

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO

**O USO DA *DISCLOSURE* E DA  
*CROSS-EXAMINATION* NAS  
ARBITRAGENS COMERCIAIS  
INTERNACIONAIS**

**Fabiano Deffenti**

Florianópolis, Santa Catarina  
Junho de 2003

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO

**O USO DA *DISCLOSURE* E DA  
*CROSS-EXAMINATION* NAS  
ARBITRAGENS COMERCIAIS  
INTERNACIONAIS**

Esta monografia tem o objetivo de obter a revalidação do diploma de Bacharel em Direito (com honras) obtido na *Queensland Univesity of Technology*, de Queensland, Austrália, pela Universidade Federal de Santa Catarina, tendo como orientadora Professora M.Sc. Adriana Silva

Florianópolis, junho de 2003

## **APRESENTAÇÃO**

---

### **Título**

O Uso da *Disclosure* e da *Cross-Examination* nas Arbitragens Comerciais Internacionais

### **Dados do Aluno**

Nome: Fabiano Deffenti

Escritório: Av. Loureiro da Silva, 2001/414  
Porto Alegre RS 90050-240

Residência: Rua São Francisco da Califórnia, 222/606  
Porto Alegre RS 90550-080

Email: [fabiano@deffenti.com](mailto:fabiano@deffenti.com)

Telefone: (51) 3023 5575 (escritório)  
(51) 3326 7049 (casa)  
(51) 669 9161 (casa)  
(51) 8111 5550 (celular)

Facsimile: (51) 3023 5585

### **Nome da Orientadora**

Professora M.Sc. Adriana Silva

## SUMÁRIO

---

Sumário.....	1
1. A Importância do Tema e Contexto.....	1
2. Princípios Básicos do Sistema Anglo-Americano e do Sistema Romano-Germânico.....	6
2.1. A Origem Histórica dos Sistemas.....	6
2.2. As Principais Diferenças dos Sistemas e Algumas Semelhanças.....	7
2.3. As Diferenças no Âmbito do Processo Civil.....	10
2.4. A Classificação das Leis Processuais.....	10
2.4.1 Método de Classificação.....	10
2.4.2 No Sistema Romano-Germânico.....	11
2.4.3 No Sistema Anglo-Americano.....	12
2.5. As Provas no Processo Civil.....	15
2.5.1 As Provas no Processo Civil no Sistema Romano-Germânico.....	16
2.5.2 As Provas no Processo Civil no Sistema Anglo-Americano.....	19
3. O Procedimento Arbitral na Atualidade.....	25
3.1. O Procedimento nas Arbitragens Comerciais Internacionais.....	26
3.1.1 As fases do Procedimento Arbitral.....	29
3.1.2 Quanto às Provas.....	31
4. A Necessidade de Clareza quanto ao Procedimento.....	34
4.1. A Escolha Expressa pelas Partes.....	34
4.1.1 Os Limites do Direito de Escolha do Procedimento pelas Partes.....	37
4.2. A Determinação da Lei e o Procedimento a ser Aplicado na Ausência de Escolha Expressa das Partes.....	39
4.2.1 A <i>Lex Mercatoria</i> Processual.....	43
4.3. Os Limites a Serem Considerados pelos Árbitros no Processo de Escolha do Procedimento.....	47
4.4. O Emprego de um Procedimento Arbitral baseado na Lei Processual de determinada Jurisdição.....	49
4.5. A Elaboração do Procedimento Exclusivamente pelos Árbitros.....	52
5. Conclusões.....	61

## 1. A IMPORTÂNCIA DO TEMA E CONTEXTO

---

O rápido crescimento do comércio internacional<sup>1</sup> trouxe consigo o aumento dos litígios internacionais.<sup>2</sup> Atualmente se reconhece cada vez mais que o poder judiciário doméstico enfrenta dificuldades para solucionar os conflitos referentes às complexas transações<sup>3</sup> e negócios internacionais<sup>4</sup> principalmente devido à necessidade de celeridade,<sup>5</sup> difícil de ser encontrada na justiça comum hoje em dia.<sup>6</sup>

A previsibilidade dos resultados e a agilidade das soluções são essenciais ao empresário, para que ele possa avaliar o risco de seu investimento.<sup>7</sup> Um dos mecanismos utilizados pelas partes para a redução destes riscos, principalmente em transações internacionais, é incluir cláusulas nos seus contratos obrigando a submeter eventuais litígios relacionados com seu negócio jurídico à arbitragem.<sup>8</sup>

Dado que não há um órgão com jurisdição para resolver os litígios entre partes privadas no comércio internacional,<sup>9</sup> estima-se que hoje em dia pelo menos 90% dos contratos

---

<sup>1</sup> Talpis, 2003, p. 81; Garnett, 1998, p. 1. Cabe lembrar que um negócio é internacional quando existe a possibilidade de que intervenham em regulamentação mais de um sistema estatal normativo (Etcheverry, 1998).

<sup>2</sup> Alvarez, 2003; Jones, 2003; Quaack et al., 2004.

<sup>3</sup> Strenger, 1996a, p. 68.

<sup>4</sup> Garro, 2002.

<sup>5</sup> Estima-se que o tempo de resolução de uma arbitragem leva, em média, 20% ou menos que na justiça comum – sem levar em consideração as dificuldades enfrentadas quando a causa envolver elementos de natureza internacional (Etcheverry, 1998; Jones, 2003; Alvarez, 2003; Garro, 2002). Ressalta-se que os objetivos do processo civil também objetivam a celeridade, eficiência e a eficácia (veja-se Teixeira, 1997, p. 24).

<sup>6</sup> Etcheverry, 1998.

<sup>7</sup> Pinheiro, 2001; 2002. A importância de da estabilidade da *lex locus arbitri* é reconhecida. O tribunal arbitral do Centro Internacional para Regular Diferenças Relativas aos Investimentos ("**ICSID**", sigla tomada do nome em inglês) em *Procedural Order No. 2; ADF Group Inc v United States of América* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/1) faz uma excelente análise, em que duas jurisdições extremamente desenvolvidas e pró-arbitragem – Nova York e Quebec – são examinadas. Sustenta-se que determinada parte que tivesse de sustentar que o Brasil deveria ser o *locus arbitri*, quando a comprovação fosse feita com uma das duas jurisdições mencionadas, dado o conservadorismo da mesma e a recente implementação da arbitragem como alternativa para a solução de conflitos. Quanto mais intervencionista for a justiça brasileira, menos a economia brasileira poderá se beneficiar das vantagens do país se tornar um centro para as arbitragens internacionais. Sobre o assunto, veja-se a análise em Drahozal, 2003.

<sup>8</sup> Talpis, 2003; Lee, 2002.

<sup>9</sup> Goulene; Racine, 1996; Lee, 2002. Mérignac, há mais de um século já questionava a se um dia haverá tal órgão: "*Les différences incontestables qui séparent les conflits privés et les conflits des États, font hésiter sur le point de savoir si les uns les autres seront un jour tranchés de la même façon; et s'il existera jamais un code international, une organisation judiciaire et une force publique internationales*" (Mérignac, 1895, p. 2).

internacionais contenham uma cláusula compromissória,<sup>10</sup> já que a arbitragem oferece muitas vantagens sobre a justiça comum.<sup>11</sup>

Com a promulgação da Lei de Arbitragem,<sup>12</sup> a utilização da arbitragem como meio de resolução de conflitos no comércio internacional tornou-se uma realidade plausível<sup>13</sup> para partes brasileiras.<sup>14</sup> Não obstante, no tocante das arbitragens comerciais internacionais, o crescente número de publicações, elaborada no Brasil<sup>15</sup> ou provinda de jurisdições regidas pelo sistema de direito romano-germânico, não analisa com profundidade a questão da produção de provas e inquirição de depoentes nas arbitragens internacionais, mesmo que estes sejam dois dos maiores "pontos de pressão" nas arbitragens comerciais internacionais.<sup>16</sup>

Em arbitragens comerciais internacionais, é cada vez mais freqüente o fato de advogados defrontarem-se com colegas treinados em outras jurisdições com procedimentos de

---

<sup>10</sup> Rechsteiner, 1997; 2003; Drahozal, 2003. (Garcez, 1997, p. 1). Estima-se que 80% dos conflitos mercantis internacionais são resolvidos por via arbitral. Estas estimativas são empíricas, já que a grande maioria dos contratos internacionais são sigilosos.

<sup>11</sup> Lista como as principais vantagens da arbitragem: a celeridade, economia de custos, a simplicidade dos procedimentos, a amplitude e flexibilidade da prova, a superação da burocracia, a confiabilidade, a maior especialização dos árbitros, a escolha da lei aplicável, decisões definitivas e obrigatórias, a possibilidade de escolha de um local neutro para a realização da arbitragem, a alienidade à justiça (ainda que ela seja relativa), privacidade ou sigilo, escolha do juiz que executará o laudo arbitral e o menor dano às relações comerciais entre as partes. A arbitragem é hoje considerada como o método "normal de solução de conflitos" para partes privadas no comércio internacional (Lee, 2002). Até mesmo como contribuinte ao "desenvolvimento harmonioso das relações econômicas" - conforme a Assembléia Geral da Nações Unidas reconheceu em 1976 (Lee, 2003). As vantagens, porém, não são absolutas (Bühning-Uhle, 1996).

<sup>12</sup> Lei nº 9.307/96 ("**Lei de Arbitragem**"). Mesmo que esta ainda seja considerada antiquada, pois "submete a arbitragem internacional a regras restritivas e arcaicas, fundamentadas na prática judiciária [ignorando] questões essenciais da arbitragem comercial internacional" (Lee, 2002, p. 39). O STF em dezembro de 2001 proferiu que a Lei de Arbitragem é constitucional (veja-se STF, 2004, SE 5206).

<sup>13</sup> Nota-se que a arbitragem não é nada de novo, *nil novi sub sole* (veja-se Lima, 1997, p. 5), pois já existe desde o período romano da Realeza (Teixeira, 1997, p. 25). No Brasil, foi instituído pelo Código Comercial de 1850 e do Regulamento 737 (veja-se Teixeira, 1997, p. 27). Para uma análise histórica das arbitragens internacionais até o final do século 19, veja-se Mérignhac, 1895, p. 18-42.

<sup>14</sup> De acordo com o Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem (CONIMA), a arbitragem cresceu 29,25% no Brasil entre 1999 e 2003. Os dados revelam que somente em 2003, foram realizadas 3.009 arbitragens realizadas, mesmo que a grande maioria destas tenham sido da esfera trabalhista (2.858 do total). "Arbitragem Cresce 29,25% no Brasil" (Valor Econômico, 2004). Este número deve ser maior, porém, já que muitas empresas brasileiras – principalmente aquelas de grande porte – participam de arbitragens sediadas no exterior, já que esta é exigência comum de empresas localizadas no exterior. Sobre o assunto, veja-se também Revista Update, 2004. Em nível internacional, o número de pedidos de arbitragens feitos para a Câmara Internacional de Comércio ("**CCI**") chegou a 580 em 2003 (com 369 laudos prolatados), tendo 1.584 partes provindo de 123 países e territórios independentes diferentes. <[http://www.iccwbo.org/court/english/right\\_topics/stat\\_2003.asp](http://www.iccwbo.org/court/english/right_topics/stat_2003.asp)>, 2004.

<sup>15</sup> Uma rápida pesquisa em qualquer biblioteca ou editora demonstra um enorme número de publicações a partir de 1996.

<sup>16</sup> Nottage, 2003, p. 13.

produção de provas e inquirição de depoentes quase que diametralmente opostos àqueles da jurisdição donde foram treinados – advogados treinados no sistema romano-germânico enfrentam advogados treinados no sistema anglo-americano e vice-versa.<sup>17</sup> Conseqüentemente, e talvez por razão da ausência de ensinamentos sobre a questão em instituições de ensino as, partes e seus advogados, bem como peritos, testemunhas e outros participantes do procedimento arbitral,<sup>18</sup> abordam a produção de provas e inquirição de depoentes na arbitragem de maneira distinta.<sup>19</sup>

Esse mútuo desconhecimento,<sup>20</sup> além de procrastinar a apreciação da matéria e dos fatos pelo árbitro<sup>21</sup> (pois cria um conflito processual desnecessário),<sup>22</sup> tem muitas vezes como conseqüência grande desvantagem para uma das partes,<sup>23</sup> principalmente quando inexistente na cláusula compromissória,<sup>24</sup> ou em regra da câmara de arbitragem escolhida,<sup>25</sup> norma específica sobre o procedimento a ser utilizado.<sup>26</sup> Nas palavras de Strenger: "O melhor conhecimento [do direito comparado] conduz ao aperfeiçoamento do Direito que vai plasmar o decisório arbitral, e por isso é indispensável que o Direito comparado faça parte integrante

---

<sup>17</sup> Em relação à lei aplicável: "As contingências com que os árbitros se deparam na determinação da lei aplicável, seja de forma explícita ou implícita, **são de grande freqüência, e constituem problemas de alta relevância**, pois, não é possível conceber que as partes fiquem sem a tutela legal adequada, cuja avaliação somente se certifica e se convalida pelos canais do direito comparado" (Strenger, 1996a, p. 57). Sobre o assunto veja-se também Alvarez, 2003.

<sup>18</sup> Ou até terceiros, no sentido da produção de provas por terceiros ou *third-party discover*; veja-se, por exemplo, *BNP Paribas & Ors v Deloitte & Touche LLP* [2003] EWHC 2874 (Comm).

<sup>19</sup> Brocker, s.d., p. 23; Cremades, 2002, p. 77; Tetley, 2000.

<sup>20</sup> Strenger, 1996, p. 58. O desconhecimento da arbitragem por empresários e juristas de forma é considerado uma das razões pela qual a arbitragem ainda se encontra em fase primitiva América Latina (Etcheverry, 1998, p. 63).

<sup>21</sup> Bem como pode afetar a confiança e credibilidade da arbitragem como um método de resolução de disputas (Garro, 2002).

<sup>22</sup> "Diferenças entre sistemas legais exerce considerável impacto prático, especialmente na conduta dos procedimentos arbitrais e na crucial matéria da prova [...] elas tendem a tornar-se mais relevantes e potencialmente penosos em outras diferenças regionais" (Herrmann, 1996). Sobre o assunto veja-se também Strenger, 1996, p. 64.

<sup>23</sup> Nas palavras de Garsonnet e Cézard-Bru: "*La preuve est une partie essentielle des débats judiciaires. Elle fait partie intégrante de l'instruction du procès qui tend, tout entière, à établir le bien-fondé de la prétention du demandeur ou de la défense du défendeur*" (Garsonnet; Cézard-Bru, 1912, p. 363).

<sup>24</sup> O mesmo se aplicaria ao compromisso arbitral. Uso somente "**cláusula compromissória**" para facilitar a leitura do texto.

<sup>25</sup> Ainda é mais complexa a situação em que somente um árbitro é escolhido, sem determinação de regras, ou quando leis como a *lex mercatoria* ou os Princípios da UNIDROIT são escolhidos como "leis" que devem reger o conflito entre as partes.

<sup>26</sup> Mesmo que a escolha da lei seja facultada às partes, a escolha do processo dependerá da *lex locus arbitri*, ou lei do local da arbitragem, abaixo.

do repertório dos árbitros, amparando-os na sustentação de seus argumentos, que não podem ser aleatórios ou provenientes de infecundas convicções como, infelizmente, às vezes ocorre". Frequentemente, as normas das principais câmaras de arbitragem do mundo facultam ao tribunal arbitral completa discricão para decidir sobre o procedimento a ser seguido na arbitragem, sem a estipulação de quaisquer critérios a serem levados em consideração pelos árbitros.<sup>27</sup> Ainda, as legislações de arbitragem e a doutrina, na sua quase totalidade, ignoram a questão da lei processual que se aplicará à arbitragem.<sup>28</sup>

Para que a arbitragem não fracasse são necessárias normas adequadas,<sup>29</sup> sendo sempre reconhecido que as partes tenham a liberdade de escolha do procedimento que julguem o mais apropriado,<sup>30</sup> mesmo que esta liberdade não seja absoluta.<sup>31</sup> A questão do procedimento a ser seguido nas arbitragens já atraía a atenção de juristas brasileiros em 1974,<sup>32</sup> porém as soluções para os problemas – a universalização ou harmonização das leis – ainda não ocorreu de forma clara, principalmente quanto à escolha de certos aspectos do procedimento.<sup>33</sup>

Não é objeto deste trabalho analisar a ciência do direito comparado genericamente,<sup>34</sup> mas sim fazer uma abordagem específica pretendendo apresentar uma solução para os árbitros que se defrontam com a escolha de procedimentos para a produção de provas e inquirição de

---

<sup>27</sup> Veja-se análise abaixo.

<sup>28</sup> Tieder Jr., 2003, p. 393; Blasé, 2003.

<sup>29</sup> Etcheverry, 1998, p. 59.

<sup>30</sup> Etcheverry, 1998, p. 60. A determinação pelas partes do procedimento aplicável a lide nada mais é do que o reconhecimento de um dos fundamentais princípios do comércio internacionais – o da autonomia da vontade das partes (veja-se Redfern; Hunter, 1996, p. 144; Goulene; Racine, 1997, p. 118; Lee, 2002; veja-se também Santos, R.S.S., 1997, p. 160).

<sup>31</sup> Veja-se análise abaixo.

<sup>32</sup> Strenger, 1996, p. 33-34, citando o Prof. Carlos Arberto Dunshee de Abranches em publicação não especificada.

<sup>33</sup> Pryles, 1997. Certos autores, porém, argumentam que a harmonização já existe em várias áreas do processo arbitral e direito material, veja-se Cremades, 2002; Leduc, 2001.

<sup>34</sup> Para uma análise profunda sobre as questões teóricas do assunto, veja-se Strenger, 1996; veja-se também a análise histórica da questão em Beale, 1916, 18-61.

depoentes, de modo que as partes presentes em arbitragens comerciais internacionais obtenham o máximo benefício do instituto: a resolução rápida, eficiente e justa da lide.<sup>35</sup>

---

<sup>35</sup> A rapidez e eficiência da resolução de conflitos são vistas como essenciais para a atração de investimentos estrangeiros (veja-se Garro, 2002, p. 32). A flexibilidade e agilidade da arbitragem atrai a "paixão" de alguns juristas ao estudo da arbitragem (veja-se Barral, 2000, p. 11).

## 2. PRINCÍPIOS BÁSICOS DO SISTEMA ANGLO-AMERICANO E DO SISTEMA ROMANO-GERMÂNICO

---

### 2.1. A Origem Histórica dos Sistemas

O direito romano-germânico pode ser definido como o sistema<sup>36</sup> cujas origens provêm das leis romanas, codificadas por Justiniano no *Corpus Juris Civilis*.<sup>37</sup> O direito romano-germânico atualmente pode ser dividido em duas correntes específicas: aquelas codificadas (França, Espanha, Portugal, Itália e a grande maioria dos países por estes conquistados, inclusive as jurisdições de Quebec e Louisiana, bem como Suíça, Alemanha, Turquia, Tailândia e Japão) e as não-codificadas (como Escócia e África do Sul).<sup>38</sup>

O sistema de direito anglo-americano (*common law*),<sup>39</sup> como ordenamento jurídico, data da conquista da Inglaterra por Guilherme, o Duque da Normandia, em 1066, pois previamente não havia um sistema de direito unificado no território inglês:<sup>40</sup> antes disso a ordem da sociedade se dava por um agrupamento dos costumes dos povos locais, junto com as leis que haviam sido introduzidas pelos muitos invasores nos seis séculos que se seguiram depois do fim do domínio de Roma sobre a Inglaterra.<sup>41</sup> O Rei Guilherme não aboliu os ordenamentos locais, mas "plantou as sementes que causaram o declínio do direito local".<sup>42</sup>

---

<sup>36</sup> Aqui uso o termo "sistema de direito" no sentido de "a natureza e conteúdo da lei de maneira geral e suas estruturas e métodos sob os quais são feitas leis e julgamentos, administradas dentro de determinada jurisdição". (Tetley, 2000).

<sup>37</sup> Tetley, 2000.

<sup>38</sup> Morris et al., 1996, p. 2; Tetley, 2000.

<sup>39</sup> A palavra "*law*" em inglês significa mais do que "lei" em português, sendo a mais aproximada a palavra "direito" (veja-se Tetley, 2000, p. 704). "*Common law*" tem o mesmo significado de "direito anglo-americano", em um sentido, mas noutro significa a jurisprudência provinda de uma das duas principais fontes do direito inglês, sendo a outra a "*equity*", esta provinda das antigas "cortes do rei", aquela provinda das antigas "cortes comuns" (veja-se, por exemplo, Morris et al., 1996, p. 12-15).

<sup>40</sup> Morris et al., 1996, p. 7.

<sup>41</sup> Morris et al., 1996, p. 7.

<sup>42</sup> Morris et al., 1996, p. 8.

