



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO**  
**CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**MARIANA BESSA LOUREIRO**

**A PRODUÇÃO DE PROVA NA ARBITRAGEM:  
ANÁLISE ACERCA DA APLICAÇÃO DA SOFT LAW NO CONTEXTO  
DAS “IBA RULES ON THE TAKING OF EVIDENCE IN  
INTERNATIONAL ARBITRATION”**

Salvador  
2021

**Mariana Bessa Loureiro**

**A PRODUÇÃO DE PROVA NA ARBITRAGEM:  
Análise Acerca da Aplicação da *Soft Law* no Contexto das “*Iba Rules on  
The Taking of Evidence in International Arbitration*”**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação de  
Direito da Faculdade Baiana de Direito, como  
requisito parcial para obtenção do grau de bacharel  
em direito.

Orientador: Prof. Dr. Gabriel Seijo Leal de  
Figueiredo

Salvador  
2021

## TERMO DE APROVAÇÃO

MARIANA BESSA LOUREIRO

**A PRODUÇÃO DE PROVA NA ARBITRAGEM:  
Análise Acerca da Aplicação da *Soft Law* no Contexto das “*Iba Rules on  
The Taking of Evidence in International Arbitration*”**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação de Direito da Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em direito.

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Nome: \_\_\_\_\_

Titulação e instituição: \_\_\_\_\_

Salvador, \_\_\_/\_\_\_/2021

*O sentido de nossa história a que aludimos, porém,  
não é uma avaliação do passado, mas a tentativa  
necessária de abandonarmos os velhos hábitos e, ao  
mesmo tempo, de pensarmos o futuro.*

*Marco Maciel*

Para meus pais que nunca mediram esforços para realizar todos os meus sonhos.

## **AGRADECIMENTOS**

Foram mais de 5 anos de caminhada para chegar a esse momento, mas costumo dizer que minha jornada acadêmica se iniciou de verdade em 2018, quando conheci as competições de arbitragem e dei início a pesquisa que resultou nesse trabalho.

Agradeço profundamente a todos que que conheci durante esse caminho, em especial A Gabriel Bonfim, Henrique Magalhães e Ananda Brandão que me deram o incentivo inicial, me apoiaram todos os dias para que pudesse me aprimorar e passar a minha experiência para outros colegas.

A todos os membros da equipe do Vis Moot da baiana, que dividiram comigo muito esforço e trabalho, compartilharam muito conhecimento e momentos incríveis que levarei para sempre no coração.

A todos os membros da equipe da Camarb da baiana, que me fizeram crescer academicamente e me ensinaram a encarar os desafios de uma forma única, que nenhuma outra experiência jamais poderia me dar.

A Larissa Viera, que conheci em razão das competições e que hoje se se tornou minha melhor amiga, pela parceria, pela amizade, por ouvir meus desabafos diários e saber me dizer exatamente o que eu preciso escutar, por ter me apoiado nesse trabalho até o último dia.

A Bruna Novis, que sempre me incentiva a sair da zona de conforto, também uma amizade muito especial que cresceu dentro das competições de arbitragem e que levo comigo para toda vida.

A Bianca Amoedo, minha amiga-irmã que me inspira todos os dias.

## RESUMO

O trabalho dissertativo tem como objetivo estudar a aplicação dos instrumentos de *soft law* processuais para tratar das nuances do procedimento arbitral, especialmente quanto a produção de prova. Para tanto, se faz a análise da aplicação da principal diretriz acerca do tema, as Regras da IBA sobre Produção de Prova em Arbitragem Internacional, atualizada em 17 de dezembro de 2020. Assim, se observa a natureza jurídica dos instrumentos de *soft law*, além de tratar da legitimidade para a aplicação dos instrumentos regulatórios não-cogentes advindos de instituições privadas para regular os procedimentos arbitrais, e quais seriam os benefícios de buscar este mecanismo em face de leis cogentes. Em seguida, se passa à análise como que se dá a compatibilidade de uma *soft law* com as demais leis aplicáveis ao procedimento arbitral e como a prática de regular certos temas em matéria de arbitragem por meio desses instrumentos tem sido recepcionado pela comunidade internacional diante das diferentes tradições jurídicas que se encontram em um processo internacionalizado. Para melhor compreender a aplicação e efeitos práticos da *soft law* no procedimento arbitral, analisa-se os temas da Regras da IBA sobre Produção de Prova em Arbitragem Internacional e de como se dá a condução da instrução processual na arbitragem. Por fim, se busca entender o impacto da aplicação de uma *soft law* para guiar a produção de prova no procedimento doméstico, analisando os instrumentos normativos aplicáveis à arbitragem no Brasil.

**Palavras-chave:** Arbitragem; Direito Internacional Privado; Procedimento Arbitral; Produção de Prova; *Soft Law*; *International Bar Association*.

## **ABSTRACT**

This essay has the aim to study the applicability of the instruments of procedural' soft law to the specifics aspects of the arbitral proceeding, especially related to the taking of evidence. In this regard, the analysis of the applicability of the main guidelines about the subject is done by an overview of the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. last updated in December 17<sup>th</sup> of 2020. Hence, the legal nature of the evidence from soft laws' instruments is taken into consideration as well as the legitimacy to the application of the non-binding regulatory instruments from private or non-governmental institutions to stablish the framework of the arbitral proceedings and which would be its benefits to choose these mechanisms over biding laws. Then, it goes to the analysis of how the compatibility of a soft law with the others applicable laws to the arbitral proceeding is done, and how the usual practice of certain themes in arbitration trough these instruments have been accepted by the international community in spite of the different legal traditions that are found in an international process. To the better comprehension of the applicability and practical effects of the soft law on the arbitral proceeding, the terms of the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration are examined to understand how the conduction of the taking of evidence in international arbitration is seen on the practice. Finally, the attempt to acknowledge the impact with the applicability of a soft law to guide the taking of evidence in a domestic proceeding is done, taking into consideration the applicable legal instruments to the arbitration in Brazil.

**Key words:** Arbitration; International Private Law; Arbitral Proceeding; Taking of Evidence; Soft Law; International Bar Association.

## **LISTA DE ABREVIATURAS**

<b>ART.</b>	Artigo
<b>CCI</b>	Câmara de Comercio Internacional
<b>CF</b>	Constituição Federal
<b>CIArb</b>	Chartered Institute of Arbitrators
<b>CNI</b>	Convenção de Nova Iorque
<b>CPC</b>	Código de Processo Civil
<b>IBA</b>	International Bar Association
<b>ICDR</b>	International Centre for Dispute Resolution
<b>ONU</b>	Organização das Nações Unidas
<b>P. / Pp.</b>	Página (s)
<b>STJ</b>	Superior Tribunal de Justiça
<b>UNCITRAL</b>	Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional
<b>UNIDROIT</b>	Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
<b>2. A RELEVÂNCIA DA <i>SOFT LAW</i> NA ARBITRAGEM INTERNACIONAL .....</b>	<b>13</b>
2.1. NOÇÕES ELEMENTARES SOBRE <i>SOFT LAW</i> .....	14
2.1.1. A adequação da <i>soft law</i> para a arbitragem internacional.....	17
2.1.2. A especificidade da <i>soft law</i> à realidade arbitral.....	20
2.1.3. A versatilidade na elaboração de uma <i>soft law</i> em relação à uma <i>hard law</i> .....	24
<b>3. COMPATIBILIDADE DA <i>SOFT LAW</i> COM A REGULAÇÃO DA PRODUÇÃO DE PROVA NO PROCEDIMENTO ARBITRAL.....</b>	<b>28</b>
3.1. A <i>SOFT LAW</i> NA ESTRUTURA NORMATIVA DA ARBITRAGEM .....	29
3.2. A INTERAÇÃO ENTRE AS CULTURAS JURÍDICAS NA PRODUÇÃO DE PROVA DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL .....	33
3.3. CRÍTICAS AO USO DA <i>SOFT LAW</i> PROCESSUAL.....	39
3.3.1. As Regras de Praga de 2018 como oposição às Regras da IBA sobre Produção de Prova.....	44
<b>4. A PRODUÇÃO DE PROVA NA ARBITRAGEM A PARTIR DAS REGRAS DA IBA .....</b>	<b>50</b>
4.1. DISPOSIÇÕES GERAIS DAS REGRAS DA IBA .....	54
4.1.1. Requerimento para a produção de documentos: o art. 3º das Regras da IBA ...	56
4.1.2. Objeção ao requerimento de produção de provas: o art. 9.2 .....	59
4.1.3. As audiências para produção de prova oral: o artigo 8º.....	61
4.1.4. Outras medidas para garantir a efetividade na produção de prova .....	64
<b>5. A PRODUÇÃO DE PROVA EM SEDE DE ARBITRAGEM DOMÉSTICA .....</b>	<b>67</b>
5.1. A REGULAÇÃO DA ARBITRAGEM NO BRASIL.....	68
5.2. O REGRAMENTO DA PRODUÇÃO DE PROVA PREVISTO NA LEI 9.307/96 .....	76
5.2.1. A inadequação da aplicação do rito do Código de Processo Civil .....	81
5.2.2. O uso de <i>soft law</i> processual em arbitragem doméstica para produção de prova .....	84
<b>6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>88</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>I</b>

## 1. INTRODUÇÃO

As disputas jurídicas que são submetidas aos procedimentos arbitrais costumam estar associadas a relações contratuais complexas e que, conseqüentemente, geram problemas que estarão na zona de penumbra do direito. Desse modo, a fase instrutória do procedimento, em especial quanto a produção de provas, se faz ainda mais relevante para que o tribunal arbitral tenha uma melhor condição de proferir sua sentença.

Por outro lado, no cenário da arbitragem internacional não há qualquer previsão de leis ou tratados que especifiquem os termos do processo arbitral ou mesmo da instrução do procedimento.

É nesse contexto que as diretrizes da *International Bar Association* sobre Produção de prova buscam auxiliar as partes, os advogados, os árbitros e as instituições arbitrais no processo decisório acerca de questões relacionadas a produção de prova. Isso se torna necessário a medida que, em sede de arbitragem internacional, todos os envolvidos, em regra, pertencem a países diferentes, com culturas jurídicas distintas, o que interfere diretamente nos parâmetros adotados pelo tribunal arbitral ao conduzir a produção probatória de maneira juridicamente segura e eficiente.

O objetivo principal desse trabalho é responder à questão acerca do cabimento da regulação da fase processual de instrução probatória por meio de uma *soft law* elaborada por uma entidade internacional privada sem qualquer caráter vinculante ou procedimento legislativo ligado à sua produção. Em face dessa alternativa de utilizar parâmetros específicos para a produção de prova, questiona-se o quanto a utilização dessas diretrizes representa uma ameaça aos poderes discricionários dos árbitros para conduzir o caso à que lhe foi confiado pelo exercício pleno da autonomia da vontade das partes.

Ademais, o tema acerca da aplicação das diretrizes da IBA é recorrente em sede de procedimentos arbitrais, nacionais e internacionais, em razão do seu caráter não cogente. Sendo assim há diversos aspectos práticos a serem discutidos, bem como, as correlações com as leis processuais nacionais.

Há de se observar, inclusive, que os profissionais da área reconhecem a relevância prática dos parâmetros disciplinados pelas diretrizes da IBA, de maneira que vem sendo posta debate, de maneira recorrente, durante as competições de corte simuladas a fim de estimular a pesquisa entre a comunidade acadêmica. No curso da XI edição da Competição Brasileira de Arbitragem e Mediação Empresarial que ocorreu entre maio e outubro de 2020, promovida

pela Câmara de Mediação e Arbitragem Empresarial – CAMARB, um dos temas postos em debate é a possibilidade da aplicação do mecanismo de Inferência Negativa, previsto pelo art. 9.5 das Regras IBA sobre Produção de Prova para presumir a má-fé de uma das partes envolvidas em um procedimento arbitral doméstico de um caso fictício elaborado pela comissão organizadora da competição.

As diretrizes da *International Bar Association* (IBA) também estão em pauta de discussão de maneira constante na competição de arbitragem internacional, o *Willem C. Vis International Commercial Moot*, que reúne acadêmicos de mais de 300 universidades de todo o mundo anualmente. Durante a 25ª edição um dos pontos-chaves da discussão procedimental recaía sobre as Diretrizes da IBA sobre Conflito de Interesses de 2014 para tratar da impugnação de um dos árbitros indicados para compor o tribunal. No ano seguinte, o caso da 26ª edição da competição trazia como um dos problemas a obtenção de documentos por meios fraudulentos, para tanto as arguições das partes acerca da admissibilidade pelo tribunal tinham como base os temas das Regras da IBA sobre Produção de prova.

Desta forma, a aplicação da *soft law* processual vêm sendo nos últimos anos constantemente debatida pela comunidade jurídica e acadêmica, inclusive, em razão da possibilidade de conflito com as normas materiais ou do cenário de lacunas jurídicas ou falta de parâmetros concertos para condução de certos problemas particulares dos procedimentos arbitrais.

Portanto, temos que o tema de produção de prova, bem como a aplicabilidade de uma *soft law* internacional em procedimentos jurisdicionais privados está posta em debate no âmbito jurídico e a o fomento ao estudo e aplicação correta das diretrizes promove aos litigantes, atuais e potenciais, em arbitragem maior segurança jurídica para a instrução dos procedimentos arbitrais.

Quanto a metodologia empregada para a produção desse trabalho, do ponto de vista técnico, a pesquisa bibliográfica, jurisprudencial, análise de dispositivos legais e outros documentos relevantes sobre os temas abordados.

Quanto a abordagem do problema, adota-se o modelo de pesquisa qualitativa, pois será feita interpretação de normas e aplicabilidade da *soft law*, em sentido amplo, durante o procedimento arbitral. A análise da adequação da interpretação das Regras da IBA e compatibilidade com as demais normas do ordenamento jurídico requer uma compreensão

aprofundada, de maneira que não é possível adoção de método distinto, como uma pesquisa de modelo quantitativo.

Destaca-se, por fim, que o método científico adotado para o desenvolvimento do trabalho é o método hipotético-dedutivo, visto que as hipóteses levantadas acerca da *soft law* e da aplicabilidade das Regras da IBA serão confirmadas ou refutadas mediante a análise dos dispositivos legais, da jurisprudência e da doutrina.

Diante do exposto, passaremos a análise dos principais argumentos jurídicos acerca a aplicação das diretrizes em caráter de *soft law* no âmbito do direito internacional privado. Em seguida, trataremos da estrutura das normas processuais em sede de arbitragem internacional e doméstica. E, por fim, abordamos os principais pontos acerca das Regras da IBA sobre Produção de Prova, da sua evolução histórica aos aspectos mais relevantes do seu conteúdo.

## **2. A RELEVÂNCIA DA *SOFT LAW* NA ARBITRAGEM INTERNACIONAL**

Antes de adentrar em específico acerca do objeto de estudo do presente trabalho, qual seja, a relevância, compatibilidade com o procedimento arbitral e conteúdo das Regras da IBA para a produção de prova, se faz necessário analisar a natureza das regras não cogentes aplicáveis ao direito.

A delimitação conceitual e temporal da utilização das práticas não cogentes frente a questões controversas do direito demonstram o cenário favorável para dispor de alternativas jurídicas quando as fontes do direito não são suficientes para resolução de certos conflitos.

Cumprir destacar, portanto, que para tratar do tema proposto é necessário partir do ponto da superação das teorias da ciência do direito que atribuí os valores normativos mediante ao fato de que tal instituto, para ser jurídico, deveria emanar da soberania do estado e em caráter obrigatório, tal como do que difundiu o Positivismo Jurídico por meio da Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, ou mesmo o Conceito do Direito de Herbert Hart.

É bem verdade que nas relações civis é recorrente o uso de instrumentos e tais como diretrizes, guias, códigos de conduta, recomendações e diversos outros documentos que não possuem qualquer caráter vinculante ou jurídico, mas que, ainda assim, são efetivos para os fins que se propõem, mesmo diante da comum informalidade desses documentos. No sentido que vemos as regras em análise, a formalidade dos instrumentos não são questionadas, pois detêm coesão que mais os aproximam das leis em sentido estrito.

O questionamento diante disso, é justamente de que maneira é possível aplicar uma *soft law* para reger questões processuais da disputa, considerando as lacunas do direito, o princípio a autonomia da vontade das partes e a discricionariedade do tribunal para conduzir e julgar o procedimento arbitral.

O enfoque no cenário internacional, entretanto, se dá por se tratar do berço da *soft law* em análise, em razão do fato que maiores conflitos relacionados a regulação e leis aplicáveis ao procedimento arbitral entre partes oriundas países distintos, culturas jurídicas diversas, antinomias e anomias jurídicas ou tratados internacionais acerca da matéria controvertida.

Passaremos, então, às questões teóricas acerca da *soft law*, em seguida ao destaque que se dá a aplicação de uma norma não cogente em matéria arbitral e, por fim, as questões controversas e críticas sobre o uso desses instrumentos pela comunidade internacional.

## 2.1. NOÇÕES ELEMENTARES SOBRE *SOFT LAW*

Não é raro que documentos sem caráter vinculante influencie o tribunal em decisões acerca de questões sensíveis do procedimento arbitral<sup>1</sup>. A relevância do uso de ferramentas sem tal caráter cogente no âmbito jurídico encontra espaço quando se observa uma eminente lacuna deixada pelas leis em sentido estrito.

Estes instrumentos se opõem as leis ou tratados aplicáveis a relação travada entre as partes e não devem ter sido expressos em instrumentos contratuais que derivaram a disputa. Isto porque não se vê *hard law* que determinem pontos específicos relacionadas à condução das etapas formais dos procedimentos e nas controvérsias preliminares, como quais medidas e esforços o tribunal arbitral deve se valer, por exemplo, para apurar os fatos, interpretar o contrato ou aplicar a lei que governe a disputa entre as partes<sup>2</sup>.

Estes documentos têm a finalidade específica de auxiliar os julgadores na pacificação do conflito, controvérsias formais, ou mesmo na indicação da melhor maneira de conduzir o relacionamento já estremecido entre as partes de um litígio.

---

<sup>1</sup> ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e produção de provas na arbitragem Internacional*. Atlas, São Paulo, 2014. p. 2

<sup>2</sup> PARK, William W. *The procedural soft law of international arbitration: non-governmental instruments*. In. MISTELIS, Loukas A.; JULIAN D. M. Lew. *Pervasive problems in international arbitration*. Pp. 141-154. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International. 2006. p. 143.

Cumprir destacar que a compreensão de que uma norma se caracteriza como uma *soft law* se dá em razão do fato de que os seus dispositivos não poderão ter aplicação compulsória por decisão de caráter público. Isto, pois essas diretrizes podem ser emanadas tanto do seio estatal, como através administração pública (como ocorre, por exemplo, nas agências reguladoras) ou de organizações internacionais, mas também podem derivar de atores não-governamentais, como instituições privadas ou associações de cunho profissional ou comerciais<sup>3</sup>.

As diretrizes que versam acerca da arbitragem internacional são aquelas de direito privado, apartada de qualquer relação com a soberania nacional. Podemos observar a posição genérica que adota a doutrina de Valério Mazzuoli apontado a *soft law* como “norma de Direito Internacional não obrigatórias e de diretivas que deixam aos seus destinatários uma margem de apreciação no que toca ao cumprimento de seu conteúdo”<sup>4</sup>.

Destarte, a natureza da *soft law* não é de lei<sup>5</sup>. Independente do conteúdo que aborda, se refere a uma norma não vinculante, caracterizada como norma geral ou principiologicamente, contrapondo-se às normas jurídicas vinculantes, e envolvem obrigações específicas (tais como os tratados de direito internacional). Isso não significa que não sejam instrumentos irrelevantes, pois certamente possuem importância e influência para o tema que são propostas alinhando as expectativas das partes processuais de diferentes tradições jurídicas.

Entende-se que em razão da estrutura codificada dos textos das *soft law* aplicáveis a arbitragem e pela sistematização das melhores práticas neste campo de atuação possuem uma “*soft normativity*” com alto potencial para ser utilizada como o principal apoio para o raciocínio legal dos árbitros no processo arbitral<sup>6</sup>.

Assim, a delimitação do conceito da *soft law* para a prática e aplicação de seus dispositivos não requer, necessariamente, uma delimitação histórica que aponte suas origens, ou teorias normativas que, por vez, se confunde com a própria codificação das normas.

---

<sup>3</sup> KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. *Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity*. Journal of International Dispute Settlement, 2010. p. 2.

<sup>4</sup> MAZZUOLI, Valeria de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 5ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

<sup>5</sup> SHAW, Malcom, N. *International Law*. 6ª Edição. Cambridge University Press. 2008. Pp. 117-118.

<sup>6</sup> BERGER, Klaus Peter. *Common Law v. Civil Law in International Arbitration: The Beginning or the End?* Journal of International Arbitration, Vol. 36, Issue 3, 2019. p. 305.

Contudo, observa-se um maior expoente para a utilização de normas de caráter não-obrigatório após o fim da segunda guerra mundial, onde se expandiu as relações de direito internacional e conseqüente necessidade de regulação e suportes técnico-jurídicos.<sup>7</sup>

O principal marco deste momento é fundação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945 ao lado dos acordos firmados durante a Conferência de Bretton Woods em 1944, que deu origem a instituições como o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Mundial e a Organização Mundial do Comércio (OMC) que sedimentaram o sistema financeiro internacional.

Não é por outro motivo que a arbitragem comercial também se desenvolve na segunda metade do século XX, a partir de uma nova ordem mundial e da conseqüente da expansão do comércio internacional, se tornando uma alternativa importante para litígios perante cortes nacionais.

A ONU, certamente, é o ponto central para o desenvolvimento do instrumento de *soft law* processual que reforçam a eficácia da arbitragem internacional. Ainda em 1958, no mesmo ano em que foi editada a Convenção de Nova Iorque para Reconhecimento de Sentenças Arbitrais Estrangeiras, foi publicada pela Comissão de Direito Internacional a *Model Rules on Arbitral Procedure* com o intuito de reforçar para a comunidade internacional o aspecto jurídico do compromisso arbitral<sup>8</sup>.

É nesse cenário de expansão das arbitragens internacionais que em 1966 surge a UNCITRAL (*United Nations Commission on International Trade Law*), órgão das Nações Unidas constituído por membros especializados em direito comercial e empresarial com a finalidade de harmonizar as regras e promover um ambiente favorável para a expansão dos negócios em âmbito global. A comissão tem um papel central na elaboração dos instrumentos de *soft law* processuais, tais como a publicação da UNCITRAL *Arbitration Rules* de 1976<sup>9</sup>, a UNCITRAL *Model Law* de 1985<sup>10</sup>, além da publicação da UNCITRAL *Notes on Organizing Arbitral Proceedings* de 1996.

---

<sup>7</sup> OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; BERTOLDI, Márcia Rodrigues. *A importância do soft law na evolução do direito internacional*. Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB), ano 1, nº 10. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, p. 6268-6272.

<sup>8</sup> Disponível em: [https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft\\_articles/10\\_1\\_1958.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/10_1_1958.pdf), Acesso em: 18/05/2021; Cf. Yearbook of the International Law Commission, 1958, vol. II.

<sup>9</sup> Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-rules.pdf>

<sup>10</sup> Disponível em: <https://undocs.org/en/A/RES/40/72>

Essas publicações permanecem relevantes e úteis no cenário da arbitragem internacional e abriram o espaço para a criação outros regulamentos por outras instituições tal como a primeira versão das Regras da IBA sobre Produção de Prova na Arbitragem Internacional publicada em 1999. Mais adiante passaremos à análise da aplicação das versões revisadas de 2010 e, a mais atual revisão em 2020, das Regras da IBA e da sua relevância como *soft law* que auxilia a condução dos procedimentos arbitrais em face da ausência de normas cogentes que regulem a instrução.

### **2.1.1. A adequação da *soft law* para a arbitragem internacional**

As principais características das arbitragens internacionais estão na flexibilidade e nos poderes discricionários conferidos ao tribunal em razão do exercício da autonomia da vontade. Esses elementos possibilitam que o procedimento possa se acomodar precisamente à necessidade das partes, considerando a natureza do objeto litigioso e o elemento cultural que cada agente carrega. É possível afirmar, inclusive, que a arbitragem comercial internacional apenas existe com o propósito de servir o comerciante empresário.<sup>11</sup>

Por outro lado, a possibilidade de moldar o processo para que de adequar precisamente aos interesses das partes nele envolvidas poderá gerar um cenário indesejado de incertezas e imprevisibilidade acerca da forma como os atos serão conduzidos.<sup>12</sup> Assim, passaram a ser editados e veiculados uma série de guias e recomendações para indicar as melhores práticas no âmbito processual que hoje ocupam um patamar de suma relevância pois visam a atender os interesses dos daqueles mesmos que as editam.

É notável que os instrumentos de *soft law* suscitados nas arbitragens são, na maioria das vezes, elaboradas exclusivamente pelos próprios juristas com atuação direta na resolução de disputas por meio da arbitragem internacional, sem envolver quaisquer outros interesses políticos ou de diferentes Estados soberanos<sup>13</sup>. Trata-se, então, de uma forma de tornar mais eficiente o procedimento e harmonizar os atos dos diferentes tribunais.

---

<sup>11</sup> MUSTILL, Michael, *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*. Arbitration International, 1988, p. 86-119. Kluwer Law International.

<sup>12</sup> BLACKABY, Nigel; PARTASIDES QC, Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter International Arbitration. Student Version*. 6 ed. Oxford University Press. 2015. Pp. 227-228.

<sup>13</sup> ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional*. Atlas, São Paulo, 2014. p. 53

A elaboração de regras oriunda dos próprios atores que às utilizam resulta em um instrumento técnico, diferente do que poderia ocorrer, por exemplo, caso a arbitragem fosse regulamentada por leis ou tratados que seriam resultado de um processo legislativo que envolveria profissionais que não estão familiarizados com a prática arbitral, sejam eles legisladores, diplomatas ou parlamentares.

Sendo assim, essas normas editadas por comitês de organizações para o desenvolvimento da prática arbitral, tal como a UNCITRAL, IBA, CIArb, ICDR, CCI e diversas outras, conferem caráter persuasivo aos instrumentos publicados.

Como delineado em decisão do tribunal no caso na *Railroad Development Corporation v. Republic of Guatemala*<sup>14</sup> acerca da matéria de produção de prova:

As Regras da IBA são amplamente utilizadas pela arbitragem internacional tribunais como guia, mesmo quando não são vinculativos. Os precedentes e documentos informais, tais como as Regras da IBA, refletem a experiência de profissionais reconhecidos na área e tiram a sua força do seu mérito intrínseco e valor persuasivo, em vez de ser a partir do caráter vinculante.

Portanto, a despeito do caráter não cogente de uma *soft law* ou mesmo do fato de não se tratar de uma fonte normativa formal no âmbito do direito internacional, não significa que seus dispositivos carecem de eficácia ou de normatividade, visto que mesmo não sendo uma norma exequível, os seus destinatários podem compreendê-la como relevante. O que ocorre na prática é exatamente tal contraponto. Os instrumentos que norteiam a arbitragem sem possuir forma rígida só se tornam relevantes e confirmam sua efetividade por se tratar de um elemento que auxilia e traz vantagens à condução do procedimento.<sup>15</sup>

É possível, inclusive, que por convenção das partes, entendam certos instrumentos como de caráter obrigatório, o que faz com que sejam cumpridas por reger tal relação jurídica.

Tal situação ocorre diante do cenário onde as partes optam pela arbitragem institucional, indicando na própria cláusula compromissória que estarão vinculados as normas da instituição para a administração do procedimento. Ou, ainda, que as partes acordem prévia

---

<sup>14</sup> No original: “The IBA Rules are used widely by international arbitral tribunals as a guide even when not binding upon them. Precedents and informal documents, such as the IBA Rules, reflect the experience of recognized professionals in the field and draw their strength from their intrinsic merit and persuasive value rather than from their binding character.” Disponível em: <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0700.pdf>. Acesso em 18/06/2021.

