todos os possíveis locais de

⁴⁶² QUEEN MARY UNIVERSITY AND WHITE & CASE. 2015 **International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration**. p. 10. Disponível em: http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf QUEEN MARY UNIVERSITY OF LONDON. 2018 **International Arbitration Survey: The evolution of international arbitration**. p. 8. 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)

⁴⁶³ SCHWARTZ, Eric. A.; DERAIS, Yves. **A Guide to the ICC Rules of Arbitration**. Kluwer Law International, 2005, ed. 2. p. 385.

⁴⁶⁴ PLATTE, Martin. An Arbitrator’s Duty to Render Enforceable Awards. **Journal of International Arbitration**, 2003, vol. 20, n. 3. p. 310.

execução da sentença. Dessa forma, caberia ao tribunal analisar as leis onde a sentença mais provavelmente será executada, mantendo sempre em consideração os ditames previstos pela Convenção de Nova Iorque de 1958 e sua tentativa de uniformizar internacionalmente as regras de execução.⁴⁶⁵

Por consequência, tendo em vista a previsão do artigo 5 (2) (a) da Convenção⁴⁶⁶, que prevê a possibilidade de indeferimento à execução de sentença arbitral estrangeira caso contrarie a ordem pública daquele país, também é relevante que o tribunal arbitral se atente ao conteúdo material da sentença ao considerar os países onde ela mais provavelmente será executada.⁴⁶⁷

As previsões que apontam aos árbitros uma obrigação em relação à executividade da sentença são, em sua maioria, advindas das instituições arbitrais,⁴⁶⁸ requerendo que o tribunal arbitral utilize de esforços razoáveis para garantir que a sentença seja executável.⁴⁶⁹ Por exemplo, o artigo 2 (2) do Regulamento de Arbitragem da SCC (*Stockholm Chamber of Commerce*) indica aos árbitros que “utilizem de todos os esforços razoáveis para assegurar que qualquer sentença seja legalmente executável”.⁴⁷⁰

Além da SCC, a ICC regula em seu artigo 42 que:

Em todos os casos não expressamente previstos no Regulamento, a Corte e o tribunal arbitral deverão proceder em conformidade com o espírito do Regulamento, fazendo o possível para assegurar que a sentença arbitral seja executável perante a lei.⁴⁷¹

⁴⁶⁵ Ibidem.

⁴⁶⁶ PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. **Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002: Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras.** Artigo 5(2). O reconhecimento e a execução de uma sentença arbitral também poderão ser recusados caso a autoridade competente do país em que se tenciona o reconhecimento e a execução constatar que: b) o reconhecimento ou a execução da sentença seria contrário à ordem pública daquele país.

⁴⁶⁷ ALESSI, Dario. Enforcing Arbitrator’s Obligations: Rethinking International Commercial Arbitrators’ Liability. **Journal of International Arbitration**, Kluwer Law International, 2014, vol. 31, issue 6. p. 767.

⁴⁶⁸ LCIA RULES, **Article 32.2** “the LCIA Court, the LCIA, the Registrar, the Arbitral Tribunal and each of the parties” to “make every reasonable effort to ensure that any award is legally recognised and enforceable at the arbitral seat.”; SCC RULES, **Article 2(2)** “shall make every reasonable effort to ensure that any award is legally enforceable.” HKIAC RULES, **Article 13.8** “make every reasonable effort to ensure that an award is valid.” SIAC RULES, **Article 41.2** “in all matters not expressly provided for in these Rules, the President, the Court, the Registrar and the Tribunal shall act in the spirit of these Rules and shall make every reasonable effort to ensure ... the enforceability of any Award.”

⁴⁶⁹ SABATER, Aníbal; REZENDE Lúcia. An Arbitrator’s Obligation to Use Reasonable Efforts to Issue an Enforceable Award and Its Interaction with the New York Convention. **Spain Arbitration Review**, Wolters Kluwer España, 2019, vol. 2019, issue 34. pp. 33-34.

⁴⁷⁰ ARBITRATION INSTITUTE OF THE STOCKHOLMCHAMBER OF COMMERCE. **Article 2(2)**: “(...) make every reasonable effort to ensure that any award is legally enforceable

⁴⁷¹ INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). **Regulamento de Arbitragem de 2017.** Disponível em: <https://iccwbo.org/publication/2017-arbitration-rules-and-2014-mediation-rules-portuguese-version/>

Dessa maneira, de acordo com Aníbal Sabater e Lídia Rezende , as obrigações dos árbitros para com a executividade da sentença arbitral são tipicamente obrigações de “maiores esforços”, ou seja, conforme a tradição jurídica de *civil law*, são obrigações de meio, não de obrigações de resultado. Nesse sentido, árbitros não podem ser obrigados a prever onde a execução da sentença irá ocorrer, o quão rigoroso é o processo de execução na jurisdição onde se deseja que ela gere efeitos, nem se a corte estatal irá examinar a sentença de maneira imparcial e livre de vícios.⁴⁷²

Na opinião de Eric Schwartz e Yves Derains⁴⁷³, os árbitros apenas precisam cumprir com todos os esforços para assegurar que uma sentença seja executável na jurisdição da sede da arbitragem. Essa visão é condizente com o artigo 32.2 do Regulamento da LCIA⁴⁷⁴ e 35.2 do Regulamento do HKIAC⁴⁷⁵. No entanto, a executividade da sentença somente na sede da arbitragem é contrária aos ditames dos artigos 42 do Regulamento da ICC e 2.2 do Regulamento do SCC⁴⁷⁶, os quais apontam esforços para se assegurar que a sentença seja simplesmente executável, sem limites territoriais.⁴⁷⁷

Tratando sobre o que foi mencionado ao fim do subcapítulo anterior – o conhecimento do tribunal arbitral quanto à jurisdição onde a sentença será executada –, de acordo com Aníbal Sabater e Lídia Rezende, na maioria dos casos, árbitros conduzem o procedimento sem levar em consideração ou sem conhecer onde a execução da sentença irá ocorrer. Nesses casos, eles asseguram suas obrigações de forma a realizar todos os seus esforços para aderir à lei aplicável ao mérito e à *lex arbitri* para garantir que a sentença será executável. Em outros casos, no

⁴⁷² SABATER, Aníbal; REZENDE Lídia. 2019. p. 34.