## 2.2. As Principais Diferenças dos Sistemas e Algumas Semelhanças

O sistema anglo-americano difere do sistema romano-germânico em vários pontos, sendo os principais deles:<sup>43</sup>

<ul style="list-style-type: none"> <li>• a importância da doutrina – no primeiro, com menos importância,<sup>44</sup> somente usado como crítica à jurisprudência e sugestões de mudanças, no segundo usado com o objetivo encontrar soluções para questões ainda não pacíficas, bem como guiar os tribunais na resolução de controvérsias futuras;</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• o estilo da doutrina – no primeiro concentrado em análises de princípios de direito principalmente usando a indução, no segundo focado em fatos específicos, semelhantes àqueles já decididos pelos tribunais, e pela analogia, dedução e alguma indução, propor novas regras específicas;</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• a função e força da jurisprudência – no primeiro os acórdãos e sentenças de tribunais superiores vinculam os tribunais inferiores, no segundo a jurisprudência é somente uma fonte de direito;</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• o estilo da jurisprudência – no primeiro os acórdãos e sentenças são mais extensas, expondo fatos minuciosamente, comparando estes com acórdãos e sentenças prolatadas anteriormente e decidindo sobre a norma a ser aplicada aos fatos (ou mesmo a criação de uma nova norma),<sup>45</sup> no segundo mais curtas, divididas em motivos e disposições, primeiramente identificando as normas e princípios a serem aplicados àqueles fatos, sendo somente os fatos relevantes descritos nas sentenças</li> </ul>

<sup>43</sup> As diferenças foram extraídas do artigo de Tetley, 2000. Entre outras diferenças encontram-se: a competência baseada na citação "*long arm jurisdiction*", o método de citação do demandado, a obtenção de provas e a inquirição de testemunhas (Garro, 2002; os dois últimos são o foco deste trabalho). A consequência da não observância de um destes elementos pode ser fatal para a execução de sentença judicial. No caso da citação, veja-se a discussão da jurisprudência brasileira (Barral; Prazeres, 2002, p. 74-77).

<sup>44</sup> Beale, em 1916 já ensinava: "*In our law, courts and lawyers have given in general far less attention to the opinion of learned authors than to those of courts*" (Beale, 1916, p. 11).

<sup>45</sup> O que geralmente não é permitido nos países de direito romano-germânico (artigo 5 do Código Civil Francês). Não há semelhantes nos códigos civis de Quebec de 1866 ou no Código Civil de Louisiana de 1994, mas o artigo 5 do Código Civil Francês "epitoma a lei como é vista [hoje]" (Tetley, 2000, p. 703).

ou acórdãos;
<ul style="list-style-type: none"> <li>• as funções e forma das leis – no primeiro as leis variam e completam a jurisprudência e são extremamente detalhadas, no segundo as leis expõem sucintamente os princípios e normas em códigos, que são complementados por leis individuais e leis delegadas;</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• a rigidez das normas – no primeiro as normas são flexíveis, facultando aos tribunais (principalmente os de instância recursal) a mudança das mesmas, adaptando-as às novas realidades da vida moderna, até mesmo produzindo novas leis,<sup>46</sup> enquanto no segundo as normas são impostas aos tribunais por meio de leis, que não podem ser alteradas pelos juízes,<sup>47</sup> e/ou pela doutrina.</li> </ul>

Em alguns aspectos, entretanto, os sistemas são muito parecidos ou até idênticos.<sup>48</sup> Com raras exceções<sup>49</sup> as normas de direito internacional privado da *lex fori* determinarão a lei material aplicável ao conflito.<sup>50</sup>

De acordo com Rechsteiner:

"[É] aplicável a *lex fori* quando esta estabelece: *a)* quais são os meios probatórios admitidos pela lei; *b)* qual é a sua força probante; *c)* de que forma as provas devem ser produzidas; *d)* se a produção de provas é determinada pelo juiz de ofício ou a requerimento da parte; *e)* quando um fato é considerado incontroverso no processo; e *f)* como o juiz apreciará as provas produzidas."<sup>51</sup>

<sup>46</sup> Veja-se, por exemplo, Morris, 1996, caps. 5-7.

<sup>47</sup> Tetley, 2000, p. 703-704.

<sup>48</sup> Numa análise comparativa do processo civil americano com o alemão, afirmou Langbein que "the familiar contrast between our adversarial procedure and the supposedly nonadversarial procedure of the Continental tradition has been grossly overdrawn" (Langbein, 1985, p. 824).

<sup>49</sup> Prefere-se o uso da expressão "lei de outra jurisdição" ao contrário de "lei estrangeira", pois a última leva uma conotação de lei de um determinado país (Holanda, 1999). O que ignorando que as leis de um país variam dependendo das jurisdições internas do mesmo; isto é, as leis de estados, distritos, territórios, dependências, municípios, condados, paróquias, e outras divisões jurisdicionais e suas sub-divisões são normalmente diferentes e podem ser interpretadas de maneira diversa por tribunais de diferentes jurisdições ou competências (Rechsteiner, 1997). Esta posição é ainda mais clara nos países de direito anglo-americano, onde cada divisão territorial de nível estatal têm seu próprio ordenamento jurídico, vide *John Pfeiffer v Rogerson* [2000] HCA 36, para uma discussão a fundo sobre a matéria.

<sup>50</sup> Entre outros veja-se Dollinger, 1993; Rechsteiner, 2003, p. 142-143.

<sup>51</sup> Rechsteiner, 2003, p. 279.

Princípios como *pacta sunt servanda*,<sup>52</sup> *rebus sic stantibus*,<sup>53</sup> da boa-fé,<sup>54</sup> são outros exemplos em que a semelhança é incontestável.<sup>55</sup>

Os fundamentos contratuais contidos nos Princípios UNIDROIT sobre os Contratos Comerciais Internacionais,<sup>56</sup> foram desenvolvidos com a ajuda de muitos "advogados, juízes, funcionários públicos e acadêmicos de culturas e tradições jurídicas vastamente diferentes, que se envolveram no projeto nos vários estágios do processo de redação".<sup>57</sup> Os princípios codificam os institutos que governam as relações contratuais que são comuns em todos os ordenamentos jurídicos e adaptam estes aos contratos comerciais internacionais.<sup>58</sup>

Enquanto estas semelhanças são claras no âmbito do direito material, as mesmas não se refletem no direito processual, principalmente nos procedimentos usados na produção de provas e inquirição de depoentes. Na visão da doutrina provinda do direito romano-germânico, o direito processual, ou adjetivo é "o ramo da ciência jurídica que trata do complexo das normas regulares do exercício da jurisdição civil",<sup>59</sup> enquanto que na interpretação oriunda do sistema anglo-americano é "a lei que governa a conduta dos procedimentos frente a corte".<sup>60</sup>

---

<sup>52</sup> Leduc, 2001, p. 438. Gaillard; Savage, 1999, p. 819 (os autores citam muitos laudos arbitrais em que este princípio é tido como universalmente aceito na nota 182).

<sup>53</sup> Conhecido na *common law* como "*contributory negligence*" (Balkin; Davis, 1996). Veja-se também Leduc, 2001, p. 438.

<sup>54</sup> Gaillard; Savage, 1999, p. 819 (os autores citam muitos laudos arbitrais em que este princípio é tido como universalmente aceito na nota 182).

<sup>55</sup> Os vários princípios que, argúi-se, formam a *lex mercatoria* (Berger, 1997). Este trabalho acadêmico tenta formalizar os princípios pela codificação dos mesmos, para que sejam evitados os problemas ressaltados por Nottage (Nottage, 2003).

<sup>56</sup> Princípios UNIDROIT sobre os Contratos Comerciais Internacionais, 1994 ("**Princípios da UNIDROIT**"). Os Princípios demoraram 15 anos para ser completados (Berger, 1997, p. 943). Uma nova edição dos Princípios de 2004 está disponível em <<http://www.unidroit.org/english/news/main.htm>>; acesso em 15 maio 2004.

<sup>57</sup> UNIDROIT, 1994, prefácio. O processo de desenvolvimento demorou 14 anos e contou com a participação de assumidades acadêmicas de todos as tradições jurídicas (veja-se Leduc, 2001, p. 445).

<sup>58</sup> UNIDROIT, 1994, preâmbulo, § 4º. Uma ressalva pouco comentada é a inexistência no Direito Inglês da obrigação as partes realizarem suas obrigações contratuais de boa-fé, porém a mesma existe nos Estados Unidos e já há jurisprudência no mesmo sentido provindo de algumas jurisdições (veja-se Allen, 2001 e artigos 1.6 e 1.7, comentário 2, Princípios da UNIDROIT).

<sup>59</sup> Theodoro Jr., 1997, p. 6.

<sup>60</sup> Colbran et al., 1998, p. 3. Em 'Poyser vs Minors' (1881) LR7 QBQ 329, p. 33, Lush LJ definiu o processo civil como "*the mode of proceeding by which a legal right is enforced as distinguished from the law which gives or defines that right*".

### 2.3. As Diferenças no Âmbito do Processo Civil

Primeiramente deve ser entendido que é errônea a assunção de que há um sistema unificado de processo em jurisdições regidas pelo sistema anglo-americano, já que existe diferenças substanciais entre o processo norte-americano do processo inglês.<sup>61</sup> Entretanto, é ainda mais falsa essa afirmação quanto às jurisdições regidas pelo sistema romano-germânico. Após afirmar as origens históricas comuns (isto é, sendo todas provindas do direito inglês) das jurisdições regidas pelo direito anglo-americano, Reymond, em relação aos países de direito romano-germânico prolata que:<sup>62</sup>

"Em cada [jurisdição], encontramos uma mescla diferente de processo civil, de forma geral influenciado por costumes locais, a educação jurídica recebida por juízes e advogados e, de grande parte, pela influência do procedimento utilizado pelos tribunais eclesiásticos, mesmo estes tendo sido abolidos, nos países protestantes, na época da Reforma.[...] O resultado prático da situação descrita é que **há tantos sistemas de processo civil quanto há países na Europa Continental.** [...] **O resultado disso é que há provavelmente tanta diferença entre as perspectivas e práticas de um *avocat* francês e de um *Rechtsanwalt* alemão que entre aqueles de um advogado inglês e italiano". (Grifou-se.)**

Seguindo o pensamento de Redfern e Hunter, sustento que de maneira geral há semelhanças suficientemente uniformes para que os dois sistemas sejam considerados como parte de dois grupos independentes.<sup>63</sup>

### 2.4. A Classificação das Leis Processuais

#### 2.4.1 Método de Classificação

A classificação das leis como substantivas ou adjetivas é de essencial importância para o resultado final de uma disputa comercial internacional.<sup>64</sup> Sobre a norma que determina a classificação de leis pelos tribunais, a interpretação entre qual lei deve ser aplicada não é

<sup>61</sup> Redfern; Hunter, 1999, p. 312.

<sup>62</sup> Redfern; Hunter, 1999, p. 313, citando o prof. Claude Reymond.

<sup>63</sup> Redfern; Hunter, 1999, p. 313.

<sup>64</sup> Marrella, 2003.

pacífica, variando entre aqueles que defendem que a classificação deve ser feita pela *lex fori* e aqueles que defendem que deve ser feita pela *lex causae*.<sup>65</sup> Há mais de uma acepção do significado de *lex fori* na ótica do direito internacional privado.<sup>66</sup> Entre eles inclui-se a de determinar o direito aplicável.<sup>67</sup> A *lex fori* nada mais é do que a lei local do foro em que a ação foi distribuída. Rechsteiner se refere a essa somente como a “lei do foro”.<sup>68</sup> A *lex causae* é mais complexa conceitualmente, pode ser entendida como a lei substancial de determinado ordenamento jurídico, que normalmente rege a relação entre as partes. A *lex causae* pode incluir a *lex actus* (ou *lex loci contractus* ou mesmo a *lex loci celebrationis*), a *lex loci delicti comissi*, a *lex loci solutionis*, a *lex situs* ou mesmo a *lex fori*.<sup>69</sup> Não há razão para não se incluir ainda entre estas a *lex mercatoria*, representada ou não pelos Princípios da UNCITRAL. No que tange a arbitragem, alguns ainda sustentam que se deve seguir os Princípios da UNIDROIT deve ser seguida.<sup>70</sup>

A classificação de normas como parte do direito material ou do direito processual variam entre o sistema anglo-americano e romano-germânico.

#### 2.4.2 No Sistema Romano-Germânico

No sistema romano-germânico há uma distinção conceitual entre "processo" e "procedimento".<sup>71</sup> O *processo* no sistema romano-germânico é geralmente<sup>72</sup> visto como "o conjunto de atos processuais praticados pelo Juiz, pelas partes, pelos auxiliares da Justiça e por terceiros, que se coordenam e se sucedem, desde a instauração da relação processual, com

<sup>65</sup> Marrella, 2003. Veja-se também *Tolofson v Jensen; Lucas (Litigation Guardian of) v Gagnon* [1994] 3 SCR 1022 (Suprema Corte do Canadá) e Pryles, 1997.

<sup>66</sup> Rechsteiner, 2003, p. 109.

<sup>67</sup> Rechsteiner, 2003, p. 28, 109, 114 e 123.

<sup>68</sup> Rechsteiner, 2003, p. 4 (entre outros). Veja-se também a mesma interpretação dada pela *High Court* australiana em *John Pfeiffer Pty Limited vs #* [2000] HCA 36.

<sup>69</sup> #, 2001, p. 7.

<sup>70</sup> Veja-se a análise detalhada da matéria em Marrella, 2003.

<sup>71</sup> Ribeiro; Ferreira, 1999, p. 83.

<sup>72</sup> Há interpretações discordantes sobre o que é considerado "processo" e o que é considerado "procedimento", com os mais variados níveis de abstração. Veja-se, por exemplo, a análise da matéria por Leal, 1999, p. 83-84.

a propositura da ação, até a sentença final, onde o litígio é solucionado".<sup>73</sup> Por outro lado, o *procedimento* é conceituado como "o método pelo qual a demanda judiciária é instruída, discutida e definida perante os vários magistrados [...] é o *metodus persequendi iudicio*".<sup>74</sup>

A classificação das normas jurídicas é considerada importante para que o processo civil seja compreendido.<sup>75</sup> No processo civil, as regras processuais não são consideradas de direito material, pois "dizem respeito a atividades jurisdicionais, que ocorrem [...] no processo".<sup>76</sup> O processo civil apresenta, na grande maioria das vezes, regras imperativas, (também chamadas de cogentes ou de ordem pública), que não podem ser afastadas pela vontade das partes.<sup>77</sup>

### 2.4.3 No Sistema Anglo-Americano

Na *common law*, a "lei processual" é lei delegada (um "regulamento"),<sup>78</sup> geralmente restrita a um tribunal.<sup>79</sup> As regras de processo na *common law* se assemelham até certo ponto aos regimentos internos dos tribunais do sistema romano-germânico,<sup>80</sup> apesar de também regulamentarem "a forma em que os direitos substantivos e as obrigações são pretendidas,

<sup>73</sup> Ribeiro; Ferreira, 1999, p. 83.

<sup>74</sup> Gargiulo, 1888, p. 226. Veja-se também Ribeiro; Ferreira, 1999, p. 83.

<sup>75</sup> Veja-se Gargiulo, 1888, p. 226; veja-se também Wambier; Almeida; Talamini, 1998, p. 49.

<sup>76</sup> Wambier; Almeida; Talamini, 1998, p. 53.

<sup>77</sup> Rechsteiner, 1997, p. 53. Porém, pelo menos no direito alemão, a liberdade das partes quanto ao procedimento não é tão restrita. Nas palavras de Leible: "*Em el proceso civil por regla general se litiga por derechos privados. No existe un interés público em introducir de oficio los hechos y averiguar su verdad. Si las partes pueden disponer libremente sobre la iniciación, contenido, continuación y conclusión del procedimiento, sería raro sacar de sus manos el dominio sobre los hechos en su carácter de "dominantes del procedimiento". El principio de deliberación ("Verhandlungsmaxime") [expressa] que las partes deben aportar los hechos e inclusive sus medios de prueba, con base en los que el tribunal debe sentenciar sobre el objeto litigioso sometido a decisión*" (Leible, 1998, p. 134).

<sup>78</sup> São normalmente chamadas de "rules". Exemplos são vários: na Inglaterra (*Civil Procedure Rules*), Austrália (*High Court Rules 1952; Federal Court Rules; Uniform Civil Procedure Rules 1999* (Queensland)), nos Estados Unidos (*Federal Rules of Civil Procedure*), para citar alguns. Uma exceção é a Índia, que as intitula "código" (*Civil Procedure Code 1908*), porém as normas individuais seguem a nomenclatura antiga da Inglaterra: *orders e rules*. Disponível em: <<http://www.supremecourtonline.com/cases/7736.html>>. Acesso em: 13 maio 2004.

<sup>79</sup> No sistema romano-germânico, o processo não é lei delegada. Veja-se, por exemplo, a posição na Itália (*Codice de Procedura Civile*), Espanha (*Ley de Enjuiciamiento Civil*), França (*Nouveau Code de Procedure Civile*), Argentina (Buenos Aires) (*Código Procesal Civil y Comercial de Buenos Aires*) – ainda sim uma lei), Uruguai (*Código General del Proceso de Uruguay*). De modo geral, menos ênfase é dada ao processo civil no sistema anglo-americano, mas nem por isso sua importância é totalmente ignorada (veja-se Sugarman; Robb, 1998).

<sup>80</sup> Já que regimentos são "normas agrupadas que disciplinam o serviço interno ou funcionamento de tribunais [...]" (Guimarães; Miranda, 2000).

provadas e executadas".<sup>81</sup> Isto é, podem ser consideradas, do ponto de vista Romano-Germânico, ora como "procedimento" ora como "processo".

De acordo com os princípios de direito internacional privado aplicado pelos tribunais de direito anglo-americano, "a caracterização de uma norma como de natureza substantiva ou processual é crucial",<sup>82</sup> já que as cortes não aplicarão o processo estrangeiro no foro local.<sup>83</sup>

Como ensinam Cheshire e North:

"[U]ma distinção deve ser feita entre questões de substância e processo, entre direito e remédio. Os direitos substantivos das partes numa ação podem ser regidos por uma lei estrangeira, mas todas as questões referentes ao processo são regidas exclusivamente pela lei do fórum".<sup>84</sup>

As regras de processo são geralmente limitadas a um tribunal específico, no entanto sofrem forte influência jurisprudencial.<sup>85</sup> Tais regras "existem para a conveniência do tribunal",<sup>86</sup> e têm como objetivo a resolução "justa, rápida e barata [...] de toda a ação".<sup>87</sup> Sobre o limite da aplicação da lei estrangeira, Walter Cook aduz: "Até que ponto o tribunal doméstico pode aplicar as normas do sistema de direito estrangeiro sem impropriamente atrapalhar ou causar inconveniências a si próprio?".<sup>88</sup>

Por exemplo, na jurisprudência australiana, um direito será considerado como substantivo se o mesmo referir à existência ou extensão de direitos substantivos e

<sup>81</sup> Colbran, et. al., 1998.

<sup>82</sup> *Tolofson v Jensen; Lucas (Litigation Guardian of) v Gagnon* [1994] 3 SCR 1022 (Suprema Corte do Canadá); Pryles, 1997.

<sup>83</sup> Veja-se, por exemplo, *McKain v RW Miller & Co (South Australia)* (1991) ALR 257.

<sup>84</sup> North; Fawcett, 1992.

<sup>85</sup> Porém isto está mudando. Por exemplo, em 1999 as *Civil Procedure Rules* unificaram o processo civil utilizado na Divisão Cível da Corte de Apelação, na Alta Corte e das cortes de condado na Inglaterra e no País de Gales (regra 2.1 das *Civil Procedure Rules*). No mesmo ano, o estado de Queensland, na Austrália, unificou as regras para todos os tribunais estaduais, com a exceção do tribunal de pequenas causas do estado (veja-se *Uniform Civil Procedure Rules 1999*).

<sup>86</sup> "The forum's procedural rules exist for the convenience of the court, and forum judges understand them" (*Tolofson v Jensen; Lucas (Litigation Guardian of) v Gagnon* [1994] 3 SCR 1022, p. 180).

<sup>87</sup> "These rules govern the procedure in the United States district courts in all suits of a civil nature whether cognizable as cases at law or in equity or in admiralty, with the exceptions stated in Rule 81. They shall be construed and administered to secure the **just, speedy, and inexpensive determination of every action.**" (Grifou-se.) Veja-se artigo 1 das *Federal Rules of Civil Procedure* (Estados Unidos); Inglaterra, artigo 1.1 das *Civil Procedure Rules* (Inglaterra), artigo 5 das *Uniform Civil Procedure Rules* (Queensland, Austrália). Quando não ditados expressamente, estes objetivos se encontram abundantemente na jurisprudência.

<sup>88</sup> Cook, 1942, p. 343-344. Cabe lembrar que uma corrente minoritária defende o fim da distinção das questões de direito material e de direito adjetivo no direito inglês: veja-se o voto do Lorde Wilberforce em *Black-Clawson Ltd. v Papierwerke AG.* (1975) AC 591.

responsabilidades que são regidas pela *lex causae*.<sup>89</sup> Entretanto, um direito será considerado de natureza processual, portanto regido pela *lex fori*, quando o mesmo se referir aos modos de procedimento pelo qual ele pode ser pretendido e executado.<sup>90</sup> A posição da *High Court* australiana<sup>91</sup> sofreu críticas em decisões de cortes inferiores como sendo "artificial", já que ambos os princípios são indissolúveis<sup>92</sup> e que a norma ignora o fato de que o resultado tem o efeito de extinguir o direito do autor – o que é parte do direito substantivo.<sup>93</sup> Além disso, argumenta-se que os tribunais devem considerar o que é processo de forma restritiva.<sup>94</sup>

No direito inglês, são considerados como parte do processo e portanto decidido pela *lex fori*:

- o modo pelo qual os fatos são provados;<sup>95</sup>
- o ônus da prova;<sup>96</sup>
- os prazos prescricionais<sup>97</sup> (porém a posição não é unânime,<sup>98</sup> sendo a Inglaterra<sup>99</sup> e o Canadá<sup>100</sup> as principais exceções);<sup>101</sup>
- obrigação de que certo contrato somente tenha eficácia se reduzido a termo;<sup>102</sup>

<sup>89</sup> *McKain v RW Miller & Co (South Australia)* (1991) ALR 257.

<sup>90</sup> *McKain v RW Miller & Co (South Australia)* (1991) ALR 257.