<sup>15</sup> ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional*. Atlas, São Paulo, 2014. p. 31

e expressamente pela aplicação limitada, por exemplo, das Regras da IBA sobre Produção de Prova para reger as questões relacionadas a fase de produção de prova do procedimento. Diante disso, as normas, mesmo mantendo seu caráter de *soft law* se tornam normas contratuais e, portanto, obrigatórias, vinculantes e exequíveis tanto às partes quanto a decisão do tribunal arbitral tais como as *hard law*<sup>16</sup>.

Note-se que pela própria característica de diretriz acerca de certo tema, mesmo que as partes não incorporem ao contrato ou acordem expressamente pela utilização de uma regra de caráter não cogente, essas continuam existindo e podendo ser utilizada. Neste caso, se observará a influência da narrativa da *soft law* principalmente em ordens procedimentais a serem proferidas pelo tribunal arbitral. Isto, pois não se exclui, contudo, a possibilidade de ser apontada como fundamento para as partes influenciarem o convencimento do(s) julgador(es), estando também ao alcance do tribunal para delinear a condução do procedimento e, inclusive, impactar na decisão.

Uma estratégia para trazer maior efetividade ao procedimento se dá quando o tribunal arbitral se valer do caráter não vinculante de uma *soft law* processual para tornar o procedimento um espaço onde as partes possam atuar ativamente e se sintam sempre dispostas à organiza e inferir no procedimento, que a todo tempo deve estar de acordo com a autonomia da vontade manifestada para afastar a jurisdição estatal.

Assim, embora a arbitragem não deixe de ser um processo contencioso de heterocomposição, as partes e advogados podem cooperar e interferir em questões preliminares, por serem flexíveis e adaptáveis a realidade particular de cada litígio. Afasta-se o caráter impessoal de um processo desenvolvido nas instâncias judiciárias, promove-se um ambiente colaborativo que confere ao processo soluções muito mais coerente com a realidade das partes e razoabilidade.

Portanto, o uso das *guidelines* pode trazer as soluções mais flexíveis ao mesmo tempo que reprime condutas protelatórias ou condutas abusivas que eventualmente possa perturbar o procedimento arbitral.

---

<sup>16</sup> KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. *Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity*. Journal of International Dispute Settlement, pp. 1-17. 2010. p. 13

Esse é o ponto que a UNCITRAL buscou evidenciar com a elaboração em 1996 da primeira versão das Notas sobre Organização de Processos Arbitrais<sup>17</sup> que foi revisada e atualizada em 2016.

O primeiro item desse instrumento já demonstra que o tribunal deve abranger as partes nas decisões a serem tomadas acerca da organização do processo arbitral e buscar pelo acordo entre os envolvidos. O dever é recíproco, pois as partes também devem manter o tribunal ciente das opções adotadas pelas partes que possam afetar toda organização procedimental. Nesse ponto, é destacado pela própria UNCITRAL, que essas consultas às partes são intrínsecas a própria natureza consensual da arbitragem. Para alcançar tal finalidade, indica-se a realização de *procedural meetings*, ou seja, reuniões para que essas decisões sejam tomadas, em especial nos casos de procedimentos internacionais para alinhar as expectativas das partes que possam costumes e estilos que contrastem e criem conflitos que podem ser evitados de antecipadamente.

No mesmo sentido, a CCI editou um guia para *case management* dos procedimentos arbitrais demonstrando as estratégias consideradas mais importantes para a arbitragem. Sendo o procedimento regido pela CCI, o artigo 24 do próprio regulamento da câmara já prevê a necessidade de que o árbitro tome essas medidas<sup>18</sup>.

O que se vê é uma tentativa da comunidade internacional, de cada vez mais, trazer parâmetros concretos para o processo sem causar rigidez, de forma que se busca com a elaboração desses instrumentos para tornar mais eficiente e viabilizar a expansão da prática arbitral.

### **2.1.2. A especificidade da *soft law* à realidade arbitral**

Tratar da regulação dos procedimentos arbitrais necessariamente passa pela necessidade de abordar as vantagens e relevância dos instrumentos de *soft law* disponíveis para guiar os árbitros e as partes. Notadamente, a vantagem aqui que se fala, se dá em face de uma lei em sentido estrito ou mesmo diante da ausência completa de regulação de certo tema

---

<sup>17</sup> UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings. United Nation Commission on Trade Law, 2016. Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-notes-2016-e.pdf>. Acesso em: 18/06/2021.

<sup>18</sup> Regulamento da International Chamber of Commerce, 2021. Disponível em: <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/rules-of-arbitration/>. Acesso em: 18/06/2021.

que trate um desses instrumentos não vinculantes. Essa é o contraponto que marca a posição da doutrina de André Abbud ao tratar da relevância da *soft law* na produção de prova em arbitragem internacional.

Assim, demonstra que, de maneira mais conservadora, temos que uma *hard law* é capaz de proporcionar um cenário seguro para regular as relações jurídicas e procedimentos litigiosos. As leis, indiscutivelmente, atingem seus destinatários criando direitos e produzindo os efeitos esperados, pois foram editadas com um propósito certo. Desse modo, conferem uma expectativa de estabilidade, previsibilidade, segurança e certeza. Não apenas pelo fato de existirem parâmetros escritos, materializados e tangíveis que devem, necessariamente, ser seguidos por todos os envolvidos na relação, mas, também, pelo fato de que uma eventual transgressão da norma poderá ser retratada, seja impondo sanção ou por meio de uma execução, perante autoridade competente.

Pode-se destacar, ainda, para além do que demonstra a doutrina de Abbud, que nas instâncias do judiciário, é ainda mais evidente tal vantagem das leis em caráter vinculante, visto que, não apenas as relações jurídicas estariam acobertadas por esse cenário que a *hard law* propõe, mas também as decisões judiciais e a própria interpretação dos dispositivos, ao ser constitucionalmente garantido a recorribilidade de decisões à instancias superiores. Em contrapartida, tal hipótese não é cabível quando as partes optam por procedimento em sede de jurisdição arbitral.

Em contraponto, temos que é possível de extrair maior eficiência de uma norma para aplicação em procedimento arbitral quando se trata de uma *soft law* para os procedimentos arbitrais em detrimento de uma *hard law*.

Isso ocorre, principalmente quando considerando que o mecanismo formal de criação e alteração de leis em sentido estrito, sejam leis nacionais ou tratados, devem obedecer a um rito específico, o que o torna lento em relação a edição menos formal de uma diretriz sem força vinculante. Portanto, as *hard law* não estão propensas a acompanhar as demandas mais atuais e as constantes alterações da prática da arbitragem.

Ademais, deve-se notar o fato da pouca flexibilidade e maleabilidade dessas normas cogentes, visto que se destinam a promover uma aplicação homogênea em todos os casos, o que poderia ser considerado uma vantagem, pois garante maior segurança jurídica. Ocorre que na realidade da arbitragem, o que é mais necessário é garantir que as partes possam adaptar e moldar o procedimento para as necessidades específicas do caso concreto, inclusive quando se

trata de apaziguar conflitos entre atores internacionais, onde as bagagens de negócios e de práticas jurídicas podem ser contrastantes.

O fato de que as normas de caráter de *hard law* normalmente estão sujeitas ou relacionadas à uma jurisdição é um elemento que também afasta sua efetividade nos procedimentos arbitrais. Ao eleger a via arbitral, a possibilidade de aplicação de mecanismos de controle por órgãos do poder judiciário pode gerar um entrave no procedimento. A mera possibilidade de que haja qualquer procedimento em cortes estatais já demanda certo receio de morosidade, exatamente o que se busca evitar a todo custo em um procedimento. Além disso, a relação entre as partes pode ser afetada, visto que a tradição jurídica ou os costumes de uma delas possa lhe garantir uma aparente vantagem em relação a qualquer situação que venha surgir perante cortes estatais.

Isso poderia ocorrer na hipótese de que um texto que versasse sobre a produção de provas em sede de arbitragem, assim como as Regras da IBA, tivesse origem da jurisdição Norte-Americana. Assim, dado procedimento arbitral elege como sede Nova Iorque, bem como, a aplicação das leis dos Estados Unidos para regular o acordo. Surgindo, então, um conflito processual em relação a produção de prova documental, uma das partes, de origem Inglesa, solicita o procedimento de *discovery* amplo de documentos à contraparte, de origem Brasileira. A parte Brasileira, resiste em entregar certos documentos taxados como irrelevantes, também justificando que alguns dos documentos solicitados estaria em posse de terceiro e outros por questões de confidencialidade. Assim, o tribunal, com pouca margem discricionária diante da norma taxativa, determina que, a despeito das justificativas apresentadas, as provas devem ser produzidas em razão do que se lê na lei hipotética aplicável. Ou seja, seria imprescindível a hipótese de um amplo *discovery* de documentos e a objeção se vale como uma não-cooperação da parte para a eficiência do procedimento.

Tal situação poderia ser revertida se a norma em questão, contendo o mesmo conteúdo, tivesse natureza de *soft law*, a solicitação de produção de documentos em forma de *Discovery* amplo não seria compulsória, pois haveria a possibilidade de que o tribunal apenas se guiasse pelo conteúdo da diretriz para proceder com o levantamento das provas necessárias, aplicando-a de maneira a modular as expectativas das partes, evitando maiores controvérsias e matérias a ser discutida durante o processo.

Trata-se de um exemplo extremo, mas que seria comparável ao que pode ocorrer na realidade.

Ainda pode se dizer, que o fato de que as leis compulsórias advêm do produto do seio estatal, será editada por legisladores ou diplomatas, com pouca ou sem experiência no ramo arbitral. Assim, podem carecer de tecnicidade ou mesmo de mecanismos efetivos para a realidade de um procedimento arbitral que possui suas particularidades, pouco prováveis de serem captadas por esses agentes com olhar externo ou mesmo movidos por interesses e objetivos políticos.

Já o que ocorre com a *soft law*, é que são produtos dos próprios práticos da arbitragem e daquelas instituições voltadas a fomentar esse ramo jurídico. Assim, são muito mais polidas e específicas, pois preparadas exatamente para servir e facilitar o exercício da atividade do próprio comitê que editou a norma. São os próprios profissionais e estudiosos que, muitas vezes cumulam as características de atuar como árbitro(a), advogado(a), homem/mulher de negócios ou secretário(a), e buscar enriquecer a normativa da arbitragem.

Como aponta Abbud<sup>19</sup>, o outro cenário que propicia a emergência da *soft law* para regulação dos procedimentos arbitrais é o oposto da comparação que se faz com as leis cogentes. Há diversos temas controversos em matéria do direito internacional privado que, simplesmente, carecem de qualquer regramento jurídico.

Isso confere um grau de discricionariedade ao tribunal, que poderá é receoso, inclusive, para os próprios árbitros. Não é desejável conduzir atos processuais ou proferir uma decisão na falta de qualquer parâmetro ou o alinhamento da expectativa das partes que lhe confiaram o procedimento. A *soft law* processual auxilia a garantia do devido processo legal arbitral, o embasamento jurídico de uma decisão que poderia ser vazia em razão da lacuna, bem como, evitam a demanda da criação de uma tese jurídica complexa para resolver uma questão de forma plausível, que nem mesmo trata do mérito da disputa.

As *guidelines* podem tratar dos mais variados temas do procedimento da arbitragem. De um lado, temos a UNCITRAL que edita normais mais gerais, como a Lei Modelo para harmonizar e inspirar à criação de leis de arbitragem nacionais ou as Regras de Arbitragem com o intuito de auxiliar procedimentos *ad hoc*, sendo base do processo quando não se dispõe de regras institucionais aplicáveis ao caso para condução do processo. No outro extremo, a IBA promove a regulamentação de temas mais específicos, como a instrução probatória, os

---

<sup>19</sup> ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional*. Atlas, São Paulo, 2014. p. 56 et. seq.

conflitos de interesses e de princípios que devem ser seguidos pelos representantes das partes na arbitragem. Também vemos a CIArb que já editou dezena de guias com temas que incluem o tema de perícia técnica, elaboração de sentenças arbitrais, e mais recentemente diretrizes para audiências virtuais.

É possível listar uma grande quantidade de instrumentos com importância prática na esfera arbitral. O que se pode concluir é o empenho atrelado à essas publicações de aprimorar os procedimentos arbitrais e difundir a prática, o que resulta em uma diversidade de temas que estão abrangidos guia de condutas e boas práticas elaborados com especificidade, conhecimento, profundidade e tecnicidade. Assim, o processo arbitral vai se tornando muito mais refinado e preciso.

### **2.1.3. A versatilidade na elaboração de uma *soft law* em relação à uma *hard law***

É relevante destacar na discussão acerca da prevalência do uso dos instrumentos de *soft law* nos procedimentos arbitrais, estes possuem uma vantagem formal ante à uma *hard law* para a regulação dos temas processuais da arbitragem.

Em se tratando de arbitragem internacional, a principal fonte normativa que pode reger as relações entre controvérsias entre partes estrangeiras são os tratados internacionais. Assim, o principal motivo pelo qual é preferível regular certos temas da arbitragem por meio de diretrizes se trata do processo menos burocrático para edição, revisões ou modificações nos seus termos quando comparado ao mecanismo dos tratados.

Em contraposição ao caráter não cogente da *soft law*, os tratados carregam uma natureza de obrigação. A Convenção de Viena sobre direito dos Tratados de 1969<sup>20</sup>, em seu artigo 2(1) define tratado como “acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica”.

A elaboração desses acordos multilaterais, necessariamente, depende do processo de negociação entre os Estados mediante conferências internacionais. Nesse contexto, interesses políticos de cada autoridade certamente interferem na aprovação preliminar e adoção do texto

---

<sup>20</sup> BRASIL. Decreto nº 7.030/09 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. Diário Oficial da União de 15 de dezembro de 2009, p. 59. Brasília, 1996.

a qual estarão vinculados. A diferença cultural entre as jurisdições, nesse momento, não está em busca de harmonização, mas sim de adaptarem deus dispositivos para tornar favorável a coexistência dentro da maior quantidade de partes aderentes. Esse fenômeno ocorre, pois para que a convenção se torne efetiva é necessário que a aprovação do texto de um tratado internacional se dê, ao menos, por maioria de 2/3 dos estados votantes, conforme previsão do art. 9(2) da Convenção de Viena.

Além disso, não basta que o consentimento do Estado se manifeste perante a comunidade internacional para que o tratado possa produzir efeitos em relação à jurisdição interna. Muitos Estados determinam a necessidade de realizar o procedimento legislativo é necessário para revisar, aprovar, tratar de quaisquer reservas ao texto da convenção.

A formalidade e os interesses políticos legislativos que cada Estado exige em razão do caráter vinculante da norma, como consequência, consome tempo, que pode se tornar anos ou até décadas.

Temos como exemplo em matéria processual arbitral a Convenção de Nova Iorque (CNI), pois seu processo negociador originário foi iniciado no ano de 1955 com a minuta do anteprojeto do tratado, contando com o envolvimento, não apenas de diversos Estados, mas também de entidades ligadas à ONU e ao fomento do comércio internacional, como a Unidroit e câmaras de comércio.

As conferências diplomáticas para a negociação e assinatura da Convenção ocorreram entre maio de junho de 1958, na ocasião em que diversas propostas de emendas ao texto do anteprojeto foram propostas, com participação, também, da delegação brasileira.<sup>21</sup>

A partir do que própria convenção estipula no art. XII que sua vigência se daria a partir do 90º dia após a data de depósito do terceiro instrumento de ratificação ou adesão, a CNI só entrou em vigor um ano mais tarde em 1959<sup>22</sup>. No caso do Brasil, vemos que apesar de aderir à convenção à época da sua elaboração, a ratificação do tratado e incorporação o diploma no ordenamento jurídico brasileiro só veio ocorrer em 23 de julho de 2002 por meio do Decreto nº 4.311.

---

<sup>21</sup> POLIDO, Fabricio Bertini Pasquot. *História e Memória da Arbitragem Comercial Internacional: 'Travaux Préparatoires' da Convenção de Nova Iorque de 1958*. Em LEMES, Selma Ferreira; LOPES, Christian Sahb Batista (Coords.). *Arbitragem Comercial Internacional e os 60 anos da Convenção de Nova Iorque*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. Pp. 661-716.

<sup>22</sup> BRASIL. Decreto nº 4.311 de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção Sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Diário Oficial da União de 24 de julho de 2002, p. 3. Brasília, 2002.

No mesmo sentido, não podemos esperar que todas as jurisdições regulem a arbitragem em todas os seus aspectos para atender às questões procedimentais. Tal como especificidades acerca da produção de prova documental, realização de perícias, a ética no procedimento arbitral, ou mesmo o conflito de interesse entre árbitros, partes, peritos e seus representantes.

Não apenas pela variedade e minúcias das matérias que podem ser objeto de uma diretriz processual para arbitragem, mas também devemos observar a dinâmica complexa da sociedade. O mundo quando foi editada a CNI, por exemplo, não vive a mesma realidade atual.

Além disso, fenômenos naturais imprevisíveis podem alterar toda a dinâmica socioeconômica mundial, como foi ao que se viu no início do ano de 2020 com a disseminação do coronavírus e que causou diversos impactos também na condução dos procedimentos arbitrais, especialmente na arbitragem internacional.

As restrições de locomoção e viagens, bem como a inviabilidade de realizar encontros presenciais para realização de audiências como medida de prevenção a disseminação do Covid-19, fizeram com que o universo da arbitragem tivesse que se adaptar rapidamente à essa nova demanda. Uma das medidas para mitigar o cenário de incertezas foi a edição de diversos guias sobre o tema de condução de audiência remotas, videoconferências com fins de suprir os encontros presenciais pautados pela segurança jurídica e formalidade que é esperada na condução de uma arbitragem.

Por este olhar, em que pese o fato de o tribunal possuir poderes para determinar a realização de audiências remotas, o exercício desse poder depende de cautela. É necessário compreender o contexto técnico, análise de custos, viabilidade para as partes, a necessidade de produção de prova oral, entre outros fatores.

Portanto, no primeiro semestre de 2020, diversas instituições voltadas à prática da arbitragem em todo o mundo se dedicaram à edição de diretrizes para manter a condução dos procedimentos de maneira remota e eficiente<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Cf.: AAA-ICDR, Virtual Hearing Guide for Arbitrators and Parties; KCAB, Seoul Protocol on Video Conferencing in International Arbitration; Africa Arbitration Academy, Protocol on Virtual Hearings in Africa American Chamber-Peru, Virtual Arbitration Guide; CAM-CCBC, Notas sobre Reuniões e Audiências Remotas do CAM-CCBC; VIAC, The Vienna Protocol, A Practical Checklist for Remote Hearings.

A elaboração da *soft law* de maneira ágil em frente ao problema enfrentado, tratando-se de instrumentos que fornecem um passo-a-passo para um planejamento e organização desses procedimentos.<sup>24</sup>

Em 9 de abril de 2020, a CCI trouxe à tona um guia preparado com o intuito para mitigar os efeitos da pandemia e evitar o surgimento de novas disputas que pudessem obstruir o andamento dos processos. Para tanto, além de tratar da organização das audiências remotas, tratou de estipular medidas para evitar atrasos como indicar a possibilidade do tribunal proferir uma ou mais sentenças parciais acerca das controvérsias discutidas a fim de chegar promover maior eficiência na resolução do caso.<sup>25</sup>

Também contribuiu para tratar da adaptação dos procedimentos mediados pela tecnologia a CIArb por meio do “*Guidance Note on Remote Dispute Resolution Proceedings*”<sup>26</sup>, tratando acerca das questões de logísticas, burocráticas e do impacto para os procedimentos *ad hoc*.

Em contrapartida, até então, não se há registro de leis nacionais ou tratados que se disponham a regular essa nova realidade. A maior parte dos diplomas que regulam a arbitragem mediante as leis nacionais ao redor do mundo é baseado nos termos da Lei Modelo da UNCITRAL, que foi editada em 1985 e revisada em 2006, buscando uniformizar e trazer parâmetros para que as jurisdições possam legislar em matéria arbitral e viabilizar a arbitragem internacional. O preâmbulo esclarece que a Lei Modelo visa ser “aceitável para os Estados com diferentes sistemas legais, sociais e econômicos, contribuindo para o desenvolvimento harmônico das relações econômicas internacionais”<sup>27</sup>.

O artigo 24 da Lei Modelo se dedicou ao tema das Audiências e Procedimentos escritos estabelecendo o poder do tribunal arbitral em determinar a realização de audiência mediante prévia notificação das partes.

---

<sup>24</sup> SCHERER, Maxi. *Remote Hearings in Arbitration and What Voltaire Has to Do With It*. NYSBA. New York Dispute Resolution Lawyer. Vol. 13, nº 2. Summer, 2020.

<sup>25</sup> ICC Guidance Note on Possible Measures Aimed at Mitigating the Effects of the COVID-19 Pandemic, 9 de abril de 2020. Disponível em: <https://iccwbo.org/content/uploads/sites/3/2020/04/guidance-note-possible-measures-mitigating-effects-covid-19-english.pdf>. Acesso em: 18/06/2021

<sup>26</sup> <https://www.ciarb.org/media/8967/remote-hearings-guidance-note.pdf>

<sup>27</sup> Tradução livre do texto original: “(...) the establishment of a model law on arbitration that is acceptable to States with different legal, social and economic systems contributes to the development of harmonious international economic relations.” UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. United Nations Commission on International Trade Law, 2006. p. vii. Disponível em: [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955\\_e\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09955_e_ebook.pdf). Acesso em: 18/06/2021.

Assim, para evitar maiores prejuízos ao andamento do procedimento arbitral que afetem o custo-benefício da jurisdição privada, as diretrizes viam suplementar as lacunas deixadas por esses outros dispositivos aplicáveis aos casos, em geral. Com isso, algumas situações não podem aguardar todo o processo formal de alteração leis em sentido estrito para vincular os julgadores, nem mesmo esse pode ser um objetivo da arbitragem internacional. Os instrumentos de *soft law* podem servir como balizadores para que no exercício da autonomia privada e mediante a flexibilidade inerente ao procedimento arbitral, se possa encontrar a solução mais adequada ao caso.

É possível dizer que o âmbito da arbitragem buscou um caminho racional para combinar diferentes critérios e paradigmas, sem que as questões econômicas e políticas dos entes públicos pudessem interferir nas suas relações, onde as variáveis independência, legitimidade e efetividade passam a ser os principais comandos que organizam o sistema<sup>28</sup>.

Isso se dá especialmente porque as normas que regulam a arbitragem tendo sido elaboradas com o intuito de atingir o objetivo de um processo eficiente, elaborada pelos próprios atores que serão alvos da norma, terão uma maior habilidade de controlar o comportamento das partes por serem legitimada por elas. Nesse ponto, os problemas podem ser resolvidos sem o impacto de sanções severas, mas por meio de buscar o comportamento efetivo de todos os participantes do processo.

Portanto, apesar de já reconhecida a possibilidade de que o conjunto de normas da arbitragem internacional possa incluir, seja como guia ou fundamento de atos e decisões do tribunal arbitral, é um mecanismo importante para conferir mais efetividade e legitimidade ao procedimento arbitral.

### **3. COMPATIBILIDADE DA *SOFT LAW* COM A REGULAÇÃO DA PRODUÇÃO DE PROVA NO PROCEDIMENTO ARBITRAL**

Após a análise da relevância dos instrumentos de *soft law* em relação ao direito internacional privado, o que se vê é a necessidade de esclarecer como se apresenta a estrutura

---

<sup>28</sup> KARLSSON-VINKHUYZEN, Sylvia I.; VIHMA, Antto. *Comparing the legitimacy and effectiveness of global hard and soft law: An analytical framework*. Journal of Regulation & Governance, Vol. 3, Issue 4. Pp. 400-420. Blackwell Publishing Asia. 2009.

normativa da arbitragem internacional e a possibilidade de que esses instrumentos informais possam ser uma fonte legítima de direito.

Não apenas isso, mas para tratar desse tema, um ponto crucial que permeia as discussões sobre a regulação da produção de prova é das diferenças dos métodos típicos de cada tradição jurídica. No procedimento de uma arbitragem internacional é exatamente onde se encontram as partes e julgadores de origens diferentes, o que pode dar ensejo a controvérsias teóricas sobre a condução do processo de produção de prova, especialmente.

Por fim, é importante observar os pontos de crítica acerca do uso da *soft law* como fonte de norma para o procedimento arbitral. Inclusive, parte da comunidade internacional se mostrou insatisfeita com a prática que tem sido difundida pelas Regras da IBA sobre Produção de Prova. O choque entre culturas jurídicas provocou a elaboração de outra diretriz para indicar um rito instrutório ao procedimento que se aproxime das tradições de *civil law*, tais regras foram publicadas em 2018 e são conhecidas como Regras de Praga.

### 3.1. A *SOFT LAW* NA ESTRUTURA NORMATIVA DA ARBITRAGEM

Em que pese se propague a arbitragem como um meio flexível e que privilegia a autonomia da vontade das partes contratantes e a discricionariedade do tribunal arbitral para conduzir e decidir a controvérsia, devemos observar que existem parâmetros concretos que devem ser seguidos.

O brocardo latino e princípio do direito dos contratual do *pacta sunt servanda*, nos propaga o costume de que o contrato “faz lei entre as partes”. E, de fato, o contrato como um instrumento formal dotado de poder de execução, garantem que o cumprimento das obrigações estipuladas. Isso não significa que o contrato cria a lei das partes em sentido estrito, mas sim cria-se direitos e deveres que são pautados em instrumentos legais.

O mesmo ocorre no contexto da arbitragem, em que pese o caráter contratual de uma cláusula ou compromisso arbitral, a arbitragem internacional não está sediada em um vácuo legal. Diferentemente disso, como aponta a doutrina de Redfern e Hunter, diferente do que ocorre nos procedimentos arbitrais domésticos, a arbitragem internacional envolve uma interação complexa de leis, normas e sistemas normativos.

Nesse sentido, aponta que há ao menos cinco tipos diferentes de normas que balizam são aplicadas à arbitragem: (1) a lei que governa a convenção de arbitragem e a performance desse acordo; (2) a lei que governa a formação e os procedimentos do tribunal arbitral (*lex*

*arbitri*); (3) as leis e dispositivos aplicáveis ao mérito da disputa, ou as questões propriamente contratuais; (4) diretrizes e recomendações não-vinculantes; (5) as leis aplicáveis ao reconhecimento e execução da sentença arbitral<sup>29</sup>.

Portanto, as fontes normativas da arbitragem, em regra, serão determinadas pelas próprias partes, ou então, são aplicáveis em razão de vinculação ao território, como no caso das leis que se relacionam com a execução de sentença ou em razão do local eleito como sede da arbitragem.

Assim, perspectiva sobre o uso de diretrizes e guias de conteúdo processual na arbitragem deve ser analisado em conjunto com outras fontes normativas do instituto e ocupa um espaço residual. Há essencialmente um caráter hierárquico entre essas regras.

A *soft law*, em regra, trata de questões principiológicas e de temas que não são aprofundados por essas leis aplicáveis ao caso, ou mesmo em situações lacunosas em que não há qualquer disposição formal que indique a prática a ser adotada. Ainda assim, não há como se dizer que uma *soft law* não tenha aptidão para funcionar como uma fonte normativa em matéria de arbitragem.