⁴⁷³ SCHWARTZ, Eric. A.; DERAIS, Yves. **A Guide to the ICC Rules of Arbitration**. Kluwer Law International, 2005, ed. 2. pp. 385-386: Article 42 of the ICC Rules “does not require the Arbitral Tribunal to ensure that the Award would be subject to execution in any particular country, provided normally that it has been rendered in accordance with the formal requirements of the place where made.”

⁴⁷⁴ Art. 32: For all matters not expressly provided in the Arbitration Agreement, the LCIA Court, the LCIA, the Registrar, the Arbitral Tribunal and each of the parties shall act at all times in good faith, respecting the spirit of the Arbitration Agreement, and shall make every reasonable effort to ensure that any award is legally recognised and enforceable at the arbitral seat.

⁴⁷⁵ 35.2. Awards shall be made in writing and shall be final and binding on the parties and any person claiming through or under any of the parties. The parties and any such person waive their rights to any form of recourse or defence in respect of the setting-aside, enforcement and execution of any award, in so far as such waiver can validly be made

⁴⁷⁶ 2.2. In all matters not expressly provided for in these Rules, the SCC, the Arbitral Tribunal and the parties shall act in the spirit of these Rules and shall make every reasonable effort to ensure that any award is legally enforceable.

⁴⁷⁷ SABATER, Aníbal; REZENDE Lídia. 2019. p. 34-35.

entanto, o local de execução é previsível e a lei do local de execução deve ser levada em consideração pelo tribunal.⁴⁷⁸

Nos casos em que os árbitros não conhecem e não conseguem inferir em quais jurisdições a sentença arbitral será executada, debruçar-se sobre as regras da Convenção de Nova Iorque se apresenta como a opção mais segura, pois é muito baixa a probabilidade de o país de execução não ser signatário da Convenção. Destaca-se que a Convenção não é diretamente direcionada aos tribunais arbitrais, e sim aos seus países signatários, incorporando suas regras aos ordenamentos jurídicos internos visando à uniformização normativa sobre a execução de sentenças arbitrais estrangeiras.⁴⁷⁹

Considerando que a maior parte das previsões que endereçam essas obrigações aos árbitros advém das próprias instituições arbitrais, é natural o questionamento se tais obrigações não seriam vinculadas à instituição ao invés de se relacionarem com o tribunal arbitral. De fato, a LCIA, por exemplo, aloca responsabilidades relativas à execução da sentença direcionadas à própria instituição, suas secretarias e até às partes, em virtude de seu supracitado artigo 32.2.⁴⁸⁰

As obrigações das instituições, no entanto, não devem ser as mesmas daquelas direcionadas aos árbitros, uma vez que uma instituição não é o adjudicador do caso e sua função se vincula a questões administrativas.⁴⁸¹ Poucas tarefas das instituições se relacionam diretamente com a executividade de uma sentença em comparação com as incumbências dirigidas aos árbitros. Dentre as obrigações da instituição que podem interferir diretamente na executividade da sentença, estão a função de administrar a formação do tribunal arbitral, a indicação dos árbitros e o procedimento de notificação da parte requerida.⁴⁸²

Desse modo, percebe-se que a obrigação dos árbitros para com a execução da sentença é principalmente determinada por regulamentos de *soft law*, com os quais as partes precisam concordar sobre a aplicação. Assim, é possível inferir que, mesmo sem haver uma obrigação absoluta, existe uma obrigação moral e profissional alocada pelos próprios árbitros quanto à executividade das sentenças por eles elaboradas. Portanto, ao se buscar um remédio jurídico para o “*due process paranoia*”, o aumento de esforços em se conhecer a jurisdição de execução

⁴⁷⁸ Ibidem, p. 35.

⁴⁷⁹ SABATER, Aníbal; REZENDE Lídia. 2019. pp. 38-39

⁴⁸⁰ LCIA RULES, **Article 32.2** “the LCIA Court, the LCIA, the Registrar, the Arbitral Tribunal and each of the parties” to “make every reasonable effort to ensure that any award is legally recognized and enforceable at the arbitral seat.”

⁴⁸¹ BORN, Gary, 2012. pp. 962-966.

⁴⁸² SABATER, Aníbal; REZENDE Lídia. 2019. p. 38.

parece uma tática adequada que os árbitros podem buscar. Dessa maneira, uma maior vigilância por parte do tribunal em relação à administração do procedimento poderá depender do nível de abertura à arbitragem apresentada pelas jurisdições que podem receber uma impugnação.

Ainda assim, segundo Lucy Reed, os abusos vinculados ao *due process* são inegáveis e eles importam para a comunidade arbitral por dois principais motivos. Por primeiro, porque as táticas de abusos vinculados ao devido processo prejudicam o procedimento e denigrem a arbitragem internacional enquanto método de resolução de disputas. Ainda que o tribunal seja imune ao “*due process paranoia*”, os árbitros precisam lidar exaustivamente com a apresentação de muitos pedidos desnecessários, enquanto seus esforços poderiam estar sendo concentrados em finalizar a análise do caso de modo mais célere e eficiente possível.⁴⁸³

A segunda razão para enfrentar tais abusos é proteger não só o andamento do procedimento, mas a sua integridade. Como visto, o princípio do devido processo foi desenvolvido para proteger as partes de injustiças processuais. A partir do momento que uma parte se apropria e usa esse princípio como uma arma para melhor buscar seus interesses, tais atos diminuem o valor do devido processo na arbitragem internacional.⁴⁸⁴

Para combater essa prática, e não somente objetivar a eficiência na arbitragem internacional, mas retomar sua essência, Klaus Peter Berger e J. Ole Jensen destacam que árbitros precisam tornar também eficiente o uso do poder de discricionariedade que lhes é intitulado pelas partes no momento da indicação e assinatura do termo de arbitragem.⁴⁸⁵ Assim, as mesmas estratégias mencionadas para o combate às táticas de guerrilha podem ser aplicadas para se diminuir os abusos ao devido processo: tribunais arbitrais podem realizar determinações vinculadas ao devido processo para controlar o procedimento arbitral conforme considerem mais vantajoso. De uma maneira geral, tribunais arbitrais podem contar com cortes estatais para manter tais resoluções.⁴⁸⁶

Quando do momento da busca pelo melhor caminho a ser determinado para o procedimento, equilíbrio pode ser a palavra chave. Nesse caso, o equilíbrio se refere aos quatro

⁴⁸³ REED, Lucy. 2017, p. 376

⁴⁸⁴ Ibidem.