<sup>91</sup> O tribunal de mais alta instância da Austrália, cujas decisões são vinculantes sobre todos os outros tribunais naquele país: artigo 71 da Constituição (Austrália). Os dois principais acórdãos que regem a matéria naquele país (*McKain v RW Miller & Co (South Australia)* (1991) ALR 257 e *Stevens v Head* (1993) 67 ALR 343) tiveram a maioria simples de quatro juízes a três.

<sup>92</sup> *Chase Securities Corp. v Donaldson* (1945) 325 US 304.

<sup>93</sup> *Maxwell v Murphy* (1957) 96 CLR 261; *McKain v RW Miller & Co (South Australia)* (1991) ALR 257.

<sup>94</sup> *McKain v RW Miller & Co (South Australia)* (1991) ALR 257.

<sup>95</sup> *Korner v Witkowitz* (1950) 2 KB 128.

<sup>96</sup> *In the Estate of Fuld (dec'd) (No. 3)* (1968) P 675 *contra* North; Fawcett; Cheshire, 1992.

<sup>97</sup> O entendimento clássico foi seguido pela maioria em *McKain v RW Miller & Co (South Australia)* (1991) ALR 257.

<sup>98</sup> O Presidente Kirby em *Byrnes v Groote Eylandt Mining Co Pty Ltd* (1990) 19 NSWLR 13 prolatou que na sua opinião os prazos sempre fazem parte do direito substantivo, porém seguindo a maioria em jurisprudência anterior; a minoria em *McKain v RW Miller & Co (South Australia)* (1991) ALR 257 concordou com a interpretação da questão dada pelo Presidente Kirby (que desde então foi nomeado ministro da *High Court*).

<sup>99</sup> Esta interpretação foi abandonada na Grã-Bretanha, salvo quando houver injustiça, com a promulgação do *Foreign Limitation Periods Act 1984* (U.K.).

<sup>100</sup> *Tolofson v Jensen; Lucas (Litigation Guardian of) v Gagnon* [1994] 3 SCR 1022.

<sup>101</sup> Mesmo que a jurisprudência na Austrália e na Nova Zelândia siga a jurisprudência tradicional quando a lide envolve elementos fora de seus territórios, em ações dentro das jurisdições destes países, tais prazos serão considerados como sendo de direito material: artigos 4 e 5 da *Choice of Law (Limitation Periods) Act 1996* (Queensland, New South Wales, entre outros).

<sup>102</sup> *Leroux v Brown* (1852) 138 ER 1119.

- método de quantificação e cálculo de dano.<sup>103</sup>

Todavia, são considerados como parte do direito substantivo e, portanto determinado pela *lex causae*:

- os prazos que determinem a decadência;<sup>104</sup>
- a legitimidade parte e o pólo passivo da ação ;<sup>105</sup>
- a relevância das provas à lide para fins de admissão e apreciação das mesmas pelo juiz;<sup>106</sup>
- o nexa causal;<sup>107</sup>
- o tipo de dano passível de indenização.<sup>108</sup>

Vê-se, então, que no sistema anglo-americano existe uma divisão entre o direito substantivo e o direito processual, porém não há uma fórmula que determine a tipificação da natureza do direito como substantivo ou adjetivo. Com base na jurisprudência, percebe-se que normas referentes ao procedimento utilizado pelas cortes serão sempre consideradas como processo (no sentido dado ao termo pelo direito romano-germânico), enquanto as normas classificadas como processuais no sistema romano-germânico são classificadas como pertencendo ora ao direito material, ora ao direito adjetivo.

## 2.5. As Provas no Processo Civil

Internacionalmente, a doutrina “reconhece, quanto ao regime de provas, a dificuldade de traçar os limites entre o direito processual e o direito substantivo ou material”.<sup>109</sup> A corrente

<sup>103</sup> *D’Almeida Aranjó Ltda v Becker* (1953) 2 QB 329 (cálculos para inadimplência contratual); *Stevens v Head* (1993) 67 ALR 343 (cálculos para ação por atos ilícitos – *torts*).

<sup>104</sup> *British Linen Company v Drummond* (1830) 109 ER 683.

<sup>105</sup> *General Steam Navigation Co. v Guillou* (1843) 11 M & W 877.

<sup>106</sup> *Korner v Witkowitz* (1950) 2 KB 128.

<sup>107</sup> *D’Almeida Aranjó Ltda v Becker* (1953) 2 QB 329.

<sup>108</sup> *Stevens v Head* (1993) 67 ALR 343.

<sup>109</sup> Rechsteiner, 2003, p. 278.

predominante dita que o regime jurídico das provas é parte integrante do direito processual civil.<sup>110</sup>

### 2.5.1 As Provas no Processo Civil no Sistema Romano-Germânico

No sistema romano-germânico, a prova é considerada como o modo pelo qual o juiz é notificado dos fatos que sustentam as pretensões da partes. Define Rosenberg, numa análise do direito alemão, que a prova é “*uma atividade que deve fundar em el juez*. Wambier; Almeida; Talamini conceituam prova como "o instrumento processual adequado a levar ao conhecimento do juiz os fatos que envolvem a relação jurídica objeto da atuação jurisdicional.<sup>111</sup>. O procedimento de produção e apresentação de provas difere bastante daquele do sistema anglo-americano, ainda que o objetivo de solucionar as questões de fato é o mesmo nos dois sistemas, nas jurisdições regidas pela *civil law* comumente existe uma obrigação sobre todos na descoberta da verdade.<sup>112</sup>

A parte, com o ônus da prova, tem a obrigação de provar a existência ou não de determinado fato. O sistema é norteado pelo princípio de que a parte oposta não está obrigada a fazer prova contra si mesma<sup>113</sup> ou auxiliar a parte oposta do processo – *onus probandi incumbat alleganti*.<sup>114</sup>

As provas documentais são geralmente apresentadas já na petição inicial e na resposta do réu,<sup>115</sup> mas podem ser apresentadas em vários momentos durante o processo.<sup>116</sup> Isso foge à regra e depende de autorização expressa na lei, como na prova de fatos de ocorram após os

<sup>110</sup> Rechsteiner, 2003, p. 278.

<sup>111</sup> Rosenberg, 1955, p. 200; Wambier; Almeida; Talamini, 1998, p. 479.

<sup>112</sup> Veja, por exemplo, Wambier; Almeida; Talamini, 1998, p. 486 (baseando-se no artigo 339 do Código de Processo Civil (Brasil)).

<sup>113</sup> Veja-se, por exemplo, a discussão em Galdi, 1876, p. 495.

<sup>114</sup> Cremades, 2002.

<sup>115</sup> Brocker, s.d., p. 20. No Brasil no procedimento comum ordinário a inicial deve ser acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da ação, destinados a provar as alegações (artigo 283 e 396 do Código de Processo Civil (Brasil)).

<sup>116</sup> Até mesmo após a discussão da causa perante o magistrado (veja-se Gargiulo, 1888, p. 240).

articulados, ou para servir de contraprova a outros documentos apresentados,<sup>117</sup> entre outros.<sup>118</sup> Dentre essas exceções que se encontram numa esfera similar àquela encontrada na *disclosure*,<sup>119</sup> é possível a juntada dos documentos quando o documento estiver na posse de terceiros<sup>120</sup> ou de outras partes no processo.<sup>121</sup>

Ao contrário do sistema anglo-americano, nas jurisdições de direito romano-germânico, os juízes participam ativamente do prosseguimento da ação e são responsáveis pelo controle da oitiva de depoentes.<sup>122</sup> O magistrado tem a função de descobridor da verdade,<sup>123</sup> que procura “a plena distribuição da justiça”.<sup>124</sup> Determina, de ofício, as provas necessárias, independentemente da iniciativa das partes para que a verdade seja descoberta.<sup>125</sup> Por razão do controle do juiz sobre o processo, argumentam Redfern e Hunter, que “nos países de direito romano-germânico [os processos] não necessitam ser controlados pelas mesmas normas técnicas de provas que existem [no direito anglo-americano]”.<sup>126</sup> Todavia isso não significa que não existam regras sobre a admissão das provas no direito romano-germânico. Nas palavras de Garsonnet; Cézard-Bru:

Quatro condições são necessárias para que as partes possam fazer a prova. Elas são: 1º que os fatos sejam contestados; 2º que [os fatos] não sejam [...] tidos como verdadeiros; 3º que a prova não seja proibida; 4º que [as provas]

<sup>117</sup> Artigo 397 do Código de Processo Civil (Brasil).

<sup>118</sup> No exemplo brasileiro: veja-se artigos 326 e 327 (que lidam com casos especiais), artigo 183 (força maior ou caso fortuito) e artigo 524 (agravo de instrumento) do Código de Processo Civil (Brasil). Veja-se, também, Alvim, 1997, p. 507.

<sup>119</sup> Veja-se também abaixo.

<sup>120</sup> No Brasil, artigos 341-360 do Código de Processo Civil (Brasil).

<sup>121</sup> No Brasil, artigo 355 do Código de Processo Civil (Brasil), permite que o juiz o faça de ofício.

<sup>122</sup> Redfern; Hunter (1999), p. 312. Porém a função dos advogados varia dependendo das jurisdições. Na Suécia, por exemplo, a inquirição é primeiramente feita pelos advogados (Ginsburg; Bruzelius, 1965, p. 289).

<sup>123</sup> Razão pela qual no direito inglês o sistema seja conhecido como *inquisitorial*, comparado com o sistema anglo-americano, que é chamado de *adversarial* (veja-se Colbran, 1998, p. 14).

<sup>124</sup> Wambier; Almeida; Talamini, 1998, p. 479.

<sup>125</sup> Langbein, 1985, p. 826. Wambier; Almeida; Talamini, 1998, p. 479 e 486; veja-se também artigos 130 e 339 do Código Civil (Brasil). O *Código de Procedimiento Civil* (Chile), por exemplo, rege que quando há provas contraditórias, na falta de lei que resolva o conflito, os tribunais darão preferência às provas que mais conformem com a verdade. O artigo 4 do *Nouveau Code de Procedure Civile* (França), entretanto, determina que o “objeto do litígio é determinado pelas pretensões respectivas das partes”. No ordenamento jurídico brasileiro, a obrigação da descoberta da verdade recai sobre todos, veja-se artigo 339 do Código de Processo Civil (Brasil). As partes no direito alemão têm a obrigação de impulsionar o processo (Leible, 1998, p. 260).

<sup>126</sup> Redfern; Hunter (1999), p. 312.

sejam admissíveis. Na ausência desta condições, a prova é interditável ou inútil.<sup>127</sup>

Inexiste, uma fase de troca de provas como no sistema anglo-americano<sup>128</sup> e, como em causas cíveis também inexiste a fase de "julgamento" no estilo anglo-americano, não há o "medo de surpreender a parte".<sup>129</sup> As provas são avaliadas e juntadas aos autos em audiências que ocorrem ao longo do processo.<sup>130</sup>

Via de regra, é dado maior valor aos documentos do que às provas orais. Explicam Pisanelli, Scialoja e Mancini de forma clara e direta sintetizam o entendimento: "a prova por escrito é sempre preferível à verbal". Wambier, Almeida e Talamini sintetizam o entendimento do direito romano-germânico do ponto de vista do direito brasileiro advertem que a prova testemunhal já foi chamada de "a prostituta das provas".<sup>131</sup>

Desde que o homem inventou a escrita, há aproximadamente 6.000 anos, essa tem sido a forma ordinária de registro das atividades humanas. Graças à escrita, a memória dos fatos não se perde nas brumas do tempo. Talvez daí advenha a notória segurança que o homem sente no documento. Palavras faladas o vento leva; o escrito, não.<sup>132</sup>

Alvim justifica:

[O] documento não se destina tão-somente a fixar indelevelmente o pensamento, que é a sua utilização mais comum; mas, sim, é também destinado a fixar duradouramente um fato, idéia esta mais ampla e compreensiva que a anterior.<sup>133</sup>

Mesmo não havendo formalmente uma hierarquia de provas, por normas expressas o documento prevalecerá sobre os outros meios de prova – por exemplo, quando certo fato já for provado por via documental, a prova testemunhal não será admitida.<sup>134</sup> Quanto ao perito,

<sup>127</sup> Garsonnet; Cézar-Bru, 1912, p.365 (notas de rodapé omitidas). Quanto à admissão das provas, argumentam os autores: "*Toute preuve inutile est exclue du débat, et les juges ne doivent pas l'admettre et encore moins l'exiger. C'est du droit romain qu'on a tiré l'adage 'Frustrà admittitur probandum quot probatum non relevat'*" (Garsonnet; Cézar-Bru, 1912, p.375).

<sup>128</sup> Veja-se, por exemplo, Gargiulo, 1888, p. 231-241.

<sup>129</sup> Langbein, 1985, p. 826; Cremades, 2002.

<sup>130</sup> Langbein, 1985, p. 826.

<sup>131</sup> Galdi, 1876, p. 497; Wambier; Almeida; Talamini, 1998, p. 521.

<sup>132</sup> Wambier; Almeida; Talamini, 1998, p. 510.

<sup>133</sup> Alvim, 1997, p. 492.

<sup>134</sup> Wambier; Almeida; Talamini, 1998, p. 480.

existem regras específicas no direito romano-germânico sobre a sua função no processo.<sup>135</sup> O perito não é visto como testemunha e sim como um agente esclarecedor<sup>136</sup> de determinados assuntos, suprindo os conhecimentos técnicos que o juiz presumivelmente não possui.<sup>137</sup>

Certas regras são rígidas.<sup>138</sup> As partes, bem como certas pessoas, também, são suspeitas e alguns são até expressamente impedidos de depor.<sup>139</sup> Quanto às partes, Bautista explica:

Testemunha é para nós a pessoa alheia às partes que declara em juízo sobre fatos relacionados com a controvérsia, conhecidos por ela diretamente através de seus sentidos. Desde o Direito Romano se aceitou o princípio segundo o qual: *nemo debet esse testis in propria causa*.<sup>140</sup>

Enquanto as regras de impedimento são um tanto desenvolvidas e técnicas no direito romano-germânico, as mesmas são praticamente inexistentes no sistema anglo-americano, salvo quando o depoente decidir que não deve prestar depoimento, como vê-se-á no próximo ponto.

## 2.5.2 As Provas no Processo Civil no Sistema Anglo-Americano

Os métodos usados para a produção e admissão de provas no sistema anglo-americano diferem radicalmente daqueles usados no sistema romano-germânico. As diferenças mais significativas encontram-se no âmbito da produção de documentos e das normas de admissão destes.

O processo civil no direito anglo-americano começa a partir da protocolização do processo junto ao tribunal. O autor, ao protocolizar a ação, recebe uma copia carimbada da petição inicial para efetuar a citação do réu, que ao contrário do processo civil do sistema

<sup>135</sup> Veja-se a discussão aprofundada da matéria em Galdi, 1876, p. 551-584.

<sup>136</sup> Wambier; Almeida; Talamini, 1998, p. 501.

<sup>137</sup> Santos, E. F., 1997, p. 478.

<sup>138</sup> Porém em certos aspectos as regras são bastante flexíveis. Por exemplo, na Suécia, a ordem da inquirição das testemunhas é facultada ao juiz, mesmo que na maioria das vezes a parte sob a qual o ônus da prova recai inquirirá sua testemunha primeiro (veja-se Ginsburg; Bruzelius, 1965, p. 287). Esta discricção seria completamente inaceitável na concepção de um advogado treinado na *common law*. Veja-se, ainda, parágrafo 63 das UNCITRAL *Notes on Organizing Arbitral Proceedings*, 1996; "**Notas de Organização da UNCITRAL**").

<sup>139</sup> Veja-se, por exemplo, Galdi, 1876, p. 498. Porém este impedimento não é absoluto (veja-se Wambier; Almeida; Talamini, 1998, p. 524).

<sup>140</sup> Bautista, 1965, p. 95. São impedidas como *partes*, segundo Bautista, o autor e o réu (partes no sentido material), representantes legais ou voluntários do réu e do autor (partes no sentido formal) e os advogados patronos desses (Bautista, 1965, p. 95).

romano-germânico, o réu é citado por qualquer pessoa. O réu, então, tem um período para protocolizar sua resposta. Como o autor, o réu obtém uma cópia carimbada do tribunal e cita a parte (ou seu advogado, sendo uma regra de que a citação das partes com advogado constituído seja feita ao advogado. Após a resposta (com exceção dos casos de reconvenção), as peças iniciais são consideradas “fechadas” e só podem ser emendadas mediante petição à corte que pode determinar o pagamento de sucumbência em consequência da emenda. Quando são fechadas as peças iniciais deve-se começar a fase de produção de documentos.

É durante esta fase que provas relevantes ao processo são divulgadas à outra parte,<sup>141</sup> que é denominada *disclosure* ou *discovery*.<sup>142</sup> As nomenclaturas são equivalentes, sendo que a última é simplesmente uma versão mais moderna da primeira. O termo *disclosure* é usado nas jurisdições onde o sistema sofreu modificações relativamente recentes no seus sistemas de processo civil, como o estado de Queensland, na Austrália. O termo *discovery* ainda é usado, por exemplo nos Estados Unidos (veja-se capítulo V das *Federal Rules of Civil Procedure* (Estados Unidos) e no estado de New South Wales na Austrália (veja-se parte 23 das *Supreme Court Rules 1970* (NSW)). Doravante, seguindo a terminologia moderna, prefere-se o termo *disclosure*. A exposição das provas ocorre somente durante audiências interlocutórias e na fase de julgamento – as provas não são juntadas ao processo como ocorre no direito romano germânico.<sup>143</sup>

---

<sup>141</sup> Há outros processos de produção de provas, como pela de *subpoenas for production*, que se assemelham às regras, porém creio que o processo que mais peculiar do sistema anglo-americano para o advogado treinado no sistema romano-americano é sem dúvida a *disclosure*.

<sup>142</sup> Elsing; Townsend, 2002; Strenger, 1996, p. 159. Ao contrário do que ocorre no direito romano-germânico, onde a produção dos documentos depende de ordem do juiz (veja-se Ginsburg; Bruzelius, 1965, p. 263). Não há tradução exata da palavra "*discovery*", tanto que o artigo 23 da Convenção sobre a obtenção de provas no estrangeiro em matérias civis e comerciais de 18 de março de 1970 na sua versão em francês usa os termos "*pre-trial discovery*" no seu artigo 23 (veja-se também *British American Tobacco Australia Services Limited v Sharon Y Eubanks for the United States of America & Ors* [2004] NSWCA 158, parágrafo 24).

<sup>143</sup> Elsing, Townsend, 2002.

A importância do estudo da *disclosure* tendo em vista as arbitragens comerciais internacionais foi reconhecida por Cremades, que afirmou:

A vasta diferença entre as abordagens dos sistemas da *common law* e romano-germânico à *discovery* faz esta matéria uma excelente ilustração do risco de “choque cultural” na arbitragem.<sup>144</sup>

A *disclosure* é parte essencial do sistema anglo-americano, tendo uma função chave no desenvolvimento do processo. Em *Hickman v Taylor*<sup>145</sup> a Suprema Corte dos Estados Unidos considerou o uso da *disclosure* como essencial para a preparação das partes para a fase de julgamento<sup>146</sup> afirmando que a *disclosure* é uma ferramenta processual usada para diminuir o número de questões em disputa entre as partes, para encontrar os fatos relacionados, bem como para prover informações relativas a estas questões.<sup>147</sup> De acordo com esse instituto, as partes podem obter provas em posse de qualquer pessoa, seja ela parte no processo ou não.<sup>148</sup>

Os princípios que norteiam a *disclosure* nos Estados Unidos são:

- a revelação total dos documentos;
- a igualdade de informação entre as partes; e
- a surpresa das partes durante a fase de instrução oral da causa ou em audiências.<sup>149</sup>

Comparado com o procedimento do sistema romano-germânico, sob a ótica do direito romano-germânico o processo civil do sistema anglo-americano parece invadir a privacidade

---

<sup>144</sup> "International arbitral procedure and practice has evolved by adapting and harmonizing elements of common law and civil law traditions. It has a substantial body of its own doctrine, particularly with respect to the sophisticated interaction between the substantive law, the applicable institutional rules, the law of the seat of the arbitration, conflict of law rules, and public policy. [...] The wide difference between the common law and civil law approaches to discovery makes this subject an excellent illustration of the risk of 'cultural clash' in arbitration": Cremades, 2002, p. 77. Veja-se também, sobre as diferenças culturais: Garro, 2002, p. 14-15. E a análise profunda da matéria por Mecarelli, 2001. Este "choque cultural" é mais exacerbado entre a *disclosure* como ela é usada no direito americano. Alguns autores argumentam que os conflitos sobre a questão tem de um lado os Estados Unidos e do outro todas os outros países (veja-se *British American Tobacco Australia Services Limited v Sharon Y Eubanks for the United States of America & Ors* [2004] NSWCA 158).

<sup>145</sup> 395 U.S. 495 (1947).

<sup>146</sup> Traduz-se aqui "trial" como "fase de julgamento", dado que o mesmo une elementos da fase de instrução com a fase de conhecimento do processo civil romano-germânico.

<sup>147</sup> *Hickman v Taylor* 395 U.S. 495 (1947).

<sup>148</sup> Cremades, 2002. Cabe lembrar que alguns sistemas regidos pelo sistema romano-germânico também exigem certas obrigações na produção de documentos. Por exemplo, na Suécia o *Rättegångsbalk* na Suécia rege que "anyone in possession of a document that may be assumed to be of importance as proof is obliged to produce the document" (Gingsburg; Bruzelius, 1965, p. 293).