Devemos observar, ainda, que a aplicação dessas normas varia de acordo com a autonomia da vontade das partes e com a próprio poder discricionário conferido ao tribunal arbitral. É a premissa que se tem na arbitragem internacional, como destaca Gary Born:

“é a condução do procedimento da arbitragem internacional (...) que leva as partes ao acordo para arbitrar suas disputas, especialmente, (...) as partes acordam em arbitrar com o objetivo de obter um procedimento justo e neutro que seja flexível, eficiente e capaz de ser ajustado às necessidades da disputa particular delas, sem fazer referência a formalidades e tecnicidades de regras processuais aplicáveis em cortes nacionais”<sup>30</sup>.

Não apenas às normas apontadas pelas partes ou entendidas como relevantes para os árbitros, o julgamento contido na sentença arbitral deve estar de acordo com os termos de tratados internacionais multilaterais que governam o procedimento. As convenções reconhecem e dão efetividade à autonomia de vontade das partes em sede de arbitragens internacionais, visto que o tribunal deverá levar em consideração os termos desses documentos ao proferir sua decisão, visando exequibilidade da sentença arbitral.

---

<sup>29</sup> BLACKABY, Nigel; PARTASIDES Q.C., Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter International Arbitration. Student Version*. 6ª ed. Oxford University Press. 2015. pp. 156-157.

<sup>30</sup> BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2ª ed. Wolters Kluwer, 2014. p. 2123.

Com papel central nessa regulação temos a Convenção de Nova Iorque (CNI) que estabelece no artigo V, 1, d, que o reconhecimento da sentença arbitral poderá ser indeferido sob fundamento de que:

“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.”

O escopo do artigo visa assegurar que na prática da arbitragem irá prevalecer a autonomia das partes, de forma que uma lei relacionada ao local em que se realiza o procedimento arbitral só será aplicada em caráter suplementar. Sendo assim, é possível que as partes possam acordar em lei que regule o procedimento que seja distinta do local eleito para condução do processo, além da do regulamento de alguma instituição arbitral.

Não apenas a CNI assinado em 1958, mas também a Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional, ou simplesmente Convenção do Panamá, de 1975, negociado e assinado por países da América Latina e Estados Unidos para tratar de questões processuais da arbitragem internacional. Ademais, é possível listar outros tratados que versam sobre arbitragem como: o Protocolo de Genebra de 1923, a Convenção de Genebra de 1927, a Convenção Europeia de 1961, a Convenção de Washington de 1965 e a Convenção de Moscou de 1972.

Na visão de Albert Jan van den Berg, as convenções internacionais são um esforço da comunidade internacional para harmonizar as decisões judiciais e conferir interpretações uniformes ao redor do mundo das questões envolvendo arbitragem comercial internacional<sup>31</sup>.

Para Born<sup>32</sup>, ainda se vê requisitos obrigatórios que devem ser aplicados aos procedimentos capazes de prevalecer tanto mediante aos acordos processuais feitos pelas partes quanto a discricionariedade do tribunal em conduzir o procedimento. Trata-se dos princípios basilares, normalmente reconhecidos e fundados nos princípios constitucionais domésticos, devendo ser adaptado ao processo arbitral (mesmo que internacional) para garantir uma proteção processual mínima. Em regra, esses princípios se referem ao devido processo legal e aspectos de proteção aos direitos de igualdade de tratamento entre as partes e de possibilidade de apresentar o seu caso e ser ouvido.

---

<sup>31</sup> BERG, Albert Jan van der. *The New York arbitration convention of 1958*. Kluwer Law and Taxation Publishers. 1981. p. 395.

<sup>32</sup> BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2ª ed. Wolters Kluwer, 2014. pp. 2163-2175.

Além de normalmente se tratar de fundamentos constitucionais, esses princípios estão previstos também no artigo 18 da Lei Modelo da UNCITRAL de 1985<sup>33</sup>, dando aso para que as partes possam expressamente eleger tal como lei aplicável ao seu caso, ou mesmo, com grande probabilidade de que o dispositivo tenha sido replicado ou integrado esses princípios na lei de arbitragem nacional adotada pelas partes.

Sendo assim, não violando tal princípio, uma *soft law* poderá ser utilizada como fonte de direito para o procedimento arbitral, uma vez que “constitui importante ferramenta para ajudar os árbitros – e também as partes – no objetivo de imprimir eficiência ao procedimento”<sup>34</sup>.

Não apenas isso, mas a adoção de um instrumento de *soft law* processual na arbitragem confere parâmetros objetivos para a práticas de certos atos que não estejam previstos em outras normas acordadas pelas partes. Assim, serve de guia de conduta para os atores do processo e, conseqüentemente, diminuem os custos da transação.

Note-se que os regulamentos institucionais, sem dúvidas, também são instrumentos dotados da natureza de *soft law*. Entretanto, como explica Gabrielle Kaufmann-Kohler<sup>35</sup>, essas normas possuem um caráter um pouco diferente, pois mesmo que as partes não façam referência expressa acerca de normas institucionais a serem utilizadas, mas apontem a instituição de arbitragem à qual desejam submeter suas disputas temos que as regras procedimentais da instituição passam a fazer parte do conjunto legal parte do contrato – ou seja, as partes se obrigam a cumpri-la. Por outro lado, quando não incorporadas ao contrato, nem mesmo por menção à instituição de arbitragem, essas regras podem ter impacto em decisões de outros julgadores, instituições, legisladores ou tribunais. Nesse cenário, se vê que devem também ser categorizadas como uma *soft law* na arbitragem.

O que se vê, é um claro espaço para a coexistência de normas de naturezas distintas na arbitragem, em especial, para que cada uma delas regule aspectos específicos do procedimento ou da relação jurídica material das partes. Isso se dá pela possibilidade de as

---

<sup>33</sup> 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. Tradução livre: As partes devem ser tratadas com igualdade e a cada parte deve ser dada a oportunidade completa de apresentar o seu caso.

<sup>34</sup> ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e produção de provas na arbitragem internacional*. Atlas, São Paulo, 2014. p. 94.

<sup>35</sup> KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. *Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity*. Journal of International Dispute Settlement, 2010. p. 288.

partes moldarem o processo, decidirem acerca dos parâmetros que irão balizar a relação entre elas e quais os instrumentos mais adequados para tanto. Com isso, busca-se diminuir os impactos das relações multiculturais, se afastando da rigidez e dos impasses que possa surgir em um processo internacionalizado se estivesse restrito às leis de uma só jurisdição.

### 3.2. A INTERAÇÃO ENTRE AS CULTURAS JURÍDICAS NA PRODUÇÃO DE PROVA DA ARBITRAGEM INTERNACIONAL

A arbitragem internacional não pode ser encaixada como um mecanismo específico oriundo de uma tradição jurídica de *commom law* ou de *civil law*. Difere-se das arbitragens domésticas que, em regra, se utilizam dos sistemas normativos do local da arbitragem para conduzir o procedimento.

Neste sentido, a pode-se dizer que a arbitragem internacional se enquadra em uma terceira categoria, atribuído de caráter transacional. É condição da própria existência do sistema da arbitragem, apartado e autônomo de qualquer sistema jurídico e de ordenamentos jurídicos estatais.<sup>36</sup>

Cenário este que se funda na existência de leis de arbitragem transnacionais. Como dita o jurista norte-americano Jessup C. Phillip<sup>37</sup>, a terminologia “*private internatinal law*” (lei de direito internacional privado) não se adequa, de fato, ao que se vê na prática, entendendo como mais adequada adoção do termo “*transnational law*” (leis transnacionais), visto que inclui todos os dispositivos que regulam ações ou eventos que ultrapassem as fronteiras nacionais.

Por tal terminologia estão abarcadas tanto as questões de nas questões de direito internacional público, quanto as de direito internacional privado e outras regras que não se enquadram necessariamente nessas categorias. No texto original, têm-se:

“(...) “private international law” -- is not encouraging to me. My choice of terminology will no doubt be equally unsatisfactory to others. Nevertheless I shall use, instead of “international law,” the term “transnational law” to include all law which regulates actions or events that transcend national frontiers. Both public and private international law are included, as are other rules which do not wholly fit into such standard categories.<sup>38</sup>”

<sup>36</sup> BERGER, Klaus Peter. *Common Law v. Civil Law in International Arbitration: The Beginning or the End?*. Journal of International Arbitration, Vol. 36, Issue 3, 2019. p. 296.

<sup>37</sup> JESSUP, Philip C. *Transnational Law*. Yale University Press, New Haven, 1956, p. 2.

<sup>38</sup> Idem. Ibidem. Tradução Livre do texto original: Direito internacional privado. não é promissor para mim. A minha escolha terminológica será, sem dúvida, igualmente insatisfatória para outros. No entanto, utilizarei, em

Os dispositivos de lei com característica transacional, só podem, portanto, emanar da própria comunidade arbitral internacional. O desenvolvimento da *soft law* nesse contexto ilustra a vitalidade epistemológica que move os arbitralistas, as instituições arbitrais e as organizações profissionais (tais como a IBA, CCI, CI Arb, CBar e outros).

Neste sentido, Alexis Mourre entende que a melhor forma de desvincular a prática da arbitragem internacional dos sistemas jurídicos nacionais é tratando este instituto como um direito transnacional:

“La existencia de un derecho arbitral transnacional es una condición esencial para que el arbitraje pueda existir como sistema de justicia autónomo y desvinculado de los órdenes jurídicos nacionales. Y, como se ha dicho, este derecho trans nacional solo puede ser una emanación de la misma comunidade arbitral internacional. La forma con la cual se genera y se consolida este derecho es precisamente la elaboración de guías, reglas y normas no obligatorias, las cuales sin embargo aceden a un cierto nivel de normatividad por el consenso general que logran realizar y el consecuente sentimiento de obligación moral en aplicarlas, que generan por parte de los árbitros y de las partes.<sup>39</sup>”

Tal dinâmica permite-se combinar e compilar as melhores práticas e questões inovadores para elaboração das diretrizes. Não seria, portanto, de qualquer outra forma que a arbitragem se expande e desenvolve, pois a elaboração de guias, regras e normas não cogentes se consolidam e atingem certo nível normativo consensual que cria, por consequência, um dever moral de aplicá-las<sup>40</sup>.

Mediante a qualidade do processo arbitral internacional e do crescimento do consenso acerca da sua natureza transacional nas últimas décadas se deu especialmente no final da década de 1980 sob influência da edição pela redação da UNCITRAL Model Law em 1985. Traduz-se a homogeneização da prática arbitral por meio da adoção, atualmente, da

vez de “direito interacional”, o termo “direito transnacional” para incluir todo o direito que regula ações ou acontecimentos que transcendem fronteiras nacionais. Estão incluídas tanto o direito internacional público, bem como outras regras que não se enquadram inteiramente em tais categoriais padrão.

<sup>39</sup> Mourre, Alexis. *La soft law como condición para el desarrollo de la confianza em el arbitraje internacional*. CEU Ediciones. Fundación Universitaria San Pablo CEU. Madrid, 2018. P. 28. Tradução Livre do texto original: A existência de um direito arbitral transnacional é uma condição essencial para que a arbitragem possa existir como sistema jurídico autônomo e desvinculado dos ordenamentos jurídicos nacionais. E, como já foi dito, esse direito transacional somente pode ser emanado de uma mesma comunidade arbitral internacional. A forma com a qual se gera e se consolida esse direito é precisamente a elaboração de guias, regras e normas não obrigatórias, as quais sem embargo ascendem a um certo nível de normatividade pelo consenso geral logram realizar e o consequente sentimento de obrigação moral em aplicar-las, que surge por parte dos árbitros e das partes.

<sup>40</sup> MOURRE, Alexis, *Soft law as a condition for the development of trust in international arbitration*. Revista Brasileira de Arbitragem, vol. 13, Issue 51, pp. 82-98. 2016. p. 87

regra mencionada por mais de 110 jurisdições como base ou integralmente como a lei de arbitragem doméstica desses países<sup>41</sup>.

Os parâmetros de melhores práticas promovem a criação de novas regras para áreas específicas da arbitragem internacional, como a produção de provas, conflito de interesses, escolha dos árbitros, conduta dos advogados e outras. Neste contexto mais atual, se vê a mais expressiva e bem-sucedida norma: as Regras da IBA sobre Produção de Prova, que em sendo amplamente aceita e aplicada<sup>42</sup>.

Portanto, em razão do sucesso global destes guias, entende-se na doutrina que tal *soft law* é capaz de criar um caminho entre a os parâmetros práticos e expectativas tanto para os praticantes da arbitragem de tradição jurídica de *common law*, quanto aos de *civil law*. A própria IBA sobre Produção de provas estabelece em seu prefácio que seus dispositivos “refletem procedimentos utilizados em vários sistemas jurídicos diferentes, e podem ser particularmente úteis quando as partes se originam de culturas jurídicas diferentes”<sup>43</sup>.

É necessário destacar nesse ponto, a posição de Abbud quanto a realidade acerca dessa dicotomia dos planos jurídicos na arbitragem<sup>44</sup>. Na visão do autor, não é difícil de se observar que os atores envolvidos em um procedimento arbitral internacional costumam agir de maneira a tentar influenciar o andamento do processo para que se aproxime o tanto quanto possível da sua zona de conforto. Mesmo que não o faça de maneira intencional, cada participante carrega consigo suas próprias bagagens culturais, conseqüentemente irá refletir no andamento processual.

Notadamente, a arbitragem praticada hoje evoluiu nas últimas décadas mediante a confluência entre culturas jurídicas, promovendo embate entre seus valores, institutos e padrões. Tendo surgido originalmente na Europa, a arbitragem foi fruto de tradições de países de *civil law*. Com o avanço da prática e a influência norte-americana, passou a incorporar aos poucos características típicas da *common law*.

---

<sup>41</sup> BERGER, Klaus Peter. *Common Law v. Civil Law in International Arbitration: The Beginning or the End?*. Journal of International Arbitration, Vol. 36, Issue 3, 2019. p. 300-301

<sup>42</sup> Idem. Ibidem. p. 303

<sup>43</sup> IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. International Bar Association, 17 dezembro de 2020. p. 5. Disponível em: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b>. Acesso em: 18/06/2021.

<sup>44</sup> ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional*. Atlas, São Paulo, 2014., pp. 68-82.

A importante ressalva que é feita por Abbud está no fato de que “a oposição entre um sistema da *common law* e um sistema da *civil law* é uma simplificação radical da realidade, generalização repleta de aproximações”<sup>45</sup>. A observação também é apontada por Redfern e Hunter, ao tratar que a dicotomia pode haver um sobredimensionamento do problema, pois há muitas variações dentro de cada um dos sistemas<sup>46</sup>. Não por motivo diferente de que não se trata de um confronto entre dois blocos estanques de países que contemplam as mesmas características jurídicas de forma nítida ou idêntica umas as outras. Em verdade, os países considerados de mesma tradição jurídica possuem leis distintas e práticas jurídicas variadas.

Ainda assim, mesmo que necessária a ressalva, os termos podem continuar sendo adotados ciente de que se trata de uma generalização,

“tomamos como modelos teóricos, tipos ideais weberianos, elas fornecem representações úteis para a investigação e análise de algumas das principais diferenças existentes entre os países sobre modos de se conduzir a arbitragem e, em especial, de se produzir provas <sup>47</sup>.”

O maior impacto que dá ensejo a discussão acerca da dicotomia entre as tradições jurídicas, se dá pela diferença encontrada nos processos judiciais quando do papel do julgador na iniciativa para produção e apresentação de provas.

Em geral, na maior parte dos países de tradição do *common law* a iniciativa de produção de prova é quase que inteiramente depositada às partes, onde essas apresentam seus casos e fundamentam da maneira que entendam que o julgador melhor avalie a sua posição. Enquanto isso, mediante atuação mais passiva, os julgadores estão encarregados de administrar a produção de prova para que esteja de acordo com as leis aplicáveis, e ao final, após analisar as provas apresentadas decidir acerca da tese que lhe tenha sido mais adequada ou convincente. Trata-se do modelo adversarial.

Em contrapartida, o que se verifica na tradição das cortes de tradição na *civil law* é que os julgadores costumam adotar uma postura muito mais ativa no papel de conduzir o procedimento, especialmente na colheita das provas que entendem pertinentes para o convencimento acerca do problema. Assim, temos o modelo inquisitorial, onde um tribunal

---

<sup>45</sup> ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional*. Atlas, São Paulo, 2014., p. 70

<sup>46</sup> BLACKABY, Nigel; PARTASIDES Q.C., Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter International Arbitration. Student Version*. 6ª ed. Oxford University Press. 2015, p. 376.

<sup>47</sup> ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional*. Atlas, São Paulo, 2014.,p. 70.

mais afeito à esta tradição tratará de ser o responsável por indicar os pontos controversos que devem ser alvo de produção probatória. Por maior interesse no resultado da instrução processual, demanda diretamente as testemunhas, indica documentos relevantes a serem trazidos à sua apreciação, indica a necessidade de trazer opiniões técnicas por meio de perícias ou *expert witnesses*, entre outras medidas que poderão ser adotadas.

Assim, a depender da composição do tribunal ou das partes envolvidas em um procedimento, há diferenças que são notáveis e que podem influenciar na maneira como será conduzido o procedimento arbitral, notadamente em como será feita a investigação dos fatos.

Portanto, aqueles árbitros com base em países da Europa Continental, América Latina, Japão ou China, tendem a preferir a produção de prova com base em documentos em detrimento de provas testemunhas. Por tal motivo, se vê um cenário onde o julgador tem um papel mais ativo na inquirição de testemunhas, por partirem do pressuposto que estas podem tentar enganar o tribunal para fazer aceitar a tese de defesa da parte que a arrolou<sup>48</sup>. Outra característica típica da inquisitorialidade típica da *civil law*, é que o tribunal costuma apontar o seu próprio perito para realizar a análise técnica em questão.

Quanto aos árbitros advindos de países como os Estados Unidos, a Inglaterra, a Índia, Cingapura e até mesmo os países escandinavos e os Países Baixos costumam abordar a colheita de provas de forma muito mais ampla. Os procedimentos de caráter adversarial típico da *common law*, costuma ser conduzido com o emprego de técnicas como ampla produção coercitiva de documentos (*discovery*), os advogados estão acostumados a realizar longos depoimentos orais, livres para fazerem intervenções e questionamentos diretos aos depoentes tanto aos que foram arrolados pelo seu próprio cliente (*direct examination*), quanto às testemunhas trazidas pela parte contrária (*cross examination*). Ademais, geralmente apresentam laudos técnicos de perícias realizadas por interesse da própria parte, sem intervenção do tribunal<sup>49</sup>.

Esclarece a doutrina de Redfern e Hunter<sup>50</sup>, que essa generalidade nem sempre será o que vai ocorrer na prática. Isso, porque os tribunais compostos por três árbitros com experiência em arbitragem internacional, mesmo que advindos de diferentes países e com

---

<sup>48</sup> BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2ª ed. Wolters Kluwer, 2014. pp. 2204-2207.

<sup>49</sup> ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional*. Atlas, São Paulo, 2014., p. 71.

<sup>50</sup> BLACKABY, Nigel; PARTASIDES Q.C., Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter International Arbitration. Student Version*. 6ª ed. Oxford University Press. 2015., pp. 377-378.

tradições jurídicas opostas, tratam a produção de prova de maneira pragmática. Assim, independentemente de serem de países de cultura de *common law* ou *civil law*, os árbitros irão buscar esclarecer os fatos necessários para que os problemas entre as partes possam ser devidamente apreciados. Isso se justifica por um conseqüência lógica de que, ficar preso ao emprego de certas técnicas de produção de prova pode impedir ou criar barreiras para que o objetivo da instrução processual seja atingido.

Ainda assim, normalmente, os tribunais arbitrais internacionais são híbridos, no sentido de que será composto por profissionais de diferentes culturas arbitrais. Caso o tribunal estabelecido seja homogêneo com árbitros de mesma nacionalidade, sugere Redfern e Hunter<sup>51</sup> uma maior cautela do corpo de advogados que representam as partes, inclusive tomando medidas que contem com a inclusão de novos membros no time que esteja familiarizado com a tradição que o tribunal está mais propenso a seguir. No caso dos tribunais híbridos, essa cautela não é tão necessária, pois naturalmente o tribunal será mais flexível quanto a produção de prova.

É nesse cenário que a harmonização ou internacionalização do procedimento arbitral vem sendo defendida na doutrina e posta em prática por meio da elaboração das diretrizes. Para Born, tem sido exitosa a tentativa de equilibrar os impactos das diferenças entre as tradições jurídicas na condução do procedimento arbitral, especialmente por meio das Regras da IBA<sup>52</sup>. Inclusive, os próprios esforços dos tribunais em buscar soluções que se adequem à transnacionalidade e a multiculturalidade da arbitragem para alcançar as expectativas legítimas das partes, já levam a certa harmonização e evita o apeço pelos regimes, culturas e leis nacionais na arbitragem.

Deste modo, temos que a produção de prova, por ser um dos momentos cruciais do procedimento, pode ser impactado pelo choque entre as diferentes técnicas e mecanismos. Quando o resultado dessas diferenças causa incertezas e falta de segurança das partes, os atores em sede de arbitragem têm recorrido aos mecanismos de *soft law*, notadamente as Regras da IBA, para que se possa estabelecer parâmetros concretos e manter a legitimidade do processo arbitral.

---

<sup>51</sup> BLACKABY, Nigel; PARTASIDES Q.C., Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. Redfern and Hunter International Arbitration. Student Version. 6<sup>a</sup> ed. Oxford University Press. 2015. p. 378.

<sup>52</sup> BORN, Gary B. International Commercial Arbitration. 2<sup>a</sup> ed. Wolters Kluwer, 2014. pp. 2207-2209.

### 3.3. CRÍTICAS AO USO DA *SOFT LAW* PROCESSUAL

Por outro lado, tratar da *soft law* como fonte do direito internacional pode ser uma posição um tanto controversa para o entendimento da doutrina. Há críticas no sentido de que a busca por uma prática do processo arbitral de forma harmônica viola as bases do instituto, de forma que a propagação de normas processuais em caráter de *soft law* podem gerar impactos indesejados ao futuro da arbitragem. Não apenas isso, mas a posição mais tradicional sobre o tema entende as normas sem caráter cogente, que não emanam de um poder legislativo ou mesmo sem um mecanismo sancionador, não são adequadas para regular adequadamente.

Já em 1989, o caráter ter aproximado aos moldes do judiciário eram criticados por Fouchard<sup>53</sup>. A complexidade dos grandes processos arbitrais internacionais passou a afastar a natureza mais simples, rápida, pouco custosa e livre das amarras e formalismos característicos do processo judicial. Ressalta que as partes passaram a tratar da arbitragem de um ambiente muito mais combativo, de forma que mesmo as decisões parciais proferidas pelos árbitros passaram a ser atacadas, partes inconformadas com a validade da cláusula compromissória ou mesmo com a constituição do tribunal arbitral. Mesmo se tratando de um direito das partes em contestar questões de fato ou de direito, essas medidas podem acabar por se tratar meramente protelatórias para impedir o prosseguimento do trâmite da arbitragem.

Naquele contexto, Fouchard se questionava, inclusive, se a arbitragem seria capaz de se sustentar no mercado internacional, visto a sua aproximação com os métodos tradicionais do judiciário. Pois, a medida que consome mais tempo e recurso das partes a arbitragem deixaria de ser uma alternativa interessante para aqueles insatisfeitos com o método judicial, perdendo a sua importância como método alternativo de resolução de disputa (ADR).

O autor, então, depositou suas esperanças na adaptabilidade do sistema aos locais onde se passava a surgir naquele contexto a prática da arbitragem, especificamente no Oriente. Assim, tratou de frisar que:

Il faut répéter cette évidence : par nature, cette méthode est flexible, malléable. Elle est en mesure de s'adapter Ad. e nouveaux besoins, d'engendrer de nouvelles pratiques, voire - on peut rêver...- une nouvelle déontologie. En tous cas, l'arbitrage ne peut se couler, surtout en

---

<sup>53</sup> FOUCHARD, Phillip. *Où va l'arbitrage international?*. Revue de droit de McGill, vol. 34. McGill Law Journal, 1989. Pp. 450-453.

matière internationale, dans aucun modale. Au contraire, il est appelé à se diversifier de plus en plus.<sup>54</sup>

Essa é a mesma discussão que se tem atualmente sobre a utilização e a expansão demasiada dos mecanismos de regulação da arbitragem por meio de textos que se aproximam de matérias de lei. A processualização da arbitragem é uma ameaça e parte da doutrina entende que o ponto mais sensível que constrange a flexibilidade da arbitragem são os instrumentos de *soft law* processual.

No mesmo sentido, pontuam Yves Dezaley e Bryant Garth<sup>55</sup> que:

Arbitration, as we have seen, may evolve through a process of "judicialization" into a kind of private justice with all the features of state courts; and state courts can move in the other direction, offering within the courts what is essentially a "private justice," custom made and reserved for business enterprises. These typical compromise solutions, however, are unstable. Centrifugal forces and diverging interests prevent stable solutions from emerging<sup>56</sup>.

Esse processo de judicialização da arbitragem se deu por meio da roteirização do procedimento arbitral com as práticas típicas da atividade das cortes estatais, a formalidade nas petições, nos ritos das audiências e até mesmo uma similaridade entre a ordem de condução dos atos processuais.

Explica Abbud que há quem entenda que a criação e crescente uso das ferramentas de *soft law* nos procedimentos arbitrais como uma nova manifestação dessa tendência de aproximar a arbitragem do processo judicial<sup>57</sup>, tendo as *guidelines* como apenas uma substituição às leis nacionais.

---

<sup>54</sup> Tradução Livre do texto original: É necessário repetir essa evidência: por natureza, esse método é flexível, maleável. É capaz de se adaptar as novas necessidades, para engendrar as novas práticas, até quem sabe, uma nova deontologia. Em qualquer caso, a arbitragem não pode ocorrer, especialmente em matéria internacional, de qualquer modo. Pelo contrário, é chamada a se diversificar cada vez mais.

<sup>55</sup> DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant, G. *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order* (Chicago Series in Law and Society). University of Chicago Press, 1998. p. 118.

<sup>56</sup> Idem. Ibidem. Tradução livre do texto original: Arbitragem, como vimos, pode evoluir por meio de um processo de "judicialização" até uma espécie de justiça privada com todas as características das cortes estatais; e as cortes estatais podem se mover em outra direção, oferecendo nas cortes o que é, em essência, a "justiça privada", feita sob medida e reservada para empresas. Essas alternativas, no entanto, são instáveis. Forças centrífugas e interesses divergentes previnem soluções estáveis de emergir.

<sup>57</sup> ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional*. Atlas, São Paulo, 2014. p. 101.

A crítica feita por Pierre Lalive em 1994<sup>58</sup>, entretanto, diz respeito ao próprio conteúdo tratado por certos instrumentos de *soft law*. Entende que muitos dos pontos tratados por diretrizes processuais poderiam ser alvo de acordo entre o tribunal e a partes durante as reuniões preliminares destinadas a organizar o procedimento. Em sua visão não tem nexo tratar de forma harmonizada de certos aspectos do processo arbitral, uma vez que a prática da arbitragem internacional é muito diversificada e muitos aspectos podem ter várias soluções possíveis, de forma que não cabe aos participantes se fixarem às diretrizes informativas.