⁴⁸⁵ BERGER, Klaus Peter; JENSEN, J. Ole, 2017. p. 88

⁴⁸⁶ REED, Lucy. 2017, p. 376

princípios que servem como estrutura geral da administração de casos: transparência, proatividade, interatividade e proporcionalidade.⁴⁸⁷

5. CONCLUSÃO

A diminuição no nível de eficiência nas arbitragens comerciais internacionais foi verificada como um problema amplamente presente no material analisado durante o decorrer deste trabalho. As causas para essa perda de eficiência, no entanto, não se apresentam de maneira uniforme, uma vez que variadas razões foram verificadas para o aumento de tempo e custos das arbitragens internacionais. Além disso, a atenção redobrada do tribunal arbitral em garantir o direito das partes ao devido processo legal foi o mais mencionado dentre os motivos para o aumento de tempo e custos dos procedimentos.

Nesse sentido, por mais que esse excessivo zelo possa comprometer a eficiência do procedimento arbitral, verificou-se, primeiramente, que relevantes diplomas normativos referentes à arbitragem comercial internacional, como Convenção de Nova Iorque de 1958 e a Lei Modelo da UNCITRAL, fundamentam o “*due process paranoia*”. Essas normas preveem direitos às partes que podem ser interpretados como oportunidade de apresentação de argumentos em qualquer momento do procedimento arbitral. No entanto, explorando documentos referentes ao processo de redação dessas normas, verificou-se que elas nunca buscaram prever ilimitadas possibilidades para as partes produzirem provas ou apresentarem novos argumentos em qualquer etapa do procedimento arbitral. A partir dessa interpretação, não haveria razões para receio do tribunal arbitral em agir de forma proativa e negar variadas intervenções das partes que prejudicam o bom andamento da arbitragem.

Além disso, verificou-se no capítulo segundo que o princípio do devido processo legal possui seus fundamentos de existência na proteção dos direitos das partes a um processo justo e garantia ao contraditório. No entanto, viu-se que essas garantias não equivalem ao direito das partes em interferir no procedimento a qualquer momento. Desse modo, considerando que as supracitadas normas foram incluídas no sistema normativo da arbitragem comercial internacional para prever o direito das partes a um processo justo, seguindo as bases do devido processo legal, também não se apresenta como a melhor interpretação principiológica compreender que as partes podem intervir no procedimento de qualquer modo e a qualquer momento. Portanto, uma postura

⁴⁸⁷ BERGER, Klaus Peter; JENSEN, J. Ole, 2017. p. 88

proativa do tribunal arbitral, que objetivasse o equilíbrio entre eficiência procedimental e garantias processuais das partes, não feriria seus direitos ao devido processo legal, incluindo a possibilidade de indeferir pedidos abusivos que interferem no procedimento arbitral.

De forma ainda mais substancial para verificar a hipótese desta pesquisa, o terceiro capítulo trouxe uma perspectiva fundamental para responder se existem razões para o desenvolvimento do “*due process paranoia*”, ao verificar que cortes estatais apoiam de modo expressivo o poder decisório do tribunal arbitral para gerir o procedimento. Tanto as opiniões de autores consagrados em arbitragem internacional quanto pesquisas empíricas demonstraram que tribunais estatais geralmente indeferem impugnações baseadas nas decisões tomadas pelo tribunal arbitral em relação à sua função de administração do procedimento.

Desse modo, foi constatado que o único fundamento apresentado no problema – e que corrobora com o desenvolvimento do “*due process paranoia*” – é que a interpretação de relevantes normas da arbitragem comercial internacional pode ser direcionada à possibilidade de as partes apresentarem argumentos em qualquer momento do procedimento. No entanto, foi demonstrado que essas próprias normas não foram estruturadas para conceber essa interpretação, assim como o ideal do princípio do devido processo legal não consubstancia esse ponto de vista.

Somadas à postura dos tribunais estatais de não deferir impugnações fundamentadas no modo com que os árbitros administram o procedimento arbitral, essas razões formam uma conclusão prévia; não há fundamentos normativos, principiológicos e jurisprudenciais que sustentem o receio dos árbitros em indeferir pedidos que prejudicam o bom andamento da arbitragem. Todavia, essa não é a conclusão final deste trabalho.

Por menor que seja a possibilidade de que a sentença arbitral seja anulada ou não executada, ela existe e pode ser medida de acordo com o quão pró ou contra arbitragem for a jurisdição onde a sentença arbitral será executada ou aquelas que podem decidir sobre a sua anulação. Sob tal perspectiva, o “*due process paranoia*” apresenta um fundamento de existência.

Além disso, o “*due process paranoia*” se configura como o receio do tribunal arbitral de que a sentença seja impugnada; baseia-se inicialmente no ato de processamento da sentença em uma corte estatal, independentemente do resultado desse processo. Isso se justifica pelo fato de, para além do resultado da impugnação, haver um procedimento judicial impedindo a busca pelos efeitos práticos da sentença arbitral, um cenário a ser evitado pelos árbitros, principalmente em vista do longo tempo e dos custos envolvidos em um processo judicial.

Portanto, confirma-se a hipótese desta pesquisa, no sentido que, muito embora não haja fundamentos objetivos de natureza normativa, principiológica ou jurisprudencial que consubstanciem o desenvolvimento do “*due process paranoia*”, os árbitros possuem razões para se sentirem relutantes em indeferir pedidos das partes vinculados ao procedimento. Mesmo que esses pedidos causem aumento de tempo e custos à arbitragem, o indeferimento pode ser interpretado como um descumprimento ao direito das partes de apresentarem seus argumentos, ou pode simplesmente aumentar as chances que uma das partes se sinta prejudicada e queira impugnar a sentença arbitral.

Ainda havendo razões para que o tribunal arbitral se sinta receoso em indeferir tais pedidos, considerando os problemas verificados em relação à eficiência de procedimentos arbitrais, remédios jurídicos devem ser considerados para que os efeitos do “*due process paranoia*” sejam dirimidos. Diante dos exames realizados no decorrer desta pesquisa, conclui-se que a solução mais apta a decidir o quão proativo pode ser o tribunal arbitral é conhecer o quão pró ou contra arbitragem são as jurisdições onde mais provavelmente a sentença arbitral será executada, além daquelas onde ela possa ser anulada. Conhecendo as posturas dos tribunais estatais dessas jurisdições no que diz respeito ao quanto os poderes do tribunal arbitral são respeitados durante a administração de uma arbitragem, árbitros podem refletir sobre a adoção de posturas mais ou menos duras diante de requerimentos das partes que prejudicam o adequado andamento da arbitragem.