<sup>149</sup> Veja-se, por exemplo, Cremades, 2002.

das partes.<sup>150</sup> Provavelmente o fato mais surpreendente para os juristas treinados no sistema romano-germânico sobre a *disclosure* seja a possibilidade das partes localizadas fora dos Estados Unidos obter provas, tanto testemunhais como documentais, que estejam em posse de qualquer pessoa (física ou jurídica).<sup>151</sup> Certos tribunais recursais americanos estendem a abrangência desta petição para:

- ações que ainda não foram distribuídas no estrangeiro;<sup>152</sup>
- a obtenção de documentos fora dos Estados Unidos;<sup>153</sup> ou
- locais onde a ação correrá e não existe reciprocidade.<sup>154</sup>

Mesmo que não limitado somente aos tribunais,<sup>155</sup> curiosamente, o instituto da *disclosure* por partes domiciliadas fora dos Estados Unidos não está disponível como procedimento para as partes em arbitragens já iniciadas, ou a serem iniciadas, por via arbitral.<sup>156</sup>

Ao contrário do que prevalece nas jurisdições de direito romano-germânico, nas quais "virtualmente todo tipo de documentos, declarações e ocorrências" podem ser usadas como provas do processo,<sup>157</sup> as jurisdições de direito anglo-americano têm regras estritas sobre a admissão de provas ao processo (*evidence law*).

---

<sup>150</sup> Reymond, 1989.

<sup>151</sup> Artigo 1782 da *Federal Rules of Civil Procedure* 28 USC (Estados Unidos).

<sup>152</sup> Mas a distribuição da ação tem de ser "iminente – muito provável de ocorrer e desde logo ocorrerá para que os requisitos da lei sejam satisfeitos": *In re Euromepa*, 154 F.3d 24, 29 (2d Cir. 1998).

<sup>153</sup> *United Technologies International, Inc. v Malev Hungarian Airlines*, 964 F. 2d 97 (2<sup>nd</sup> Cir. 1993); *In re Bayer AG*, 146 F. 3d 188 (3<sup>rd</sup> Cir. 1998).

<sup>154</sup> *In re Application of Aldunate*, 3 F. 3d 54 (2<sup>nd</sup> Cir. 1993); *In re Letter of Request from Amtsgericht Ingolstadt*, 82 F. 3d 590 (4<sup>th</sup> Cir. 1996); *In re Application of Gianoli*, 3 F. 3d 54 (2<sup>nd</sup> Cir. 1993); *In re Letter Rogatory from the First Court of First Instance in Civil Matters, Caracas, Venezuela, in the Matter of Electronic Data Systems Corporation*, 42 F. 3d 308 (5<sup>th</sup> Cir. 1995).

<sup>155</sup> Por exemplo, em *Advanced Micro Devices, Inc. v Intel Corporation*, 292 F. 3d 664 (9<sup>th</sup> Cir. 2002) a Comissão das Comunidades Européias obteve mandado de *discovery* da Corte Federal do Nono Circuito mesmo não sendo um órgão "quase-judicial".

<sup>156</sup> *National Broadcasting Company, Inc. v Bear Stearns & Co., Inc.*, 165 F. 3d 184 (2<sup>nd</sup> Cir. 1999) (decidindo sobre arbitragem sob os auspícios da ICC).

<sup>157</sup> Por exemplo, no contexto sueco, veja-se Brocker, (sem data), p. 21 No contexto brasileiro veja-se artigo 132 do Código de Processo Civil (Brasil) e artigo 22 da Lei de Arbitragem.

No campo da *evidence law*, estão incluídas normas sobre a admissibilidade devido a irrelevância da prova (as provas têm de ser relevantes aos fatos em questão),<sup>158</sup> a prova não ser a melhor prova para provar o fato,<sup>159</sup> a forma de inquirir usada pelo advogado para obter a resposta do depoente,<sup>160</sup> o uso de afirmações feitas fora do tribunal contrárias àquelas feitas durante o depoimento,<sup>161</sup> as provas usadas para tirar a credibilidade do depoente,<sup>162</sup> as provas sobre o comportamento passado,<sup>163</sup> citando somente os principais. A regra mais importante no processo de admissão de provas no sistema anglo-americano é provavelmente a norma de não-admissão no caso de *hearsay*.

A *rule against hearsay* é norma de difícil compreensão. Rege que ninguém poderá depor sobre o fato que ter considerado *hearsay*. A jurisprudência define *hearsay* como toda afirmação intencional (oral, escrita, gestos, conduta ou qualquer ação) de outrem, feita fora da corte, usada para provar a veracidade do seu conteúdo.<sup>164</sup> Se tal afirmação for usada para provar algo diferente do que foi afirmado, seu conteúdo não será considerado *hearsay* e será admitida como prova.<sup>165</sup>

Um exemplo clássico da aplicação dessa norma é a decisão em *Woodhouse v Hall*.<sup>166</sup> A questão perante a corte era se o negócio gerenciado pelo réu era um bordel ou não. Um policial prestou depoimento alegando que uma mulher lhe ofereceu a prestação de serviços de natureza sexual no estabelecimento. A corte decidiu que as afirmações da mulher relatadas ao policial não poderiam ser considerados *hearsay*, pois a prova não estava sendo utilizada para

<sup>158</sup> *Hart v Lancashire and Yorkshire Railway* (1869) 21 LT 261; *DPP v Kilbourne* (1973) AC 729.

<sup>159</sup> *Best evidence rule* (veja-se, por exemplo, *Omychund v Barker* (1745) 1 AtK 21); a regra hoje está cada vez sendo mais restringida (veja-se, por exemplo, *Garton v Hunter* (1969) 2 QB 37); artigo 1001 das *Federal Rules of Evidence* (Estados Unidos).

<sup>160</sup> *Leading question*. Veja-se também a *rule in Brown v Dunn* (veja-se *Browne v Dunn* (1893) 6 R 67).

<sup>161</sup> *Prior inconsistent statements* (veja-se, por exemplo, *R v O'Neill* (1969) Crim LR 260).

<sup>162</sup> *Thomas v David* (1836) 7 Crp 350; sobre os limites por razão da "colateralidade" da prova, veja-se *Attorney General v Hitchcock* (1847) 1 Exch 91.

<sup>163</sup> *Similar fact evidence*. A admissibilidade da prova dependerá do valor probativo da prova (veja-se, por exemplo, *Mood Music Publishing Co Ltd v D C Wolf Ltd* (1976) CL 119).

<sup>164</sup> Veja-se, por exemplo, *R v Gibson* [1887] 18 QBD 539; *Woodhouse v Hall* (1980) 72 Cr App R 39.

<sup>165</sup> *Subramaniam v Public Prosecutor* [1956] 1 WLR 965.

<sup>166</sup> (1981) 72 Cr App R 39.

provar que a mulher ofereceu serviços ao policial, mas sim que o estabelecimento era um bordel.

Há várias exceções da *rule against hearsay*, entre elas: documentos ordinariamente preparados na administração de um negócio,<sup>167</sup> informações produzidas por equipamentos sem a interferência de humanos,<sup>168</sup> afirmações feitas contra o interesse da parte depoente,<sup>169</sup> confissões<sup>170</sup> e provas periciais.<sup>171</sup>

Ao contrário do que ocorre no sistema romano-germânico, o depoimento oral é entendido como mais importante do que a prova documental. A inquirição oral do depoente pela parte oposta (*cross-examination*) é considerada como a "essência" da fase de julgamento.<sup>172</sup> As duas principais vantagens do depoimento oral, na ótica do direito anglo-americano, são a possibilidade de observação do comportamento da testemunha (suas reações não-verbais às perguntas feitas pelo advogado), e a tendência da testemunha de falar a verdade para preservar a integridade do processo legal, bem como o medo da sanção criminal por perjúrio.<sup>173</sup>

Ainda não existe impedimento de partes, testemunhas ou peritos por razão de parentesco ou interesse pessoal.<sup>174</sup>

---

<sup>167</sup> *Business records exception* (veja-se, por exemplo, *R v Patel* [1981] 3 All ER 94); veja-se também artigo 804 das *Federal Rules of Evidence* (Estados Unidos).

<sup>168</sup> *R v Minors* [1989] 1 WLR 441.

<sup>169</sup> *Higham v Ridgeway* (1808) 10 East 109; veja-se também artigo 803 das *Federal Rules of Evidence* (Estados Unidos).

<sup>170</sup> Artigo 1 do *Civil Evidence Act 1995* (Inglaterra); artigo 804 das *Federal Rules of Evidence* (Estados Unidos).

<sup>171</sup> *Folkes v Chadd* (1782) 3 Doug KB 157; artigo 1 do *Civil Evidence Act 1995* (Inglaterra); artigo 702 das *Federal Rules of Evidence* (Estados Unidos).

<sup>172</sup> Tallerico; Behrendt, 2003. Veja-se também Galdi, 1876, p. 497.

<sup>173</sup> Tallerico; Behrendt, 2003. Porém esta não é unanimemente aceita (veja-se Langbein, 1985, p. 833).

<sup>174</sup> Veja-se, por exemplo, Cross, 1991.

### 3. O PROCEDIMENTO ARBITRAL NA ATUALIDADE

---

A arbitragem é por alguns considerada como o meio "mais complexo e certamente o mais efetivo para a solução de conflitos de natureza privada que possam ser objeto de disposição pelas partes mediante convenção privada".<sup>175</sup> É semelhante ao judiciário em alguns aspectos, como quanto à exigência da apresentação de provas e a necessidade de apresentação de argumentos perante um terceiro<sup>176</sup> imparcial,<sup>177</sup> porém difere em outros como quanto à flexibilidade de procedimentos e o sigilo.<sup>178</sup> Mattli, sucintamente define arbitragem como um método "não-judicial, de resolução de disputas baseado em um acordo expresso entre as partes envolvidas na transação de cunho obrigacional e privado".<sup>179</sup>

A Lei Modelo da UNCITRAL<sup>180</sup> também rege expressamente que o termo "comercial" deve receber:

[U]ma interpretação ampla, de modo a cobrir questões advindas de todas as relações de natureza comercial, sejam elas de natureza contratual ou não. Relações de natureza comercial incluem as, mas não estão limitadas pelas, seguintes transações: qualquer negócio de fornecimento ou intercâmbio de mercadorias ou serviços; contratos de distribuição; representação comercial ou agência; *factoring*; *leasing*; construção de obras; consultoria; engenharia; licenciamento; investimento; financiamento; atividades bancárias; seguros; acordos de exploração e concessão; *joint ventures* e outras formas de cooperação industrial ou de negócios; transporte de mercadorias ou passageiros por via aérea, marítima, ferroviária ou rodoviária.<sup>181</sup>

---

<sup>175</sup> Garcez, 1997, p. 1. Em 1925, Hoijer já ensinava "*L'arbitrage a pour caractéristique d'être l'application d'un mode judiciaire aux litiges internationaux. Moins souple que la médiation, puisqu'il n'es pas une transaction mais un jugement moins large puisqu'il ne peut trancher que les conflits susceptibles d'être formulés juridiquement, il rachète les inconvénients par la précision toute juridique avec laquelle il fonctionne*" (Hoijer, 1924, p. 105).

<sup>176</sup> Levin, 1997, p. 105.

<sup>177</sup> Veja-se, por exemplo, artigo 1(a) do *Arbitration Act 1996* (Inglaterra).

<sup>178</sup> Mattli, 2001.

<sup>179</sup> Nas exatas palavras de Mattli, devido à dificuldade na tradução literal: "Arbitration is a binding, nonjudicial, and private means of settling disputes based on an explicit agreement by the parties involved in a transaction" (Mattli, 2001, p. 920).

<sup>180</sup> Lei Modelo da UNCITRAL sobre as Arbitragens Comerciais Internacionais 1985 ("**Lei Modelo**").

<sup>181</sup> Definição esta estranhamente colocada na nota de rodapé do artigo 1 da Lei Modelo.

De acordo com o artigo 1.3 da Lei Modelo, a arbitragem é considerada "internacional" se:

- "(a) as partes numa convenção de arbitragem tiverem, no momento da conclusão desta convenção, os seus estabelecimentos em Estados diferentes; ou
- (b) um dos lugares a seguir referidos estiver situado fora do Estado no qual as partes têm os seus estabelecimentos:
  - (i) o local da arbitragem, se especificado na convenção arbitral ou que possa ser determinado nesta;
  - (ii) qualquer local onde uma parte substancial das obrigações resultantes do relacionamento comercial das partes será executada ou o local com a qual o objeto do litígio se encontre mais estritamente conexo; ou
- (c) as partes expressamente convencionaram que o objeto da convenção tem conexão com mais de um país."<sup>182</sup>

Em suma, a arbitragem comercial internacional é um processo de resolução de disputas, em que a lide é adjudicada por um terceiro imparcial não-membro do poder judiciário, sobre um conflito no âmbito do comércio com conexão com mais de um Estado.

### 3.1. O Procedimento nas Arbitragens Comerciais Internacionais

Talvez por consequência do termo *procedure* em inglês signifique tanto "procedimento" como "processo", a doutrina tratando da questão do uso do termo "processo" ou "procedimento" nas arbitragens, principalmente àquela de autores oriundos de jurisdições de direito anglo-americano, é escassa.

Os autores que lidam com a matéria discutem se há diferença entre o processo arbitral e o procedimento arbitral. Em uma breve análise,<sup>183</sup> Pucci defende que o termo *processo* deve

---

<sup>182</sup> Há várias outras definições de arbitragem internacional: veja-se, por exemplo, Strenger, 1998, p. 32 e Lee, 2002.

<sup>183</sup> Esboçada em uma nota de rodapé.

ser utilizado, considerando que o "[p]rocedimento serve para "definir os distintos passos ou etapas que formam o [p]rocesso."<sup>184</sup> Defende Pucci que:

Em razão [...] que na arbitragem se exerce jurisdição, que o Estado delega aos árbitros seu poder jurisdicional, tanto que garante o adimplemento dos laudos arbitrais mediante os processos de execução dos laudos, [definimos] as arbitragem como [p]rocesso [a]rbitral.<sup>185</sup>

Santos, não difere no uso dos termos, sustentando que:

As partes [podem] estabelecer na convenção arbitral os prazos, atos processuais a serem praticados, as provas a serem produzidas, enfim todos os elementos que, encadeados, permitam ao árbitro proferir uma decisão de mérito sobre o litígio.[...]Também podem determinar que o procedimento arbitral seja regido pelas normas processuais de um determinado ordenamento jurídico ou pelas normas procedimentais estabelecidas por um órgão institucional de Arbitragem, criando, se assim desejarem, ressalvas.<sup>186</sup>

Por fim, Figueira Jr. refere-se primeiramente ao "processo" arbitral, afirmando que o "procedimento" começa a partir do momento em que os árbitros são instaurados.<sup>187</sup>

Esta dificuldade foi percebida pelo parlamento britânico. A *Arbitration Act 1996* faculta ao tribunal arbitral as "questões de processo e provas".<sup>188</sup> A lei define, em sentido *lato*, a expressão "questões de processo e provas", estabelecendo que esta inclui:<sup>189</sup>

- o local, data e horário qualquer parte do ação correrá;
- a(s) língua(s) a serem usadas no processo, bem como a tradução dos documentos a serem juntados ao processo;
- quando, e se, as petições e respostas devem ser utilizadas e protocolizadas;

<sup>184</sup> Pucci, 1997, p. 117, nota 2.

<sup>185</sup> Pucci, 1997, p. 118, continuação da nota 2 da p. 117.

<sup>186</sup> Santos, R. S. S., 1997, p. 157; no mesmo sentido veja-se também Mehren; Salomon, que ensinam ("[a]bsent a specific agreement between the parties, the arbitrators are usually free to establish, among other things, practical details concerning written submissions and evidence (number of copies, numbering of items of evidence, references to documents), time limits for submission of documentary, consequences of late submission, whether ascertations about the origin and receipt of documents and the correctness of photocopies are assumed to be accurate, how to respond to a request of a party that the other party produce documentary evidence, arrangements if physical evidence is submitted and if an on-site inspection is necessary, the manner of taking evidence witness (sic), whether the parties may present expert opinions and/or whether to appoint experts, whether to hold hearings, the order in which the parties will present their arguments and the length of hearings").

<sup>187</sup> Figueira Jr., 1999, p. 207.

<sup>188</sup> "Procedural and evidential matters" (artigo 34(1) da *Arbitration Act 1986*).

<sup>189</sup> "Procedural and evidential matters" (artigo 34(2) da *Arbitration Act 1986*).

- até que ponto as petições e respostas podem ser modificadas;
- quais, e se, documentos ou classes de documentos devem ser fornecidos para a outra parte<sup>190</sup> e em que fase do procedimento arbitral isto deve ocorrer;
- quais, e se, questões devem ser feitas e respondidas pelas partes, bem como quando, e de que forma, isto deve ser feito;
- se as "normas de prova"<sup>191</sup> ou quaisquer outras regras sobre a apreciação, relevância e peso de qualquer prova, seja ela oral, escrita ou de qualquer tipo, devem ser aplicadas sobre as provas a serem juntadas ao procedimento arbitral, para provar fatos ou questões periciais,<sup>192</sup> bem como quando, e de que forma, tais provas devem ser fornecidas de uma parte à outra e ao tribunal arbitral;
- se, e até que ponto, o tribunal arbitral pode obter provas de ofício e interpretar leis;
- se, e até que ponto, as provas devem ser apresentadas ao tribunal de forma oral ou escrita.

Considera-se que os procedimentos usados na arbitragem envolvem tanto elementos de cunho processual como procedimental, porém, são de cunho procedimental na sua maioria. Entretanto, dado que o uso do termo "procedimento" prevalece na doutrina e que o termo processo deve ser visto como hierarquicamente superior ao termo procedimento, julga-se mais apropriado se referir a "procedimento arbitral". Doravante, prossegue-se, assim, usando o termo "procedimento" arbitral.

---

<sup>190</sup> Isto é, a *disclosure*.

<sup>191</sup> "*Rules of evidence*" que são as normas que fazem parte do direito material, cujo campo chama-se *Evidence Law* Artigo 34(2)(f) da *Arbitration Act 1986* (Inglaterra).

<sup>192</sup> "*Any matters of fact or opinion*": artigo 34(2)(f) da *Arbitration Act 1986*. No artigo, "*opinion*" se refere a "*opinion evidence*", que tem o sentido de "prova pericial".

### 3.1.1 As fases do Procedimento Arbitral

Tanto na arbitragem, como no judiciário, não é possível "se reduzir a uma série de atos de procedimentos que acabam numa decisão".<sup>193</sup> Porém, ao contrário do judiciário, considera Strenger: "[A] instância arbitral comporta aspectos particulares, devidos à sua origem convencional; estes não se manifestam somente pela escolha das partes, mas, também pela liberdade, conferida aos árbitros, de não aplicar estritamente as regras de procedimento estabelecidas pelos tribunais".<sup>194</sup>

Na questão sobre as regras que regem a arbitragem, Cremades há dito que:

A arbitragem internacional tem suas próprias regras e cada parte deve apresentar seu caso e procurar sua proteção (e vantagem) dentro dessas regras. Enquanto advogados são criaturas de hábito e algumas vezes teimosamente aderem a processos familiares, eles não devem prejudicar o seu cliente conduzindo a arbitragem como se fosse uma ação doméstica.<sup>195</sup>

Figueira Jr., em análise à legislação brasileira,<sup>196</sup> afirma que a formulação do procedimento a ser utilizado em arbitragens segue a seguinte lógica:

a) as partes definem o rito procedimental na convenção de arbitragem; b) o procedimento [é] definido pelo órgão arbitral institucional ou entidade especializada ou pelo árbitro ou tribunal arbitral, conforme indicação das partes na convenção arbitral; c) não havendo estipulação acerca do procedimento, caberá ao árbitro ou colégio arbitral discipliná-lo.<sup>197</sup>

Ainda ensina Figueira Jr. que o procedimento arbitral apresenta "fases básicas bem definidas: fase postulatória; fase ordinatória; fase instrutória e [...] fase decisória".<sup>198</sup>

Rechsteiner, por outro lado, divide as fases do somente em três: postulatória, probatória e decisória.<sup>199</sup>

<sup>193</sup> Strenger, 1996, p. 145.

<sup>194</sup> Strenger, 1996, p. 145.

<sup>195</sup> Cremades, 2002, p. 77. Veja-se também Goulene; Racine, que sustentam que os grandes escritórios americanos usam de vantagens e técnicas oriundas de seu sistema doméstico sobre as arbitragens internacionais, inclusive o uso de *disclosure*, para ganhar as arbitragens para seus clientes (Goulene, Racine, 1997, p. 120-122).

<sup>196</sup> Lei de Arbitragem (Brasil).

<sup>197</sup> Figueira Jr., 1999, p. 208.

<sup>198</sup> Figueira Jr., 1999, p. 209.

<sup>199</sup> Rechsteiner, 1997, p. 82.

Na interpretação de Figueira Jr. na primeira fase as partes apresentam ao tribunal "seus requerimentos fulcrados em relações fáticas ou jurídicas de direitos de civil ou comercial (sempre de natureza patrimonial disponível), violadas ou ameaçadas, formadas no plano nacional ou internacional",<sup>200</sup> formulando o pedido. Segue, então, uma audiência preliminar de conciliação que, sustenta Figueira Jr., é "fundamental".<sup>201</sup>

A relação processual entre as partes é considerada iniciada com a nomeação do(s) árbitro(s).<sup>202</sup> A partir deste momento, os atos previamente definidos pelas partes ou câmara arbitral regerão a arbitragem.<sup>203</sup> São estes atos que "destinam a construir, adquirir, resguardar ou modificar direitos ou deveres processuais"<sup>204</sup> e que são praticados pelos entes que integram "a relação jurídica processual arbitral".<sup>205</sup>

Como visto alhures, as diferenças entre as fases processuais e usos das provas no processo civil anglo-americano e o processo civil romano-germânico são profundas.<sup>206</sup> Os atores do sistema romano-germânico têm uma percepção diferente daqueles atores do sistema anglo-americano,<sup>207</sup> deixando um vasto espaço para desentendimentos,<sup>208</sup> já que é natural que os participantes dos respectivos sistemas jurídicos (árbitros, peritos, partes e advogados) carreguem consigo estas diferenças nas arbitragens internacionais.<sup>209</sup> Esses desentendimentos se tornam mais específicos no contexto do procedimento a ser aplicado pelo tribunal arbitral no que tange à produção e admissão das provas, como será analisado a seguir.