Ademais, entende que o conteúdo de certas *guidelines* são rasas e apenas servem para aqueles que não possuem nenhuma prática em arbitragem. Destaca que a UNCITRAL, enquanto produziu instrumentos muito valiosos tal qual a Lei Modelo, também extrapolou a uma boa intenção em difundir a prática arbitral e tratou de formular instrumentos que mais se aproximam de um manual autoexplicativo do processo arbitral. O autor se refere ao anteprojeto da “*UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings*”<sup>59</sup>, até então denominadas de “*Guidelines for Preparatory Conferences in Arbitral Proceedings*”. Demonstra, inclusive, que não se tratava apenas de um cenário visto no órgão das Nações Unidas:

“La manie réglementaire qui sévit tout particulièrement dans certains pays ou certaines organisations, comme on l'a vu à propos des “codes of ethics” ou de déontologie, peut être la source - l'observation est banale - d'une “processualisation” ou “juridicisation” fâcheuses, et fournir le prétexte à de nouveaux incidents et objections de procédure. L'accumulation de règlements, directives ou guides inutiles sert peut-être les intérêts de leurs auteurs ou de certains cabinets de “litigators”. Il est douteux qu'elle serve vraiment ceux des utilisateurs de l'arbitrage<sup>60</sup>.”

Na mesma linha, Carmona oferece uma ponderação firme acerca da propagação e criação de diversos instrumentos de *soft law* processual. Em sua crítica questiona se a *soft law* não estaria se tornando uma nova mania internacional que substitui “um *mal* (o processo

---

<sup>58</sup> LALIVE, Pierre. *De la Fureur Réglementaire*. ASA Bulletin, Vol. 12, Issue 2, pp. 213-219. Association Suisse de l'Arbitrage. Kluwer Law International. 1994.

<sup>59</sup> UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings. United Nations: United Nations Commission on International Trade Law. 2012. Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-notes-e.pdf>. Acesso em 18/06/2021.

<sup>60</sup> LALIVE, Pierre. *De la Fureur Réglementaire*. ASA Bulletin, Vol. 12, Issue 2, pp. 213-219. Association Suisse de l'Arbitrage. Kluwer Law International. 1994. p. 217. Tradução livre do texto original: O meio regulatório que prevalece em particularidade de certos países ou de certas organizações, como é visto acerca dos “códigos de ética” ou de deontologia, por ser a fonte - uma observação banal - de uma “processualização” ou “judicialização” irritantes, e providenciar o pretexto de novos incidentes e objeções de procedimento. A acumulação de regramentos, diretivas ou guias inúteis servem para o interesse dos autores ou de certas câmaras de “litigantes”. É duvidoso se realmente servem para as pessoas que utilizam a arbitragem.

estatal) por um outro *maior* (o processo internacional)”<sup>61</sup>. Entende que, em um plano inicial, as iniciativas de suporte técnico para a arbitragem internacional, oriundas especialmente de instituições voltadas a à prática da arbitragem como a *International Bar Association* (IBA), são ansiadas pela comunidade jurídica, pois oferecem uma ferramenta que pode ser útil para mediar a interação entre as partes, árbitros, advogados e os demais atores da arbitragem que possuem bagagens culturais e jurídicas diversas.

Entretanto, uma tentativa de harmonizar comportamentos na esfera internacional poderia produzir efeitos contrários ao que almejaram os idealizadores das diretrizes, pois tenderia a engessar um mecanismo de solução de controvérsias que tem como base a flexibilidade, criatividade, agilidade e busca, sempre que possível, se afastar de regras burocráticas ou padrões processuais desnecessários. Assim, ao investir em amplos parâmetros regulatórios para harmonizar a prática da arbitragem pode gerar dentro de alguns anos nas palavras de Carmona “uma *arbitragem vinculada* em oposição a uma *arbitragem livre!*”, visto que o conteúdo de certas diretrizes quem vem sendo publicadas “estão tangenciando o limite da regulamentação aceitável para a arbitragem internacional”.

A sua análise tem como escopo a mesma crítica feita por Lalive à UNCITRAL, mas observando a peculiaridade do que ocorreu com as diretrizes da IBA. Diante do amplo reconhecimento das Regras da IBA sobre Produção de Prova, Carmona entende que a instituição se excedeu ao publicar a “*IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration*”<sup>62</sup>.

No mesmo sentido, apesar de defender a aplicação dos instrumentos não vinculantes aos procedimentos arbitrais internacional, Abbud elucida que

“é preciso evitar exageros na criação de veículos de *soft law*. Talvez estejam ocorrendo alguns excessos hoje. É de se questionar, por exemplo, se são necessários ou úteis os vinte protocolos e diretrizes para arbitragem internacional editados pelo CI Arb”<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Breves Considerações Críticas Acerca das Diretrizes da International Bar Association sobre a Representação de Parte na Arbitragem Internacional*. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 40/2014. p. 23 et. seq.

<sup>62</sup> IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration. International Bar Association, 2013. Disponível em: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=6F0C57D7-E7A0-43AF-B76E-714D9FE74D7F>. Acesso em: 18/06/2021.

<sup>63</sup> ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional*. Atlas, São Paulo, 2014. p. 108.

Por outra vertente crítica, Prosper Weil defende que os regulamentos em caráter de *soft law*, em si, não possuem força normativa para fortalecer o sistema normativo internacional. Aponta que a linguagem implementada por documentos como a Declaração Universal de Direitos Humanos, não teriam impacto na supremacia dos estados por possuir uma característica de *quasi* legalidade. Justifica esse ponto no fato de que não se cria uma obrigação, portanto, o não cumprimento aos quais pretende a norma não se caracteriza como um ato internacionalmente ilegal. O jurista francês descreve uma *soft law* como uma fonte fraca, frágil e medíocre de direito, traduzida por questões rasas e sem significados precisos <sup>64</sup>.

Portanto, o que se vê é que, em que pese algumas diretrizes processuais vem sendo bem aceitas pelas partes e tribunais arbitrais na prática, essa realidade preocupa a doutrina acerca do futuro do caráter flexível da arbitragem.

É bem verdade que a própria natureza não cogente desses instrumentos faculta às partes em adotá-las ou não ao seu procedimento. Ainda assim, duas questões podem ser preocupantes.

A primeira no sentido de olhar para o futuro. A expectativa que será criada pelos atores dos procedimentos por internalizarem um parâmetro concreto de condução do procedimento arbitral, de fato, ameaçam a maleabilidade do processo à necessidade das partes. Ainda assim, caberão aos profissionais experientes, em especial os que atuarem como árbitro, experientes difundirem a possibilidade de adequar os atos processuais aos interesses das partes, deixando para aplicar os parâmetros de certas *guidelines* de forma residual, ou seja, quando uma matéria alvo do processo provoque maior controvérsia na discussão entre as partes, ou no caso de procedimentos muito complexos que requeiram maior concretude nos fundamentos da prática de atos processuais ou decisões.

Os outros pontos, foram ressaltados por Carmona<sup>65</sup> em sua crítica, se dá quanto da aplicação de diretrizes de maneira contrária à vontade das partes ou sobre a aplicação de uma *soft law*, mesmo diante de matéria regulada pela lei adota pelas partes.

No primeiro caso, a aplicação das *guidelines* se dá em contraponto à hipótese de que as partes são facultadas de dispor expressamente sobre as regras que desejam que conduzam o

---

<sup>64</sup> WEIL, Prosper. *Towards Relative Normativity in International Law?*. The American Journal of International Law, vol. 77, no. 3, 1983, pp. 413–442.

<sup>65</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Breves Considerações Críticas Acerca das Diretrizes da International Bar Association sobre a Representação de Parte na Arbitragem Internacional*. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 40/2014, p. 23 et. Seq.

seu processo. Trata-se de situação, porém, mais delicada. Entende-se que nesse caso, se as partes fazem manifestação expressamente negativa acerca da não invocação de certo dispositivo, não há por que, então, o tribunal suscitá-lo. Isso levaria ao risco pleno de violação dos direitos e princípios básicos do devido processo legal que podem desaguar na anulação da sentença, conseqüentemente, o desgaste das partes com o processo arbitral terá sido em vão. Tal hipótese de questionar a validade da sentença está expressamente prevista no artigo V, 1, d, da Convenção de Nova Iorque.

No caso de aplicar a *soft law* em detrimento de uma lei que seja vinculante ao contrato das partes, não é o que se prega com o instituto. As diretrizes não cogentes visam regular assuntos que sejam lacunosos no direito aplicável ao caso ou complementar alguns de seus termos. Inclusive, no contexto de aplicação das próprias Regras da IBA sobre produção de prova, explica D. W. Shenton<sup>66</sup> que as regras de conteúdo geral, como as regras da instituição arbitral, devem prevalecer ao lado de qualquer outra norma que tenha aplicação obrigatória ao caso. É o que dispõe expressamente o próprio artigo 1º das regras ao estabelecer que é possível utilizar a diretriz, “exceto se alguma disposição específica delas estiver em conflito com qualquer disposição legal imperativa considerada aplicável ao caso pelas Partes ou pelo Tribunal Arbitral”.

Assim, em que pese a discricionariedade do tribunal de vislumbrar alguma solução distinta do que previsto na lei ao caso das partes, essa atuação não poderá ser diretamente contrária aos dispositivos que denotam o caráter de *hard law*.

Portanto, pelo menos desde os anos 70 se debate a figura das diretrizes processuais na arbitragem internacionais e suas controvérsias não se encerram até então. Inclusive, vejamos a seguir uma das atitudes proativas tomadas pela comunidade internacional pela insatisfação com a regulação da produção de prova na arbitragem, somente, por meio das Regras da IBA.

### **3.3.1. As Regras de Praga de 2018 como oposição às Regras da IBA sobre Produção de Prova**

---

<sup>66</sup> SHENTON, David W. *An introduction to the IBA Rules of Evidence*. In *Arbitration International*, Volume 1, Issue 2, 1985, p. 118-123.

Como um dos mais proeminentes instrumentos de *soft law* processual na arbitragem internacional, as Regras da IBA sobre Produção de Prova possuem um papel de grande importância mediante os tribunais arbitrais. Funcionam uma fonte confiável de onde se pode extrair suporte para o equilíbrio entre o exercício do poder discricionário do julgador em conduzir e instruir o processo, com o interesse das partes de terem um processo eficientes quanto aos custos e o tempo dispendido.

Os membros da comissão voltados para a preparação dessa *guideline* foi formado com a intenção de balancear e criar uma ponte entre as diferenças nas práticas processuais típicas da tradição jurídica de *common law* e de *civil law*. Assim, ao fazer uma análise breve das nacionalidades dos membros da comissão redatora das Regras da IBA, não há como dizer que esta tratará de uma abordagem típica da tradição da *common law*. Entretanto, isso é o que está posto no papel, não é o que se pode dizer da sua aplicação prática<sup>67</sup>.

Ocorre que, apesar da ampla aceitação por tribunais arbitrais e partes, nem toda comunidade arbitral se encontra satisfeita com os parâmetros estabelecidos pelas Regras da IBA, pois entendem que este mais se aproxima das práticas adotadas na tradição de *common law*.

Diante disso, durante a IV Conferência Anual da Associação Russa de Arbitragem, que ocorreu em abril de 2017, foi proposta a criação de um novo conjunto de regras sobre produção de prova em arbitragem internacional com um olhar mais voltado para a prática da *civil law*. A insatisfação foi externada para a comunidade arbitral como a assustadora, indesejável e preocupável americanização da arbitragem internacional. Com isso, o anteprojeto das Regras de Praga tinha como título inicialmente sugerido *Inquisitorial Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*, o que não deixa margem de dúvidas sobre o interesse de indicar práticas onde o protagonismo passe a ser do tribunal arbitral. Nesse sentido, explica Guilherme Rizzo do Amaral que:

The Prague Rules are a manifesto in favour of the civil law tradition and of an inquisitorial approach in international arbitration, as well as an attack on the inefficiencies of the adversarial approach. If their official name was not enough evidence of that – Inquisitorial Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration –, the note from the Prague Rules’ working group leaves no room for doubt. It criticises the IBA Rules “from a civil law perspective” for following “a more adversarial approach”. It goes on to say that many of the

---

<sup>67</sup> HENRIQUES. Duarte G. *The Prague Rules: Competitor, Alternative or Addition to the IBA Rules on the Taking of Evidence*. ASA Bulletin, Volume 36, nº 2, pp. 351-363. Kluwer Law International, 2018.

procedural features of the IBA Rules “are not known or used to the same extent in non-common law jurisdictions, such as continental Europe, Latin America, [the] Middle East and Asia”. It then states that the adoption of an “inquisitorial model of procedure” would contribute to the efficiency in international arbitration, “reducing time and costs of arbitrations”.<sup>68</sup>

O fato de que a discussão acerca de como superar o vazio existente entre os dois sistemas legais demonstrava que as Regras da IBA não tratavam de maneira suficiente da boa prática transnacional. Assim, não apenas adicionando um novo elemento à ordem das normas não cogentes de natureza transnacionais, a publicação das Regras de Praga fez ressurgir a discussão acerca da divisão clara entre as diferenças nos métodos e tradições processuais da *common law e civil law* em busca uma resposta para a efetividade dos procedimentos<sup>69</sup>.

Para Lew e Mistellis, a tentativa de amenizar essas diferenças já tinham sido desenvolvidas pelos parâmetros adotados pelas Regras da IBA desde 1999. Entendem os autores que o impacto da diferença dessas tradições jurídicas não tem tanta influência nos procedimentos da arbitragem comercial internacional:

“Rigid distinctions that exist between civil law and common law approaches are not imposed upon international commercial arbitration. As a general rule in international arbitration written presentations are extensive and are the principal means of introducing evidence. Disclosure of documents (rather than discovery common law style) takes place only under order of the arbitration tribunal. Such converging practices are now accepted in international arbitration practice as an acceptable non-national or transnational standard, irrespective of their legal background.”<sup>70</sup>

---

<sup>68</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. *Prague Rules v. IBA Rules and the Taking of Evidence in International Arbitration: Tilting at Windmills – Part II*. Kluwer Arbitration Blog, July 6 2018, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/07/06/prague-rules-v-iba-rules-taking-evidence-international-arbitration-tilting-windmills-part-ii>. Acesso em: 18/06/2021.

Tradução livre do texto original: As Regras de Praga são uma manifestação em favor a tradição de civil law e de uma abordagem inquisitorial na arbitragem internacional, assim como um ataque a ineficiência da abordagem adversarial. Se o seu nome oficial não foi evidência suficiente de que - Regras Inquisitoriais em Produção de Provas na Arbitragem Internacional -, a observação do grupo elaborador das Regras de Praga não deixa espaço para duvidar as críticas às regras da IBA “de uma perspectiva de civil law” para seguir “uma abordagem adversarial”. Ela continua a afirmar que muitos dos aspectos procedimentais da IBA “não são conhecidos ou utilizados na mesma extensão em jurisdições de common law, como na Europa ocidental, América Latina, Oriente Médio e Ásia”. Ela então declara que a adoção “de um modelo procedimental inquisitório” iria contribuir para a eficiência na arbitragem internacional, “reduzindo as custas e o tempo das arbitragens”.

<sup>69</sup> BERGER, Klaus Peter. *Common Law v. Civil Law in International Arbitration: The Beginning or the End*. *Journal of International Arbitration*, Vol. 36, Issue 3, pp. 295-313, 2019.

<sup>70</sup> LEW, Julian D. M., MISTELIS, Loukas A., et al., *Comparative International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2003. pp. 555-556. Tradução livre do texto original: A distinção rígida que existe entre as abordagens de civil law e de common law não são impostas na arbitragem comercial internacional. Como uma regra geral na arbitragem internacional apresentações escritas são extensas e é o principal meio da apresentação da prova. A apresentação de documentos (diferente do estilo de discovery do common law) assume posição apenas através de ordem do tribunal arbitral. Tais praticas convergentes, agora são aceitas na

Ainda assim, sobre o processo de elaboração das Regras de Praga, Cristina Ioana Florescu<sup>71</sup> explica que o movimento pela criação de normas mais satisfatórias para o sistema de *civil law* surgiu na comunidade russa em 2011. Desde então, para melhor acomodar os interesses, buscou-se a participação e opiniões, não apenas de especialistas no sistema de *civil law* para promover o projeto, mas também daqueles de tradição do *common law*. O fato de que os anteprojetos foram publicados e amplamente discutidos na comunidade jurídica, na visão da autora, foi o que fez voltar a atenção de toda a comunidade internacional para o documento. Com tal publicidade, consequentemente, muitas críticas também recaíram sob a proposta. Explica Florescu que o comitê redator se valeu dessas críticas para mudar substancialmente a visão inicial do trabalho, o que refletiu, inclusive, na mudança do nome da diretriz.

Após mais de quatro anos de discussão e pesquisas, a versão final do texto foi publicada em 14 de dezembro de 2018 em uma conferência realizada em Praga, adotando o nome de “*Rules on Efficient Conduct of Proceedings in International Arbitration*”, ou simplesmente, Regras de Praga. O projeto foi elaborado e disponibilizado em oito línguas, incluindo Inglês, Russo, Português, Espanhol, Chinês, Estoniano, Letão e Lituano, com o objetivo de ter um escopo mais abrangente do que apenas a obtenção de provas, mas também indicar o papel do tribunal arbitral na condução do processo. Portanto, a principal característica que se idealizou para essas regras é o papel mais proativo do tribunal arbitral durante o procedimento.

Apesar das Regras da IBA terem tido uma boa recepção na comunidade arbitral internacional e assegurado um passo no avanço da prática da arbitragem internacional, na visão do comitê responsável por redigir as Regras de Praga seus paradigmas estavam fixados à noção da prática em tradição de *common law*. O comitê redator entende que a abordagem sobre a obtenção de provas por requerimento de entrega de documentos, oitiva de testemunhas e participação de peritos descritos nas Regras de Praga podem ser muito mais interessantes do que os das Regras da IBA, pois essas tratavam desses temas por uma visão de processo adversarial. Assim, a busca pela eficiência no processo ainda não tinha encontrado

---

prática da arbitragem internacional como um aceitável padrão não nacional ou transnacional, independente do seu histórico legal.

<sup>71</sup> FLORESCU, Cristina Ioana. *In Pursuit of the Cherished Notion of Efficiency Through the New Prague Rules*. Revista Romana de Arbitraj. Anul 13, nr. 2, abril-iunie 2019. Pp. 45-47.

um caminho claro com a possibilidade de implantar métodos e medidas para assegurar certos impasses na condução do processo arbitral<sup>72</sup>.

Como afirma Rizzo do Amaral<sup>73</sup>, com essa proposta das Regras de Praga, o que se esperaria era que a nova diretriz encarasse o problema por uma perspectiva completamente diferente. Não obstante, os próprios organizadores reconhecem que as Regras de Praga não tinham a intenção de se tratar de um documento completamente inovador, mas tão somente se aproximar dos métodos práticos do modelo inquisitorial e promover mais eficiência à arbitragem<sup>74</sup>.

Devemos notar que diante dessa dicotomia, ainda não há um consenso se as Regras de Praga se destinam a ser uma alternativa viável as Regras da IBA ou um complemento aos seus termos. Para Anke Sessler e Max Stein<sup>75</sup>, as Regras de Praga se posicionam com um competidor direto às Regras da IBA, em razão do seu tom crítico e da sua própria criação para contrapor os princípios adversariais que permeiam a diretriz. Para os autores, essa situação é lamentável, visto que deveria existir espaço para coexistirem ambas as normas.

Por outro lado sentido, explica Duarte G. Henriques que as Regras de Praga são suplementares às Regras da IBA, uma vez que as partes podem amoldar o processo da forma como entenderem melhor à sua realidade:

“(...) the Prague Rules are not a competitor of the IBA Rules on Taking Evidence in International Arbitration To the contrary, not only may the Prague Rules supplement the IBA Rules – and vice-versa – but, more importantly, they play a fundamental role in according the parties with more options with a tailor-made process to fit their interests and needs. More options in international arbitration is, of course, a way to promote its use. Thus, my support to the Prague Rules is not a criticism of the IBA Rules but rather, and fundamentally, a promotion of different options and different mindsets in the international decision-making process. Ultimately, one should never forget that it is for the parties to decide how the case should be conducted before it starts.”<sup>76</sup>

---

<sup>72</sup> Ibidem. Pp. 50-51.

<sup>73</sup> AMARAL, Guilherme Rizzo. *Prague Rules v. IBA Rules and the Taking of Evidence in International Arbitration: Tilting at Windmills – Part II*. Kluwer Arbitration Blog, July 6 2018, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/07/06/prague-rules-v-iba-rules-taking-evidence-international-arbitration-tilting-windmills-part-ii>. Acesso em: 18/06/2021.

<sup>74</sup> FLORESCU, Cristina Ioana. *In Pursuit of the Cherished Notion of Efficiency Through the New Prague Rules*. Revista Romana de Arbitraj. Anul 13, nr. 2, abril-iunie 2019. p. 52.

<sup>75</sup> SESSLER, Anke. STEIN, Max. *The Rrague Rules: Problem Detected, but imperfectly solved*. Alternatives to the High Cost of Litigation. Vol. 37. Nº 5. May 2019, Pp. 67-69.

<sup>76</sup> HENRIQUES. Duarte G. *The Prague Rules: Competitor, Alternative or Addition to the IBA Rules on the Taking of Evidence*. ASA Bulletin, Volume 36, nº 2, pp. 351-363. Kluwer Law International, 2018. Pp. 354-355. Tradução livre do texto original As Regras de Praga não são competidoras das regras da IBA em Produção de Provas na Arbitragem Internacional, pelo contrário, não somente as Regras de Praga suplementam as regras da

A visão de Rizzo do Amaral diante dessa dicotomia entre as duas diretrizes é de que as Regras de Praga tratam dos problemas que podem surgir da dicotomia entre os dois sistemas jurídicos de maneira mais acentuada do que se vê na prática. Para tanto, usa a metáfora do Don Quixote, pois entendem que os membros do comitê das Regras de Praga veem gigantes onde existem apenas moinhos de vento.

Ainda em tom crítico à edição das Regras de Praga, Mac Henry entende que o objetivo de tentar traçar uma alternativa crítica às Regras da IBA para produção de prova na arbitragem é notadamente relevante. Por outro lado, o recorte da característica inquisitorial da arbitragem para o autor seria propriamente contraditório à essência da arbitragem.

"La bipolarisation de l'arbitrage entre deux systèmes était contraire à l'essence même de la justice arbitrale comme aux idéaux d'harmonisation de ceux qui ont oeuvré à en faire la forme la plus commune de justice dans le commerce international."<sup>77</sup>

Nesta senda, o autor destaca que as Regras da IBA permitem que os procedimentos possam ser adaptáveis à forma de aplicação definida pelas partes, seja de maneira puramente civilista, anglo-saxã ou neutra, dependendo da forma como é aplicada. Não há em seus princípios nenhuma adoção ou preferência pela tradição de um sistema legal o ou outro. Diferente disso, o anteprojeto das Regras de Praga e o princípio a que se baseia em dar maior protagonismo aos julgadores são em busca de agradar aqueles de tradição jurídica da *civil law*, adotando os métodos inquisitoriais de condução processual.

Portanto, o que se observa é que as Regras de Praga surgiram de um movimento de insatisfação da comunidade arbitral, em especial da Rússia, Leste-Europeu e Países Bálticos, mas que ainda são alvo de controvérsias acerca da sua legitimidade. Por se tratar de um instrumento de *soft law* cabe as partes e ao tribunal entenderem se os seus dispositivos se adequam melhor à realidade do caso em questão. Sendo relativamente um documento novo,

---

IBA – e vice-versa – mas, de forma mais importante, elas assumem um papel fundamental em guiar as partes com maiores opções de um procedimento personalizado para se adequar aos seus interesses e necessidades. Mais opções na arbitragem internacional, é sem dúvida, um meio para promover a sua utilização. Mas, o meu apoio às Regras de Praga não representa uma crítica a IBA, pelo contrário, e fundamentalmente, uma promoção de diferentes opções e diferentes mindsets no processo de tomadas de decisão na arbitragem internacional. Por fim, um nunca deve esquecer que isso é para as partes decidirem como os seus casos devem ser conduzidos antes de serem iniciados.

<sup>77</sup> HENRY, Marc. *Les Prague Rules: ou comment le vent d'est pourrait insuffler une dynamique vertueuse à l'arbitrage*. Revue de l'arbitrage, n° 1. 2019. p. 6. Tradução livre do texto original A bipolarização da arbitragem entre dois sistemas está em contradição com a essência da justiça arbitral como um ideal de harmonização daqueles que trabalharam para torná-la na forma mais comum de justiça no comércio internacional.

quando comparado às Regras da IBA, ainda possui bastante espaço para evoluir e se expandir na comunidade internacional, especialmente por meio das tradições da *civil law*.

#### **4. A PRODUÇÃO DE PROVA NA ARBITRAGEM A PARTIR DAS REGRAS DA IBA**

As Regras da IBA sobre Produção de Prova na Arbitragem Internacional é o principal ponto de referência acerca do tema para todos aqueles envolvidos no procedimento arbitral. Em que pese as críticas e a tentativas de elaborar outras soluções para indicar uma boa prática na produção de prova da arbitragem, como as Regras de Praga, ainda é bastante recorrente, pode até ser dito que quase todas as arbitragens que necessitem de parâmetros processuais concretos, suscitam (mesmo que não apliquem, de fato) as Regras da IBA, independentemente da cultura jurídica das partes<sup>78</sup>.

Diante da sua relevância, as críticas começaram a ser suscitadas, especialmente aquelas voltadas à tratar da dicotomia entre as tradições jurídicas de *common law* e *civil law*. Assim, vemos que mesmo aqueles que são críticos dessa diretriz não negam que se trata de um ferramenta muito relevante para a arbitragem e por vezes é crucial para a condução de certos procedimentos<sup>79</sup>.

Desde a década de 80, com a edição da “*Supplementary Rules Governing the Presentation and Reception of Evidence in International Arbitration*” os comitês especiais da International Bar Association buscam uma maneira de tratar da instrução do procedimento arbitral. Essa primeira diretriz foi publicada em 28 de maio de 1983 e já tinha o intuito de estabelecer parâmetros objetivos para os casos em que as partes, os advogados e os árbitros fossem oriundos de países com tradições jurídicas distintas, mas apenas abordavam os aspectos da recepção das provas pelos árbitros.

O que se via naquele momento era que existia um esforço da comunidade arbitral em desenvolver um direito arbitral e uniformizar as regras aplicáveis à arbitragem internacional. Entretanto, tomavam a frente desse papel as maiores instituições arbitrais ao publicar as suas

---

<sup>78</sup> MARGHITOLA, Reto. *Document Production in International Arbitration*. Law Library, Volume 33. Kluwer Law International, 2015. P. 32.

<sup>79</sup> SHERER, Matthias. *The Limits of the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: Document Production Based on Contractual or Statutory Rights*. *International Arbitration Law Review*, Vol 13, Issue 5. 2010. Pp. 195-200.

Regras Institucionais que disciplinavam vários aspectos do procedimento arbitral. Contudo, a realidade dessas regras visavam apenas tratar de arbitragens institucionais. Um passo para tratar dos procedimentos *ad hoc* foi dado com a implementação das diretrizes da UNCITRAL, sejam a UNCITRAL Arbitration Rules<sup>80</sup> de 1976 e, mais tarde, a UNCITRAL Model Law<sup>81</sup> de 1985.

Por outro lado, mesmo essas regras advindas de uma instituição neutra em relação a atividade da arbitragem não eram suficientes para tratar de temas considerados cruciais para o procedimento arbitral, como explica David Shenton:

“The rules, in the opinion of the author, do not face up to the difficult decisions of detail that have to be made, or agreed, between those advising the parties or, failing them, the arbitrators. The parties, their advisers, and the arbitrators between them may come from a mixture of civil law and common law jurisdictions with their different disciplines and approaches towards the conduct of the judicial process, particularly as regards the reception of evidence, both oral and written. In other words, even when the parties refer to these rules, lacunae remain with respect to Rules of Evidence.”<sup>82</sup>

Essas regras de 1983 foram bem recepcionadas pela comunidade internacional, se tornando alvo frequente de debates em conferências de arbitragem como um bom exemplo de harmonizar os procedimentos arbitrais na prática. Apesar disso, as críticas de que as regras se filiavam muito mais ao sistema da *common law* impediu que essa diretriz tivesse sua aceitação tão ampla quanto desejável para atingir o seu objetivo de equilibrar as relações entre partes estrangeiras na arbitragem internacional<sup>83</sup>.