No entanto, por meio da bibliografia utilizada, foi verificado que geralmente o tribunal arbitral conduz uma arbitragem sem levar em consideração ou mesmo sem conhecer onde ocorrerá a execução da sentença. Por isso, um interessante instrumento para este trabalho seria a elaboração de uma pesquisa empírica para verificar números sobre a incidência de árbitros que consideram a jurisdição de execução da sentença durante a administração do procedimento arbitral. Essa pesquisa empírica foi idealizada no início do desenvolvimento deste trabalho, porém não foi concluída em razão das grandes limitações práticas envolvidas na coleta de respostas advindas de profissionais que atuam como árbitros em arbitragens comerciais internacionais. Considerando o número de trinta e seis formulários inicialmente encaminhados, apenas três retornaram com respostas em um intervalo de quarenta e cinco dias.

Sendo assim, conclui-se que, ainda tendo sido apresentadas outras maneiras de assegurar aos árbitros a possibilidade de apresentarem posturas mais proativas durante o

gerenciamento do procedimento arbitral, tal qual a aplicação das Regras de Praga, o conhecimento sobre as jurisdições de impugnação da sentença parece ser o remédio mais adequado para se evitar os efeitos do “*due process paranoia*”.

Verifica-se, assim, que mesmo sem possuir absoluta certeza que a sentença arbitral não será impugnada ao fim de uma arbitragem comercial internacional, existem maneiras de evitar os malefícios do “*due process paranoia*”. Para tanto, é relevante que árbitros se armem com estratégias e artifícios para não sucumbir diante de táticas dilatórias. Como verificado no decorrer do trabalho, destaca-se o conhecimento sobre as posturas das cortes vinculadas às jurisdições que podem receber impugnações contra a sentença arbitral, a aplicação de normas de *soft law* como as Regras de Praga e o estabelecimento de reuniões prévias ao início da arbitragem para delimitação de condutas a serem tomadas durante a administração do procedimento.

Diante dessa conclusão, é também de grande relevância que partes se conscientizem sobre os efeitos negativos de “táticas de guerrilhas”, de forma que as responsabilidades pelos efeitos do “*due process paranoia*” não recaiam somente nos árbitros. No entanto, com o aumento da complexidade das arbitragens internacionais e dos valores envolvidos, as partes podem marginalizar a relevância de se evitar prolongamentos desnecessários. Assim, árbitros e árbitras ocupam um papel de extrema relevância para garantir que, enquanto as partes gozam do direito ao devido processo legal, um princípio com tamanha relevância não seja aplicado de maneira abusiva e de modo a prejudicar o procedimento arbitral e a arbitragem comercial internacional institucionalmente.

REFERÊNCIAS

AAA International Arbitration Rules, article 24; UNCITRAL Rules, article 29; WIPO Arbitration Rules, article 57

ALESSI, Dario. Enforcing Arbitrator's Obligations: Rethinking International Commercial Arbitrators' Liability. *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2014, vol. 31, issue 6.

ANA L., Andrés; ARMER, Angie (et al.) Article V (1) (b). In: KRONKE, Herbert; NASCIMENTO, Patricia (eds). *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*. Kluwer Law International, 2010.

BEIJING NO. 4 INTERMEDIARY PEOPLE'S COURT. Beijing Shenglu International Manor Hotel Management Co., Ltd. v. Frontier Design Studio Ltd, 18 May 2016, Jin 04 Min Te No. 5. Application for annulment of the arbitral award, No. 0672 rendered by CIETAC in Beijing.

BEIJING NO. 4 INTERMEDIARY PEOPLE'S COURT. Shenyang Xinying Nets Industrial Co.,Ltd. v. Poway Ltd, 3 December 2015, Si Zhong Min, No. 284. Application for annulment of the arbitral award No. 0625 rendered by CIETAC in Beijing.

MOURA, Aline Beltrame de; BECKER, Gustavo. The Normative Roots of the "Due Process Paranoia" in International Commercial Arbitration and its Impacts on Procedural Efficiency. *Vindobona Journal*, 2019, vol. 23, issue, 2.

BASSO, Maristela. Arbitragem em E-Business e Mecanismos On-Line de Solução de Controvérsias. **Revista Brasileira de Arbitragem**, julho-outubro 2003. p. 209.

BERGER Klaus Peter. Common Law vs. Civil Law in International Arbitration: The Beginning or the End? *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2019, vol. 36.

BERGER, Klaus Peter; JENSEN, J. Ole. Due process paranoia and the procedural judgment rule: a safe harbor for procedural management decisions by international arbitrators. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Kluwer Law International 2017, vol. 14, issue 54.

BINDER, Peter. *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*. Kluwer Law International, 4th edition, 2019.

BISHOP, Doak; STEVENS, Margrete. *International Code of Ethics for Lawyers*, ICCA Congress 2010. Disponível em: http://www.arbitration-icca.org/media/0/12763302939400/stevens_bishop_draft_code_of_ethics_in_ia.pdf

BITTAR Flávia. Arbitragem e Devido Processo Legal (palestra). II Seminário Catarinense de Arbitragem: Desafios e Perspectivas. Florianópolis, OAB/SC, 23/05/2018.

BLACKBY, Nigel; PARTASIDES, Constantine (et al.) Redfern and Hunter on International Arbitration. Oxford: Oxford University Press, 2015.

BONELL, Michael. An International Restatement of Contract Law. Transnational Publishers, ed. 2, 1997.

BORCHARD, Edwin, The "Minimum Standard" of the Treatment of Aliens. Proceedings of the American Society of International Law at Its Annual Meeting, 1939.

BRADLEY, Curtis A.; GOLDSMITH, Jack L. Customary International Law as Federal Common Law: A Critique of the Modern Position. Harvard Law Review, vol. 110, n. 4, 1997.

CÂMARA DE COMÉRCIO INTERNACIONAL (ICC). Regulamento de Arbitragem. Em vigor a partir de 1 de março de 2017. Paris, 2019.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium, 2nd. rev. ed., Leiden/The Hague, Nijhoff, 2013.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Statute of International Court of Justice. United Nations Audiovisual Library of International Law.