---

<sup>200</sup> Figueira Jr., 1999, p. 209.

<sup>201</sup> Figueira Jr., 1999, p. 209. É no mínimo questionável tal afirmação, já que as partes claramente podem escolher as regras das câmaras que julgarem apropriadas e normalmente as regras facultam ao árbitro o procedimento a ser seguido.

<sup>202</sup> Figueira Jr., 1999, p. 211.

<sup>203</sup> Figueira Jr., 1999, p. 211.

<sup>204</sup> Figueira Jr., 1999, p. 211.

<sup>205</sup> Figueira Jr., 1999, p. 211.

<sup>206</sup> Elsing; Townsend, 2002.

<sup>207</sup> Elsing; Townsend, 2002.

<sup>208</sup> "The assumptions of an American attorney and a European lawyer regarding disclosure of documents are so radically different, that the opportunities for misunderstanding are substantial" (Cremades, 2002, p. 74).

<sup>209</sup> Veja-se Cremades, 2002. Sobre a diferença da função do perito nos dois sistemas, veja-se Strenger, 1996b, p. 166-167.

### 3.1.2 Quanto às Provas

No que se refere à produção das provas nas arbitragens, argumentam Gonzalez, et al.:

A disponibilidade e meios de *discovery* e a disponibilidade e uso de testemunhas e [peritos e assistentes] estão tipicamente entre as questões mais importantes a serem especificadas na cláusula compromissória pelas partes americanas. *Discovery* não é um instituto comum nas leis de processo latino-americanas e as regras institucionais normalmente propiciam uma limitada *discovery*. Da mesma maneira, a importância das provas testemunhais na América Latina e de acordo com as regras institucionais é normalmente uma fração do que é nos EUA. Destarte, dependendo dos tipos de disputas que mais provavelmente surgirão dos contratos, as partes americanas fazendo operações na América Latina devem decidir se eles querem incluir regras de *discovery* e provas testemunhais na cláusula compromissória.<sup>210</sup>

É comum que em arbitragens comerciais internacionais elementos de ambos os sistemas sejam utilizados,<sup>211</sup> o que possibilita que acordos sejam feitos entre as partes em litígio sobre questões processuais.<sup>212</sup> Isso ocorre principalmente quando cada uma das partes provém de um sistema de tradição jurídica distinta.<sup>213</sup> Nestes casos, um sistema híbrido é utilizado, combinando as ferramentas de obtenção de provas comuns no direito romano-germânico, com uma fase de *disclosure* restrita; isto é, não tão abrangente como a *disclosure* conforme utilizada nos Estados Unidos.<sup>214</sup>

Mesmo que a maioria das partes escolham as regras de uma câmara arbitral,<sup>215</sup> esta escolha não resolve automaticamente as questões procedimentais a serem utilizadas na arbitragem. As principais câmaras arbitrais do mundo carecem de regras mais específicas e nem mesmo estabelecem quaisquer parâmetros definindo o critério para a produção de

<sup>210</sup> Gonzalez et al., 2003, p. 33.

<sup>211</sup> Porém é plausível que as partes escolham as leis processuais de uma jurisdição (veja-se Kaufmann-Kohler, 2003, p. 1313; Rechsteiner, 1997, p. 78 - que afirma que isto somente ocorre raramente. No direito inglês, veja-se *Channell Tunnel Group Ltd v Balfour Beatty Construction Ltd* [1993] AC 334; *James v Miller & Partners v Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd* [1970] AC 583. Veja-se também Pryles, 1997, p. 267.

<sup>212</sup> Elsing; Townsend, 2002; Smit, 1991.

<sup>213</sup> Cremades, 2002.

<sup>214</sup> Smit, 1991.

<sup>215</sup> Rechsteiner, 1997, p. 79. Veja-se também Santos, R. S. S., 1997, p. 158 (sustentando que as complexidades das várias regras de procedimento e direito material aplicável levam as partes a adotarem regras de procedimento estabelecidas por órgãos institucionais).

provas.<sup>216</sup> Todavia, as regras foram elaboradas com o intuito de serem aceitas em todas as jurisdições.<sup>217</sup> A experiência nas arbitragens comerciais internacionais demonstra que a *American-style disclosure*, pelo menos no que se refere a depoimentos antes da fase de instrução, não é comumente permitida,<sup>218</sup> salvo quando acordada entre as partes.

Brocker sustenta que um comprometimento é necessário:

Numa arbitragem internacional entre partes [provenientes de jurisdições regidas pelo] sistema romano-germânico e pelo sistema anglo-americano, há uma necessidade a construção em contraste entre o acesso restritivo e extensivo à *discovery* e a prática de tribunais arbitrais internacionais que é – e deve ser – procurar **um compromisso entre várias técnicas**.<sup>219</sup> (Grifou-se).

As regras das mais tradicionais e renomadas câmaras de arbitragem facultam ao tribunal a produção de documentos relevantes à causa quando em posse de uma das partes, mesmo que tal documento seja desfavorável à mesma.<sup>220</sup> A experiência demonstra que é frequente o uso de petições de produção de documentos ao tribunal arbitral.<sup>221</sup>

---

<sup>216</sup> "Most international arbitration rules contain general provisions on the submission of evidence and how the arbitral tribunal may establish the facts of the case. The rules, however, focus primarily on the broad discretion of the arbitration proceedings and do not establish clear guidelines for the presentation of evidence". (Mehren; Salomon, 2003). Veja-se, também, por exemplo, artigos 15-22 das Regras da *American Arbitration Association*; artigos 20-21 das Regras da CCI; artigos 33-37 das Regras do ICSID; artigos 19-22 das Regras de Arbitragem da *London Court of International Arbitration*; artigo 14 das Regras de Arbitragem do Centro Internacional Arbitral da Câmara Federal Econômica Austríaca em Viena; artigo 48 do Regulamento de Arbitragem da OMPI; artigo 16 do *Belgian Centre for Arbitration and Mediation*; artigo 38 da *China International Economic and Trade Arbitration Commission*; artigo 24 do Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration; artigos 15 e 19 das Regras do *Danish Institute of Arbitration (Copenhagen Arbitration)*; artigo 27 das Regras da *Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V.*; artigo 35 das *Rules of Proceedings of the Court of Arbitration attached to the Hungarian Chamber of Commerce and Industry*; artigo 28 das Regras de Arbitragem Internacional da *Milan Chamber of Commerce*. Porém, veja-se o artigo 26 das Regras do *Arbitration Institute da Stockholm Chamber of Commerce*, que apresenta regras sobre o que os árbitros podem obrigar as partes a fazer – contudo não menciona a possibilidade de obrigar as partes de produzir os documentos o que, em tese, facultaria aos árbitros a aplicação da lei processual que rege o litígio). Veja-se também o artigo 22.2 das Regras da *Venice Court of National and International Arbitration*, que não determina se o tribunal arbitral pode, ou não, ordenar a produção de provas.

<sup>217</sup> Tendo estas regras sido "cuidadosamente elaboradas [...] com base em experiências práticas e lições aprendidas, revistas de forma assegurar o melhor funcionamento do procedimento" (Pinto, 2003, p. 2). Veja-se também Santos, 1997, p. 158.

<sup>218</sup> Cremades, 2002.

<sup>219</sup> Brocker, s.d., p. 24.

<sup>220</sup> Veja-se, por exemplo, artigo 20(5) das Regras de Arbitragem da Câmara Internacional de Comércio (CCI) de 1988; artigo 24(3) das Regras de Arbitragem da UNCITRAL; article 22.1(c)(e) das Regras da *London Court of International Arbitration*.

<sup>221</sup> Mehren; Salomon, 2003.

As Notas Explicativas da Lei Modelo,<sup>222</sup> mesmo não sendo uma interpretação oficial das regras,<sup>223</sup> auxiliam na interpretação das normas positivadas na Lei Modelo. Determinam que o "direito fundamental das partes serem ouvidas ou fazer valer seus direitos"<sup>224</sup> é relacionado com as provas apresentadas pelo perito nomeado pelo tribunal e explana que "depois da apresentação do seu ditame escrito ou oral, [o perito] deverá participar de uma audiência em que as partes terão a oportunidade de fazer perguntas e de apresentar peritos para que informem sobre os pontos controversos, se uma das partes solicitar ou o tribunal arbitral o considerar necessário".<sup>225</sup>

As *cross-examinations* não são consideradas essenciais e é freqüente o uso de depoimentos escritos.<sup>226</sup> Peritos tendem a ser tanto nomeados pelo tribunal como pelas partes,<sup>227</sup> de maneira semelhante àquela no sistema romano-germânico.

Mesmo com certos procedimentos já sendo comumente utilizados na maioria das arbitragens comerciais internacionais, observa-se que não há presivibilidade de quais arbitragens, não serão aplicados estes procedimentos, nem mesmo quais são as fontes e critérios usados pelos árbitros na escolha destes procedimentos.

---

<sup>222</sup> *Explanatory Note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on International Commercial Arbitration, 1985 ("Notas Explicativas da Lei Modelo")*.

<sup>223</sup> Nota de rodapé das Notas Explicativas da Lei Modelo, 1985.

<sup>224</sup> Parágrafo 29, Notas Explicativas da Lei Modelo, 1985.

<sup>225</sup> Parágrafo 29, Notas Explicativas da Lei Modelo.

<sup>226</sup> Strenger, 1996b, p 161.

<sup>227</sup> Strenger, 1996b, p 161.

#### 4. A NECESSIDADE DE CLAREZA QUANTO AO PROCEDIMENTO

---

Alguns autores argumentam que a cláusula compromissória não deve ser demasiadamente "complexa e detalhada",<sup>228</sup> o que supostamente implicaria em uma simples escolha do direito aplicável junto com a escolha das regras de procedimento de uma câmara arbitral. Outros, todavia, reconhecem que a simplicidade de uma cláusula pode causar enormes dificuldades, como arbitragens tendo de ser adjudicadas pela justiça comum.<sup>229</sup> Na esfera da produção de provas, ensinam os doutrinadores que as partes devem dispor sobre a produção de documentos relacionados ao litígio, audiência de testemunhas e designação dos peritos,<sup>230</sup> já que a não-especificação de tais elementos pode ocasionar em longas demoras.<sup>231</sup>

##### 4.1. A Escolha Expressa pelas Partes

Um dos princípios uniformemente aceito na esfera do direito privado é o princípio da autonomia da vontade das partes.<sup>232</sup> A autonomia da vontade das partes é "a esfera de liberdade que o agente dispõe, no âmbito do direito privado, de reger-se por suas próprias leis".<sup>233</sup> Segundo este princípio, as partes nas arbitragens comerciais internacionais são livres

---

<sup>228</sup> Pinto, 2003, p. 6; Pucci, 1997, p.151. Goulene e Racine identificam os três "desvios" da arbitragem como sendo "(1) a crescente complicação do procedimento arbitral; (2) os desvios da arbitragem institucional; e enfim (3) a emergência de práticas de obstrução processual na arbitragem" (Goulene; Racine, 1997, p. 124).

<sup>229</sup> Gonzalez et al., 2003, p. 33; Lindsey, 2000; Pinto, 2003.

<sup>230</sup> Redfern; Hunter, 1996 (no contexto da preparação de um compromisso arbitral).

<sup>231</sup> Como na experiência de Redfern e Hunter, onde 18 meses se passaram do momento do acontecimento que gerou o litígio até que os procedimentos fossem estabelecidos (Strenger, 1996, p. 127-129).

<sup>232</sup> Santos, R. S. S., 1997, p. 157; Delgado, 2003; Kaufmann-Kohler, 2003, p. 1313; artigo VII da Convenção Européia sobre a Arbitragem Comercial Internacional de 1961; artigo 3 da Convenção Interamericana sobre Arbitragem Comercial Internacional. Para alguns exemplos da legislação nos países de direito romano-germânico, veja-se: artigo 2 da Lei de Arbitragem (Brasil) (veja-se também Barral, 2000, p. 18), artigo 582 do *Code de Procedure Civile et Commerciale* (Camarões), artigo 21 da Lei de Arbitragem (Coréia do Sul), artigo 17 da Lei de Arbitragem (Tailândia), artigo 1 da Lei de Arbitragem (Bahrein), artigo 1693 do *Code Judiciaire* (Bélgica), artigo 587 do Código de Processo Civil (Áustria), artigos 38 e 42 da *Ley de Arbitrage y Mediación* (Equador), artigo 1036 da Lei de Arbitragem (Países Baixos). Porém, a escolha das partes é submissa à *lex locus arbitri* em casos de conflito com uma lei imperativa do local da arbitragem (Garnett, 2003). Veja-se, por exemplo, artigo 6 do *Arbitration Act 1996* (Inglaterra).

<sup>233</sup> Paiva; Greggi, 2003, p. 215; Nas palavras de Venoza: "[u]m contrato válido e eficaz deve ser cumprido pelas partes: *pacta sunt servanda*" (Venoza, 2003, p. 376).

para escolher a lei (processual ou material)<sup>234</sup> que rege suas obrigações.<sup>235</sup> A aplicação deste princípio é considerada como a "grande vantagem do juízo arbitral, [já que] a livre escolha da lei aplicável à solução do conflito resolve, em muitos casos, o litígio"<sup>236</sup> e é a "fonte principal da arbitragem internacional".<sup>237</sup>

É comum que as partes em contratos envolvendo algum elemento inter-jurisdicional escolham um ordenamento jurídico específico para reger suas obrigações.<sup>238</sup> A lei material escolhida pelas partes na quase totalidade das vezes é aquela de um determinado país e/ou estado, porém tanto a maioria das leis quanto muitos doutrinadores consideram plausível a escolha de leis puramente transnacionais como a *lex mercatoria* ou Princípios da UNIDROIT.<sup>239</sup>

<sup>234</sup> Veja-se, por exemplo, o artigo 19 da Lei Modelo e os comentários de Strenger, 1996b, p. 160-161. Veja-se também, Santos, R. S. S., 1997, p. 156-161.

<sup>235</sup> O princípio da autonomia da vontade das partes, que é considerado "o primeiro e mais importante princípio de direito na arbitragem comercial": Strenger, 1996 b, p. 24 (entre muitos outros); para o entendimento nos Estados Unidos veja-se, por exemplo, *Gateway Technologies, Inc. v. MCI Telecommunications Corp.*, 64 F.3d 993, 996 (5th Cir. 1995) (é facultado às partes o poder de variar o *Federal Arbitration Act*). Entretanto, a possibilidade de escolha das leis, como vimos na jurisprudência inglesa não é ilimitada. Nos Estados Unidos, a Corte Federal de Apelações do Quinto Circuito recentemente indagou sobre a validade do uso de princípios bíblicos na arbitragem, porém sem decidir a questão: *Prescott v. Northlake Christian School, No. 03-30201* (5th Cir, 4 de maio de 2004), veja-se nota de rodapé 2. No caso brasileiro, veja-se Barral, 2000, p. 16.

<sup>236</sup> Furtado, 1998, p. 32.

<sup>237</sup> Strenger, 1996a, p. 94. Veja-se também o artigo 2 do Protocolo de Genebra de 1923 e o artigo V da Convenção sobre o Reconhecimento e a Execução das Sentenças Arbitrais Estrangeiras de Nova York, 1958. Porém, Paiva; Gregghi argumentam que o princípio "não se apresenta como uma norma de direito costumeiro internacional, pois depende sempre da *lex fori* de cada país que decide se admite ou não a autonomia das partes como elemento de conexão. É este direito que delimita os limites de sua aplicação [...]" (Paiva; Gregghi, 2003, p. 214). Veja-se também Strenger, 1996b, p. 171.

<sup>238</sup> Talpis, 2003; Gruson, 2003. É pacífico que as partes tenham o poder de determinar o direito aplicável ao seu contrato, porém há ressalvas quanto a isso no Brasil devido a interpretação da Lei de Introdução ao Código Civil (Brasil) (veja-se Rechsteinter, 1997, p. 87-88 e Oliveira, 2003, p. 365-368).

<sup>239</sup> Talpis, 2003. Ressalta-se, porém, que até a promulgação da *Arbitration Law 1996*, a *common law* inglesa não reconhecia que arbitragens fossem regidas por princípios não ligados à determinada jurisdição: *Bank Mellat v Helliniki Techniki SA* [1983] 3 All ER 428. Veja-se também comentários em Nottage, 2003, bem como a excelente análise de Leduc, que conclui que ainda não existe uma moderna *lex mercatoria* mas somente *principia mercatoria*, codificada nos Princípios da UNIDROIT (Leduc, 2001, p. 451). Porém, muitos argumentam que os Princípios da UNIDROIT "não estão confinados a algumas regras tão amplas em escopo que elas não adicionam nada aos termos do contrato, mas que, ao contrário, elas cobrem com especificidade a maioria das maiores questões de direito internacional contratual" (Gaillard; Savage, 1999, p. 820-821). Também podem as partes escolher princípios como *ex aequo et bono* ou *amiable compositeur*.

As cláusulas de escolha de lei, junto com as cláusulas de escolha de foro, ainda são usadas para a prevenção de *forum shopping*,<sup>240</sup> pois leis de certas jurisdições permitem que seus tribunais estabeleçam sua competência para decidir celeumas internacionais (mesmo com pouquíssimos elementos de conexão)<sup>241</sup> ou simplesmente ignoram as ações intentadas em tribunais estrangeiros.<sup>242</sup> Essas cláusulas são inseridas no contrato pelas partes, na grande maioria das vezes, com o intuito de evitar disputas processuais antes da fase de instrução sobre o direito que regerá a disputa contratual.<sup>243</sup>

Na opinião de Tieder Jr., as três decisões mais importantes que as partes devem tomar ao pactuar sobre a cláusula compromissória são:

- as regras de procedimento que serão aplicadas;
- a lei processual que será aplicada;
- a lei substantiva que será aplicada.<sup>244</sup>

Quanto à lei processual, Tieder Jr. considera que a decisão das partes deve avaliar a exeqüibilidade do laudo, a disponibilidade de bens para o pagamento do devido e a não-interferência dos tribunais das jurisdições envolvidos na questão.<sup>245</sup>

Nos dias hoje, as mais modernas legislações sobre a arbitragem quase que unanimemente facultam às partes a escolha do procedimento arbitral a ser seguido.<sup>246</sup> É assim na Lei Modelo<sup>247</sup> e em outros países que não seguem estritamente a Lei Modelo.<sup>248</sup>

---

<sup>240</sup> Ou por outras razões. Nas palavras de Delgado "[c]abe presumir que se as partes se puseram de acordo na eleição de um determinado ordenamento substantivo, é este o que melhor satisfaz seus interesses e, portanto, os árbitros deveriam pregar-se sem maiores reflexões ao desejo concretado no acordo arbitral" (Delgado, 2003, p. 295).

<sup>241</sup> O que é frequente nos países de direito anglo-americano (veja-se, por exemplo, artigo 302 das *Civil Practice Law and Rules* de Nova York, Estados Unidos).

<sup>242</sup> Por exemplo, veja-se artigo 90 do Código de Processo Civil (Brasil); artigo 3135 do Código Civil de Quebec; *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, (2002-12-06) SCC; veja-se também Talpis; Kath, 2000, expondo dura crítica a crescente aplicação de doutrinas da *common law* em Quebec, jurisdição de direito romano-germânico (porém vide Tetley, 2000, que defende que Quebec é uma jurisdição de direito misto).

<sup>243</sup> As cláusulas de escolha de foro são usadas para evitar "*being exposed to na unfamiliar legal system, as well as the costs and inconvenience of having to litigate at great distance from home*" (Garnett, 1998, p.1).

<sup>244</sup> Tieder Jr., 2003, p. 393.

<sup>245</sup> Tieder Jr., 2003, p. 393.

<sup>246</sup> Barral, 2000, p. 18 (referendo-se à Lei de Arbitragem (Brasil)); Etcheverry, 1998, p. 60. A determinação pelas partes do procedimento aplicável a lide nada mais é do que o reconhecimento de um dos fundamentais princípios

Strenger explica que:

A determinação do procedimento a seguir na arbitragem comercial internacional é governada pelo princípio direto que é a autonomia da vontade. Esse princípio é adotado não só pelos direitos nacionais, mas também pelas instituições e organismos da arbitragem internacional.<sup>249</sup>

Considera-se que a cláusula compromissória deve ser o mais detalhada possível. Pela manifestação expressa das partes quanto ao procedimento a ser utilizado, menos possibilidades de argumentos quanto ao uso da *disclosure* e da *cross examination*, possibilitado ao tribunal arbitral adjudicar as questões chave para a resolução da lide. Entretanto, o poder de escolha do procedimento não é ilimitado, como será visto a seguir.

#### 4.1.1 Os Limites do Direito de Escolha do Procedimento pelas Partes

O princípio da autonomia da vontade nas arbitragens não é absoluto e encontra limites que ainda foram pacificados.<sup>250</sup> O comentário oficial sobre o artigo 1.1 dos Princípios da UNIDROIT reconhece que as partes não estão totalmente livres para determinar o conteúdo do seu contrato e que este direito é limitado por princípios como "anti-truste, controle monetário ou de preços, leis impondo regimes especiais de responsabilidade civil ou

---

do comércio internacionais – o da autonomia da vontade das partes: veja-se, por exemplo, Lee, 2002; Rechsteiner, 1997, p. 78. Por razão do uso do termo "regras de direito" há certa ambigüidade neste sentido na legislação brasileira (art. 2º, §2º), mas nos parece que o melhor entendimento é que o termo tem o mesmo significado que *norma jurídica* (veja-se Furtado, 1998, p. 31-32 e 79).