Durante os anos que seguiram, o panorama arbitral se desenvolveu e se tornou mais complexo, pois além de novas regiões do mundo aderirem à prática arbitral, o próprio escopo dos litígios submetidos à arbitragem foi alargado, dando espaço a matérias como arbitragem de investimento.

Diante disso, em 1997 um novo comitê foi formado na IBA para reformar e atualizar as regras publicadas 14 anos antes. Durante 1997 e 1998 as versões preliminares foram

---

<sup>80</sup> UNCITRAL Arbitration Rules. United Nations Commission On International Trade Law (UNCITRAL), General Assembly Resolution 31/98, 1976. Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-rules.pdf>. Acesso em: 18/06/2021

<sup>81</sup> UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. United Nations Commission on International Trade Law, 1985. Disponível em: [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/06-54671\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/06-54671_ebook.pdf). Acesso em: 18/06/2021

<sup>82</sup> SHENTON, David W. An introduction to the IBA Rules of Evidence. In *Arbitration International*, Volume 1, Issue 2, 1985, p. 118-128.

<sup>83</sup> BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2ª ed. Wolters Kluwer, 2014. p. 2210.

discutidas pelos membros do comitê junto à comunidade arbitral em diversas conferências para que fosse possível captar os comentários do público-alvo da diretriz. O novo texto foi batizado de *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration* e publicado em 1º de junho de 1999.

A recepção da nova diretriz foi ainda mais positiva na comunidade internacional, se consolidando como uma ferramenta útil e amplamente utilizada para dar suporte aos procedimentos arbitrais. O fato de se tratar de regras gerais de caráter processual ultrapassou, inclusive, o escopo da arbitragem comercial internacional e passou a ser bem-visto como um instrumento conveniente e apropriado para garantir a eficiência de arbitragens em outros campos. Isso demonstrou que o objetivo de harmonizar a prática arbitral e desenvolver regras que pudessem assistir tanto as práticas típicas dos diferentes sistemas legais, ou até de forma neutra e equilibrada entre as técnicas inquisitoriais e adversariais como visto anteriormente.

Com a intenção de refletir esse novo cenário que consolidou as Regras da IBA sobre produção de prova na prática arbitral um novo comitê para revisar os sus temos foi formado em 2008, promovendo discussões e pesquisas acerca dos interesses e opiniões sobre a diretriz e novos pontos relevantes que pudessem ser tratados.

O resultado desse trabalho foi publicado em 29 de maio de 2010 com o texto atualizado que melhor refletia a evolução em uma década. Para tanto, foi mantida a mesma estrutura do instrumento de 1999, com uma alteração importante no seu título. O termo “*commercial*” que indicava que as regras originalmente se destinavam a regular o procedimento de Arbitragem Comercial Internacional foi retirado. Isso foi reflexo de que a categoria das matérias de resolução de disputas que as Regras da IBA se mostraram adequadas era muito mais amplo do que apenas para tratar das relações comerciais<sup>84</sup>. Assim, a diretriz proposta pela International Bar Association passou a ser denominada de “*IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*”, com a tradução sugerida para Regras da IBA sobre Produção de Prova em Arbitragem Internacional<sup>85</sup>.

Em pesquisa realizada em 2015 promovida pela Universidade de Londres (Queen Mary University) em parceria com o escritório do White & Case demonstrou a relevância das

---

<sup>84</sup> O'MALLEY, Nathan D. *Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide*. Lloyd's Arbitration Law Library. Informa Law, 2012. p. 10.

<sup>85</sup> Tradução para o português das Regras da IBA de 2010. Disponível em: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=17dd3ba6-4966-4908-8fd7-f820d02f7a8b>. Acesso em: 18/06/2021.

Regras da IBA sobre produção de prova de 2010. Os resultados demonstrariam que 77% dos entrevistados já viram a diretriz ser aplicadas na prática, ao passo que 69% destes entendem que o documento é uma alternativa de fato efetiva<sup>86</sup>. Esse relatório foi crucial para demonstrar a relevância das *soft laws* para a realidade dos procedimentos arbitrais.

Ademais, é recente última revisão do texto das Regras da IBA. A publicação foi feita em 17 de fevereiro de 2021, tornando público o trabalho do comitê de força tarefa da IBA durante o ano de 2020 para trazer algumas atualizações para a *soft law*, especialmente movida pelos impactos da pandemia do covid-19 aos procedimentos arbitrais e a necessidade de voltar a atenção para aos aparatos tecnológicos de suporte à condução do processo.

A atualização das Regras da IBA formalmente adotada pela IBA em 17 de dezembro de 2020<sup>87</sup> buscou fazer algumas alterações no seu conteúdo para garantir mais clareza sobre os temas de proteção de dados e *cybersecurity*, adição da definição e da expressa possibilidade de realizar e do tribunal conduzir Audiências Remotas, além de incluir previsão que expressamente autoriza o tribunal a excluir da sua apreciação as provas obtidas ilegalmente.

Com isso, temos que a IBA se compromete a garantir um instrumento de alta qualidade, baseado nas práticas de maior referência e relevância para arbitragem, além de sempre manter o documento atualizado. Com isso, tem a capacidade de refletir a real necessidade da comunidade internacional para tratar da instrução e levantamento das provas no procedimento arbitral de maneira eficiente, harmônica, econômica e justa, principalmente entre partes de diferentes tradições jurídicas. O fato desse tema ser tratado por meio de um instrumento de *soft law* derivado de um ente não-estatal, lhe garante a flexibilidade para dispor do seu texto que, conseqüentemente, reflete o sucesso da diretriz em manter sempre um alto padrão para indicar a melhor prática sem, necessariamente, vincular a sua aplicação.

---

<sup>86</sup> International Arbitration Survey: Improvement and Innovations in International Arbitration. Queen Mary University of London; White & Case LLP, 2015. Disponível em: [http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015\\_International\\_Arbitration\\_Survey.pdf](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf). Acesso em 18/06/2021.

<sup>87</sup> Disponível em: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b>

#### 4.1. DISPOSIÇÕES GERAIS DAS REGRAS DA IBA

Como visto até então, ao recorrer aos dispositivos das Regras da IBA como uma fonte não cogente do direito internacional que trata sobre produção de prova no procedimento arbitral, temos que os interessados estão em busca de princípios base que possam conferir uma estrutura sólida e eficiente ao processo, sem abandonar a flexibilidade da jurisdição arbitral.

O documento adota uma estrutura formal, similar à uma lei ou um tratado internacional, contendo um Prefácio, um Preâmbulo, uma Lista de Definições e, então, nove artigos para tratar, respectivamente: (1) do seu escopo de aplicação; (2) sobre uma consulta preliminar às partes acerca da produção de prova; (3) quanto a produção de documentos; (4) sobre a inquirição de testemunhas de fato; (5) dos peritos indicados pelas partes; (6) também, quanto aos peritos indicados pelo próprio tribunal arbitral; (7) dos pedidos de inspeção pericial; (8) da audiência para produção de prova; e, por fim, (9) acerca da admissibilidade e valoração das provas.

A visão de Reto Marghitola<sup>88</sup> sobre o conteúdo e aplicação dessa *guideline* ao procedimento é que as partes precisam estar abertas a aceitar os parâmetros da IBA de forma flexível para adaptá-las aos seus próprios interesses. Diferentemente do que se espera de uma norma que visa regular o procedimento arbitral, as Regras da IBA não são, simplesmente, autoexplicativas. Cada dispositivo vem acompanhado de uma série de termos indefinidos que requerem uma interpretação do leitor e a devida adequação a realidade dos fatos, vontade das partes ou discricionariedade dos árbitros.

Logo no preâmbulo do documento podemos identificar os princípios gerais que governam as Regras da IBA e quais os resultados que se busca alcançar. Em primeiro plano já é colocado que o documento não visa fornecer um mecanismo completo de condução do procedimento arbitral, mas sim de tratar da produção de provas quando não há nenhum outro parâmetro estabelecido nas normas aplicáveis ao caso ou para complementar outras normas. Assim, poderá funcionar como um objeto para preencher lacunas deixadas pelas regras institucionais que tratam do procedimento, ou mesmo, auxiliar uma situação de vazio em um procedimento *ad hoc*.

---

<sup>88</sup> MARGHITOLA, Reto. *Document Production in International Arbitration*, International Arbitration Law Library, volume 33. Kluwer Law International, 2015. Pp. 32-33.

Ademais, garante que a diretriz não tem a intenção de limitar a flexibilidade inerente à arbitragem, de forma que possibilite adaptar os termos ou modifiquem as regras para disciplinar um caso, ou mesmo que a utilizem como um guia, no todo ou em partes, para que se tenha parâmetros adequados a realidade do processo no caso concreto.

Ainda foi reconhecido a necessidade de que as partes adotem postura de boa-fé durante a condução da produção de prova, para colaborar com o melhor entendimento dos fatos que irá embasar a decisão de mérito do tribunal arbitral.

O escopo de aplicação das Regras da IBA está definido no artigo 1º, que com a revisão de 2020 passou alinhar seus termos ao que prevê o preâmbulo. O item 3 do art. 1º esclarece que em caso de conflito entre os dispositivos das Regras da IBA e de outras Regras Gerais - definidas como regras institucionais, *ad hoc* ou outra voltada para condução do procedimento, o tribunal deverá aplicar as Regras da IBA de maneira a tentar atingir, na medida do possível, o interesse de ambas as normas de uma forma mais principiológica. Ou seja, que o tribunal está autorizado a ponderar os princípios e efeitos em caso de antagonismos ou lacunas, caso as partes não decidam de forma expressa.

O artigo 2º das Regras foi incluído pela revisão de 2010, especificando termos em que o tribunal deverá consultar as partes, de antemão, acerca das questões sobre a produção de prova, para garantir um alinhamento entre todos os participantes sobre como será dado prosseguimento às questões preliminares.

É sugerido, portanto, que sejam tratados entre as partes temas como o escopo, o momento e o modo de produzir as provas, inclusive: (a) a apreciação de declarações escritas e dos laudos periciais; (b) alinhar a produção de prova testemunhal e as audiências para produção de prova oral; (c) estabelecer os requisitos e procedimentos que serão adotados para produção de documentos; (e) assegurar qual o nível de proteção à confidencialidade que deve ser dado as provas que serão produzidas; (f) além de tratar sobre quaisquer questões acerca dos cuidados com a proteção de dados e *cybersecurity*. Com esses termos iniciais alinhados, se vislumbra a possibilidade de que o levantamento das provas ocorra de maneira eficiente, econômica e justa.

Assim como na prática do processo contencioso perante os tribunais estatais, as Regras da IBA não inovam quanto a forma de produção de prova em si, mas permite que as partes e o tribunal adequem a medida que se sentirem mais confortável para tratar das matérias de fato. Com isso, temos a expressa previsão de que as partes apresentem

testemunhos, escritos e orais, tanto dos fatos (artigo 4), quanto de questões técnicas por meio dos seus próprios peritos (artigo 5). Essa possibilidade não exclui o tribunal de indicar um perito para auxiliar o seu trabalho, existindo regulação acerca dos peritos indicados pelo tribunal nos termos do artigo 6.

Passamos, então para os pontos específicos da produção de prova, sejam, as disposições acerca da produção de documentos tratadas pelos artigos 3, a condução das audiências para produção de prova oral estabelecida pelo artigo 8 e, por fim, das questões acerca da interpretação acerca da admissibilidade da prova e do comportamento das partes em que aborda o artigo 9.

#### **4.1.1. Requerimento para a produção de documentos: o art. 3º das Regras da IBA**

O dispositivo responsável por centralizar a discussão acerca de um dos principais meios de prova em sede de arbitragem internacional é o art. 3º das Regras da IBA, que se refere a produção dos documentos que as partes desejam introduzir como prova no procedimento arbitral. O artigo também foi alvo de alterações importantes com a revisão da diretriz de 2020.

De antemão, a diretriz define que documento significa “qualquer escrito, comunicação, fotografia, desenho, programa ou dado de qualquer tipo, gravado ou mantido em papel ou por meio eletrônico, visual, de áudio ou por qualquer outro meio”<sup>89</sup>.

A diretriz parte do pressuposto de que podem haver documentos que se enquadrem em três categorias diferentes, que deverão observar um processo distinto de apresentação no processo, podem ser: (1) os documentos que estão ao alcance da própria parte; (2) aqueles documentos, os quais, a parte deseja utilizar como prova das suas alegações, porém não detém a sua posse, pois se encontra no domínio da contraparte no procedimento arbitral ou mesmo de terceiro fora do escopo subjetivo da arbitragem; (3) documentos que nenhuma das partes

---

<sup>89</sup> Tradução sugerida pela diretriz de 2010. Disponível em: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=17dd3ba6-4966-4908-8fd7-f820d02f7a8b>. Acesso em: 18/06/2021. No texto original: “‘Document’ means a writing, communication, picture, drawing, program or data of any kind, whether recorded or maintained on paper or by electronic, audio, visual or any other means;”.

tenha apresentado durante o procedimento, entretanto, o tribunal entende como elemento relevante e material para sua apreciação<sup>90</sup>.

Mais uma vez buscando pelo meio termo aceitável para harmonizar as práticas tipicamente observadas entre os países de *common law* e de *civil law*, a entrega desses documentos deve ser bem delimitada pelas partes e é sugerido que o tribunal controle e intermedeie todo o processo de apresentação das provas. A diretriz não adere a prática típica norte-americana de *discovery* de documentos, onde uma parte tem a obrigação de entregar e apresentar todos os documentos ao seu alcance que estejam relacionados com o caso, sem qualquer interferência do julgador. Diferentemente do que ocorre no sistema adversarial, a parte não terá o direito automático de se dirigir à outra para obter documentos em sua posse sem a autorização do tribunal.

Nesse sentido, é reforçado ao longo do artigo 3º que é sempre ao tribunal arbitral a quem se deve recorrer acerca da produção de qualquer documento. Portanto, é obrigação das partes apresentar diretamente ao tribunal os documentos que fundamentam as suas alegações, mesmo que eles estejam em domínio público, conforme o item 1.

Em momento posterior, a ser determinado pelo tribunal, o item 2 do artigo 3º estabelece que as partes podem dirigir suas solicitações ao tribunal acerca dos documentos que conheça estar posse da contraparte. Para tanto, a solicitação deve atender aos requisitos previstos pelo item seguinte, quais sejam: (i) uma descrição detalhada do documento ou categoria de documentos que se visa obter; (ii) uma declaração de como que esses documentos serão relevantes e materiais para a discussão do caso; e (iii) uma declaração de que os documentos solicitados não estão ao seu alcance para produzira prova, além das razões pelas quais entendem que a prova estará na posse, custódia ou controle da outra parte.

Tendo o tribunal arbitral ordenado a produção do documento, a parte alvo da solicitação poderá apresentar os documentos requeridos sem qualquer objeção, conforme previsto no item 4, ou ainda poderá declarar ao tribunal arbitral as razões pelas quais a parte se opõe a apresentar certos documentos, conforme o item 5.

---

<sup>90</sup> 1999 IBA Working Party; 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee; 2020 IBA Rules of Evidence Review Task Force. Commentary on the revised text of the 2020 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration. Janeiro, 2021. Disponível em: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=4F797338-693E-47C7-A92A-1509790ECC9D>. Acesso em: 18/06/2021.

Não apenas por meio de requerimento das partes podem ser produzidos documentos, o item 10 do artigo 3º possibilita que o tribunal possa solicitar provas de ofício. É atribuição do tribunal arbitral, ainda, auxiliar a obtenção de documentos em posse de terceiro alheio ao procedimento arbitral, por meio de medidas de cooperação com as cortes estatais previstas nas demais leis aplicáveis ao caso concreto<sup>91</sup>.

Com base nessa dinâmica, é possível observar que é sugerido pela doutrina de Redfern e Hunter<sup>92</sup>, em utilizar uma tabela com elementos objetivos para deixar claro quais os pontos controversos, de forma que o tribunal arbitral não perca o foco das razões das partes alegadas durante as trocas de informação e documentos.

Trata-se do mecanismo da *Redfern Schedule*, que tem seu uso já sedimentado na prática arbitral para o requerimento para a produção de provas. Assim, refere-se a uma forma categórica de demonstrar a importância da prova e as razões para a sua objeção.

Se apresenta em forma de tabela, que deve ser preenchida de maneira sucinta em, pelo menos, quatro colunas. O primeiro campo se destina a parte que requer os documentos, onde irá apresentar uma breve descrição do que se solicita, de maneira suficiente para identificar os documentos ou sua categoria e os motivos razoáveis para acreditar que eles, de fato existem. Em seguida, a segunda coluna será preenchida ainda pela parte que requer o documento, apresentando as razões pelas quais se está requerendo a prova, e de sua admissibilidade a partir da sua relevância e materialidade para o caso. Depois disso, a terceira coluna será o espaço para a parte contrária apresentar a sua posição quanto o requerimento, se poderá produzir a prova ou fundamentar brevemente a sua objeção. E, por fim, o espaço da quarta coluna que deve ser deixado em branco pelas partes, pois será onde irá constar a decisão do Tribunal.

A nova redação do artigo 3.5 e 3.6 das Regras da IBA, sugerem ainda a possibilidade de que a parte que solicitou o documento possa realizar uma resposta aos fundamentos da objeção apresentado pela contraparte.

Assim, se o tribunal poderá tomar medidas para interferir nesse processo de negociar a apresentação de documentos pela parte, pedindo por maiores explicações ou

---

<sup>91</sup> ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional*. Atlas, São Paulo, 2014., p. 130.

<sup>92</sup> BLACKABY, Nigel; PARTASIDES Q.C., Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter International Arbitration. Student Version*. 6ª ed. Oxford University Press. 2015., pp. 383-385.

esclarecimentos ou mesmo agendar um encontro ou uma audiência para que as partes possam discutir ao vivo as razões das disputas com maiores detalhes<sup>93</sup>.

Sendo assim, temos que todas as objeções tratadas pelas partes, como previsto pelo artigo 3.5, devem ser fundamentadas em algum dos requisitos previstos no artigo 9.2 para afastar a obrigação de produzir a prova.

#### **4.1.2. Objeção ao requerimento de produção de provas: o art. 9.2**

Um dos pontos mais importantes contidos nas Regras da IBA sobre produção de prova se dá pelo artigo 9, que trata da admissibilidade e interpretação das provas. O *working party* listou nesse artigo as hipóteses em que poderão ser afastadas as provas pelo tribunal arbitral, ou mesmo as justificativas plausíveis para que uma parte possa se recusar a produzir um documento, declaração, prova oral, testemunho ou uma perícia.

O item 1 do artigo 9, segue o princípio de garantir amplos poderes discricionários ao tribunal arbitral para determinar a produção de prova. Estabelece que a admissibilidade da prova deve ser valorada pelo tribunal a partir dos parâmetros de relevância, materialidade e peso da prova. Trata-se de cláusulas gerais que fornecem ao tribunal a flexibilidade para moldar a interpretação das razões para se produzir ou não certa prova – em especial os documentos, conforme cada caso particular<sup>94</sup>. O artigo funciona, especialmente como uma importante proteção para as partes em relação à produção de documentos, pois promove um equilíbrio ao poder de requerer a produção de documentos da contraparte ou de terceiros no curso do procedimento<sup>95</sup>.

Quanto ao artigo 9.2, este estabelece que o tribunal terá o poder de excluir as certas provas, de ofício ou a requerimento das partes, se entender que qualquer documento, testemunho oral, declaração escrita ou inspeção, no todo ou em parte, se encaixarem em alguma dos pontos expressamente elencados pela diretriz. São as hipóteses previstas no artigo para afastar uma prova do processo, ou mesmo, para que a parte se recuse a apresentar um documento conforme dispõe o artigo 3.5, as seguintes:

---

<sup>93</sup> Ibidem. Idem.

<sup>94</sup> ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional*. Atlas, São Paulo, 2014, p. 132

<sup>95</sup> MULCAHY, Carol; KHODYKIN, Roman; FLETCHER, Nicholas. *A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*. Oxford University Press. 2019. p. 134.

- a) a falta de relevância para o caso e de materialidade para o desfecho da controvérsia;
- b) questões relacionadas com impedimento ou privilégio, legal ou regras de ético;
- c) ônus desarrazoado de produzir a prova;
- d) perda ou destruição do documento;
- e) questões de confidencialidade comercial ou técnica;
- f) questões sensíveis de cunho político ou institucional, tais como documentos secretos de governo ou instituições internacionais de direito público;
- g) por questões de economia processual, proporcionalidade, igualdade ou equidade entre as partes.

Ainda se vê que, a revisão no texto da diretriz acrescentou nova hipótese para excluir a apreciação de uma prova no item 9.3. Se refere a possibilidade de que o tribunal afaste a prova que foi obtida de maneira ilegal, de ofício ou a requerimento da parte. É uma maneira cautelosa de evitar maiores discussões acerca da flexibilidade arbitral e da discricionariedade do tribunal arbitral. Admitir a apreciação e fundamentar a sentença arbitral em uma prova ilegal poderá impedir a execução da decisão nas cortes estatais por meio dos dispositivos da CNI. Em especial, o item V, 2, b, que trata dos fundamentos de *public policy* para recusar a execução da sentença.

Ademais, é necessário esclarecer o que a diretriz entende por ser uma prova relevante ou material. Mais uma vez, a lógica agregada a necessidade de demonstrar a relevância do documento a ser produzido possui origem nas diferentes tradições legais.

Enquanto a relevância ao caso é uma situação comumente utilizada pelas jurisdições da tradição de *common law*, um documento relevante é normalmente aquele que é indubitavelmente necessário para que seja possível a decisão do caso.

Por outro lado, as jurisdições de tradição no *civil law* afixam-se a prática de que um documento deve ser material para o resultado do caso em apreço, portanto o julgador examinará e investigará quais alegações do caso são controversas e quais são incontroversas, para então determinar a produção dos documentos específicos para as alegações em disputa entre as partes<sup>96</sup>.

---

<sup>96</sup> Ibidem. Idem. Loc. Cit.

Entende-se como relevante para o caso, aquele documento que irá fundamentar o pedido da parte, seja para especificar a veracidade das suas alegações de fato, para embasar suas questões de direito, ou mesmo para refutar fatos a serem trazidos pela contraparte.

A materialidade se refere ao efeito concreto que o documento é capaz causar na sentença que venha a ser proferida pelo tribunal arbitral. Trata-se de um documento que apresenta algo novo para a discussão e que afeta o curso da disputa.

Pode ser definido, ainda, de forma objetiva enquanto a relevância da prova como sendo a conexão lógica entre conteúdo do documento e a alegação da parte, enquanto a materialidade caracterizar-se-ia pela importância dessa prova para o julgamento da controvérsia.<sup>97</sup>

Portanto, toda a interpretação das provas deve passar por essa análise de relevância e materialidade para que seja considerada sua inclusão no processo. A escolha do comitê redator das regras por reatar do tema a partir interpretação dos termos gerais, bem como um guia de elementos sobre os quais o tribunal deve considerar não analisar a prova estão de acordo com o objetivo da IBA em fornecer um guia, mas não uma solução prática e igual para todos os casos.

#### **4.1.3. As audiências para produção de prova oral: o artigo 8º**

A condução das audiências, estabelecida ao longo do artigo 8, não inova ou se afasta dos procedimentos rotineiros e tradicionais de audiências perante o poder judiciário com a realidade da arbitragem, abrindo margem para que o rito seguido, em si, seja aquele que mais se ajuste ao caso, mais uma vez reiterando o princípio da flexibilidade, o poder discricionário do tribunal e a autonomia das partes.

A principal alteração trazida pela reforma de 2020 se deu pela inclusão da possibilidade expressa de que as audiências para produção de prova oral sejam conduzidas por intermédio de aparatos tecnológicos, sem a necessidade de que todos os envolvidos estejam presentes na mesma sala. Esse dispositivo se deu, principalmente, em razão da crise sanitária global causada pelo vírus da covid-19.

---

<sup>97</sup> PILKOV, Konstantin. *Evidence in International Arbitration: Criteria for Admission and Evaluation*. Arbitration. Chartered Institute of Arbitrators. Vol. 80, Arbitration, Issue 2, 2014., pp. 148-149

A nova redação do artigo 8, 2 é explícita ao tratar do tema, possibilitando que qualquer uma das partes possa requerer as audiências de forma remota ou mesmo que o tribunal por assim decida de ofício. Entretanto, para que esteja alinhado todos os interesses, o tribunal é recomendado de consultar todas as partes sobre a possibilidade e de que seja elaborado um protocolo para condução da audiência por vídeo conferência, em vistas de trazer efetividade, razoabilidade e evitar quaisquer interrupções. A sugestão é de que o protocolo contenha (a) qual a tecnologia será utilizada, (b) que preveja um momento para testes ou treinamento anteriores a audiência, (c) ajustar as questões acerca de fuso-horário, (d) estabelecer como os documentos serão apresentados ao tribunal e às testemunhas e, por fim, (e) as medidas adequadas para garantir que as testemunhas não sejam influenciadas ou distraídas durante o depoimento<sup>98</sup>.

Tratou-se de uma adequação importante à realidade atual para que não se veja ocorrer impasses e atrasos para a realização da audiência em razão da falta de planejamento e de medidas adequadas para tanto.

Foi o que se viu em 2020 na jurisprudência arbitral. A decisão proferida pela Suprema Corte da Áustria (Oberster Gerichtshof, OGH, caso No. 18 ONc 3/20s) ao examinar a possibilidade da condução de uma audiência em um procedimento arbitral por videoconferência<sup>99</sup>. A decisão proferida em 23 de julho de 2020, no contexto da pandemia do coronavírus, é considerada uma das primeiras jurisprudências divulgada no mundo sobre a matéria.

No caso, a parte Requerida de um procedimento sediado em Viena e administrado pela VIAC (Vienna International Arbitral Centre) contestou a decisão do tribunal arbitral de

---

<sup>98</sup> No texto original, temos: Article 8 – Evidentiary Hearings. “2. At the request of a Party or on its own motion, the Arbitral Tribunal may, after consultation with the Parties, order that the Evidentiary Hearing be conducted as a Remote Hearing. In that event, the Arbitral Tribunal shall consult with the Parties with a view to establishing a Remote Hearing protocol to conduct the Remote Hearing efficiently, fairly and, to the extent possible, without unintended interruptions. The protocol may address: (a) the technology to be used; (b) advance testing of the technology or training in use of the technology; (c) the starting and ending times considering, in particular, the time zones in which participants will be located; (d) how Documents may be placed before a witness or the Arbitral Tribunal; and (e) measures to ensure that witnesses giving oral testimony are not improperly influenced or distracted.”

<sup>99</sup> SHERER, Maxi; SCHWARZ, Franz; ORTNER, Helmut; JENSEN, Ole J. *In a ‘first’ worldwide, Austrian supreme court confirms arbitral tribunal’s power to hold remote hearings over one party’s objection and rejects due process concerns*. Kluwer Arbitration Blog. 24 de Outubro de 2020. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/10/24/in-a-first-worldwide-austrian-supreme-court-confirms-arbitral-tribunals-power-to-hold-remote-hearings-over-one-partys-objection-and-rejects-due-process-concerns/>. Acesso em: 18/06/2021.

conduzir audiência para coleta de provas remotamente fundado em questões de violação ao devido processo legal. As questões geográficas também foram discutidas nesse contexto, visto que a parte Requerida se encontrava nos Estados Unidos, em Los Angeles e o início das audiências estavam previstos para iniciar às 6 horas no horário local. Já a parte Requerente, os árbitros e a instituição arbitral estavam na Europa, em Viena, onde o horário correspondente seria por volta das 15 horas.