CAPPELLETTI, Mauro. A Ideologia no Processo Civil, AJURIS, Porto Alegre, n9 23, novembro, 1981.

CHENG, Bin. General Principles of Law as Applied by International Courts and Tribunals. Cambridge University Press, 2006.

COELHO, Eleonora. As Táticas de Guerrilha e a Ética na Arbitragem Internacional. Revista Brasileira da Advocacia (RBA), 2017, ano 2, n. 5.

COMITÊ BRASILEIRO DE ARBITRAGEM. Lei Modelo da UNCITRAL sobre Arbitragem Comercial Internacional de 1985 com as alterações adotadas em 2006. Tradução não oficial realizada por Flavia Foz Mange, Gustavo Santos Kulesza, Rafael Bittencourt Silva, Rafael Vicente Soares. Disponível em: http://www.cbar.org.br/leis_intern_arquivos/Lei_Modelo_Uncitral_traduzida_e_revisada_versao_final.pdf;

CONFORTI, B. Diritto Internazionale, Editoriale Scientifica, 2014.

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

CORDERO-MOSS, Giuditta (ed.). International Commercial Arbitration: Different Forms and their Features. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

COUR DE CASSATION. No.10-23321, Bull. 2011, I, n° 125, 29/06/2011; COUR D'APPEL. No. 06/17901, 19/06/2008. Disponível em: <https://clck.ru/F9H5> e.

COUTURE, Eduardo J. Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Depalma, Buenos Aires, 1977, 3a. ed., Las Garantias Constitucionales dei Proceso Civil.

CREMADES, Bernardo M. The Use and Abuse of Due Process in International Arbitration. The Alexander Lecture. Londres: 16 de novembro de 2016.

CREMADES, Bernardo Maria. Estudios sobre Arbitraje. Madrid: Marcial Pons, 1977.

CROWTER, Harold S.; TOBIN, Anthony G.V. Ensuring that Arbitration Remains a Preferred Option for International Dispute Resolution: Some Practical Considerations. Journal of International Arbitration. The Netherlands: Kluwer Law International, 2002, vol. 19.

DANTAS, San Tiago F. C. de. Igualdade Perante a Lei e Due Process of Law em Problemas de Direito Positivo, Revista Forense, de Janeiro, 1953.

DAVID, René. L'arbitragem dans le commerce international. Paris: Economica, 1982

DE MENEZES, Caio Campello. Como Barrar as Táticas de Guerrilha em Arbitragens Internacionais? Revista Brasileira de Arbitragem, Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) & IOB, Kluwer Law International, 2015, vol. XII, issue 45.

DIZ, Jamile Bergamaschine Mata; RIBEIRO, Clarissa Correa Neto. Impacto e influência dos tratados e convenções internacionais sobre a lei brasileira de arbitragem. Revista de Direito Internacional, vol. 10, n. 1, 2013.

ELIAS, Olumefi; LIN, Chin. General Principles of Law, Soft Law and the Identification of International Law. Netherlands Yearbook of International Law, T.M.C, Asser Press, 1997.

ETCHEVERRY, Raul Anibal. El arbitraje internacional y su incidencia en el comercio internacional. In: PUCCI, Adriana Noemi (ed.). Arbitragem Comercial Internacional. São Paulo: Editora LTr, 1998.

FAVALLI, Daniele. An Overview of Existing Para-Regulatory Texts ('PRTs'): Analysis, Facts and Figures". In: FAVALLI, Daniele (ed), The Sense and Non-sense of Guidelines, Rules and other Para-Regulatory Texts in International Arbitration, 2015, Juris.

FAVOREU, Louis. Rapport Général Introductif, Revue Internationale de Droit Comparé. Numéro Especial sobre 'La Protection des Droits Fondamentaux par les Juridictions Constitutionnelles en Europe Allemagne Fédérale, Autriche, France, Italie', n. 92, abril/junho, 1981. p. 64.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Estado de Direito e Devido Processo Legal. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: 1997, vol. 209.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. Los Instrumentos Procesuales Internos de Protección de los Derechos Humanos en los Ordenamientos de Europa Continental y su influencia en otros países , Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, n.º 35, maio/ agosto, 1979.

FORTESE, Frabricio; HEMMI, Lotta. Procedural Fairness and Efficiency in International Arbitration. Groningen Journal of International Law, vol. 31(1): International Arbitration and Procedure

FORTIER, Yves L. The Minimum Requirements of Due Process in Taking Measures Against Dilatory Tactics: Arbitral Discretion in International Commercial Arbitration - "A Few Plain Rules and a Few Strong Instincts. In: BERG, Albert Jan van den (ed.) Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, 1999, ICCA Congress Series, Volume 9.

FOUCHARD, Phillipe. Quand un arbitrage est-il international?, Revue de l'arbitrage, 1970.

FRIEDMANN, Wolfgang. The Uses Of "General Principles" in The Development of International Law. American Journal of International Law, vol. 57, n. 2.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (eds). Fouchard, Gaillard and Goldman in International Commercial Arbitration. Kluwer Law International, 1999.

GEISINGER, Elliot. "Soft Law" and Hard Questions: ASA's Initiative in the Debate on Counsel Ethics in International Arbitration. In: The Sense and Non-Sense of Guidelines, Rules, and other Para-regulatory Texts in International Arbitration, ASA Special Series, n. 37.

GENTELE, Oskar. Chapter 11: Combating Due Process Paranoia in Swedish Arbitration . In: CALISSENDORFF, Axel; SCHÖLDSTROM, Patrik (eds). Stockholm Arbitration Yearbook 2019. Vol. 1, Kluwer Law International, 2019.

GERMAN ARBITRATION LAW, 1998, section 1059, *supra* note 5.

GRINOVER, Ada Pellegrini. As Garantias Constitucionais do Direito de Ação , Editora Revista dos Tribunais Ltda., São Paulo, 1973.

HENRIQUES, Duarte Gorjão. The Prague Rules: Competitor, Alternative or Addition to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration? ASA Bulletin, Association Suisse de l'Arbitrage, Kluwer Law International, 2018, vol. 36, issue 2

HODER, Lukas. Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure, Prague Rules vs. IBA Rules: Taking Evidence in International Arbitration. In: KLAUSEGGER, Christian; KLEIN, Peter, et al. (eds). Austrian Yearbook on International Arbitration, 2019.