<sup>247</sup> Doravante "**Lei Modelo**". Leis "baseadas" na Lei Modelo foram adotadas na Austrália, Azerbaijão, Bahrein, Belarus, Bermuda, Bulgária, Canadá, Croácia, Chipre, Egito, Alemanha, Grécia, Guatemala, Hong Kong, Hungria, Índia, Irã, Irlanda, Japão, Jordânia, Quênia, Lituânia, Macau, Madagascar, Malta, México, Nova Zelândia, Nigéria, Omã, Paraguai, Peru, Coréia do Sul, Rússia, Cingapura, Espanha, Sri Lanka, Tailândia, Tunísia, Ucrânia, Escócia; nos Estados Unidos: Califórnia, Connecticut, Illinois, Oregon e Texas; Zâmbia, e Zimbábue: (veja-se <<http://www.uncitral.org/en-index.htm>>, (acesso em 14 de abr. de 2004). Na América Latina, Garro sustenta que Colômbia, Panamá e Venezuela promulgaram leis de arbitragem modernas, porém não é tão aparente sua aderência à Lei Modelo, enquanto a Argentina, o Chile e o Uruguai mantém uma regulamentação mais tradicional das arbitragens comerciais (Garro, 2002, p 28). O Paraguai tem uma lei de arbitragem bastante flexível e moderna (Pucci, 1997).

<sup>248</sup> Veja-se, por exemplo, artigos 1.460 e 1.496 do *Nouveau Code de Procedure Civile* (França); artigo 741, 1 do *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación* (Argentina); artigo 21 da Lei de Arbitragem (Brasil) (veja-se Furtado, 1998, p. 79, 85-86); artigo 15º, 3 da Lei No. 31 de 29 de agosto de 1986 (Portugal); veja-se também Blase, 2003.

<sup>249</sup> Strenger, 1996, p. 94. Veja-se também Rechsteiner, 1997, p. 78.

<sup>250</sup> Delgado, 2003.

proibindo termos contratuais altamente injustos, etc.",<sup>251</sup> bem como outros princípios dos quais as partes não podem derrogar.<sup>252</sup>

Furtado menciona somente os dois limites expressamente mencionados na legislação brasileira: o bom costume e a ordem pública.<sup>253</sup> Argumenta que *bom costume* é a "observância geral, constante e uniforme de uma conduta pelos membros do grupo social",<sup>254</sup> sendo formado pelo *usus* (repetição de um procedimento; elemento objetivo) e pelo *opinio juris et necessitatis* (certeza de que a observância da norma consuetudinária equivale a uma aquiescência jurídica que resulta em uma obrigatoriedade; elemento subjetivo).<sup>255</sup> Mesmo que não seja passível de uma definição precisa, sustenta Furtado que:

[E]xiste um consenso, quase generalizado, de que [ordem pública] é a exteriorização do próprio ordenamento jurídico vigente em um certo ponto histórico, [abrangendo] uma generalidade de fatores, inclusive subjetivos, imprescindíveis à vida social, como o bem-estar, a atmosfera de paz, a incolumidade da prosperidade humana, a existência digna, saudável e fraterna do homem.<sup>256</sup>

O termo "lei" na legislação arbitral, sem dúvida, deve ser interpretado no sentido de "norma", seja esta de cunho processual ou material.<sup>257</sup>

No que se refere aos limites impostos pelas normas imperativas, Delgado<sup>258</sup> ressalta a longa resistência de facultar total liberdade às partes quando a importância social ou econômica for "considerável".<sup>259</sup> O autor classifica as normas imperativas em dois grupos: no

<sup>251</sup> Artigo 1.1, comentário 3, Princípios da UNIDROIT. Veja-se também artigo 1.5, comentário 3, Princípios da UNIDROIT.

<sup>252</sup> Como o princípio da boa-fé (veja-se artigo 1.7 e comentários e artigo 1.5, comentário 3, Princípios da UNIDROIT).

<sup>253</sup> Furtado, 1998, p. 32-34. Um bom exemplo de como o que é considerado contra a ordem pública varia de acordo com cada jurisdição, é a legislação norte-americana, que impede residentes americanos de entrarem em contratos que envolvam a exportação para o Irã de certos serviços, mercadorias e tecnologia: veja-se *Kashani v Tsann Kuen China Enter. Co., Ltd.* No. B166041 2<sup>nd</sup> Cir. 11 de maio de 2004 - (seguindo os princípios do direito inglês, o contrato é considerado *anulável*; a corte decidiu que o contrato estava fora do escopo da proibição); veja-se também *Dynamit AG v Rio Tinto Co* [1918] AC 292.

<sup>254</sup> Furtado, 1998, p. 32-33.

<sup>255</sup> Furtado, 1998, p. 33. Barral define *bons costumes* como "aquelas práticas comumente aceitas dentro de um determinado meio social" (Barral, 2000, p. 19).

<sup>256</sup> Furtado, 1998, p. 32-34.

<sup>257</sup> Já que a liberdade de escolha de procedimento é garantida na legislação brasileira (veja-se Furtado, 1998, p. 79).

<sup>258</sup> Delgado, 2003.

<sup>259</sup> Delgado, 2003, p. 296.

primeiro grupo estão as normas de direito material interno, que não são derogáveis por via contratual, restringem a autonomia privada e são regidas pela *lex contractus*;<sup>260</sup> no segundo, estão as "duplamente imperativas", que atuam independentemente do contrato, sendo fundadas no direito público e na intervenção do Estado. Conforme Delgado, as normas duplamente imperativas são supranacionais e aplicam-se ao contrato independentemente da escolha das partes. Entre estas se incluem as *normas de direção* (que controlam a vida econômica e social de um país, protegendo os bens jurídicos deste)<sup>261</sup> e as *normas de proteção* (de trabalhadores e consumidores).<sup>262</sup>

#### **4.2. A Determinação da Lei e o Procedimento a ser Aplicado na Ausência de Escolha Expressa das Partes**

Tanto quanto à escolha do procedimento, quanto à escolha do direito substantivo aplicável a um contrato não há uniformidade quanto a norma a ser utilizada para tal determinação, na ausência da escolha expressa das partes.

A uniformização positivada parece longínqua. Spagnogle Jr. demonstra-se desesperançado em relação às chances de harmonização da determinação da lei aplicável, ao menos no âmbito dos contratos internacionais de venda de mercadorias, afirmando de forma contundente que as tentativas da Conferência de Haia sobre Direito Privado Internacional<sup>263</sup> de unificar as leis neste campo tiveram um "sucesso limitado" e que a Convenção "provavelmente nunca entrará em vigor".<sup>264</sup> Entretanto, o autor reconhece que a União

---

<sup>260</sup> Delgado, 2003, p. 296-297.

<sup>261</sup> Delgado, 2003, p. 297.

<sup>262</sup> Delgado, 2003, p. 297-298.

<sup>263</sup> Spagnogle Jr., 1991, p. 25.

<sup>264</sup> Spagnogle Jr., 1991, p. 25. Percebe-se que as previsões do autor se comprovaram, dado que somente Argentina, República Tcheca, Países Baixos, Eslováquia e Moldova ratificaram a Convenção até o momento (veja-se <<http://www.hcch.net/e/status/stat31e.html>>; acesso em: 18 maio 2004). Outra frustrada tentativa de uniformização de escolha de lei é a Convenção sobre a Lei Aplicável sobre os Contratos de Intermediários e de Representação, também só foi ratificada por Argentina, França, Países Baixos e Portugal.

Européia teve sucesso ao harmonizar seu sistema de determinação de escolha de leis.<sup>265</sup> Também cabe aqui ressaltar o fracasso da Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais,<sup>266</sup> sendo somente ratificada por Bolívia, Brasil, México, Uruguai e Venezuela.<sup>267</sup>

Enquanto o direito privado internacional não é uniforme quanto às regras aplicáveis à escolha do direito substantivo, existe um certo consenso quanto às normas de escolha da lei aplicável nas arbitragens. Primeiramente, deve-se compreender que a lei que determinará as obrigações materiais não é necessariamente a mesma que determinará o procedimento a ser seguido na arbitragem.<sup>268</sup>

A vasta maioria da jurisprudência nos países de direito anglo-americano<sup>269</sup> defende que, na ausência de escolha expressa ou implícita das partes, serão aplicadas as normas *processuais* da sede da arbitragem.<sup>270</sup> A jurisprudência no direito inglês criou uma norma específica para a escolha da *procedural law* a ser aplicada. No caso *Union of India v McDonnell Douglas Corporation*,<sup>271</sup> a *High Court* da Inglaterra proferiu:

Se as partes não fizeram a escolha expressa da lei processual a ser aplicada na sua arbitragem, a corte terá de considerar se foi feita uma escolha implícita. Neste caso, o fato de que as partes acordaram sobre um local para a arbitragem é um forte indício que eles devem ter escolhido as normas daquele local para determinar os procedimentos da arbitragem. A razão para isto é essencialmente uma questão de bom-senso.<sup>272</sup>

<sup>265</sup> Convenção sobre a Lei Aplicável a Obrigações Contratuais (Convenção de Roma).

<sup>266</sup> Convenção Interamericana sobre Direito Aplicável aos Contratos Internacionais, 1994.

<sup>267</sup> Veja-se <<http://www.oas.org/juridico/english/sigs/b-56.html>>; acesso em: 17 maio 2004.

<sup>268</sup> Kaufmann-Kohler, 2003, p. 1313; Rechsteiner, 1997, p. 78. No direito inglês, veja-se *Channell Tunnel Group Ltd v Balfour Beatty Construction Ltd* [1993] AC 334; *James v Miller & Partners v Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd* [1970] AC 583. Veja-se também, Pryles, 1997, p. 267.

<sup>269</sup> *CBI NZ Ltd v Badger Chiyoda* [1989] 2 NZLR 669; *Dermajaya Properties Sdn Bhd. v Premium Properties Bhd. & Anor* [2002] SLR 164; *PT Garuda Indonésia v Birgen Air* [2002] SLR 393; *Union of India v McDonnell Douglas Corp.* [1993] 2 Lloyd's Rep. 48; *Raguz v Sullivan* [2000] NSWCA 240; *Bay Hotel and Resort Ltd v Cavalier Construction Co, Ltd* [2001] UKPC 34; *John Holland Pty Ltd v Toyo Engineering Corp* [2001] SLR 262; *Minmetals Germany GmbH v Ferco Steel Ltd* [1999] 1 All ER (Comm) 315; *The Lady Muriel* [1995] 2 HKC 320; *Regia Autonoma de Electricitate Renel v Gulf Petroleum International Ltd* [1996] 2 All ER 319.

<sup>270</sup> Veja-se, também, Garnett, 2002; Tieder Jr., 2003.

<sup>271</sup> [1993] 2 Lloyd's Rep 48.

<sup>272</sup> *Union of India v McDonnell Douglas Corporation* [1993] 2 Lloyd's Rep 48, p. 50.

O mesmo entendimento é adotado pelos países de direito romano-germânico.<sup>273</sup>

Mesmo que na arbitragem não exista uma *lex fori* em sentido estrito,<sup>274</sup> de acordo com Kaufmann-Kohler, atualmente é pacificamente aceito que a arbitragem "é governada pela lei de arbitragem do país ou *seat* da arbitragem".<sup>275</sup> O critério objetivo, também chamado de territorial, adotado no artigo 1.2 da Lei Modelo, é o que prevalece.<sup>276</sup> As Notas Explicativas da Lei Modelo<sup>277</sup> reconhecem a predominância do critério territorial e expressamente adotam esta posição visando a maior clareza e levando em conta o fato de raramente as partes que escolhem um local de arbitragem escolhem uma lei processual de outro foro.<sup>278</sup>

Nas palavras de Rechsteiner:

O lugar da sede do tribunal arbitral é fundamental para o desenvolvimento do procedimento arbitral. Com a sua escolha vinculam-se efeitos jurídicos basilares para as partes e os árbitros. [...] [O]s árbitros estão obrigados a respeitar o ordenamento jurídico, notadamente a legislação sobre a arbitragem, da sede do tribunal arbitral.<sup>279</sup>

Em 1978, Lew ensinava que:

Ao buscar o sistema de conflito de leis para aplicar a lei processual a ser seguida, os árbitros invariavelmente se perguntam primeiro sobre a questão do direito que governará a arbitragem. Naturalmente, as várias teorias freqüentemente levarão a diferentes leis a serem aplicadas. [...] Porém, é normalmente entendido que, sujeito a um expresse entendimento contrário, as normas de conflito de leis a serem aplicadas serão aquelas do sistema de direito que governam o processo ou, pelo menos, a norma de processo subsidiária.<sup>280</sup>

Porém, desde a publicação da obra de Lew, o artigo 15.1 das Regras da CCI foi modificado, expressamente facultando aos árbitros a aplicação, ou não, das normas locais de forma subsidiária. Diz o artigo, na versão de 1998:

Os procedimentos perante o Tribunal Arbitral serão regidos pelo presente Regulamento, e, no que este silenciar, pelas regras que as partes – ou, na

<sup>273</sup> Veja-se o artigo 19 da Lei Modelo e os países que a adotaram, acima.

<sup>274</sup> Delgado, 2003, p. 298.

<sup>275</sup> Kaufmann-Kohler, 2003, p. 1313.

<sup>276</sup> Kaufmann-Kohler, 2003, p. 1313.

<sup>277</sup> UNCITRAL, Notas Explicativas da Lei Modelo.

<sup>278</sup> UNCITRAL, Notas Explicativas da Lei Modelo, parágrafo 13.

<sup>279</sup> Rechsteiner, 1997, p. 83. Ainda não está pacificada a questão da sede do tribunal (veja-se Lew, 1978, p. 261-269). Prevalece hoje a teoria territorial (Rechsteiner, 1997, p. 84-85).

<sup>280</sup> Lew, 1978, p. 260.

falta destas, o Tribunal Arbitral – determinarem, referindo-se ou não a uma lei nacional aplicável à arbitragem.<sup>281</sup>

Como forma de compensar a total exclusão à função subsidiária da lei nacional, o parágrafo 2 do artigo 15.2 rege de maneira ampla:

"Em todos os casos, o Tribunal Arbitral deverá atuar com equidade e imparcialidade, devendo sempre assegurar que cada parte tenha tido a oportunidade de apresentar as suas razões."<sup>282</sup>

Cabe lembrar que certos países impõem suas leis processuais subsidiariamente na ausência de escolha pelas partes. O *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación* (Argentina) faculta às partes a escolha da lei processual, mas impõe que na ausência de escolha específica das partes, o procedimento será aquele do lugar onde o compromisso arbitral foi outorgado.<sup>283</sup> No caso das arbitragens comerciais internacionais em território brasileiro, sustenta Barral que o direito aplicável será obrigatoriamente o direito do Brasil.<sup>284</sup> Ainda no caso brasileiro, defende Furtado que caberá ao tribunal a disciplina no procedimento arbitral, sendo este limitado pelo princípio do contraditório.<sup>285</sup> Os meios e recursos a serem usados para que o princípio do contraditório seja obedecido estariam no Código de Processo Civil (Brasil), cuja obediência "[viabilizaria] o exercício amplo do direito de defesa, com os instrumentos probatórios a ele inerentes".<sup>286</sup> Rechsteiner, contrapõe, afirmando que "se nada foi convencionado com relação ao procedimento, cumpre ao árbitro ou tribunal arbitral discipliná-lo".<sup>287</sup>

---

<sup>281</sup> Artigo 1 das Regras da CCI.

<sup>282</sup> Artigo 15.2 das Regras da CCI. Por exemplo, sobre o artigo 15.2 das regras da Câmara Internacional de Comércio (CCI) e veja-se, também, Naón, 1996.

<sup>283</sup> Artigo 741, 1 do *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación* (Argentina).

<sup>284</sup> Barral, 2000, p. 88. Mugalli, 1997, p. 85, também sustenta que, quando os partes não estipulam as "regras procedimentais", o Código de Processo Civil (Brasil) estabelecerá as regras procedimentais.

<sup>285</sup> Embasando-se no artigo 5º da Constituição (Brasil) (Furtado, 1998, p. 86); veja-se também Goulene; Racine, 1997, p. 118, em análise internacional.

<sup>286</sup> Furtado, 1998, p. 86. O mesmo se aplicaria quanto à obediência às regras de processo do Código de Processo Civil (Brasil) para obediência do princípio da livre apreciação da prova (veja-se também abaixo). Quanto ao princípio da livre apreciação da prova, veja-se Bautista, 1965, p. 156 (no contexto mexicano).

<sup>287</sup> Rechsteiner, 1997, p. 78 (referindo-se ao artigo 21, § 1º da Lei de Arbitragem e o artigo 19 da Lei modelo).

Observa-se, destarte, que a maioria das leis domésticas não são determinantes sobre o processo aplicável. A próxima análise lógica, então é de quais critérios devem ser levados em consideração pelos árbitros na decisão do processo a ser aplicado à arbitragem.<sup>288</sup>

#### 4.2.1 A *Lex Mercatoria* Processual

Por não seguir padrões universais, nas décadas de 50 e 60, o instituto da arbitragem era criticado (crítica esta provinda principalmente dos países em desenvolvimento), por ser apenas um conjunto de normas contratuais simplesmente "inventadas" pelos árbitros e por ter fóruns e processos injustos.<sup>289</sup> A necessidade de padronização do procedimento é reconhecida por Kaufmann-Kohler, que afirma:

A liberdade [de escolha do procedimento arbitral] permitiu que a prática nas arbitragens desenvolvesse um conjunto de regras que progressivamente alcançam o nível de um procedimento arbitral padrão. Tal procedimento padrão tem o inestimável mérito de fundir duas culturas processuais. Isto não é surpresa alguma. A arbitragem internacional é um lugar onde advogados, conselheiros e árbitros, treinados em diferentes sistemas jurídicos, encontram-se e trabalham juntos. Eles não têm outra opção senão encontrar um denominador comum.<sup>290</sup>

Na opinião da autora, os principais instrumentos para esta fusão dos procedimentos são as Regras da UNCITRAL,<sup>291</sup> as regras das instituições de arbitragem e as Regras para Obtenção de Provas em Arbitragens Comerciais Internacionais da *International Bar Association* (IBA).<sup>292</sup>

As Regras da IBA apresentam a solução mais prática e instruída sobre a matéria, tendo sido elaboradas por profissionais com vasta experiência em arbitragens comerciais

---

<sup>288</sup> É surpreendente o fato de não haver mesmo modos de determinação do local de arbitragem pelas regras de arbitragem ou pela Lei Modelo (veja-se, por exemplo, o parágrafo 21 as Notas de Organização a UNCITRAL ainda reconhece que "[v]arious factual and legal factors influence the choice of the place of arbitration" e lista alguns fatores que deveriam ser reconhecidos pelos árbitros (parágrafo 22, Notas de Organização da UNCITRAL).

<sup>289</sup> Nottage, 2003, p. 5.

<sup>290</sup> Kaufmann-Kohler, 2003, p. 1313.

<sup>291</sup> UNCITRAL Arbitration Rules, 1998 ("**Regras da UNCITRAL**").

<sup>292</sup> *IBA Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration* ("**Regras da IBA**"). Nota-se que as as Normas de Procedimento da Comissão Interamericana de Arbitragem são quase idênticas. Veja-se também Kaufmann-Kohler, 2003, p. 1313.

internacionais provenientes de jurisdições de tradição legal romano-germânica e anglo-americana.<sup>293</sup>

As Regras da IBA "têm a intenção de reger de maneira eficiente e econômica<sup>294</sup> a maneira de obter provas em arbitragens comerciais internacionais, particularmente aquelas entre partes de tradições legais diferentes. Elas são desenhadas para suplementar as disposições legais e as regras institucionais ou *ad hoc* de acordo com as tais as partes estão conduzindo sua arbitragem".<sup>295</sup>

As Regras da IBA não têm a intenção de eliminar a flexibilidade e as vantagens das arbitragens comerciais internacionais, expressamente facultando às partes ou ao tribunal arbitral decisão sobre sua aplicação nas circunstâncias da disputa.<sup>296</sup> A solução oferecida pelas Regras da IBA é a permissão de obtenção de provas "baseado no princípio de que cada [p]arte tem o direito de saber, com razoável antecipação antes de uma audiência instrução, as provas que as outras [p]artes utilizarão para provar suas alegações"<sup>297</sup> – o que difere pouco dos princípios do direito norte-americano.<sup>298</sup> O árbitro é encorajado a identificar as questões materiais para a determinação do caso e as questões que possam requerer uma determinação preliminar.<sup>299</sup>

A obrigação de produção de certos documentos seguem, de certa forma, os princípios do sistema romano-germânico, todavia é mais amplo o direito de obtenção dos documentos, assemelhando-se, neste aspecto, ao sistema anglo-americano. Primeiramente, as partes têm de fornecer ao tribunal uma lista contendo todos os documentos que serão usados no procedimento arbitral, com exceção daqueles já fornecidos por outra parte.<sup>300</sup> Após a lista ter

---

<sup>293</sup> Regras da IBA, *Members of the Working Party*. Argumenta-se, porém, que as Regras da IBA são "de natureza anglo-saxã" (veja-se Brocker, s.d., p. 24).

<sup>294</sup> Que são importantes para comerciantes: Garro, 2002.

<sup>295</sup> Parágrafo 1 do Preâmbulo das Regras da IBA.