Por outro lado, a Suprema Corte da Áustria rejeitou os argumentos da parte, entendendo ser possível a realização da audiência remota, visto que o fato de o tribunal arbitral não ter postergado a data da audiência por razões sanitárias não violou o dever dos árbitros de dar um tratamento isonômico às partes. Assim, entendeu que o tribunal arbitral possui poderes discricionários para ordenar a audiência de produção de prova, mesmo diante da recusa de uma das partes.

Esse caso ilustra a tentativa das Regras da IBA de evitar esses impasses e atrasos durante o procedimento, sugerindo que os parâmetros sejam todos previamente estabelecidos entre os árbitros e por acordo das partes.

Ademais, em que pese a aversão por parte da comunidade jurídica ao modelo estabelecido pelas Regras da IBA para conduzir as audiências de produção de prova, acreditando se filiar ao modelo mais próximo ao adversarial, não é o que se vê no texto das regras, sem si. O item 3 do artigo 8 estabelece que:

O Tribunal Arbitral terá, durante todo o tempo, controle total sobre a Audiência de Produção de Provas. O Tribunal Arbitral poderá limitar ou excluir qualquer pergunta, resposta ou comparecimento de uma testemunha, se considerar que tal pergunta, resposta ou comparecimento é irrelevante, não essencial, excessivamente oneroso, redundante ou coberto por uma das razões de objeção previstas no Artigos 9.2. e 9.3. As perguntas a uma testemunha durante o depoimento direto e o reexame direto não podem ser desarrazoadamente indutivas<sup>100</sup>.

Por esses termos, temos que o papel principal em conduzir as audiências e oitivas dos depoimentos de testemunhas e peritos é de responsabilidade do tribunal arbitral. De forma que a crítica ao modelo adversarial, não vem dos termos das regras, mas sim da prática. Podendo ser adotado apenas em parte, como um guia, a prevalência do protagonismo dos advogados das partes não pode ser apenas devido aos termos de uma *soft law*. É mais plausível assumir a

---

<sup>100</sup> Tradução baseada na versão em português das Regras da IBA de 2010, adaptada aos termos da revisão de 2020, ainda sem tradução oficial.

posição de que a prevalência do uso das técnicas e mecanismos característicos do modelo adversarial se dá em razão da prevalência dos países de *common law* na prática, e da possível americanização da arbitragem arbitral.

Ainda assim, a ordem dos depoimentos e a possibilidade de conduzir as perguntas são estabelecidos pelos itens 4 e 5 do mesmo artigo 8.

A ordem sugerida para oitiva das testemunhas e peritos durante a audiência é que se inicie pelas testemunhas de fato do Requerente, seguido daquelas arroladas pelo Requerido, após isso, serão apresentados os depoimentos técnicos, na mesma ordem. É facultado às partes questionares as testemunhas se valerem das técnicas de *cross-examination* ou de *direct-examination*, ou mesmo, deferir essa função apenas ao tribunal arbitral. Assim se vê a clara tentativa de conciliar os interesses das partes oriundas de tradições jurídicas distintas.

#### **4.1.4. Outras medidas para garantir a efetividade na produção de prova**

O comitê das Regras da IBA claramente optou pela opção de que o tribunal arbitral seja o protagonista da produção de prova pelo rito sugerido pela diretriz. Como forma de garantir o máximo aproveitamento possível a produção de provas, os últimos dispositivos do texto das Regras da IBA sobre Produção de Prova dispõem de mecanismos que podem ser utilizados pelo tribunal arbitral para manter esses interesses observados na prática.

De acordo com o artigo 9.5 das Regras da IBA, o tribunal arbitral está autorizado a conferir aos elementos de prova colhidos ao processo, a confidencialidade necessária para assegurar que as partes estejam confortáveis em apresentar todos os elementos que estão à sua disposição.

A revisão do texto, esclareceu, inclusive que essa confidencialidade abarca os documentos que venham a ser produzidos durante o processo e as provas apresentadas, que se considere necessária maior proteção.

Esse dispositivo evita que a justificativa apresentada pelo item 9.2.e, para afastar a produção de uma prova ou sua apreciação, seja alegado quando possível que os interesses do conteúdo do documento estejam sob o resguardo do próprio tribunal arbitral, ou que sejam, no máximo, divulgados o seu conteúdo aos advogados.

No caso de uma alternativa para coibir o comportamento faltoso das partes durante o procedimento de produção de provas, os itens 6 e 7 do artigo 9 das Regras da IBA, conferem ao tribunal arbitral a possibilidade extrair inferências negativas no caso da não apresentação do documento solicitado sem justificativa plausível.

Isto, pois é dever da parte cumprir com as ordens do tribunal mesmo que estas sejam contrárias aos seus interesses processuais. A norma determina expressamente:

If a Party fails without satisfactory explanation to produce any Document requested (...) or fails to produce any Document ordered to be produced by the Arbitral Tribunal, the Arbitral Tribunal may infer that such document would be adverse to the interests of that Party.

A inferência negativa é um meio de prova indireto pelo qual os árbitros chegam à uma conclusão com base nos fatos vistos durante a condução do processo para tomar sua decisão. Ocorre de forma que o árbitro irá presumir que o conteúdo da prova que não foi produzida pela parte que a detinha sua posse, controle ou custódia seria desfavorável aos seus interesses, pois confirma a versão dos fatos narrados pela contraparte. Assim, mediante o não cumprimento de uma ordem do tribunal em produzir o documento que esteja ao seu alcance, a diretriz estabelece que se trata de uma situação relevante o suficiente para demonstrar que a parte faltosa temia uma decisão contrária a seus interesses.

Por ser considerada como prova indireta, contudo, o tribunal não poderá se basear unicamente no comportamento faltoso da parte para fundamentar a sua decisão, deve ser sopesada mediante outros indícios presentes na disputa. Dessa forma, não poderá se encaixar, de fato, como uma forma de penalidade à parte, mas sim uma forma de coibir um comportamento indesejado de forma a intimidar, em razão da existência de previsão que permite decisão contrária aos seus interesses, mesmo que não se tenha qualquer indício concreto.

A inferência adversa é que um mecanismo para embasar a cognição do tribunal para decidir o caso com base, não apenas no que é jurídico ou com os fatos que foram devidamente demonstrados, mas sim contemplar o sensorial do comportamento das partes e suas justificativas para a falta de cooperação com andamento do procedimento. Por este viés, a aplicação da inferência negativa apenas surtirá efeitos concretos na decisão do tribunal. E, pela própria discricionariedade do tribunal, é possível ainda que a falta de prova de determinada alegação nem mesmo atinja a sentença final.

É mais comum que o ônus da prova recaia sobre a parte requerente do procedimento arbitral, de forma que incumbe a esta provar as suas alegações para que sejam compreendidas pelo tribunal como verdadeiras e contundentes. Paralelamente a isso, caso o requerente falhe em demonstrar os fatos cabe a contraparte instruir que o que foi alegado inicialmente não seria verossímil.

Neste ponto não se trata de uma inversão do ônus probatório, mas apenas no ônus de produzir os documentos necessários para tanto. Assim, o ônus probatório se mantém com a parte requerente, porém, recebe a parte requerida a incumbência de produzir provas suficientes para refutar as alegações que foram feitas.

Para fins de determinação de inferência negativa, a prática arbitral recomenda a utilização do conhecido Teste de Sharpe. De acordo com o Teste, existem cinco requisitos para a extração de inferências negativas na arbitragem, em primeiro plano, (i) a parte que pretende se valer da inferência deve apresentar provas que a corroborem; (ii) essa parte também tem de produzir provas suficientes e detalhadas, ainda que não conclusivas, da sua alegação; (iii) os documentos requeridos devem ser acessíveis à parte que sofrerá os efeitos da inferência; (iv) a inferência deve ser razoável, consistente com os fatos demonstrados no processo e logicamente relacionada com a provável natureza dos documentos requeridos e não apresentados; (v) e a parte que sofrerá os efeitos da inferência deve ter a oportunidade de produzir os documentos requeridos.

Entretanto, o que se vê é que os tribunais apresentam certa cautela e hesitação para aplicação de tal instituto, uma vez que esta circunstância poderá ser fundamento para uma futura ação questionando a nulidade da decisão arbitral com base em violação ao devido processo legal. Tal situação se vê evidente, pois o caráter não cogente da *soft law* no qual se embasaria o dispositivo que prevê aplicação da inferência negativa não prevaleceria face a uma questão de ordem pública, tal qual o devido processo legal.

Por fim, a última medida prevista pelas Regras da IBA para conferir maior legitimidade ao tribunal arbitral durante a condução da produção de provas está previsto no item 9.8. A diretriz estabelece a possibilidade de que os árbitros determinem que uma parte deverá arcar com o pagamento das custas da arbitragem, inclusive aquelas relacionadas a produção de prova, caso não tenha um comportamento adequado e não pratique atos vestidos de boa-fé durante o procedimento.

Tal hipótese é drástica, mas se alinha com as premissas estabelecidas pelo preâmbulo da diretriz, para garantir a cooperação de todos os participantes do procedimento, ademais, as questões de custas não são bem delimitadas por outras normas de forma que é um ponto flexível e que o tribunal pode utilizar em favor da efetividade do processo. Com isso, a sugestão é dada ao tribunal e cabe aos árbitros aplicarem, ou não, conforme o caso concreto.

## **5. A PRODUÇÃO DE PROVA EM SEDE DE ARBITRAGEM DOMÉSTICA**

Até então tecemos análises acerca do cenário construído para arbitragens internacionais, onde, além de estarmos diante de partes de diferentes nacionalidades, costumes e culturas jurídicas antagônicas, nos deparamos com carência de regramentos que balizem o tribunal e as partes durante a instrução do processo. As incertezas quanto a esse momento processual também surgem, quando partes de mesma origem passam a eleger a arbitragem como mecanismo adequado para a solução dos seus conflitos.

Consideramos que no primeiro caso, partes brasileiras possam litigar em face a seus parceiros de negócios estrangeiros. Entretanto, é cabível, ainda, que partes brasileiras se encontrem em polos distintos do processo arbitral.

Diante da arbitragem doméstica, outras dúvidas acerca da produção de prova surgem perante o procedimento. Notadamente, esses partícipes possuem experiência em litigar no judiciário e que a condução e quaisquer controvérsias acerca da apresentação dos elementos probante são regidos por lei específica, qual seja, o Código de Processo Civil. A disciplina deve ser cumprida compulsoriamente, pois aqui trata-se da forma mais nítida de uma *hard law* processual, que caso descumprida traz graves consequências para a integridade do processo judicial.

Por outro lado, a própria noção de que as partes optaram por conceder ao tribunal arbitral autoridade para resolução da controvérsia trata-se de eleger a jurisdição arbitral em detrimento da jurisdição estatal, afastando a aplicação da Lei 13.105/15 para atrair o regulamento da Lei Brasileira de Arbitragem.

Ocorre que, novamente, nos deparamos com lacuna acerca de normas imperativas dirigidas aos árbitros e as partes acerca da produção de prova durante a instrução processual. Tampouco, os regulamentos das principais instituições de arbitragem especificam os termos a esse respeito, de forma que se concede discricionariedade ao tribunal arbitral para instruir a fase probatória do procedimento.

Nesse sentido, passamos a analisar os termos que regulamentam a arbitragem doméstica, em seguida, como se dá regulação da produção de prova, buscando entender se é possível a aplicação dos termos do CPC ou da *soft law* em matéria de arbitragem internacional a fim de suprir a lacuna legislativa e regulamentar sobre o tema.

### 5.1. A REGULÇÃO DA ARBITRAGEM NO BRASIL

Nas últimas duas décadas a arbitragem no Brasil passou de mero instituto jurídico pouco conhecido ou aplicado para um dos principais mecanismos alternativos de resolução de disputas no âmbito do direito civil. Embora tenha havido certa resistência histórica para a propagação das vias arbitrais como via alternativa ao judiciário na resolução de controvérsias, atualmente é um ramo consolidado no Brasil, após 24 anos da sanção da Lei nº 9.307/96 e da revisão pela Lei nº 13.129/15 que fortaleceu ainda mais a matéria em território nacional.

Para que fosse possível esse avanço, também foram necessárias evoluções dos diplomas civil e processual da lei brasileira. Durante a primeira metade do século XX, entre, aproximadamente, 1780 e 1920, o uso da arbitragem começava a ser explorado para resolução de disputas de caráter comercial entre comerciantes europeus, principalmente na Inglaterra em razão da potência criada a partir da Revolução Industrial<sup>101</sup>.

Em razão do contexto histórico de surgimento e propagação da prática de arbitragem, o Código Civil de 1916<sup>102</sup>, de caráter liberal e elaborado sob forte influência de jurisdições europeias, já abordava previsões acerca dos aspectos da contratação de compromisso arbitral temos entre os artigos 1.037 e 1.048.

**Art. 1.037.** As pessoas capazes de contratar poderão, em qualquer tempo, louvar-se, mediante compromisso escrito, em árbitros, que lhes resolvam as pendências judiciais, ou extrajudiciais.

**Art. 1.038.** O compromisso é judicial ou extrajudicial. O primeiro pode celebrar-se por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, por onde correr a demanda; o segundo, por instrumento público ou particular, assinado pelas partes e duas testemunhas.

**Art. 1.039.** O compromisso, além do objeto do litígio a ele submetido, conterà os nomes, sobrenomes e domicilio dos árbitros, bem como os dos substitutos nomeados para os suprir, no caso de falta ou impedimento.

---

<sup>101</sup> SCHINAZI, Mikaël. *The Three Ages of International Commercial Arbitration and the Development of the ICC Arbitration System*. ICC Dispute Resolution Bulletin, issue 2, 2020, pp. 63-75.

<sup>102</sup> BRASIL. Lei nº 3.071 de 01 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Revogada. Diário Oficial da União, 05 de janeiro de 1916.

Esses termos estiveram vigentes até a publicação da Lei de Arbitragem em 1996, que tratou de espelhar às melhores práticas para alcançar um processo efetivo.

O Código Civil de 2002, entretanto, demonstra diversos avanços em relação ao diploma anterior e exprime sua congruência com as outras normas já integrantes no sistema jurídico quando do início da sua vigência, que já eram favoráveis à arbitragem.

Com isso, se consagra a possibilidade de as partes assumirem o compromisso de buscar a jurisdição arbitral em face da jurisdição estatal. O art. 853 do Código Civil é expresso ao indicar que “admite-se nos contratos a cláusula compromissória, para resolver divergências mediante juízo arbitral, na forma estabelecida em lei especial”<sup>103</sup>, onde se faz remissão à Lei 9.307/96.

Quanto as previsões dos diplomas processuais, o Código de Processo Civil Brasileiro promulgado em 1939<sup>104</sup> ao tratar de unificar o sistema processual do Brasil, dedicava seus artigos 1.031 a 1.046 sobre a possibilidade de se instituir um procedimento arbitral para dirimir controvérsias. Por outro lado, ao mesmo tempo que instituía a possibilidade de recorrer à jurisdição arbitral, criava empecilhos que retirava a sua efetividade.

O art. 1.041 do CPC/39 trazia que: “a execução da sentença arbitral dependerá de homologação”. Assim, a para conferir a mesma qualidade de título executivo judicial, a lei exigia a homologação judicial das sentenças proferidas pelos tribunais arbitrais.

Diante disso, o que ocorria na prática era que os tribunais não reconheciam a força contratual da cláusula compromissória, impedindo a realização de uma execução específica, resolvendo-se o inadimplemento em perdas e danos.<sup>105</sup> Em razão da obrigatoriedade de homologação da sentença arbitral para que esta passasse a produzir os efeitos equiparados a uma sentença estatal se perfazia o oposto do que se visava com o procedimento, ou seja, evitar a interferência do Poder Judiciário. Desta forma, todas as vantagens do instituto se esvaziavam.

Quanto à obrigatoriedade de homologação do laudo arbitral para que este passasse a produzir os mesmos efeitos da sentença estatal, alinhava-se o legislador (civil e processual)

---

<sup>103</sup> BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União de 11 de janeiro de 2002, p. 1. Brasília, 2002.

<sup>104</sup> BRASIL. Decreto-lei nº 1.608 de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Seção 1, 13/10/1939, Página 24369.

<sup>105</sup> LOBO, Carlos Augusto de Silveira. *História e perspectivas da arbitragem no Brasil*. Revista de Arbitragem e Mediação, RArb. vol. 50/2016. São Paulo, 2016. pp. 79–94.

ao que havia de mais antigo e ultrapassado na matéria. Evidentemente, as partes, ao optarem pela solução arbitral, querem evitar toda e qualquer interferência do Poder Judiciário, mesmo que a posteriori. A necessidade de apresentar-se o laudo ao juiz togado para o exequatur retirava várias das vantagens do instituto: o segredo, que costuma cercar a arbitragem, desaparecia; o custo, que as partes querem ver reduzido, sofria acréscimo considerável; e, por fim, a celeridade, que deve caracterizar a arbitragem, ficava prejudicada, já que a morosidade do procedimento homologatório (sujeita que estava a sentença de primeiro grau ao recurso de apelação, aliado à possibilidade de recurso especial junto ao Superior Tribunal de Justiça, interponível sob a alegação de violação ao (Código de Processo Civil) faria perdurar a demanda por alguns anos...”<sup>106</sup>

A análise que se tem desse período, nas palavras de Carlos Alberto Carmona, é “falta de tradição no manejo da arbitragem como meio alternativo de solução de controvérsias no Brasil fadaria o juízo arbitral ao total abandono”<sup>107</sup>. Diante da pouca eficiência dada ao instituto, a arbitragem foi poucas vezes utilizada no Brasil até a década de 90, isso porque a discussão mais ampla da arbitragem nos meios jurídicos para uma efetiva prática forense só veio a ocorrer entre as décadas de 70 e 80.<sup>108</sup>

O Código de Processo Civil de 1973<sup>109</sup>, portanto, já apresentou avanços em relação aos documentos que lhe antecederam. Reservou-se todo o Capítulo XIV para o tratamento do Juízo Arbitral ao longo de trinta artigos. Para tanto, passava, não somente pelas questões acerca do compromisso arbitral e dos árbitros, como previsto anteriormente, mas também para tratar dos termos do procedimento entre os artigos 1.085 e 1.097. E por fim, acerca da homologação do laudo, que mantinha a situação anterior, requerendo a homologação da sentença pelo poder judiciário. O que se propuseram para driblar as barreiras da homologação foi a estipulação de prazo máximo de 20 dias para que a homologação fosse concluída nos termos do art. 1.099.

**Art. 1.098** É competente para a homologação do laudo arbitral o juiz a que originalmente tocar o julgamento da causa.

**Art. 1.099** Recebidos os autos, o juiz determinará que as partes se manifestem, dentre de dez (10) dias, sobre o laudo arbitral; e em igual prazo o homologará, salvo se o laudo for nulo.

---

<sup>106</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n.º. 9.307/96*. ed. 3. São Paulo: Atlas, 2009, p. 5.

<sup>107</sup> Ibidem. Idem. p. 1.

<sup>108</sup> WALD, Arnoldo. Arbitragem: passado, presente e futuro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, Vol. 50/2016. Pp. 59 – 79.

<sup>109</sup> BRASIL. Lei N.º 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil de 1973, Lei Buzaid. Diário Oficial da União - Seção 1 - 17/1/1973, Página 537.

O primeiro anteprojeto de uma lei específica versando sobre a arbitragem foi elaborado em 1981, em solicitação do então Ministério da Desburocratização, ocorre que os responsáveis por tal encargo careciam da precisão técnica que necessitava a lei. Também ocorreram outras tentativas de legislar sobre a matéria, tanto em 1986, quanto em 1988.<sup>110</sup> Para Wald, esse cenário poderia ser descrito da seguinte forma:

“O Juízo Arbitral, como uma das formas alternativas de resolução de disputas existia em nosso Direito Positivo. O “fantasma do Castelo”, é certo, necessitando apenas materializar-se. O problema residia em como fazê-lo sem poderes mediúnicos.<sup>111</sup>”

Após este momento, um novo projeto para a lei de arbitragem só veio a ser apresentado no ano de 1992. Este último buscou suas bases em diplomas internacionais, como a Lei Modelo sobre a Arbitragem Comercial da UNCITRAL de 1985, nas disposições da Convenção de Nova Iorque sobre Reconhecimento e a Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras de 1958, além da convenção do Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional do Panamá de 1975.

O projeto teve processamento bastante lento na Câmara, e só veio a ser aprovado no ano de 1996. Em seguida, o projeto logo foi aprovado pelo Senado e o presidente da República sancionou a Lei de Arbitragem em setembro de 1996<sup>112</sup>.

A lei 9.307/96 correspondeu as necessidades que exigiam o cenário e mercado brasileiro para a arbitragem, pois “criou-se um processo ágil e flexível, adaptável às necessidades de cada caso, sem prejuízo de manter os princípios básicos do contraditório e do direito de ampla defesa das partes”<sup>113</sup>.

A Lei de Arbitragem, portanto, foi sancionada em 23/09/1996<sup>114</sup> e por meio de 44 artigos e sete capítulos foi capaz de transitar entre os pontos relevantes de direito material e processual necessários para sistematizar o instituto da arbitragem no Brasil.

---

<sup>110</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei n.º 9.307/96*. ed. 3. São Paulo: Atlas, 2009, 2009, p. 6

<sup>111</sup> WALD, Arnoldo. *Arbitragem: passado, presente e futuro*. Revista de Arbitragem e Mediação, Vol. 50/2016. Pp. 59 – 79.

<sup>112</sup> BRASIL. Lei n.º 9.307 de 23 de setembro de 1996. Lei de Arbitragem, Lei Marco Maciel. Diário Oficial da União - Seção 1 - 24/9/1996, Página 18897.

<sup>113</sup> WALD, Arnoldo. *Arbitragem: passado, presente e futuro*. Revista de Arbitragem e Mediação, Vol. 50/2016. Pp. 59 – 79.

<sup>114</sup> BRASIL. Lei n.º 9.307 de 23 de setembro de 1996. Lei de Arbitragem, Lei Marco Maciel. Diário Oficial da União - Seção 1 - 24/9/1996, Página 18897.

Em seu conteúdo, normatiza as relações jurídicas possíveis de serem submetidas à jurisdição arbitral nas disposições gerais dos artigos 1º e 2º; estabelece os requisitos, forma, conteúdo e efeitos de uma Convenção de Arbitragem entre os artigos 3º e 12º; no que segue, trata das atribuições e atuação dos árbitros, do artigo 13 ao 18; especifica regras gerais de procedimento e instrução processual entre o artigo 19 e artigo 22; aborda entre os artigos 23 e 33 os requisitos, forma e causas de invalidação da sentença arbitral; e, por fim, trata da homologação de sentenças arbitrais estrangeiras entre os artigos 34 e 40.

Acerca do reconhecimento e execuções de sentenças estrangeiras, foram transpostos os princípios da Convenção de Nova Iorque ao texto da lei, pois a Carta só foi formalmente incluída no ordenamento brasileiro com o Decreto nº 4.311/2002. Isto se deu em razão da sociedade ter se mostrado altamente receptiva ao mecanismo da arbitragem, tal movimento favorável foi imprescindível para que o país aderisse à Convenção.<sup>115</sup>

A principal mudança em relação ao regramento da arbitragem com o advento da lei específica, se deu ao conferir independência à jurisdição arbitral da jurisdição estatal. Cuidou o artigo 31 de conferir a sentença arbitral a qualidade de título executivo judicial, dispensando posterior homologação pelo Poder Judiciário, como se estabelecia até então.

**Art. 31.** A sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo.

Assim, o legislador, não apenas, soluciona a situação que criava empecilhos ao instituto no ordenamento brasileiro, como também cria mecanismo ágil de impugnação da decisão arbitral, por meio de demanda própria conforme disposição do caput do artigo 33, onde na redação original estipulava que “a parte interessada poderá pleitear ao órgão do Poder Judiciário competente a decretação da nulidade da sentença arbitral, nos casos previstos nesta Lei”.

Outro obstáculo superado pela Lei de Arbitragem se trata de passar a conceder força vinculante à *clausula compromissória*.<sup>116</sup>

---

<sup>115</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem Comercial Internacional e os 60 anos da Convenção de Nova Iorque*. São Paulo. Quartier Latin, 2019. p. 20

<sup>116</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem, Mediação, Conciliação, Tribunal Multiportas*. Ed. 8ª. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2020. Pp. 124-129.

Com base na legislação anterior, para que se instaurasse arbitragem fazia-se necessária a composição das partes para tanto após a existência do litígio no mundo dos fatos. Isso porque a lei brasileira, até então, tratava apenas do compromisso arbitral e não regulava as cláusulas compromissórias, que devem ser tratadas quando da assinatura do contrato. Ambas as hipóteses são espécies do gênero convenção de arbitragem.

Com a Lei 9.307/96, existindo cláusula compromissória em contrato, e preenchido os seus requisitos de existência e validade, o instrumento impede que qualquer das partes contratantes se recuse a submeter o litígio, quando então surja, ao juízo arbitral. Trata-se do efeito negativo da cláusula compromissória que afasta, de pronto, a competência da jurisdição estatal<sup>117</sup>.

**Art. 7º** Existindo cláusula compromissória e havendo resistência quanto à instituição da arbitragem, poderá a parte interessada requerer a citação da outra parte para comparecer em juízo a fim de lavar-se o compromisso, designando o juiz audiência especial para tal fim.

O que vê é uma lei que não busca medidas extremas. Sendo assim, prestigia a convenção de arbitragem sem excluir o fator estatal, possibilitando intervenção do poder judiciário caso as partes não cheguem a constituir um juízo arbitral, além de disciplinar formas de cooperação do juiz com o árbitro, caso se veja necessidade.

A lei tem seu caráter modernizador reconhecido internacionalmente, se tornando, inclusive um exemplo para outras jurisdições.<sup>118</sup>

Nesse sentido, desde 1996 a Lei de Arbitragem alterou o panorama jurídico-positivo do ordenamento brasileiro, de forma a permitir o fortalecimento de aspectos comerciais, contratuais, bem como, principiológicos, como no caso da autonomia da vontade.

Desde a introdução da Lei de Arbitragem, em pouco mais de 20 anos, a utilização do mecanismo alternativo de resolução de conflitos vem crescendo exponencialmente no Brasil.

Tal cenário coloca nosso país em destaque internacional no campo de arbitragem, com grande desenvolvimento no campo doutrinário e jurisprudencial, visto o aumento número de precedentes de arbitragens domésticas e internacionais envolvendo partes brasileiras, a formação de profissionais capacitados, bem como a criação de câmaras arbitrais especializadas em administrar os procedimentos com alto rigor técnicos. Tal cenário em

---

<sup>117</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem, Mediação, Conciliação, Tribunal Multiportas*. Ed. 8ª. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2020. p. 124-125.

<sup>118</sup> WALD, Arnoldo. Arbitragem: passado, presente e futuro. *Revista de Arbitragem e Mediação*, Vol. 50/2016. Pp. 59 – 79.

corresponde o imenso avanço que se deu no Brasil em curto período, se equiparando com a realidade de outros países com prática consolidada por mais de meio século<sup>119</sup>.