HOLTZMANN, Howard M; NEUHAUS, Joseph. A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration Legislative History and Commentary. Kluwer Law International, 1989.

HOLTZMANN, Howard M., How to Prevent Delay and Disruption of Arbitration: Lessons of the 1990 ICCA Stockholm Congress. In: VAN DEN BERG, AJ. (ed). Preventing Delay and Disruption in Arbitration and Effective Proceedings in Construction Cases: International Congress Proceedings. ICCA Congress Series, n. 5, Kluwer Law International, Leiden, 1991.

HONG KONG COURT OF APPEAL. Pacific China Holdings Ltd (In Liquidation) v Grand Pacific Holdings Ltd. 4 HKLRD 1, 2012. para 68. Citado por BERGER, Klaus Peter; JENSEN, J. Ole, 2017.

HWANG, Michael. *Why is There Still Resistance to Arbitration in Asia?* In: AKSEN, Gerald (ed). Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution – Liber Amicorum in Honour of Robert Briner, 2005.

ICC COMMISSION REPORT. Reducing Time and Costs in International Arbitration. ICC, ed. 2, 2012.

ICSID. Case ARB/00/7, 04 de outubro de 2006.

ICSID. Case ARB/03/26, 02 de Agosto de 2006.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, IBA ARBITRATION COMMITTEE. Annulment of arbitral awards by state court: Review of national case law with respect to the conduct of the arbitral process. October 2018. Disponível em: https://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Projects.aspx#Oct18_2

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC) COMMISSION ON ARBITRATION AND ADR, TASK FORCE ON REDUCING TIME AND COSTS IN ARBITRATION. Report: Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration, 2007.

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). Regulamento de Arbitragem de 2017. Disponível em: <https://iccwbo.org/publication/2017-arbitration-rules-and-2014-mediation-rules-portuguese-version/>

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). Regulamento de Arbitragem. Paris, 2015. Disponível em: <http://cbar.org.br/site/wp-content/uploads/2012/05/ICC-865-1-POR-Arbitragem-Mediacao.pdf>

INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE. ICC Dispute Resolution Bulletin, 2018, Issue 2. 2017 ICC Dispute Resolution Statistics. Disponível em: via: <https://cdn.iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2018/07/2017-icc-dispute-resolution-statistics.pdf>

INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION (ICCA). ICCA Congress, Stockholm, Working Group I, Preventing Delay and Disruption of Arbitration Kluwer International, The Hague, 1990.

INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION (ICCA). ICCA'S Guide to the Interpretation of the 1958 New York Convention: a Handbook for Judges. Kluwer Law International, 2011.

INTERNATIONAL COUNCIL FOR COMMERCIAL ARBITRATION. ICCA Congress Series Vol. 2. Kluwer Law International.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION, Study Group on the Practice and Procedure of International Courts and Tribunals. *The Hague Principles on Ethical Standards*, 2010. Disponivel em: www.ucl.ac.uk/laws/cict/docs/Hague_Sept2010.pdf

JAIN, Shubham. 'Public Policy' as the Root Cause of Due Process Paranoia: An Examination of the Statute and Court Decisions in India. *Indian Journal of Arbitration Law*, 2017 vol. VI, issue 2.

JAKSIC Aleksandar. Procedural Guarantees of Human Rights in Arbitration Proceedings. *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International, 2007.

KARRER, Pierre A. Introduction to International Arbitration Practice. Kluwer Law International, 2014.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. Globalization of Arbitral Procedure. *Vanderbilt J. Transl*, 2003.

KERR, Michael. Concord and Conflict in International Arbitration. *Arbitration International*, vol. 24, Oxford University Press, 1997.

KERR, Michel. Arbitration and the Courts: The UNCITRAL Model Law. *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 34, No. 1, 1985.

KHVALEI, Vladimir. Guerrilla Tactic in International Arbitration, Russian View. In: PITKOWITZ, Nikolaus; PETSCHKE, Alexandre, et al. (eds). *Austrian Yearbook on International Arbitration 2011*, Volume 2011.

KIRBY, Jennifer. Efficiency in International Arbitration: Whose Duty Is It? *Journal of International Arbitration*, 2015, vol. 32, n. 6.

KOH Harold. Is International Law Really State Law? Yale Law School Faculty Scholarship. Faculty Scholarship Series, 1998.

KOH, Harold. The Transnational Legal Process. The 1994 Roscoe Pound Lecture. Yale Law School Faculty Scholarship. Faculty Scholarship Series, 1996.

KOTUBY, Charles T. Jr. "General Principles of Law, International Due Process, and the Modern Role of Private International Law." *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 23, no. 3, Spring 2013.

KRONKE, Herbert. The New York Convention Fifty Years on: Overview and Assessment. In: KRONKE, Herbert; NASCIMENTO, Patricia (eds). *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention*. Kluwer Law International, 2010.

KURKELA, Matti S.; TURUNEN Santtu. *Due Process in International Commercial Arbitration*. Oxford University Press, 2010, 2 ed. p. 1.

LAMAS, Natália Mizrahi. 4th Annual GAR Live Brazil. *Revista Brasileira de Arbitragem*, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr, IOB, Kluwer Law International 2016, vo. XIII, issue 50.

LAZAREFF, Serge. International Arbitration: Towards a Common Procedural Approach. In: FROMMEL, Stefan N; RIDER, Barry AK (eds), *Conflicting Legal Cultures in Commercial Arbitration: Old Issues and New Trends*, Kluwer Law International, 1999.

LEW, Julian D.; MISTELIS, Loukas. *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003.

LEW, Julian D.M.; MISTELIS, Loukas (et al). *Comparative International Commercial Arbitration*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2003.

LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION. 2014 Arbitration Rules. Disponível em: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx

MAGALHÃES, José Carlos de; BAPTISTA, Luiz Olavo. *Arbitragem Comercial*. São Paulo: Livraria Freitas Bastos S.A., 1986.

MANTAKOU, Anna. "General Principles of Law and International Arbitration." *Revue Hellenique de Droit International*, vol. 58, no. 2, 2005.

MARRIOTT, AL. Pros and Cons of More Detailed Arbitration Laws and Rules. In: VAN DEN BERG, A.J. (Ed). *Planning Efficient Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration*. ICCA Congress Series, n. 7, Kluwer Law International, Leiden, 1996.