<sup>296</sup> Parágrafo 2 do preâmbulo e artigo 3 das Regras da IBA.

<sup>297</sup> Parágrafo 4 do preâmbulo das Regras da IBA.

<sup>298</sup> Veja-se acima.

<sup>299</sup> Parágrafo 3 do preâmbulo das Regras da IBA.

<sup>300</sup> Artigo 3.1 das Regras da IBA.

sido entregue ao tribunal e às partes, os árbitros determinarão o prazo para que as partes protocolizem junto ao tribunal arbitral, um "Pedido de Produção".<sup>301</sup> Este Pedido de Produção se assemelha ao pedido de exibição no direito brasileiro,<sup>302</sup> porém é mais amplo, pois requer:

- (a) (i) uma descrição do documento requisitado que seja suficiente para identificá-lo; ou
- (ii) uma descrição detalhada o suficiente (inclusive o objeto) de uma categoria estrita e específica de documentos que razoavelmente acredita-se existir;
- (b) uma descrição de como os documentos requisitado são relevantes e materiais para o resultado da lide; e
- (c) uma afirmação que os documentos requisitados não estão sob a posse, custódia ou controle da [p]arte pedinte e da razão pela qual a [p]arte assume que os documentos requeridos estão sob posse, custódia ou controle da outra [p]arte.<sup>303</sup>

A parte que recebe o Pedido de Produção terá um prazo, que será determinado pelo tribunal arbitral, para produzir os documentos, com exceção daqueles que a parte protesta contra sua produção.<sup>304</sup> As razões para o acolhimento do protesto<sup>305</sup> refletem algumas das normas de prova e de processo do direito anglo-americano,<sup>306</sup> mas inovam em certos aspectos (como a permissão de protestos no caso de pedido de documentos confidenciais de natureza técnica ou comercial<sup>307</sup> e de sensibilidade política e institucional).<sup>308</sup> O protesto pode ser acolhido pelo tribunal se a produção dos documentos acarretar numa interferência que for contrária aos interesses daquela parte (o que reflete os princípios do direito romano-germânico).<sup>309</sup>

Quanto aos depoimentos, as Regras da IBA não apresentam diferenças entre depoimentos pessoais das partes ou de testemunhas seguindo a linha do sistema anglo-

<sup>301</sup> Artigo 3.2 das Regras da IBA.

<sup>302</sup> Veja-se artigos 355-363 do Código de Processo Civil (Brasil).

<sup>303</sup> Artigo 3.3 das Regras da IBA.

<sup>304</sup> Artigo 3.4 das Regras da IBA.

<sup>305</sup> Artigo 3.5 das Regras da IBA.

<sup>306</sup> Artigo 9.2(a), (b), (c) (somente até certo ponto usado como exceção no direito anglo-americano), (d) e (e) (somente até certo ponto limitado no sistema anglo-americano) das Regras da IBA.

<sup>307</sup> Artigo 9.2(e) das Regras da IBA.

<sup>308</sup> Artigo 9.2(f) das Regras da IBA.

<sup>309</sup> Já que no direito anglo-americano a sanção é normalmente criminal (*contempt of court*) (veja-se, por exemplo, *Distillers Company (Biochemicals) Limited v Times Newspapers Limited* [1975] 1 All ER 41).

americano e qualquer pessoa pode prestar depoimento.<sup>310</sup> O depoimento pode ser feito de forma escrita,<sup>311</sup> desde que o depoente se faça presente na "Audiência Probatória".<sup>312</sup> O tribunal ainda tem o poder de exigir de ofício a presença de qualquer pessoa a tal Audiência Probatória<sup>313</sup> – o que, novamente, reflete a posição do direito romano-germânico. Se a pessoa não obedecer voluntariamente o pedido do tribunal de comparecer a uma Audiência Probatória, o tribunal arbitral poderá autorizar a parte interessada que "tome todas medidas legalmente disponíveis" para obter o depoimento daquele depoente.<sup>314</sup>

As Regras da IBA estão sendo amplamente aceitas e positivamente avaliadas por aqueles que assiduamente participam de arbitragens comerciais internacionais.<sup>315</sup> De acordo com Nottage:

[As Regras da IBA] são vistas como tendo atingido um equilíbrio aceitável, reafirmando um consenso mundial principalmente entre as tradições de países da *common law* e da *civil law* (e suas sub-tradições). Elas permitem um escopo limitado para "*discovery*", pré-audiência ou produção de provas por solicitação da outra parte e uma troca rápida de declarações de testemunhas combinadas com oportunidades para *cross-examination*.<sup>316</sup>

Na avaliação de Brocker:

[... A]credito que as [Regras da IBA] podem – ainda que sendo um pouco de natureza anglo-saxã – servir como parâmetros de como árbitros devem considerar um pedido [de *disclosure*] à uma parte oposta ou a um terceiro, já que neste aspecto as regras não estão distantes [...] da tendência das arbitragens comerciais internacionais.<sup>317</sup>

<sup>310</sup> Artigo 4.2 das Regras da IBA; veja-se também Mehren; Salomon, 2003.

<sup>311</sup> Através de um "*Witness Statement*" (artigo 4.4 das Regras da IBA). Os *witness statements* são comuns no processo civil inglês, porém incomum no sistema americano (veja-se Tallerico; Behrendt, 2003). Veja-se também, no caso das Regras da UNCITRAL, os comentários no título 15 das Notas de Organização.

<sup>312</sup> Artigo 4.7 das Regras da IBA (porém as partes podem pactuar que não há necessidade da presença do depoente e o tribunal arbitral tem a discricão, em "*exceptional circumstances*" de determinar se a razão da ausência do depoente é justificada, em tal caso podendo aceitar o depoimento escrito como prova – veja-se 4.8 das Regras da IBA). A "Audiência Probatória" (*Evidentiary Hearing*) é definida como "*any hearing, whether or not held on consecutive days, at which the Arbitral Tribunal receives oral evidence*" (veja-se artigo 1 das Regras da IBA).

<sup>313</sup> Artigo 4.11 das Regras da IBA.

<sup>314</sup> O tribunal tem de ser persuadido de certos requisitos (veja-se artigo 4.10 das Regras da IBA).

<sup>315</sup> Nottage, 2003, p. 21.

<sup>316</sup> Nottage, 2003, p. 21.

<sup>317</sup> Brocker, (sem data), p. 24. Numa visão menos entusiasmada, porém ainda positiva, Mecarelli afirma que "[c]'est dans cette optique qu'un tel effort de rationalisation du processus de discovery fournit une **intéressante contribution** aux projets de rapprochement des règles nationales de procédure civile. L'effort de concilier l'efficacité de la discovery avec respect des droits de la défense constitue ainsi le **point de départ** de la réflexion

A união dos princípios dos dois sistemas de direito mais importantes do mundo, de forma balanceada e sem sacrificar os benefícios da arbitragem, é tarefa difícil, que parece ter sido alcançada com maestria pela IBA. Brocker considera que as Regras da IBA apresentam "as regras mais úteis da *common law*, adaptando-as para que sejam mais flexíveis e menos preocupantes para as partes de outros *legal backgrounds*".<sup>318</sup>

Ao contrário dos árbitros das décadas de 50 e 60, que utilizavam de suas "autoridades pessoais e reputação para obter as provas",<sup>319</sup> os árbitros modernos (bem como todos os outros participantes das arbitragens comerciais internacionais) entendem como bem-vinda a aceitação de padrões comuns e da conseqüente formalização de procedimentos no âmbito da produção de provas e inquirição dos depoentes. Esta formalização é benéfica e necessária, que considera-se essencial para a credibilidade, estabilidade e reconhecimento da arbitragem como forma de solução de disputas.

#### **4.3. Os Limites a Serem Considerados pelos Árbitros no Processo de Escolha do Procedimento**

Além dos limites impostos pelas normas cogentes, de ordem pública, bem como os princípios do contraditório, igualdade das partes, imparcialidade e livre conhecimento do árbitro (os quatro últimos que considera "consagrados"), Rechsteiner menciona o princípio da celeridade, já que nas suas palavras "não se pode esquecer [...] que o árbitro é juiz de fato e de direito e que a seriedade do procedimento arbitral deve predominar em relação ao princípio da celeridade. Somente assim a arbitragem será uma verdadeira alternativa para a justiça

---

*de l'harmonisation des règles de preuve, aussi bien au niveau international qu'euro péen*" (Mecarelli, 2001, p. 906).

<sup>318</sup> Brocker, (sem data), p. 24.

<sup>319</sup> Nottage, 2003, p. 21.

estatal".<sup>320</sup> Portanto, na interpelação do autor não poderiam as partes escolher um procedimento que impedisse uma decisão célere à arbitragem.

Furtado considera que além das limitações de cunho imperativo (ordem pública e bons costumes), os procedimentos devem ajustar-se ao que é essencial para a resolução da controvérsia, sendo os atos inúteis ignorados.<sup>321</sup> Ainda menciona o autor a obrigação do tribunal arbitral de aderir ao princípio do contraditório, da imparcialidade e da livre apreciação da prova.<sup>322</sup>

O princípio do contraditório é também citado por Strenger, que ainda nomeia os princípios da *audi alteram partem* (possibilidade das partes fazerem valer seus argumentos)<sup>323</sup> e da auto convicção (o árbitro deve decidir baseando-se em seu próprio conhecimento e não no conhecimento de outrem), como limitadores dos poderes dos árbitros.<sup>324</sup> Strenger considera estes princípios como "os mesmos em todos países".<sup>325</sup> Na opinião do renomado jurista, o tribunal arbitral que infringir quaisquer destes princípios prolatará um laudo nulo.<sup>326</sup>

Kaufmann-Kohler menciona dois princípios já solidificados: o da autonomia das partes na escolha do procedimento arbitral e do devido processo legal (*due process*), sendo este último subdividido em "noções com nomes diversos em leis nacionais diferentes, inclusive a *natural justice*, a *procedural fairness*, o direito de ser ouvido, [o] princípio do contraditório e o tratamento igual [das partes]".<sup>327</sup> Como Rechsteiner, a jurista inclui também o princípio da eficiência processual, mas ressalva que o mesmo ainda está em desenvolvimento por cortes e tribunais arbitrais.<sup>328</sup> O reconhecimento não-unânime destes princípios, na visão da autora, é

---

<sup>320</sup> Rechsteiner, 1997, p. 80.

<sup>321</sup> Furtado, 1998, p. 85.

<sup>322</sup> Furtado, 1998, p. 86-87.

<sup>323</sup> Veja-se Nottage, 2003, p. 21.

<sup>324</sup> Strenger, 1996, p. 125.

<sup>325</sup> *Audi alteram partem* (veja-se Strenger, 1996, p. 125).

<sup>326</sup> Strenger, 1996, p. 125.

<sup>327</sup> Kaufmann-Kohler, 2003, p. 1313.

<sup>328</sup> Kaufmann-Kohler, 2003, p. 1313, citando acórdãos na Suíça e Estados Unidos.

conseqüência de que na maioria das leis de arbitragem a eficiência processual é subordinada ao princípio do devido processo legal e da autonomia das partes, em caso de conflito.<sup>329</sup>

Mesmo havendo consenso de forma geral sobre os princípios, há discordância sobre seus pormenores.<sup>330</sup> Percebe-se, assim, que não é simples a escolha do procedimento a ser empregado pelo tribunal arbitral quanto à *disclosure* e a inquirição de depoentes.

#### **4.4. O Emprego de um Procedimento Arbitral baseado na Lei Processual de determinada Jurisdição**

Mesmo que claramente permitido, é raro que as partes convençionem para que a arbitragem seja regida de acordo com as normas processuais de uma determinada jurisdição.<sup>331</sup> Em tese, tal escolha teria como conseqüência o engessamento do procedimento arbitral. Todavia, alguns já reconhecem que a escolha da arbitragem não se deve a "flexibilidade, celeridade, finalidade, experiência do árbitro ou a preservação do relacionamento comercial entre as partes",<sup>332</sup> mas simplesmente para evitar a vantagem de uma das partes de ter a lide julgada pelo judiciário de seu país.<sup>333</sup> Na visão de Bower:

De modo geral, partes em transações internacionais escolhem a arbitragem para as suas eventuais disputas, *não* porque a arbitragem é mais simples que uma ação na justiça comum, *não* porque é uma "decisão final" e, portanto, quase que insuscetível à revisão pela justiça comum e *não* porque os árbitros possam ter maior experiência que juízes nacionais, ainda que qualquer um desses fatores possa ser de interesse; escolhem a arbitragem simplesmente porque nenhuma delas aspira ter seus direitos e obrigações determinados pelas cortes do estado natal da outra parte. A arbitragem internacional é em grande parte um substituto para o litígio comum nacional.<sup>334</sup>

<sup>329</sup> Kaufmann-Kohler, 2003, p. 1313.

<sup>330</sup> Kaufmann-Kohler, 2003, p. 1313.

<sup>331</sup> Rechsteiner, 1997, p. 79; Pryles, 1997, p. 265-270; *Union of India v McDonnell Douglas Corporation* [1993] 2 Lloyd's Rep 48, p. 50-51.

<sup>332</sup> Goulene; Racine, 1997, p. 118; Drahozal, 2000.

<sup>333</sup> Drahozal, 2000.

<sup>334</sup> Bower, 1994. Esse medo das partes é justificado, já que a "Doutrina Calvo" se parece presente, pelo menos em certas partes da América Latina, mas a situação parece ter se abrandado nos últimos anos (veja-se Gonzalez, 2003).

A opinião de Smit e Cremades sobre formação de normas internacionais aplicáveis somente em arbitragens também é contraposta por Bower, que argumenta que uma "judicialização" das arbitragens internacionais tem ocorrido.<sup>335</sup> Essa também é a visão de Drahozal,<sup>336</sup> Dezalay e Garth, que concordam:

A legitimidade da arbitragem comercial internacional não é mais construída sobre o fato que a arbitragem é informal e próxima das necessidades do comércio; ao contrário, a legitimidade agora provém mais de um reconhecimento que a arbitragem é *formal* e aproximada ao método de resolução que seria produzido pela justiça comum – mais precisamente, através do estilo de negociação que ocorre no contexto das disputas judiciais nos EUA.<sup>337</sup>

Gonzalez, Hritz, Rios e Lorenzo analisando especificamente as arbitragens na América Latina, sustentam que:

Partes em transações envolvendo a América Latina podem precisar complementar as regras das câmaras arbitrais ou regras da UNCITRAL e estabelecer certas questões que, se negligenciadas, podem ser governadas por leis locais, como: se, e até que ponto, *discovery* estará disponível ou se, e como, peritos podem ser utilizados.[...] Partes em transações na América Latina que venham a utilizar a arbitragem provavelmente terão suas ações questionadas junto aos tribunais locais. Os tribunais locais usam das leis de arbitragem para preencher os espaços das questões processuais que não foram mencionadas na cláusula compromissória ou que não foram especificados nas regras institucionais. Por conseguinte, é importante que as partes considerem que procedimentos adicionais devem ser incluídos na cláusula compromissória.<sup>338</sup>

Relata Nottage que uma pesquisa feita em 1990 confirmou que as arbitragens comerciais internacionais já não eram mais baratas e eram somente um pouco mais céleres do que as ações na justiça comum para resolver disputas transnacionais.<sup>339</sup> Ainda informa Nottage que desde meados da década de 90 houve uma retomada a padronização da

---

<sup>335</sup> Bower, 1994.

<sup>336</sup> Drahozal, 2003.

<sup>337</sup> Dezalay; Garth, 1999.

<sup>338</sup> Gonzalez, 2003, p. 33. As dificuldades não são exclusivas das jurisdições latino-americanas: veja-se Kantor, 2002, p. 42 (analisando a deplorável abordagem das cortes indonésias na arbitragem). A expressa escolha do processo também é defendida por Fleming, 2001, p. 23.

<sup>339</sup> Nottage, 2003, p. 6.

arbitragem em nível global e que alguns dos benefícios da informalidade dos procedimentos foram trazidos de volta.<sup>340</sup>

Como exemplo das desvantagens do uso estrito de normas processuais locais, a *disclosure* como usada no direito norte-americano é comumente vista como desvantajosa e não-recomendável para arbitragens comerciais internacionais.<sup>341</sup> Na pesquisa de Bühring-Uhle, tal limitação encontra-se claramente como uma das vantagens das arbitragens comerciais internacionais.<sup>342</sup>

A objeção à aplicação de princípios da *common law*, na visão de certos autores também inclui o problema da *cross-examination*. O processo oral de obtenção de provas e a inquirição de depoentes pode durar muitos dias<sup>343</sup> e estender o período da arbitragem, bem como seu custo. Os problemas da estrita aplicação das normas processuais de uma jurisdição de direito anglo-americano é sintetizada por Goulene e Racine:

[... A]s regras herdadas do sistema jurídico anglo-saxão não convêm às especificidades da instituição da arbitragem. É o caso d[a] *discovery* que permite na *common law* a divulgação forçada de documentos detidos pela parte adversária ou então a *cross-examination* modo pelo qual os advogados de cada uma das partes interrogam de modo cruzado [os depoentes].

Observa-se, destarte, o uso amplo da *disclosure* e da *cross-examination*, mesmo provendo as vantagens de clareza e menor número de lacunas nas normas, é desvantajoso por

<sup>340</sup> Nottage, 2003, p. 6.

<sup>341</sup> Principalmente devido à total aversão do princípio pelos treinados no direito romano-germânico. Nas palavras de Mecarelli "*Symbole, pour beaucoup, de l'antagonisme entre systèmes de common law et de civil law, et capable à elle seule de raviver ce clivage pourtant régulièrement dénoncé par la doctrine en droit comparé, la discovery attire la méfiance des commentateurs européens, anime les passions, enflamme les esprits, en suscitant à la fois l'interrogation et l'agacement*" (notas de rodapé omitidas) (Mecarelli, 2004, p. 901). A autora ainda considera que a *discovery* é "*généralement considérée, par la plupart des commentateurs de tradition romano-germanique comme **totalément incompatible avec la culture judiciaire de leurs pays**, puisqu'elle bouleverse les fondements conceptuels de la philosophie de la preuve, et manifeste parfois un véritable nature inquisitoire, du moins dans la pratique américaine*" (grifou-se; notas de rodapé omitidas). Porém, a autora reconhece a importância do instituto como "*un instrument fondamental de justice*" nos países de direito anglo-americano (Mecarelli, 2004, p. 901).

<sup>342</sup> Bühring-Uhle, 1996, p. 9.

<sup>343</sup> Tallerico; Behrendt, 2003. Ressalta-se, porém que o princípio da oralidade também existe do direito romano-germânico. Veja-se, por exemplo, Bautista, p. 139-140 (no contexto mexicano) e Leible, 1998, p. 260 (no contexto alemão). Como no direito anglo-americano, no direito alemão as provas são oferecidas nas audiências. Leible afirma que "*[e]l ofrecimiento de prueba tiene lugar fundamentalmente en la deliberación oral y es admisible hasta su conclusión*" (Leible, 1998, p. 260); veja-se também a permissão das partes estarem presentes na recepção das provas (princípio da publicidade) (Leible, 1998, p. 263).

não promover a flexibilidade normalmente vista nas arbitragens. Contudo, não descarta-se totalmente sua utilidade, pois as partes podem conscientemente ter sua arbitragem regidas pelas normas processuais de uma jurisdição do sistema anglo-americano – por exemplo, por duvidarem da independência da justiça, para evitarem recursos ou mesmo por julgarem que tais normas processuais são mais equitativas, provendo um resultado mais justo.<sup>344</sup>

#### **4.5. A Elaboração do Procedimento Exclusivamente pelos Árbitros**

Conforme observado alhures, as partes podem expressamente facultar o procedimento aos árbitros de forma direta. Também podem fazê-lo indiretamente por regras da instituição arbitral que escolheram.<sup>345</sup> Por último, podem abster-se de convencionar a escolha do procedimento, o que proporcionará ao tribunal arbitral a escolha do procedimento a ser seguido.<sup>346</sup>

Sustenta Figueira Jr. que o procedimento arbitral "é variável, isto é, depende da regulamentação do rito delineado pelas partes na convenção arbitral às regras de um órgão institucional ou entidade especializada, ou ainda, fixada pelos próprios árbitros".<sup>347</sup> Na visão de Eisemann, uma cláusula compromissória que não permita "a formação de procedimento que conduza nas melhores condições o pronunciamento de uma sentença eficaz" será considerada patológica.<sup>348</sup>

Mesmo as regras das principais câmaras de arbitragem comercial internacional, talvez com intuito de manter a flexibilidade nas arbitragens, facultam grande parte da determinação

---

<sup>344</sup> Por exemplo, duas partes provindas de direito anglo-americano (digamos, uma indiana e outra neo-zelandeza) executando projeto num país de direito romano-germânico poderiam escolher que as leis processuais da Inglaterra determinem suas celeumas.

<sup>345</sup> Rechsteiner, 1997, p. 78.

<sup>346</sup> Rechsteiner, 1997, p. 78.

<sup>347</sup> Figueira Jr., 1999, p. 208.

<sup>348</sup> Eisemann, 1974, p. 116.

das regras e dos procedimentos ao tribunal arbitral.<sup>349</sup> Como exemplo do último caso, tem-se o artigo 15.1 das Regras da CCI, que rege:

Os procedimentos perante o Tribunal Arbitral serão regidos pelo presente Regulamento, e, no que este silenciar, pelas regras que as partes – ou, na falta destas, o Tribunal Arbitral – determinarem, **referindo-se ou não a uma lei nacional aplicável à arbitragem**. (Grifou-se).