Logo, diante da boa recepção e do crescimento dado a arbitragem no Brasil, em 2015, a redação original do instrumento legal é alterada pela Lei 13.129/15<sup>120</sup>. Para Cahali, a modificação manteve a essência e estrutura da Lei 9.307/96, de forma que, como resultado, a reforma se encarregou de corrigir algumas falhas e aperfeiçoando pontos sensíveis, sem mudanças substanciais que poderia causar insegurança ao estágio atual do sistema arbitral brasileiro.<sup>121</sup> Entende Wald, que o conteúdo da nova lei compreende “um texto que representa, para o nosso direito, uma evolução construtiva e não uma revolução”<sup>122</sup>.

O contexto em que se deu a reforma da Lei também se trata da adequação entre os dispositivos do diploma que passou a regular o Processo Civil também no ano de 2015, sancionado apenas dois meses antes. Temos como exemplo a congruência entre o artigo 206 do CPC/15 e a inclusão do artigo 22-C na Lei de Arbitragem mediante a reforma. Ambos tratam do tema da carta arbitral. Enquanto no Código de Processo Civil temos:

**Art. 260.** São requisitos das cartas de ordem, precatória e rogatória: § 3º A carta arbitral atenderá, no que couber, aos requisitos a que se refere o caput e será instruída com a convenção de arbitragem e com as provas da nomeação do árbitro e de sua aceitação da função.

Temos que foi incluído pela Lei 13.129/15 a norma que dá autoridade ao árbitro em solicitar a cooperação jurisdicional:

**Art. 22-C.** O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro.

**Parágrafo único.** No cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem.

Embora mantida a boa estrutura e substância da lei anterior, foram alterados e acrescentados outros dispositivos com base na necessidade prática de aprimoramento que foi

---

<sup>119</sup> WALD, Arnoldo. *A reforma da lei de arbitragem*. Revista dos Tribunais, Vol. 962, 2015.

<sup>120</sup> BRASIL. Lei nº 13.129 de 26 de maio de 2015. Altera a Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, Reforma da Lei de Arbitragem. Diário Oficial da União, Seção 1, 27/5/2015, Página 1.

<sup>121</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem, Mediação, Conciliação*, Tribunal Multiportas. Ed. 8ª. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2020. p. 126

<sup>122</sup> WALD, Arnoldo. *A reforma da lei de arbitragem*. Revista dos Tribunais, Vol. 962, 2015. p. 3

observado ao longo de duas décadas. A reforma consolidou a jurisprudência e tratou de regular as questões como (i) a participação da Administração Pública; (ii) quanto a prescrição; e (iii) possibilidade de medidas de tutela de urgência. Trata-se de um marco evolutivo à matéria de arbitragem no país.

O primeiro ponto que trouxe a reforma se refere a nova redação do art. 1º, que incluiu os §1º e §2º, bem como no 2º, a inclusão do §3º. Trata-se da possibilidade da Administração Pública poder se utilizar da arbitragem como método de solução de seus conflitos.

Até o final do século XX, a arbitragem com o Poder Público apenas era utilizada em casos excepcionais. Entretanto, as novas necessidades fizeram com que em 2005 o STJ decidisse unanimemente acerca da validade da participação de uma sociedade de economia mista em uma arbitragem, admitindo a possibilidade, tanto nos casos de interesse da Administração Direta como Indireta. A única ressalva feita à participação da Administração Pública no procedimento se refere à ao julgamento por equidade e à confidencialidade. A redação do artigo 2º, §3º da Lei de Arbitragem faz referência ao princípio constitucional da publicidade previsto no artigo 37 da CF. A nova lei, portanto, encerra a discussão acerca do tema<sup>123</sup>.

Quanto a interrupção dos prazos prescricionais, por meio da inclusão do § 2º ao artigo 19 da Lei de Arbitragem, a reforma de 2015 esclareceu que a instituição de um procedimento arbitral provoca o mesmo efeito da citação no processo judicial, ainda que a decisão venha a ser de ausência de jurisdição.

Além disso, dispõe o artigo 23, § 2º da Lei 13.129/15 que as partes e os árbitros podem, de comum acordo, prorrogar o prazo para a sentença final.

Quanto ao tratamento dado à questão das Tutelas Cautelares e de Urgência em sede arbitral, tivemos a inclusão dos artigos 22-A e 22-B, bem como, a possibilidade de expedição de carta arbitral à um órgão jurisdicional, nos termos do artigo 22-C.

A primeira hipótese, trata-se da possibilidade que as partes possuem de recorrer ao Poder Judiciário, mesmo em face à um compromisso arbitral posto no instrumento contratual, tanto para concessão de medidas cautelares ou de urgência. Neste caso, garante-se a possibilidade de serem propostas ações cautelares antes da existência do procedimento

---

<sup>123</sup> WALD, Arnoldo. *A reforma da lei de arbitragem*. Revista dos Tribunais, Vol. 962, 2015, p. 6

perante o Poder Judiciário, com o intuito de assegurar o resultado útil do da arbitragem sem que haja qualquer renúncia à jurisdição arbitral para resolução de questões posteriores. Também se garante ao árbitro a competência para manter, modificar ou revogar tal medida judicial<sup>124</sup>.

Ademais, o artigo 22-C, convergindo com a previsão dos artigos 237, IV e 260, §3º do CPC/15, prevê que o tribunal poderá garantir a cooperação com os órgãos jurisdicionais competentes para exercer o poder coercitivo para compelir o cumprimento de decisões que sejam proferidas ao longo do procedimento, sem prejuízo à confidencialidade que recaia sobre a arbitragem.

Como ressalta Didier Jr. o CPC/15 tratou de promover uma harmonização entre o sistema da justiça estatal e da arbitragem por meio de pedidos de auxílio formal, de forma que “não compete ao órgão do Poder Judiciário rever o mérito da decisão arbitral, para cuja efetivação se busca a sua cooperação. Por isso o uso dos verbos ‘pratique’ e ‘determine’”<sup>125</sup>.

Portanto, a reforma à Lei de Arbitragem sedimenta a aplicação do instituto no Brasil e introduz aspectos que se tornaram necessária a positivação ao decorrer de duas décadas de experiência com a redação originária da norma. Dessa forma, amadurece o plano da jurisdição privada e cria coerência prática com os demais pormenores jurídicos.

## 5.2. O REGRAMENTO DA PRODUÇÃO DE PROVA PREVISTO NA LEI 9.307/96

A Lei de Arbitragem dedica o seu capítulo IV para tratar, brevemente, ao longo de quatro artigos da instrução do procedimento arbitral e deve ser examinada a partir da flexibilidade intrínseca à arbitragem.

Estabelece o caput do artigo 19 o momento em que se considera instituída a arbitragem, adotando a aceitação do árbitro único ou confirmação de todos os membros apontado para constituir o tribunal. Em seguida, o artigo 20 estabelece do momento oportuno para alegar qualquer vício relativo às questões do árbitro ou da própria convenção de arbitragem será a “primeira oportunidade de se manifestar após a instituição a arbitragem”. Consagra-se a autonomia das partes em estabelecer as regras aplicáveis ao processo devem ser

---

<sup>124</sup> WALD, Arnaldo. *A reforma da lei de arbitragem*. Revista dos Tribunais, Vol. 962, 2015., p. 5-6.

<sup>125</sup> DIDIER JUNIOR., Fredie. *Arbitragem no novo código de processo civil*. Revista TST, Brasília, vol. 79, nº 4, out/dez, 2013. p. 74.

estipuladas na convenção de arbitragem ou delegando tal poder aos árbitros no caput e §1º do artigo 21. Já o §2º do mesmo artigo estabelece os princípios que devem reger o processo, sejam o contraditório, a igualdade das partes, a imparcialidade e o livre convencimento do árbitro. Por fim, os termos do artigo 22 fornece o regramento da produção de provas.

**Art. 22.** Poderá o árbitro ou o tribunal arbitral tomar o depoimento das partes, ouvir testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício.

Trata-se do único dispositivo legal que aborda o aspecto da produção de prova em arbitragem. Neste sentido, como afirma Leonardo de Faria Beraldo: “o profissional acostumado apenas com o processo judicial, por certo, ficará assustado”<sup>126</sup>. Entretanto, esse tratamento mínimo da produção probatória é reflexo da flexibilidade conferida quando da opção pela jurisdição arbitral.

Neste caso, passa a dar enfoque a atuação proativa do árbitro para determinar os elementos úteis e necessários para instruir a causa e a cooperação das partes para dar efetividade do procedimento. Portanto, a Lei de Arbitragem promove ampla liberdade probatória ao processo arbitral, de maneira que todos os meios idôneos suficientes para demonstrar a verdade dos fatos controversos, mesmo que não expressos na lei são passíveis de exame pelo árbitro.

Sustenta Pedro A. Batista Martins que a Lei 9.307/96 seguiu a linha do sistema de provas do processo civil, garantindo a que o exame de admissibilidade à discricionariedade do árbitro em face de se tratar de um elemento essencial para melhor compreensão do caso em vista.

“Registre-se que é do árbitro o poder de admitir ou não as provas requeridas pelas partes. E não serão admitidas, necessariamente, todas as provas solicitadas. Tal não acarreta, como pensam e sugerem alguns advogados em arbitragem, violação ao devido processo legal e, conseqüentemente, a anulação da futura decisão arbitral.”<sup>127</sup>

Para Cahali, atribuição do árbitro em se voltar ao centro da produção de provas “acaba sendo complementar a iniciativa das partes, e voltada a investigar o quanto lhe parecer

---

<sup>126</sup> BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de Arbitragem nos termos da Lei nº 9.307/96*. 1ª ed. São Paulo, Atlas. 2014. P. 313.

<sup>127</sup> MARTINS, Pedro Antonio Batista. *Panorâmica sobre as provas na arbitragem*. In.: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *Arbitragem no Brasil – Aspectos jurídicos relevantes*. São Paulo. Quartier Latin, 2008. p. 339.

útil e relevante para influenciar o seu julgamento”<sup>128</sup>. Neste ponto, ressalta Carmona, que “os poderes instrutórios do árbitro, de resto bastante semelhantes aos do juiz togado”<sup>129</sup>, de maneira que abrange esse poder, inclusive, a possibilidade de determinar provas de ofício.

Quanto aos meios que podem ser empregados para comprovar os fatos e as alegações, o artigo 22 da Lei de Arbitragem não apresenta um rol taxativo. Apesar de mencionar o depoimento das partes, a oitiva de testemunhas e a realização de perícia, ainda abre espaço para outros meios de prova que sejam relevantes.

Quanto a prova documental, apesar da falta de alusão expressa no texto da lei, temos que as alegações iniciais devem ser acompanhadas da comprovação de existência da convenção de arbitragem, como providência preliminar à instrução. Isso se dá em razão do requisito previsto pelo artigo 3º, §1º da Lei de Arbitragem que determina que “a cláusula compromissória deve ser estipulada por escrito”.

Entretanto, não se exclui de provar qualquer alegação por meio de documentos de conteúdo relevante, dentre elas, os documentos independentemente da sua natureza ou conteúdo, uma vez que estes sempre apresentam suma relevância para comprovação das alegações em qualquer processo<sup>130</sup>.

Assim, aponta Flávia Fóz Mange que o momento oportuno para apresentar os documentos que comprovem a verdade dos fatos alegados é no mesmo ato de apresentação das alegações iniciais e das respostas<sup>131</sup>. Quanto a requisição de documentos em posse da contraparte ou de terceiros, é possível que a parte o faça, podendo, inclusive, solicitar auxílio do árbitro para notificar aquele que detenha o documento, sob pena de execução forçada por intervenção com cooperação do poder judiciário.

Neste ponto, também se vê a possibilidade de adotar mecanismo da arbitragem internacional para superar barreiras de acesso aos documentos, tal como a adoção do

---

<sup>128</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem, Mediação, Conciliação, Tribunal Multiportas*. Ed. 8ª. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2020. p. 289.

<sup>129</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº 9.307/96*. ed. 3. São Paulo: Atlas, 2009. p. 312-313.

<sup>130</sup> BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de Arbitragem nos termos da Lei nº 9.307/96*. 1ª ed. São Paulo, Atlas. 2014. p. 238.

<sup>131</sup> MANGE, Flávia Fóz. *Processo Arbitral Transnacional: Reflexões Sobre as Normas que Regem os Aspectos Procedimentais da Arbitragem*. Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. Tese Doutorado. São Paulo, 2012. p. 156.

mecanismo de requisição por meio da *Redfern Schedule*<sup>132</sup>, além da possibilidade dos árbitros aduzirem inferências negativas mediante a recusa injustificada na apresentação do documento determinado pelo tribunal, como se vê expresso nas Regras da IBA.

Quanto a produção de prova oral, o depoimento pessoal das partes terá maior relevância para os casos em que a discussão fática seja tão relevante quanto as questões de direito envolvidas.

Aqui, o formalismo existente mediante o processo judicial para depoimentos não precisa ser seguido<sup>133</sup>. O que ocorre é uma forma mista de inquirição, onde a audiência ocorre de maneira menos solene, podendo as indagações serem formuladas pelos árbitros de ofício, mas também pelos advogados por meio das técnicas de *direct examination* e *cross examination*. O que se vê é uma oitiva de maneira dinâmica, permitindo-se inclusive um debate durante o durante os depoimentos, como exemplifica Cahali, é possível “franquear-se outra vez a palavra ao advogado do adversário, após novos esclarecimentos solicitados pelo árbitro, seguido de perguntas elucidativas”<sup>134</sup>.

Em caso de recusa de depoimento da parte, a Lei de Arbitragem estabelece que no §2º do artigo 22 que “o árbitro ou o tribunal arbitral levará em consideração o comportamento da parte faltosa, ao proferir sua sentença”. Assim, como elucidado por Carmona:

Caberá ao árbitro avaliar o comportamento do depoente: as respostas evasivas ou a pura e simples falta de comparecimento são elementos que serão somados aos demais colhidos durante a instrução processual para determinar o resultado do julgamento. Vai longe o tempo em que a simples confissão da parte (mecanismo de ficção por meio do qual se tem por verdadeiros os fatos alegados pela parte ausente ou evasiva) determinava o resultado do julgamento<sup>135</sup>.

O tratamento é distinto, entretanto, para as testemunhas no caso de uma ausência injustificada. Apesar de considerar que as partes e seus advogados serão colaborativos para o comparecimento das testemunhas de seu interesse, independentemente de intimação, a lei adota medida drástica nos termos do §2º do artigo 22 ao estabelecer a possibilidade do “árbitro ou o presidente do tribunal arbitral requerer à autoridade judiciária que conduza a testemunha renitente”.

---

<sup>132</sup> BLACKABY, Nigel; PARTASIDES Q.C., Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter International Arbitration. Student Version*. 6ª ed. Oxford University Press. 2015. p. 383-384.

<sup>133</sup> Montoro, p. 304

<sup>134</sup> Cahali, 2020, p. 291.

<sup>135</sup> Carmona, Arbitragem e processo, p. 315.

O que se observa, é uma medida que deve ser evitada, pois poderá comprometer o tempo da arbitragem, como defende Cahali, compete à parte que arrolou a testemunha tratar, se necessário, concentrar os esforços para o seu deslocamento<sup>136</sup>. Além disso, em razão da própria natureza flexível da produção de prova na arbitragem a dificuldade do comparecimento de um depoente pode ser mitigada. Isso, pois nada impede que os depoimentos sejam colhidos a distância, por intermédio de aparatos tecnológicos, desde que a notificação ao depoente requerida conforme os temos no artigo 22, §1º da Lei 9.307/96, contenha a forma de comparecimento remota prevista com a hora e o mecanismo de suporte a ser utilizado já descritos.

Sobre as testemunhas técnicas, diferentemente das testemunhas sobre os fatos, irá tratar acerca dos detalhes de *know-how* que sejam necessários para as discussões materiais do caso. O resultado da sua inquirição corresponde ao laudo pericial, dispensado a burocracia e formalidades atinentes ao documento, podendo ser considerada uma maneira mais rápida e eficaz de obter a informação técnica, que não o sistema tradicional da perícia<sup>137</sup>. Aproxima-se ao que se vê no processo civil da oitiva do perito para esclarecimentos como previsto no artigo 361, I do CPC.

Como destaca Beraldo, “este método, muito usual em nos países de *common law*, pode ser perfeitamente aplicado nas arbitragens internas”<sup>138</sup>. Trata-se de meio útil para compreender o problema posto e amparar a decisão do árbitro de forma a chegar à uma decisão que possa ser efetivamente cumprida.

Sendo assim, temos que o procedimento de produção de provas na arbitragem doméstica apresenta uma feição híbrida, com características da influência do processo civil, enquanto também vem sendo inseridos outras técnicas típicas de direitos estrangeiros. Diante disso, passamos a analisar a questão quanto ao rito que deve ser seguido. Em razão das lacunas deixadas pela Lei de Arbitragem poderia ser regulada a produção de prova a partir dos dispositivos do código de processo civil, ou se é adequado adotar as diretrizes editadas para gerir o procedimento arbitral internacional.

---

<sup>136</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem, Mediação, Conciliação, Tribunal Multiportas*. Ed. 8ª. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2020. p. 293.

<sup>137</sup> MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. p. 312.

<sup>138</sup> BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de Arbitragem nos termos da Lei nº 9.307/96*. 1ª ed. São Paulo, Atlas. 2014. p. 337.

### 5.2.1. A inadequação da aplicação do rito do Código de Processo Civil

O processo arbitral, por natureza, é regido pelos princípios gerais do processo, de forma que a própria Lei de Arbitragem garantiu em seus termos as premissas mais relevantes que devem nortear o procedimento na arbitragem. O que se via na realidade brasileira era que a lei processual foi responsável por regular o exercício da arbitragem no Brasil até o advento da Lei 9.307/96. De forma que é natural que os advogados queiram impor ao processo arbitral o rito tratado pela lei processual para regular o processo estatal.<sup>139</sup>

O diploma processual mais recente, deu um passo além ao garantir a consolidação do caráter jurisdicional da arbitragem sendo um passo evolutivo na tratativa da matéria em relação às leis processuais que o antecederam. A promulgação do Código de Processo Civil de 2015 garantiu a constitucionalidade da arbitragem ao consagrar em seu art. 3º, §1º o caráter jurisdicional da arbitragem dispondo acerca do primado da inafastabilidade de apreciação jurisdicional, o que esclarece a dicotomia acerca da natureza jurídica da arbitragem no direito brasileiro.

**Art. 3º** Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

**§ 1º** É permitida a arbitragem, na forma da lei.

Trata-se, portanto, de norma fundamental do processo, que comunga com os ditames da inafastabilidade da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito, previsto pelo artigo 5º, XXXV, CF/88.

Todavia, não é possível concluir que o reconhecimento do caráter de jurisdição do procedimento arbitral acarreta a aplicação automática do CPC aos procedimentos arbitrais.

De um lado, é possível observar o entendimento da doutrina civilista que se firma a possibilidade de uma aplicação subsidiária dos termos do Código de Processo aos procedimentos arbitrais. Defende Dinamarco, que:

“diante da escassez de normas sobre a prova na Lei de Arbitragem e particularmente em seu art. 22, devem ter-se por importadas ao processo arbitral, ainda que *cum grano salis*, certas disposições, exigências e ressalvas presentes na disciplina do processo civil comum, as

---

<sup>139</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Em torno do árbitro*. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 8, nº 28, p. 47-63, jan/mar., 2011. p. 53.

quais, como normas gerais do processo são de aplicação subsidiária ao processo arbitral regido pela lei brasileira”<sup>140</sup>.

Em contrapartida, apesar de diversas menções sobre arbitragem ao longo dos seus dispositivos, o CPC se limita a tratar da matéria processual de competência do Poder Judiciário, onde a normativa completa do rito processual não foi projetada para atender às necessidades específicas da regulação da arbitragem. Em especial, temos que o procedimento arbitral, ao ser regido pela autonomia da vontade das partes, deve ser regulada pela norma eleita pelas partes e na falta de menção expressa, cabe ao árbitro definir o rito conforme o poder investido pelas partes para tanto.

É o que preconiza o artigo 21 da Lei 9.307/96.

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

§ 1º Não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou ao tribunal arbitral discipliná-lo.

Assim, tendo sido eleito pelas partes sistema desisto do processo estatal, não cabe tentar implementar os mecanismos deste à sistema processual destinto da arbitragem<sup>141</sup>. Neste sentido, temos a posição de Marcos André Franco Montoro, esclarecendo que:

“o procedimento na arbitragem não precisa necessariamente seguir algum rito do CPC. É errado concluir que, havendo omissão quanto às regras eleitas pelas partes, aplicam-se as regras do CPC. Não está previsto que quando as partes deixam de criar a regra procedimental, aplica-se o CPC. O § 1º do art. 21 da Lei 9307/96 determina que, na omissão das partes, caberá ao árbitro disciplinar a regra procedimental, o que lhe possibilita criar a regra específica para o caso concreto. Se a vontade do legislador fosse que o CPC sempre devesse ser aplicado de forma subsidiária na arbitragem, não teria estabelecido que caberia ao árbitro disciplinar a regra procedimental, mas sim que caberia ao árbitro aplicar a regra procedimental estatal pertinente”<sup>142</sup>

O que se vê, inclusive, é que aplicar os artigos 369 a 484 do CPC/15 para sanar uma lacuna normativa da produção de prova na arbitragem seria, por si só, inútil, em se tratando

---

<sup>140</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. Editora Malheiros, 2013. Pp. 159-160.

<sup>141</sup> CARMONA, Carlos Alberto. *Em torno do árbitro*. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 8, nº 28, p.; 47-63, jan/mar., 2011. pp. 53-54.

<sup>142</sup> MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. pp. 119; 356

dos próprios termos da lei não se adequarem à prática arbitral. Como afirma José Emílio Nunes Pinto, “existe uma distância muito grande entre essas duas realidades”<sup>143</sup>.

Contudo, como aponta Cahali, em razão da prática do contencioso cível, é possível esbarrar na aparência de que se aplicam, em princípio, todos os elementos do processo civil, tal como a iniciativa para a produção de prova. Ocorre que o art. 373 do CPC/15, por exemplo, que determina a distribuição do ônus de prova à parte que suscita a alegação do fato. Em sede de arbitragem, entretanto, não há distribuição do ônus de prova. A parte deve contribuir para instruir a causa em razão dos seus próprios interesses, por conseguinte, necessita de uma completa participação na indicação dos elementos probatórios que deseja apresentar<sup>144</sup>.

O mesmo ocorre em sede de arbitragem internacional. Afirma Gary B. Born que não é comum que o tribunal adote todo o conteúdo das normas do código de processo civil do sistema legal aplicável ao caso, um dos motivos para tanto é que as partes, ao acordarem em se submeter à arbitragem internacional estão evitando esse tipo de abordagem processual<sup>145</sup>.

Defender a aplicação do Código de Processo Civil à arbitragem é recair na “judicialização” da arbitragem, sendo, inclusive, um dos argumentos para afasta a própria aplicação dos instrumentos de *soft law* para regulação procedimento arbitral.

Argumenta Carmona, que a jurisdicionalização da arbitragem é algo positivo, enquanto a processualização da arbitragem é um mal e que precisa ser combatido, de forma que invocar o Código de Processo sem a devida fundamentação é uma ameaça à arbitragem doméstica<sup>146</sup>. A definição deste fenômeno é trazida por Abbud<sup>147</sup> da seguinte forma:

“fala-se na “judicialização” ou procedimentalização da arbitragem para afirmar que esta vem absorvendo regras, padrões e technicalidades procedimentais e tornam o processo arbitral cada vez mais parecido com o formalizado processo judicial. A tradicional e festejada simplicidade e informalidade da arbitragem estaria dando lugar a um processo detalhado, excessivamente regulado e complexo, com todos os efeitos negativos daí decorrentes”

---

<sup>143</sup> PINTO, José Emílio Nunes. *Anotações Práticas sobre a Produção de Prova na Arbitragem*, Revista Brasileira de Arbitragem, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, Vol. VII, Issue 25, pp. 7 – 28. 2010. p. 12

<sup>144</sup> CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem, Mediação, Conciliação, Tribunal Multiportas*. Ed. 8ª. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2020. p. 288.

<sup>145</sup> BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2ª ed. Wolters Kluwer, 2014. pp. 2198-2200.

<sup>146</sup> CARMONA. *Em torno do Árbitro*. Revista de Arbitragem e Mediação. v. 8, n. 28, p. 47–63, jan./mar., 2011. São Paulo, Revista dos Tribunais. Pp. 53-54.

<sup>147</sup> ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional*. Atlas, São Paulo, 2014, p. 100

Portanto, para afastar a alegação da aplicação subsidiária do CPC para regular a instrução do processo arbitral, temos que compreender a flexibilidade concedida pela lei tem por intenção garantir que a instrução probatória seja conduzida de forma a melhor se adequar a necessidade das partes e às especificidades do caso. Somente assim, é possível garantir que a vontade das partes em renunciar a jurisdição estatal para solução dos conflitos estará garantida, uma vez que o instrumento processual está intrinsecamente relacionado a máquina e funcionamento do Poder Judiciário.

### 5.2.2. O uso de *soft law* processual em arbitragem doméstica para produção de prova

A compreensão sobre a possibilidade de transposição da aplicação da *soft law* processual em arbitragem internacional para os procedimentos arbitrais doméstico dever ser observada mediante as duas características singulares do procedimento arbitral: em primeiro plano interposição entre os interesses e a autonomia da vontade das partes, e de outro a discricionariedade do tribunal arbitral em recorrer a esses instrumentos.

Dado que, se as partes expressamente dispõem acerca do interesse de regular a produção de prova (ou qualquer outro aspecto processual) por meio de um instrumento diretivo que de antemão não possuía caráter vinculante, a transação das partes deve prevalecer. Dessa forma, o caráter não cogente é afastado, estando as partes e o árbitro vinculados a agir e decidir conforme a regra que passou a ser aplicável a disputa.

Tomando como base as Regras da IBA sobre produção de prova, temos que foram elaboradas com o intuito de serem aplicadas às arbitragens de diversos tipos, inclusive as institucionais, de forma que a premissa é que sejam aplicadas conjuntamente com outras normas, sejam leis ou regulamentos. É o que preconiza o prefácio do documento:

The Rules are designed to be used in conjunction with, and adopted together with, institutional, ad hoc or other rules or procedures governing international arbitrations. The IBA Rules of Evidence reflect procedures in use in many different legal systems, and they may be particularly useful when the parties come from different legal cultures<sup>148</sup>.

---

<sup>148</sup> Em tradução livre: As Regras foram elaboradas para serem utilizadas e adotadas em conjunto com regras institucionais, ad hoc ou outras regras ou procedimentos aplicáveis a arbitragens internacionais. As Regras da IBA sobre Provas refletem procedimentos utilizados em vários sistemas jurídicos diferentes, e podem ser particularmente úteis quando as partes se originarem de culturas jurídicas distintas. IBA Rules on the taking of Evidence, International Bar Association, 2020. p 5. Disponível em: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b> . Acesso em: 18/06/2021.

Sendo assim, temos que para que elementos jurídicos sejam compatíveis, o que buscamos são instrumentos que se complementem sem entrar em conflito<sup>149</sup>.