MARZOLINI, Paolo. Counsel Ethics in International Arbitration: Is There Any Need for Regulation?. *Indian Journal of Arbitration Law*. Centre for Advanced Research and Training in Arbitration Law, National Law University, 2017, vol. VI, issue 2.

MISTELIS, Loukas A. Part I Fundamental Observations and Applicable Law. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stavros (eds). Arbitrability: International and Comparative Perspectives. International Arbitration Law Library, vol. 19, 2009.

MOSES, Margaret L. The Principles and Practice of International Commercial Arbitration. New York: Cambridge University Press, 2008.

MOSER, Luiz Gustavo Meira. Arbitration and Choice of Law in Cross-Border Transactions: A Potential Interplay? ASA Bulletin, 2016, vol. 34, issue 1.

MOSLER, Hermann. 'General Principles of Law', in BERNHARDT, R., Encyclopedia of Public International Law, North Holland, 1995, vol. 1.

MUSTILL, Baron. The History of International Commercial Arbitration. In: NEWMAN, Lawrence W; HILL, Richard D. The Leading Arbitrator's Guide to International Arbitration. JurisNet, LLC, 2014.

NAIRAC, Charles. Due Process Considerations in the Constitution of Arbitral Tribunals. In: MENAKER, Andrea (ed). International Arbitration and the Rule of Law: Contribution and Conformity. ICCA Congress Series, Vol. 19, Kluwer Law International, 2017.

NEWMARK, Cristopher. Controlling Time and Costs in Arbitration. In: NEWMARK, Cristopher (ed). Leading Arbitrators Guide. Juris Publishing, New York, 2006.

NOLAN, Michael D.; SOURGENS, Frederic G. Issues of Proof of General Principles of Law, World Arbitration and Mediation Review, n. 505, 2009.

OLDENSTAM Robin. Chapter 8: Due Process Paranoia or Prudence ? In: CALISSENDORFF, Axel; SCHÖLDSTROM, Patrik (eds). Stockholm Arbitration Yearbook 2019, vol. 1, Kluwer Law International, 2019.

OTTO, Dirk. Article IV. In: KRONKE, Herbert; NASCIMENTO, Patricia (eds). Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention. Kluwer Law International, 2010.

PARK, William W, The 2002 Freshfields Lecture – Arbitration's Protean Nature: The Value of Rules and the Risks of Discretion. Arbitration International Review. 2003.

PARTASIDES, Constantine; et al. Chapter 6. Conduct of the Proceedings'. In: BLACKABY, Nigel. Redfern and Hunter on International Arbitration, 6th edition, Kluwer Law International, Oxford University Press, 2015.

PAULSSON, Jan; PETROCHILOS, Georgios. UNCITRAL Arbitration. Kluwer Law International, 2017.

PAULSSON, Jan. Unlawful Laws and the Authority of International Tribunals. *ICSID Review*, 2018, vol. 215.

PETTIBONE, Peter J. The Prague Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration: Are They an Alternative to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration? *Asian Dispute Review*, Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), 2019, vol. 21, issue 1.

PETTIBONE, Peter J. The Prague Rules on the Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration: Are They an Alternative to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration? In: WEERAMANTRY, Romesh; and CHOONG, John (eds). *Asian Dispute Review*, Hong Kong International Arbitration Centre (HKIAC), 2019, vol. 21, issue 1.

PFEIFFER, Robert; WILSKE, Stephan. 'Chapter 1, §1.01: An Etymological and Historical Overview. In: HORVATH, Günther J.; WILSKE, Stephan (eds). *Guerrilla Tactics in International Arbitration*, International Arbitration Law Library, vol. 28, Kluwer Law International, 2013.

PLATTE, Martin. An Arbitrator's Duty to Render Enforceable Awards. *Journal of International Arbitration*, 2003, vol. 20, n. 3.

POPOVA, Ina C. Restoring Efficiency to International Arbitration: Five Core Recommendations. In: GONZÁLEZ-BUENO, Carlos (ed). *40 under 40 International Arbitration*. Dykinson, 2018.

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4311.htm, Grifado.

QUEEN MARY UNIVERSITY AND WHITE & CASE. *International Arbitration Survey: Improvements and Innovations in International Arbitration*. 2015. Acesso em 01/07/2017.

RAMOS, João Gualberto Garcez. Evolução Histórica do Princípio do Devido Processo Legal. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, 2007, vol. 46.

REDFERN, Alan. The Changing World of International Arbitration. In: CARON, David. D.; SCHILL, Stephan W. (et al.). *Practising Virtue: Inside International Arbitration*. Oxford Scholarship Online, 2015.

REED, Lucy. *Ab(use) of due process: sword vs. shield*. *Arbitration International*, Oxford, 2017, vol. 33.

REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Decreto n. 4.311, de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras.

RODRIGUES, Lêda Boechat. A Corte Suprema e o Direito Constitucional Americano. Edição Revista Forense, 1958.

ROMBACH, Annett; SHALBANAVA, Hanna. The Prague Rules: A New Era of Procedure in Arbitration or Much Ado about Nothing? German Arbitration Journal, Kluwer Law International, Verlag C.H. Beck, 2019, vol. 17, issue 2.

RULES ON THE EFFICIENT CONDUCT OF PROCEEDINGS IN INTERNATIONAL ARBITRATION. Disponível em: <https://praguerules.com/upload/medialibrary/9dc/9dc31ba7799e26473d92961d926948c9.pdf>

RUSSELL, Isaac Franklin. Due Process of Law. Yale Law Journal, vol. 14, no. 6, 1904-1905.

SABATER, Aníbal; REZENDE Lídia. An Arbitrator's Obligation to Use Reasonable Efforts to Issue an Enforceable Award and Its Interaction with the New York Convention. Spain Arbitration Review, Wolters Kluwer España, 2019, vol. 2019, issue 34.

SCHERER, Maxi. New York Convention: Violation of Due Process, Article V(1)(b). In: WOLFF, Reinmar (ed). New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, A commentary. C.H.G. Beck/Hart/Nomos, 2012.

SCHERER, Maxi. Queen Mary Legal Studies Research Paper No 163/2013: 'NYC: Art. V(1)(b)', 282.

SCHNEIDER, Michael E. The Essential Guidelines for the Preparation of Guidelines, Directives, Notes, Protocols and Other Methods Intended to Help International Arbitration Practitioners to Avoid the Need for Independent Thinking and to Promote the Transformation of Errors into 'Best Practices'. In LÉVY, Laurent; DERAIS, Yves (eds), Liber amicorum en l'honneur de Serge Lazareff, Éditions Pedone, 2011.

SCHWARTZ, Eric. A.; DERAIS, Yves. A Guide to the ICC Rules of Arbitration. Kluwer Law International, 2005, ed. 2.

SERAGLINI, Christophe; ORTSCHIEDT, Jérôme, Droit de l'arbitrage. Montchrestien, 2013.

SILVA NETO, Orlando Celso da. Direito Processual Civil Internacional Brasileiro. São Paulo: Ltr, 2003. pp. 97-99.

SHENZHEN INTERMEDIARY PEOPLE'S COURT. Jiang Jianjun v. Bangwei Yipin (Hong Kong) Co., Ltd. and Innovation Industry Co., Ltd. 20 December 2014, Shen Zhong Fa She Wai Zhong Zi No. 248. Application for annulment of the arbitral award. Shen Zhong Cai Zi No. 504 rendered by Shenzhen Court of International Arbitration in Shenzhen

SINGAPORE HIGH COURT. Triulzi Cesare SRL v XinyiGroup (Glass) Co Ltd. SGHC 220, 2014. para 151. Citado por: HOLTZMANN; NEUHAUS, 2016.

SMIT, Hans. Annulment and Enforcement of International Arbitral Awards: a Practical Perspective In: NEWMAN, Lawrence W; HILL, Richard D. The Leading Arbitrator's Guide to International Arbitration. JurisNet, LLC, 2014.

SMIT, Hans. Annulment and Enforcement of International Arbitral Awards: a Practical Perspective In: NEWMAN, Lawrence W; HILL, Richard D. The Leading Arbitrator's Guide to International Arbitration. JurisNet, LLC, 2014.

SUSSMAN, Edna; 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, 2011, vol. 22, n. 4.

SUSSMAN, Edna. Can Counsel Ethics Beat Guerrilla Tactics?: Background and Impact of the New IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration. Revista Brasileira de Arbitragem, Comitê Brasileiro de Arbitragem (CBAr) & IOB, 2013, vol 10, issue 40.

SWEET, Alex Stone. GRISEL, Florian. The Evolution of International Arbitration: Judicialization, Governance, Legitimacy. Oxford Scholarship Online, 2017.

SWEET, Alex Stone. Judicialization and Arbitral Governance. In: SWEET, Alex Stone. GRISEL, Florian. The Evolution of International Arbitration: Judicialization, Governance, Legitimacy. Oxford Scholarship Online, 2017. p. 2.

SWISS FEDERAL TRIBUNAL. Judgement 4A_554/2014, 15/04/2015, para. 2.1. Tradução em inglês disponível em: <https://clck.ru/F9H4G>.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. Manual Elementar de Direito Civil de Lopes da Costa, edição atualizada, Forense, Rio de Janeiro, 1982, 3a. ed.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS . Coopernorpi Cooperativa Agrícola do Norte Pioneiro v . Horizonte Têxtil Ltda . Agravo de Instrumento No. 1.0471.12.012691-0/001, 11/06/2013. Relatora: Mariangela Meyer.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL . Agro Turismo e Aerodromo Botelho Ltda ME . v. ICEL Construções e Pavimentações Ltda . Apelação Civil No . 0019447-76.2014.8.07.0001, 08/04/2015. Relator: Sebastião Coelho.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. Apelação Civil n. 1046552-75.2015.8.26.0100. Spazio K Engenharia Ltda v. Marcelo Hsiu and Michael Hsiu. 20/10/2015. Relator: Claudio Godoy.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Jimmie Earl Carlisle v. Luciano Silva Pereira. Agravo de Instrumento No 2006.002.27583, 04/04/2007. Relatora: Leila Mariano.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO MATO GROSSO. Campos & Saadeddine Ltda. v. Luiz Mariano de Lima, Apelação Civil No. 115478/2009, 22/11/2011. Relator: João Ferreira Filho.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. Marisa Vaz v. Silfredo Klein de Melo, Apelação Civil No. 1.653.176-9, 17/05/2017. Relator: Marcelo Gobbo Dalla Dea.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Jimmie Earl Carliesle v. Luciano Silva Pereira, Agravo de Instrumento No 2006.002.27583, Relatora: Leila Mariano.

UNCITRAL. Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration. 1985, UN Doc A/CN.9/264.

UNCITRAL. Analytical Commentary on Draft Text of a Model Law on International Commercial Arbitration, 25 March 1985, UN Doc A/CN.9/264, 46.

UNCITRAL. Report of the Working Group on International Contract Practices on the work of its fourth session (Vienna, 4–15 October 1982) UN Doc A/CN.9/232, 42–43 [104].

UNIDROIT. Unidroit Principles of International Commercial Contracts. 2016. Disponível em: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016>

UNIDROIT. Unidroit Principles of Transnational Legal Procedure. Disponível em <https://www.unidroit.org/instruments/transnational-civil-procedure>

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. Travaux Préparatoires. The United Nations Convention on the Recognition of Foreign Arbitral Awards. Disponível em: <http://www.newyorkconvention.org/travaux+preparatoires>

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. Travaux Préparatoires. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Disponível em: https://uncitral.un.org/en/texts/arbitration/modellaw/commercial_arbitration/travaux

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. UNCITRAL Arbitration Rules. Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-rules-revised-2010-e.pdf>

UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. Artigo 18: The parties shall be treated with equality and each party shall be given a full opportunity of presenting his case. Acessado em 13/11/2019. Disponível em: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/07-86998_ebook.pdf

UNITED NATIONS. Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards. United Nations Treaty Collection. 25 July 1929. Disponível em: <https://treaties.un.org/doc/Publication/UNTS/LON/Volume%2092/v92.pdf>

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO - USP, COMISSÃO DE DIREITOS HUMANOS DA USP.
Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Magna Carta - 1215.

WAINCYMER, Jeffrey. Procedure and Evidence in International Arbitration. Kluwer Law International, 2012.

WILSKE, Stephan. Arbitration Guerrillas at the Gate: Preserving the Civility of Arbitral Proceedings When the Going Gets (Extremely) Tough” in Christian Klausegger and others (eds), Austrian Yearbook on International Arbitration, 2011.

WOLFF, Reinmar. New York Convention: Convention on the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards, A Commentary. C.H.Beck, 2012.