Na realidade brasileira, temos em primeiro lugar, que a regulamentação em relação a matéria de produção de provas é mínima, de forma que pode ser interessante para as para o tribunal se embasarem em regras complementares. Assim, a possibilidade de conflito entre normas é mínima, pois o que se vê, na realidade, é que a *soft law* processual busca preencher lacunas deixadas pelas leis. Ademais, o caráter voluntário de aderir à regra, ao todo, ou em partes, também é relevante para que as partes definam o grau de flexibilidade deixado pela norma que desejam seguir. Explica Flavia Mange que:

“a principal vantagem das normas não estatais é disponibilizar regras supletivas (default rules) a que as partes possam recorrer na ausência de regulamentação formal. A existência dessas normas visa promover mais segurança jurídica, possibilitando às partes envolvidas na arbitragem o conhecimento do modo como o procedimento arbitral será conduzido.”<sup>150</sup>

Quanto ao fato de a norma ter sido projetada em vistas aos procedimentos arbitrais internacionais, é necessário destacar que a lei brasileira, temos que todo o instituto da arbitragem foi transplantado da ordem jurídica internacional, garantindo autonomia jurisdicional própria. Assim, todo o procedimento de uma arbitragem doméstica, em regra, é semelhante com o que ocorre em um procedimento entre partes de diferentes estados. Ressalta Arnaldo Wald que a Lei 9.306/96 que o processo legislativo embasado nas melhores práticas, trouxe a tecnicidade de forma que “não se sentia a necessidade de fazer a distinção, que se estabeleceu em outras legislações, entre o regime da arbitragem nacional e da internacional, pois ambas passaram a ter, em grande parte, um regime comum”.<sup>151</sup>

Para Lauro Gama o principal motivo para que isso seja possível se dá pela característica particular das normas em caráter de *soft law* que é, justamente, a universalidade<sup>152</sup>. Entende que a arbitragem internacional não possui uma ordem jurídica

---

<sup>149</sup> RAVAGNANI, Giovanni dos Santos. *IBA rules on “taking evidence”: compatibilidade com as normas processuais brasileiras*. Revista de Processo, vol. 283/2018. Set/2018. p. 565-606.

<sup>150</sup> MANGE, Flávia Fóz. *Processo Arbitral Transnacional: Reflexões Sobre as Normas que Regem os Aspectos Procedimentais da Arbitragem*. Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. Tese Doutorado. São Paulo, 2012. p. 174.

<sup>151</sup> WALD, Arnaldo. *Arbitragem: passado, presente e futuro*. Revista de Arbitragem e Mediação, Vol. 50/2016. Pp. 59 – 79.

<sup>152</sup> GAMA, Lauro. Instrumentos de *soft law* e a sua utilidade na Arbitragem: Lauro Gama e André Abbud- Parte 1. Comitê Brasileiro de Arbitragem. 2017 (4m 47s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=GFd4DDJaKGo>. Acesso em: 23/05/2021.

centralizada, pois é desterritorializada. Desse modo, transmissão dos modos práticos da arbitragem, se dá de modo informal e é absorvido, adaptado, ajustado e aplicado às mais diversas realidades dos procedimentos arbitrais ao redor do mundo, independente à jurisdição que as partes se originam e se relacionam.

Por tal motivo, o que se vê é que não há muitas diferenças nas arbitragens conduzidas integralmente no Brasil, daqueles procedimentos e práticas implementadas em qualquer outra jurisdição, seja na Alemanha, na Itália, Inglaterra, nos Estados Unidos, na China e, principalmente, quando se trata de procedimentos de Arbitragem Internacional.

Portanto, a posição de Lauro Gama é pela plena possibilidade de que, os instrumentos de *soft law* que são editados por instituições voltadas para a prática de arbitragem com o propósito de servirem arbitragens internacionais em muitos casos servem igualmente às arbitragens domésticas. Assim, com pequenas adaptações podem ser utilizadas com muito sucesso para gerir a instrução de procedimentos nacionais.

Também se extrai a pertinência em suscitar a aplicação da *soft law* processual à arbitragem doméstica, ainda, pela característica flexível adotada pela Lei de Arbitragem, no §1º do art. 21, que não exclui a possibilidade que os árbitros possam regular o processo diante de ausência de estipulação expressa, ou mesmo na lei aplicável ao caso. Como defende Carmona:

(...) a tão decantada flexibilidade do procedimento arbitral não significa permitir-se aos árbitros um julgamento frouxo, desconectado das regras de direito material que as partes querem ver aplicadas, livre de compromissos com o ordenamento jurídico escolhido na convenção de arbitragem. Arbitragem não é uma cruzada em busca do Santo Graal: os árbitros recebem a incumbência clara e precisa de julgar um litígio segundo este ou aquele ordenamento, com a aplicação destas ou daquelas regras, e devem ater-se com denodo a tal missão. Não se lhes pede que aproximem as partes ou que facilitem acordos; exige-se-lhes um julgamento justo, com a aplicação adequada da lei e do direito<sup>153</sup>.

Nesse sentido, a condução do procedimento arbitral com o auxílio das diretrizes de *soft law* com conteúdo processual podem ser muito úteis para que o tribunal possa garantir a maior eficiência diante das singularidades do caso concreto, especialmente quando se trata da produção de prova.

Ravagnani explica que os limites ao direito de flexibilidade procedimental da arbitragem só podem ser limitados caso em vista de buscar (i) pelo respeito aos bons costumes

---

<sup>153</sup> CARMONA. Carlos Alberto. *Flexibilização do procedimento arbitral*. Revista Brasileira de Arbitragem, Vol. VI, Issue 24, pp. 7-21. 2009. p. 20.

e a ordem pública; (ii) ao contraditório, igualdade das partes, imparcialidade e livre convencimento; (iii) princípios cogentes previstos pela lei de arbitragem ou (iv) princípios processuais constitucionais. Por outro lado, “a adesão ou a utilização das regras da IBA sobre produção de provas não encontra óbice em nenhum dos elementos limitadores”<sup>154</sup>.

Conforme a previsão do artigo 2, §1º da Lei de Arbitragem, as Regras da IBA estão de acordo com os bons costumes, uma vez que se baseia na prática de arbitragem internacional e norteia a produção de prova em diversos procedimentos das mais diversas jurisdições. Além de estar de acordo com a ordem pública, visto que o seu conteúdo não extrapola nenhum dos limites de interesse público, inclusive, estimula que esses limites sejam respeitados para que a sentença não seja alvo de anulação com base no fundamento legal previsto no artigo V, 2, b da Convenção de Nova Iorque.

Quanto ao devido processo legal, garantido pelo artigo 21, §2º da Lei 9.307/96, temos também que através da possibilidade de regular o procedimento mediante os dispositivos da Regras da IBA, se reforça, e não viola, o exercício do livre convencimento dos árbitros. No mesmo sentido, o regramento detalhado para produzir a prova visa garantir o tratamento igualitário às partes como se vê no artigo 9, 2, g, das Regras sobre Produção de Prova, onde se estabelece a discricionariedade do tribunal para afastar a produção de prova sob o fundamento da “economia processual, proporcionalidade ou igualdade das partes”.

Ademais, Abbud aponta sobre a relevância prática do instrumento no sentido de que, quando realizada pesquisa empírica acerca do uso das Regras da IBA sobre Produção de Prova, “nenhum dos entrevistados afirmou que elas afetam negativamente a arbitragem”<sup>155</sup>.

Portanto, não fundamentos para afastar a aplicação da *soft law* processual sobre produção de prova, que não seja pela própria vontade das partes de fazê-lo, pois há compatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro e com a prática arbitral. Cabe, então, aos árbitros em seu dever diligência zelar pela aplicação da diretriz de maneira a auxiliar e trazer benefícios a condução do processo.

---

<sup>154</sup> RAVAGNANI, Giovanni dos Santos. *IBA rules on “taking evidence”: compatibilidade com as normas processuais brasileiras*. Revista de Processo, vol. 283/2018. Set/2018. p. 565-606.

<sup>155</sup> ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional*. Atlas, São Paulo, 2014. p. 109.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A premissa estabelecida por este trabalho foi de analisar a aplicação da *soft law* para regulação das questões processuais no âmbito da arbitragem, em especial, quanto a produção de prova.

Em primeiro plano, se fixou as bases do instituto da *soft law*, tendo em vista o cenário do direito internacional e o contexto histórico que gerou a regulamentação de certos aspectos jurídicos por meio de documentos emanados de entes desvinculados do plano político, além do modo como o panorama da arbitragem absorveu essa prática.

O segundo ponto de análise trouxe o enfoque para a regulação da arbitragem, por meio da análise do espectro de leis aplicáveis ao procedimento arbitral, visualizar a possibilidade de adequar a *soft law* como uma fonte normativa.

Ademais, um ponto crucial que vem sendo debatido acerca da utilização das diretrizes não cogentes na arbitragem é a maneira como compatibilizar e harmonizar o procedimento e os ritos processuais típicos de cada cultura jurídica. Esses dois aspectos geram críticas ao uso da *soft law* para tratar dos aspectos da arbitragem. Como resultado dessas críticas, observou-se a elaboração de outra diretriz processual sobre produção de prova em razão do descontentamento por parte da comunidade arbitral pela prevalência de uma prática mais aproximada à realidade da *common law*. Nem mesmo essa tentativa de promover outras opções de diretrizes foi poupada de críticas pela doutrina.

Ademais, tendo sido superado os pontos anteriores, entendendo pela viabilidade da utilização da *soft law* para tratar do procedimento arbitral e da produção de prova, tratou o terceiro ponto de conhecer o rito sugerido pela International Bar Association. Tendo sido visto o consenso pela prevalência da utilização das Regras da IBA sobre Produção de Prova, na prática, a produção de prova em sede de arbitragem pôde ser analisada por seus termos.

Os principais pontos abordados pela diretriz se referem ao papel dos árbitros de controlarem a dinâmica da instrução processual, quanto as nuances da produção de documentos, as alegações plausíveis para se afastar ou deixar de produzir a prova e as alterações que foram feitas pela revisão da diretriz em dezembro de 2020. Apesar das críticas de que o modelo de inquirição adversarial estivesse presente na produção de prova da arbitragem, o que se pode ver foi uma indicação de postura ativa dos árbitros, inclusive com a possibilidade de tomar medidas para garantir que as partes cooperem com o tribunal, como as inferências negativas e a condenação ao pagamento de custas.

Por fim, observamos como se dá a prática do procedimento arbitral doméstico por meio das leis que regulam o instituto no Brasil. Reconhecendo a intenção de conferir um procedimento flexível e adaptável a realidade das partes, a Lei 9.307/96 optou por tratar de maneira sucinta da instrução processual, garantido o poder aos árbitros de tomarem as medidas necessárias para levantar as provas, ouvir testemunhas e, caso necessário, medidas de cooperação com o poder judiciário.

Assim, se verificou o paradoxo acerca da possibilidade de aplicar os termos do código de processo civil para regulamentar as questões de produção de prova que não estivessem previstas na lei especial. Foi observado que essa hipótese não é bem aceita pelos teóricos, uma vez que poderá ameaçar a flexibilidade do procedimento arbitral com a rigidez e processualização do instituto.

Por outro lado, se notou um cenário favorável ao uso de diretrizes e guias que tratem de matéria processual, mesmo que com o enfoque em arbitragem internacional, de modo que o tribunal terá a discricionariedade necessária para adaptar o seu uso a realidade das partes. Este é inclusive um dos pontos que buscam as diretrizes, a harmonização do processo arbitral em escala internacional, para que sejam minimizados os choques entre culturas jurídicas nos processos internacionais.

Portanto, trata-se de um tema que é dinâmico e está sempre sendo atualizado com a prática. Se verificou que o ano de 2020 foi responsável por dar uma grande modificação no panorama da produção de prova em arbitragem internacional, em razão das questões sanitárias enfrentadas pelo mundo, que impedia ou dificultava a realização de audiências, onde novas diretrizes foram editadas para superar as dificuldades enfrentadas em adaptar a prática arbitral para o ambiente virtual.

Todo esse cenário reforça que a *soft law* processual é uma fonte muito importante para aqueles que atuam na arbitragem, estabelecendo parâmetros concretos na condução dos atos ao mesmo tempo que reafirmam a garantia de flexibilidade da arbitragem, pois as partes e o tribunal estão livres para decidir os limites do compromisso que assumem com determinado instrumento de *soft law*. Dessa forma, há uma versatilidade no seu uso; é possível em inserir um desses documentos como vinculante para a relação das partes, a adoção apenas em partes, alterar seus termos para conforto das partes, ou tratar da *soft law* apenas como uma fonte de consulta sobre uma boa prática arbitral.

Em conclusão, confirmou-se a possibilidade de aplicação das diretrizes não cogentes para as questões processuais da arbitragem, temos que a discussão é ampla e o debate ocorre atualmente tanto na esfera internacional quanto na doutrina brasileira, podendo sempre haver atualizações, novas críticas e cenários que favoreçam o estudo do tema.

## REFERÊNCIAS

1999 IBA Working Party; 2010 IBA Rules of Evidence Review Subcommittee; 2020 IBA Rules of Evidence Review Task Force. *Commentary on the revised text of the 2020 IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*. Janeiro, 2021. Disponível em: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=4F797338-693E-47C7-A92A-1509790ECC9D>.

Acesso em: 18/06/2021

ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. *Soft Law e Produção de Provas na Arbitragem Internacional*. Atalas, São Paulo, 2014.

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

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Prague Rules v. IBA Rules and the Taking of Evidence in International Arbitration: Tilting at Windmills – Part II*. *Kluwer Arbitration Blog*, July 6 2018, <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/07/06/prague-rules-v-iba-rules-taking-evidence-international-arbitration-tilting-windmills-part-ii>. Acesso em: 18/06/2021.

BERALDO, Leonardo de Faria. *Curso de Arbitragem nos termos da Lei nº 9.307/96*. 1ª ed. São Paulo, Atalas. 2014.

BERG. Albert Jan van der. *The New York arbitration convention of 1958*. Kluwer Law and Taxation Publishers. 1981.

BERGER, Klaus Peter. *Common Law v. Civil Law in International Arbitration: The Beginning or the End*. *Journal of International Arbitration*, Vol. 36, Issue 3, pp. 295-313, 2019.

BLACKABY, Nigel; PARTASIDES Q.C., Constantine; REDFERN, Alan; HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter International Arbitration. Student Version*. 6ª ed. Oxford University Press. 2015.

BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2ª ed. Wolters Kluwer, 2014.

BRASIL. Decreto nº 4.311 de 23 de julho de 2002. Promulga a Convenção Sobre Reconhecimento e Execução de Sentenças Arbitrais Estrangeiras. Diário Oficial da União de 24 de julho de 2002, p. 3.

BRASIL. Decreto nº 7.030/09 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. Diário Oficial da União de 15 de dezembro de 2009, p. 59.

BRASIL. Decreto-lei nº 1.608 de 18 de setembro de 1939. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Seção 1, 13/10/1939, Página 24369.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União de 11 de janeiro de 2002, p. 1.

BRASIL. Lei nº 3.071 de 01 de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, 05 de janeiro de 1916.

BRASIL. Lei nº 9.307 de 23 de setembro de 1996. Lei de Arbitragem, Lei Marco Maciel. Diário Oficial da União - Seção 1 - 24/9/1996, Página 18897.

CAHALI, Francisco José. *Curso de Arbitragem, Mediação, Conciliação, Tribunal Multiportas*. Ed. 8ª. São Paulo: Thomson Reuters, Revista dos Tribunais, 2020.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem Comercial Internacional e os 60 anos da Convenção de Nova Iorque*. São Paulo. Quartier Latin, 2019.

CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei nº. 9.307/96*. ed. 3. São Paulo: Atlas, 2009.

CARMONA, Carlos Alberto. *Em torno do árbitro*. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, Revista dos Tribunais, vol. 8, nº 28, p. 47-63, jan/mar., 2011.

CARMONA, Carlos Alberto. *Breves Considerações Críticas Acerca das Diretrizes da International Bar Association sobre a Representação de Parte na Arbitragem Internacional*. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 40/2014, p. 23 et. Seq

CREMASCO, Suzana Santi. *O art. 485, VII do Novo Código de Processo Civil e o reconhecimento de competência pelo árbitro como pressuposto processual negativo no processo judicial*. Revista Brasileira de Arbitragem, v. 53, p. 7-23, 2017.

CREMASCO, Suzana Santi; BENTO, Daniel Freitas Drumond; PEIXOTO, Leonardo Polastri Lima. *A sistemática da arbitragem no CPC/2015*. Em: Fernando Gonzaga Jayme; Renata Christiana Vieira Maia, Ester Camila Gomes Norato Rezende, Helena Lanna (Org.). *Inovações e modificações do Código de Processo Civil: avanços, desafios e perspectivas*. 1ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2017, v. 1, p. 129-147.

DEZALAY, Yves; GARTH, Bryant, G. *Dealing in Virtue: International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order* (Chicago Series in Law and Society). University of Chicago Press, 1998. p. 118.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *A Arbitragem no Novo Código de Processo Civil*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, vol. 79, nº 4, out/dez 2013. Brasília.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Arbitragem na Teoria Geral do Processo*. Editora Malheiros, 2013.

FICHTNER, José Antonio; MANNHEIMER, Sergio Nelson; MONTEIRO, André Luís. *Cinco pontos sobre a arbitragem no projeto do novo Código de Processo Civil*. Revista de Processo, São Paulo, 2012, n. 205.

FLORESCU, Cristina Ioana. *In Pursuit of the Cherished Notion of Efficiency Through the New Prague Rules*. Revista Romana de Arbitraj. Anul 13, nr. 2, abril-iunie 2019. Pp. 45-47.

FOUCHARD, Phillip. *Où va l'arbitrage international?*. Revue de droit de McGill, vol. 34. McGill Law Journal, 1989. Pp. 450-453.

GAMA, Lauro. *Instrumentos de soft law e a sua utilidade na Arbitragem: Lauro Gama e André Abbud- Parte 1*. Comitê Brasileiro de Arbitragem. 2017 (4m 47s). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=GFd4DDJaKGo>. Acesso em: 23/05/2021.

GREENBERG, Simon; LAUTENSCHLAGER, Felix. *Adverse Inferences in International Arbitral Practice*. ICC International Court of Arbitration Bulletin. vol. 2, 2011, pp. 43-56. Disponível em: <<https://uba.ua/documents/presentation/Greenberg.pdf>>.

HENRIQUES, Duarte G. *The Prague Rules: Competitor, Alternative or Addition to the IBA Rules on the Taking of Evidence*. ASA Bulletin, Volume 36, nº 2, pp. 351-363. Kluwer Law International, 2018.

HENRY, Marc. *Les Prague Rules: ou comment le vent d'est pourrait insuffler une dynamique vertueuse à l'arbitrage*. Revue de l'arbitrage, nº 1. 2019.

HOOG, Wilson Alberto Zappa. *A produção de provas na arbitragem*. Curitiba, 2014.

IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration. International Bar Association, 2013. Disponível em: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=6F0C57D7-E7A0-43AF-B76E-714D9FE74D7F>. Acesso em: 18/06/2021.

IBA Rules on the taking of Evidence, International Bar Association, 2020. Disponível em: <https://www.ibanet.org/MediaHandler?id=def0807b-9fec-43ef-b624-f2cb2af7cf7b>. Acesso em: 18/06/2021.

International Arbitration Survey: Improvement and Innovations in International Arbitration. Queen Mary University of London; White & Case LLP, 2015. Disponível em: [http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015\\_International\\_Arbitration\\_Survey.pdf](http://www.arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/2015_International_Arbitration_Survey.pdf). Acesso em 18/06/2021.

JESSUP, Philip C. *Transnational Law*. Yale University Press, New Haven. 1956

KANKKUNEN, Juho. *Document Production under the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*. University of Helsinki Faculty of Law Master's Thesis Supervisor: Dan Frände August 2014.

KARLSSON-VINKHUYZEN, Sylvia I.; VIHMA, Antto. *Comparing the legitimacy and effectiveness of global hard and soft law: An analytical framework*. Journal of Regulation & Governance, Vol. 3, Issue 4. Pp. 400-420. Blackwell Publishing Asia. 2009.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. *Soft Law in International Arbitration: Codification and Normativity*. Journal of International Dispute Settlement, pp. 1-17. 2010.

LALIVE, Pierre. *De la Fureur Réglementaire*. ASA Bulletin, Vol. 12, Issue 2, pp. 213-219. Association Suisse de l'Arbitrage. Kluwer Law International. 1994.

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

LOBO, Carlos Augusto de Silveira. *História e perspectivas da arbitragem no Brasil*. Revista de Arbitragem e Mediação, RArb. vol. 50/2016. São Paulo, 2016.

LOPES, Paulo Guilherme de Mendonça. *Algumas observações sobre a produção de provas as arbitragens nacionais e internacionais*. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 56. São Paulo, 2018.

LUTTRELL, Sam. *Ten Things to Consider When Seeking Adverse Inferences in International Arbitration*. International Arbitration. ed. 40. p. 281-295, Dykinson, S.L, 2018

MANGE, Flávia Fóz. *Processo Arbitral Transnacional: Reflexões Sobre as Normas que Regem os Aspectos Procedimentais da Arbitragem*. Universidade de São Paulo. Faculdade de Direito. Tese Doutorado. São Paulo, 2012.

MARGHITOLA, Reto. *Document Production in International Arbitration, International Arbitration Law Library, volume 33*. Kluwer Law International, 2015.

MARTINS, Pedro Antonio Batista. *Panorâmica sobre as provas na arbitragem*. In.: JOBIM, Eduardo; MACHADO, Rafael Bicca (coord.). Arbitragem no Brasil – Aspectos jurídicos relevantes. São Paulo. Quartier Latin, 2008.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de direito internacional público*. 5ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MOLFA, Milo. GRANT, Adam. KLEIST, Paul. WEI, Amy Wen. *Challenges in the Taking of Evidence in Arbitrations Seated in Mainland China*. Journal of International Arbitration 36, no. 3, 2019; pp. 315–33. Kluwer Law International BV, The Netherlands. 2019.

MONTORO, Marcos André Franco. *Flexibilidade do procedimento arbitral*. 2010. Tese Doutorado. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

MOURRE, Alexis, *Soft law as a condition for the development of trust in international arbitration*. Revista Brasileira de Arbitragem, vol. 13, Issue 51, pp. 82-98. 2016.

MOURRE, Alexis. *La soft law como condición para el desarrollo de la confianza em el arbitraje internacional*. CEU Ediciones. Fundación Universitaria San Pablo CEU. Madrid, 2018.

MULCAHY, Carol; KHODYKIN, Roman; FLETCHER, Nicholas. *A Guide to the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*. Oxford University Press. 2019

MUSTILL, Michael, *The New Lex Mercatoria: The First Twenty-five Years*. Arbitration International, 1988, p. 86-119. Kluwer Law International.

O'MALLEY, Nathan D. *Rules of Evidence in International Arbitration: An Annotated Guide Lloyd's Arbitration Law Library*. Informa Law, 2012.

OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva; BERTOLDI, Márcia Rodrigues. *A importância do soft law na evolução do direito internacional*. Revista do Instituto do Direito Brasileiro (RIDB), ano 1, nº 10. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012. pp. 6265-6289.

PARK, William W. *The procedural soft law of international arbitration: non-governmental instruments*. In. MISTELIS, Loukas A.; JULIAN D. M. Lew. Pervasive problems in international arbitration. Pp. 141-154. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International. 2006.

PILKOV, Konstantin. *Evidence in International Arbitration: Criteria for Admission and Evaluation*. Arbitration. Chartered Institute of Arbitrators. Vol. 80, Arbitration, Issue 2, 2014.

PINTO, José Emílio Nunes. Anotações Práticas sobre a Produção de Prova na Arbitragem, Revista Brasileira de Arbitragem, Comitê Brasileiro de Arbitragem CBAr & IOB, Vol. VII, Issue 25, pp. 7 – 28. 2010.

POLIDO. Fabricio Bertini Pasquot. *História e Memória da Arbitragem Comercial Internacional: 'Travaux Préparatoires' da Convenção de Nova Iorque de 1958*. Em LEMES, Selma Ferreira; LOPES, Christian Sahb Batista (Coords.). *Arbitragem Comercial*

*Internacional e os 60 anos da Convenção de Nova Iorque*. São Paulo: Quartier Latin, 2019. Pp. 661-716.

RAESCHKE-KESSLER, Hilmar. *Art. 3 IBA-Rules of Evidence - a Commentary on the Production of Documents in International Arbitration*. Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof Karlsruhe, Germany, 12th IBA Arbitration Day, Dubai, 2009.

RAVAGNANI, Giovanni dos Santos. IBA rules on “taking evidence”: compatibilidade com as normas processuais brasileiras. *Revista de Processo*, vol. 283/2018. Set/2018. P. 565-606.

SCHERER, Maxi. *Remote Hearings in Arbitration and What Voltaire Has to Do With It*. *NYSBA*. New York Dispute Resolution Lawyer. Vol. 13, nº 2. Summer, 2020.

SCHINAZI, Mikael. *The Three Ages of International Commercial Arbitration and the Development of the ICC Arbitration System*. *ICC Dispute Resolution Bulletin*, issue 2, 2020.

SESSLER, Anke. STEIN, Max. *The Rrague Rules: Problem Detected, but imperfectly solved*. *Alternatives to the High Cost of Litigation*. Vol. 37. Nº 5. May 2019, Pp. 67-69.

SHARPE, Jeremy. *Drawing Adverse Inferences from the Non-production of Evidence*. *Arbitration International*, v. 22, n. 4, 2006.

SHAW. Malcom, N. *International Law*. 6ª Edição. Cambridge University Press. 2008. Pp. 117-118.

SHENTON, David W. *An introduction to the IBA Rules of Evidence*. In *Arbitration International*, Volume 1, Issue 2, 1985, p. 118-123.

SHERER, Matthias. *The Limits of the IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: Document Production Based on Contractual or Statutory Rights*. *International Arbitration Law Review*, Vol 13, Issue 5. 2010. Pp. 195-200.

SHERER, Maxi; SCHWARZ, Franz; ORTNER, Helmut; JENSEN, Ole J. *In a ‘first’ worldwide, Austrian supreme court confirms arbitral tribunal’s power to hold remote hearings over one party’s objection and rejects due process concerns*. *Kluwer Arbitration Blog*. 24 de outubro de 2020. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2020/10/24/in-a-first-worldwide-austrian->

supreme-court-confirms-arbitral-tribunals-power-to-hold-remote-hearings-over-one-partys-objection-and-rejects-due-process-concerns/. Acesso em: 18/06/2021.

UNCITRAL Arbitration Rules. United Nations Commission On International Trade Law (UNCITRAL), General Assembly Resolution 31/98, 1976. Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-rules.pdf>. Acesso em: 18/06/2021

UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration. United Nations Commission on International Trade Law, 1985. Disponível em: [https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/06-54671\\_ebook.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/06-54671_ebook.pdf). Acesso em: 18/06/2021

UNCITRAL Notes on Organizing Arbitral Proceedings. United Nations: United Nations Commission on International Trade Law. 2012. Disponível em: <https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/arb-notes-e.pdf>. Acesso em 18/06/2021.

VAN HOUTTE-VAN POPPEL, Vera. *Adverse Inferences in International Arbitration. Written Evidence and Discovery in International Arbitration: New Issues and Tendencies*. Dossiers ICC Institute of World Business Law, 2009.

VÉRAS, Felipe Sebastian Caldas. *ARBITRAGEM E CORRUPÇÃO: um estudo sob a perspectiva do direito brasileiro*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2020.

VIEIRA, Máira de Melo. *A prova escrita na Arbitragem Internacional*. Revista de Arbitragem e Mediação. vol. 36. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

WAINCYMER, Jeffrey. *Procedure and Evidence in International Arbitration*. Part II: The Process of an Arbitration. Kluwer Law International, 2012.

WALD, Arnaldo. *A reforma da lei de arbitragem*. Revista dos Tribunais, Vol. 962, 2015.

WALD, Arnaldo. *Arbitragem: passado, presente e futuro*. Revista de Arbitragem e Mediação, Vol. 50/2016. Pp. 59 – 79.

WEIL, Prosper. *Towards Relative Normativity in International Law?*. The American Journal of International Law, vol. 77, no. 3, 1983, pp. 413–442.2 - Park. William W. *The procedural soft law of international arbitration: non-governmental instruments*. P. 143