Somente é tolhido o poder discricionário dos árbitros no artigo 15.2, que exige, em sentido *lato*, a obrigatoriedade do tribunal arbitral atuar "com equidade e imparcialidade, devendo sempre assegurar que cada parte tenha tido a oportunidade de apresentar suas razões".<sup>350</sup>

As Regras de Arbitragem Internacional da *American Arbitration Association* (AAA) são mais detalhadas, como se pode ver em seu artigo 16.1:

Sujeito à estas regras, o tribunal pode conduzir a arbitragem **de qualquer maneira que considerar apropriada**, desde que as partes sejam tratadas com igualdade e que cada parte tenha o direito de ser ouvida e seja dada uma justa oportunidade de apresentar sua tese.<sup>351</sup> (Grifou-se.)

Nas regras de Arbitragem Internacional da AAA, alguns parâmetros são usados para delinear o exercício do poder discricionário dos árbitros. Seu artigo 5.3 rege que o tribunal tem a discricção de decidir sobre "a ordem das provas, bifurcar procedimentos, excluir depoimentos cumulativos ou irrelevantes, ou outras provas, e direcionar as partes a enfatizarem suas apresentações nas questões que possam determinar a resolução de parte ou de toda a disputa".<sup>352</sup> Quando certo documento é fornecido ao tribunal arbitral, o documento também deve ser dado à outra parte.<sup>353</sup>

<sup>349</sup> Mehren; Salomon, 2003. Veja-se, por exemplo, artigos 15-22 das Regras da *American Arbitration Association*; artigos 20-21 das Regras da CCI; artigos 33-37 das Regras do ICSID; artigos 19-22 das Regras de Arbitragem da *London Court of International Arbitration*; artigo 14 das Regras de Arbitragem do Centro Internacional Arbitral da Câmara Federal Econômica Austríaca em Viena.

<sup>350</sup> Naón argumenta que o artigo 15.2 "confiere al árbitro el poder de excluir presentaciones o prueba de las partes que, a su juicio, no sean razonablemente necesarias para formar sua convicción para la decisión del litigio" (Naón, 1996, p. 101).

<sup>351</sup> Artigo 16.1 das Regras de Arbitragem Internacional da *American Arbitration Association*.

<sup>352</sup> Artigo 16.3 das Regras de Arbitragem Internacional da *American Arbitration Association*.

<sup>353</sup> Artigo 16.4 das Regras de Arbitragem Internacional da *American Arbitration Association*.

A Câmara de Arbitragem Internacional de Londres,<sup>354</sup> no artigo 5.2 de suas regras, estabelece:

Na ausência de regras processuais convencionadas pelas partes, ou no silêncio deste regulamento, o Tribunal **terá os poderes mais amplos**, em relação ao direito que será aplicável, para assegurar o regulamento justo, rápido, econômico e definitivo do litígio. (Grifou-se).

As regras do ICSID contêm mais pormenores sobre o procedimento a ser aplicado. Rege seu artigo 20:

1) Tão logo esteja constituído o tribunal, seu presidente fará todos os esforços para determinar o parecer das partes com respeito a questões de procedimento. Para este fim poderá convocar as partes. Em particular, procurará determinar o ponto de vista sobre as seguintes questões:

[...]

c) o número e ordem das conclusões, assim como o prazo nos quais elas devem ser depositadas;

e) a possibilidade de dispensar o procedimento escrito ou oral;

[...]

g) a maneira pela qual os processos verbais das sessões serão feitos.

2) No curso da instância, o tribunal aplica todo acordo entre as partes sobre questões de procedimento, salvo em caso de disposições contrárias contidas na Convenção ou no regulamento administrativo e financeiro.<sup>355</sup>

No que se refere às questões de produção, apresentação e admissão das provas, as Regras da UNCITRAL são genéricas. O artigo 15 rege:

(1) Sujeito a estas Regras, o **tribunal arbitral poderá conduzir a arbitragem da maneira que considerar mais apropriada**, desde que as partes sejam tratadas com igualdade e que a qualquer momento do procedimento será dada a cada parte plena oportunidade de apresentar seus argumentos.

(2) Se qualquer das partes solicitar, em qualquer fase do procedimento, o tribunal fará audiências para a apresentação de provas por testemunhas, inclusive por peritos, ou por sustentação oral. Na ausência de solicitação, o tribunal arbitral decidirá se fará tais audiências ou se os procedimentos serão conduzidos com base em documentos e outras provas materiais.

(3) Todos os documentos ou informações fornecidas ao tribunal arbitral deverão ser simultaneamente comunicadas por esta parte à outra parte.<sup>356</sup>

<sup>354</sup> *London Court of International Arbitration.*

<sup>355</sup> Artigo 20 das Regras de Procedimento de Arbitragem da ICSID, 2003.

Sobre a juntada dos documentos à petição inicial, o artigo 18 das Regras da UNCITRAL singelamente faculta a escolha do método às partes, afirmando que "o autor **pode** anexar à petição inicial todos os documentos que considere relevante ou incluir uma referência sobre documentos ou outras provas que apresentará" (grifou-se). O mesmo critério se aplica às respostas<sup>357</sup> e outros documentos a serem anexados ao procedimento arbitral subsequente.<sup>358</sup>

Os artigos 24.3 e 24.4 das Regras da UNCITRAL simplesmente permitem o tribunal arbitral determinar que seja entregue "um sumário dos documentos e outras provas que aquela parte pretenda apresentar para provar os fatos em disputas descritos na petição inicial ou resposta"<sup>359</sup> e de "requerer que as partes produzam documentos, objetos e outras provas".<sup>360</sup>

Quanto ao controle das audiências e da inquirição de testemunhas, os limites impostos nas Regras da UNCITRAL somente refletem o princípio do contraditório. O artigo 25 determina, em caso de audiências, que as partes sejam notificadas antecipadamente da data, horário e local, mas não determina o prazo para os mesmos. Porém, quando testemunhas têm de ser arroladas, as Regras da UNCITRAL são mais específicas, determinando que os nomes, endereços das testemunhas e a língua pela qual o testemunho será prestado, devem ser comunicados ao tribunal arbitral e à outra parte "pelo menos quinze dias antes da audiência"<sup>361</sup>

Contudo, a forma pela qual a testemunha será questionada fica expressamente facultada ao tribunal arbitral,<sup>362</sup> assim como fica a critério do tribunal arbitral a possibilidade das provas testemunhais serem apresentadas de forma escrita – no entanto, nada é mencionado a respeito

---

<sup>356</sup> Artigo 15 das Regras da UNCITRAL.

<sup>357</sup> Artigo 19(2) das Regras da UNCITRAL.

<sup>358</sup> Artigo 22 das Regras da UNCITRAL.

<sup>359</sup> Artigo 24(2) das Regras da UNCITRAL.

<sup>360</sup> Artigo 24.3 das Regras da UNCITRAL.

<sup>361</sup> Artigo 22.2 das Regras da UNCITRAL.

<sup>362</sup> Artigo 22.4 das Regras da UNCITRAL. Inclusive se o conteúdo do testemunho pode ser apresentado de forma oral (artigo 22.5 das Regras da UNCITRAL).

dos depoentes terem de prestar juramento<sup>363</sup> quanto sobre a veracidade do conteúdo da declaração escrita (como um *affidavit*),<sup>364</sup> mas somente sobre a possibilidade do depoente ter de assiná-la.<sup>365</sup>

Questões que recaem na esfera do direito processual<sup>366</sup> são facultadas sem quaisquer critérios ou parâmetros ao tribunal arbitral, como no artigo 22.6 das Regras da UNCITRAL que profere que "o tribunal arbitral determinará a admissibilidade, relevância, materialidade e peso da prova oferecida".<sup>367</sup>

Com o intuito de auxiliar os participantes das arbitragens<sup>368</sup> e com aplicação expressamente determinada não obrigatória,<sup>369</sup> as Notas de Organização da UNCITRAL reconhecem a necessidade de parâmetros na condução das arbitragens.<sup>370</sup> Entretanto, as Notas de Organização da UNCITRAL simplesmente reconhecem as dificuldades sem expressar com exatidão a forma de como o tribunal arbitral deve proceder, facultando, sempre, as decisões ao tribunal arbitral.

Percebe-se, então, que mesmo quando as partes escolhem regras de instituições ou câmaras arbitrais, os regulamentos não propiciam a especificidade necessária para a condução da arbitragem quanto à produção das provas e a inquirição dos depoentes. Strenger julga que

---

<sup>363</sup> A necessidade de juramento das testemunhas sobre suas declarações é incomum nas arbitragens comerciais internacionais (Mehren; Salomon, 2003).

<sup>364</sup> "Um *affidavit* pode ser definido como uma afirmação escrita dos fatos, jurada pelo afirmante perante uma pessoa autorizada a fazê-lo, para a informação de um tribunal judicial: *Re Thom* (1918) 18 SR (NSW) 70. Os *affidavits* são comumente utilizados em ações judiciais em países regidos pela *common law* (veja-se Cobran, 1998, capítulo 13; veja-se também, por exemplo, parte 32 das *Civil Procedure Rules* da Inglaterra).

<sup>365</sup> Artigo 22.5 das Regras da UNCITRAL.

<sup>366</sup> A prova no direito romano-germânico brasileiro é considerada como "instituto tipicamente processual, pois ocorre dentro do processo e é regulado pelas normas processuais [...]" (Wambier; Almeida; Talamini, 1998, p. 479).

<sup>367</sup> Artigo 22.6 das Regras da UNCITRAL. Isso é intrigante para o advogado brasileiro, dado que, por exemplo, no artigo 401 do Código de Processo Civil (Brasil) não se admite prova exclusivamente testemunhal nos casos envolvendo contratos com valor excedente ao décuplo do maior salário mínimo vigente no país no momento da celebração, porém há execuções (veja-se também, Wambier; Almeida; Talamini, 1998, p. 479). Também pode ser estranho para o advogado inglês, devido às obrigações de escrita nos casos previstos no *Statute of Frauds* (Carter; Harland, 1996, p. 519-526).

<sup>368</sup> Principalmente nas arbitragens internacionais (veja-se parágrafo 1 das Notas de Organização).

<sup>369</sup> Parágrafo 2 da Introdução das Notas de Organização da UNCITRAL.

<sup>370</sup> Parágrafo 5 da Introdução das Notas de Organização. Veja-se também o parágrafo 11, que rege: "*Given that procedural styles and practices in arbitration vary widely, that the purpose of the Notes is not to promote any practice as best practice, and that the Notes are designed for universal use, it is not attempted in the Notes to describe in detail different arbitral practices or express a preference for any of them*".

os regulamentos das câmaras de arbitragem "fixam mais ou menos regras de procedimentos".<sup>371</sup> Quando a produção das provas e a inquirição dos depoentes for crucial para a definição da lide (o que ocorre freqüentemente), sustenta-se que é insuficiente que regras somente determinem um procedimento "mais ou menos" específico. A pesquisa feita por Bühring-Uhle, demonstrou que uma das maiores desvantagens da arbitragem era a falta de presivibilidade dos resultados.<sup>372</sup> Porém, alguns autores argumentam que tais lacunas estão sendo preenchidas pela jurisprudência e doutrina. Cremades explica:

O procedimento e a prática arbitral internacional se desenvolveu através da adoção e harmonização de elementos das tradições da *common law* e do direito romano-germânico. Tem hoje um corpo substancial de sua própria doutrina, particularmente a respeito da sofisticada inteiração entre o direito substantivo, as regras institucionais aplicáveis, a lei do local da arbitragem, as regras de conflito de leis e a ordem pública.<sup>373</sup>

Todavia, como o sigilo<sup>374</sup> é uma das maiores vantagens da arbitragem,<sup>375</sup> o número de laudos que explanam os fundamentos utilizados por árbitros são limitados.<sup>376</sup> Mas já existem tendências e uma certa jurisprudência, conhecida somente por aqueles pertencentes ao seletto grupo dos árbitros e àqueles que advogam em arbitragens comerciais internacionais,<sup>377</sup> porém não é acessível a todos, já que os laudos somente serão publicados quando não houver possibilidade de identificação das partes.<sup>378</sup> Nas palavras de Smit:

<sup>371</sup> Strenger, 1996, p. 67.

<sup>372</sup> Bühring-Uhle, 1996.

<sup>373</sup> Cremades, 2002, p. 77, ainda enfatiza que "[t]he wide difference between the common law and civil law approaches to discovery makes this subject an excellent illustration of the risk of 'cultural clash' in arbitration" (Cremades, 2002, p. 77).

<sup>374</sup> O sigilo se estende também quanto ao acesso do público, bem como de testemunhas, às audiências durante a arbitragem: Rechsteiner, 1997, p. 81. O sigilo é expressamente garantido nas principais regras de arbitragem (veja-se, por exemplo, o artigo 22.4 das Regras da UNCITRAL). Veja-se também *Dolling-Baker v Merrett* [1990] 1 WLR 1205 (no direito inglês há uma presunção de sigilo nos procedimentos arbitrais). Cabe lembrar que este sigilo não é absoluto. O *Privy Council* em *Associated Electric & Gas Insurance Services Limited v European Reinsurance Company of Zurich* [2003] UKPC 11, em recurso provindo da Corte de Apelação de Bermuda, decidiu que cláusulas de sigilo não impediriam o exequente de usar da sentença arbitral que quando fosse necessário o recurso à justiça comum para sua execução.

<sup>375</sup> Strenger, 1996 p. 81; Etcheverry, 1998, p. 50; Garro, 2002, p. 14; Nottage, 2003, p. 27.

<sup>376</sup> Drahozal, 2000;

<sup>377</sup> Smit, 1991. Porém, este grupo aparentemente está em expansão. Hoje, as arbitragens comerciais internacionais "se tornaram mais globalizadas [integrando] um grupo mais variado de advogados de arbitragem": (Nottage, 2003, p. 11; veja-se também p. 18).

<sup>378</sup> Rechsteiner, 1997, p. 81.

O que é inequívoco é que nas arbitragens internacionais uma nova ordem legal está tomando forma. Ordem esta que obtém uma forte inspiração dos sistemas legais nacionais, mas ao mesmo tempo é diferente destes. Por razão da ausência de divulgação constante das decisões de tribunais arbitrais internacionais, muitos dos esforços criativos destes tribunais é desconhecido.  
379

Smit explica que a tendência é que os tribunais arbitrais internacionais escolham as formas mais flexíveis das leis, principalmente quando um dos resultados seria injusto, pois mesmo no caso de o remédio a ser aplicado pelo tribunal arbitral não existir no direito material escolhido pelas partes, ou determinado pelo tribunal, o árbitro não ficaria impedido de buscar solução mais apropriada.<sup>380</sup> Smit considera que os árbitros "devem contribuir para o bom funcionamento dos negócios internacionais"<sup>381</sup> e que "a aplicação de normas idiossincráticas de direito estrangeiro ou de normas jurídicas estrangeiras desenhadas para condições puramente domésticas, não satisfazem as necessidades do *international business*".<sup>382</sup>

Smit ainda afirma que os árbitros internacionais "provavelmente buscarão meios de evitar a aplicação [de tais normas]"<sup>383</sup> e que as situações enfrentadas por árbitros em arbitragens internacionais são tão diferentes daquelas para qual as leis domésticas foram criadas, que novas normas têm de ser criadas – uma "*nova lex mercatoria*".<sup>384</sup> Os árbitros, argumenta Smit, "têm de moldar e dar forma às leis para que estas satisfaçam o propósito daqueles da comunidade que servem".<sup>385</sup>

Que a flexibilidade da arbitragem é necessária e que árbitros enfrentam questões complexas e não abordadas anteriormente por tribunais domésticos é inegável. O argumento é válido e consistente quando as partes escolhem expressamente que a arbitragem deve ser

---

<sup>379</sup> Smit, 1991, p. 1312-1313.

<sup>380</sup> Smit, 1991.

<sup>381</sup> Smit, 1991, p. 1312.

<sup>382</sup> Smit, 1991, p. 1312.

<sup>383</sup> Smit, 1991, p. 1312.

<sup>384</sup> Smit, 1991, p. 1312-1313; Drahozal, 2000. Veja-se também a análise da existência de uma nova *lex mercatoria* por Leduc, 2001.

<sup>385</sup> Smit, 1991, p. 1312.

decidida *ex aequo et bono* ou sendo ao tribunal facultado o poder de decidir como *amiable compositeur*.<sup>386</sup> Porém, a fragilidade do argumento se torna latente quando as partes expressamente escolhem a lei (substantiva ou processual) de uma determinada jurisdição (ou a *lex mercatoria*, os Princípios da UNIDROIT ou outras normas substantivas específicas) para reger a solução de suas disputas. Nesta situação, as partes, que na grande maioria das vezes são representadas por advogados durante as negociações contratuais, estavam indubitavelmente cientes que as normas escolhidas viriam a ser aplicadas pelo tribunal arbitral. Portanto, é iníquo e deplorável que árbitros encontrem soluções "criativas"<sup>387</sup> para solucionar tais problemas quando as partes expressamente convencionaram a lei a ser seguida. Tal interpretação é um descabido afronte ao unanimemente aceito princípio da autonomia das partes.

O argumento teria certa força se um bom numero de decisões de arbitragens comerciais internacionais fosse publicada,<sup>388</sup> criando, então, uma jurisprudência internacional que pudesse ser regularmente analisada por doutrinadores, cortes, advogados e árbitros, bem como órgãos legislativos nacionais e internacionais. Essa "criatividade" dos árbitros está formando<sup>389</sup> novos princípios e normas,<sup>390</sup> que são somente conhecidas por aqueles que atuam freqüentemente nas arbitragens internacionais – fato que é reconhecido até mesmo por Smit.<sup>391</sup>

---

<sup>386</sup> Assumindo-se, aqui, que estes princípios são suficientes para reger a relação jurídica entre as partes nas arbitragens, o que parece hoje ser a posição majoritária nas correntes doutrinárias romano-germânicas e já aceita por autores de direito anglo-americano.

<sup>387</sup> Conforme a visão de Smit, 1991, p. 1313.

<sup>388</sup> Cabe lembrar que há uma tendência de publicação dos laudos arbitrais, principalmente os institucionais (Rechsteiner, 1997, p. 81). Alguns mesmo já dizem que "os laudos arbitrais [...] hoje são acessíveis [e publicados] em vários periódicos" (Gaillard; Savage, 1999, p. 817) Mas são censurados para que o sigilo das partes seja mantido (Nottage, 2003). Outros consideram que os laudos não são publicados (veja-se, por exemplo, Mattli, 2001, p. 919; Redfern; Hunter, 1996).

<sup>389</sup> Smit, 1991, p. 1312.

<sup>390</sup> Ou já os formou (veja-de Cremades, 2002).

<sup>391</sup> Smit, 1991, p. 1309. Veja-se também Mattli que proclama, usando das palavras de Redfern e Hunter, que "*the study of the practice of international commercial arbitration is like peering into the dark*" (Mattli, 2001, p. 919).

O argumento da extrema flexibilidade defendido por Smit torna-se ainda menos robusto após uma análise mais detalhada da natureza puramente comercial dos atores nas arbitragens internacionais. Em 2000, já reconhecia-se que a arbitragem comercial internacional é "uma indústria altamente competitiva"<sup>392</sup> e que existe uma acirrada competição entre câmaras arbitrais, locais para arbitragem, árbitros e advogados.<sup>393</sup> Em tese, a competição entre os *players* das arbitragens comerciais internacionais poderia permitir que, com o passar dos anos, ocorresse uma seleção natural excluindo os árbitros, câmaras e locais que usassem de métodos não aceitáveis pelas partes. Porém, a falta de acesso aos laudos sempre impedirá uma efetiva escolha inequívoca dos contratantes.<sup>394</sup>

Se a discricção facultada aos árbitros não for complementada por legislação ou jurisprudência, o tribunal arbitral somente será obrigado a empregar normas imperativas aplicáveis ao procedimento.<sup>395</sup> Esta total discricção dada aos árbitros é apontada por alguns como uma das causas de ineficiência nas arbitragens.<sup>396</sup>

Conclui-se que somente quando as partes expressamente pactuarem que a arbitragem seja decidida *ex aequo et bono* ou por composição amigável devem os tribunais arbitrais exercerem suas incumbências sem a aplicação de quaisquer normas ou critérios específicos. Caso contrário, ter-se-á uma total perda de credibilidade e segurança no procedimento arbitral, seguido de um eventual abandono do instituto como um método válido de resolução de disputas comerciais internacionais.

---

<sup>392</sup> Drahozal, 2000. Veja-se também, no mesmo sentido Gaillard; Savage, 1999, p. 817; Nottage, 2003; contra veja-se Mattli, 2001, p. 919 e Redfern; Hunter, 1996.

<sup>393</sup> Drahozal, 2000.

<sup>394</sup> A falta de acesso a certas informações por certas partes que está disponível para outras cria acaba com a concorrência pura (veja-se, por exemplo, *United States v Container Corp.*, 393 US 333 (1969); Clarke; Coronas, 1999, p. 225). Alguns laudos, porém, não só são públicos como são usados como tendo força normativa (por exemplo, os casos CCI No. 1939 de 1971 e No. 3896 de 1982 - um ente estatal não pode argumentar suas leis nacionais para excluir-se da arbitragem).

<sup>395</sup> Veja-se acima.

<sup>396</sup> Goulene; Racine, 1997, p.118 (os autores também defendem que a ineficiência é também decorrência da liberdade de escolha dada às partes).

## 5. CONCLUSÕES

---

É natural que árbitros com treinamento jurídico procurem evitar decisões sem base em normas, doutrinas ou jurisprudência. Essa posição recebe apoio dos profissionais que atuam na arbitragem. Sustenta-se que as regras devem fazer com que os litigantes possam confiar na justiça arbitral tanto quanto, ou mais que, confiam na justiça estatal.

Como visto, a escolha de uma lei processual que não seja aquela donde a arbitragem ocorrerá, mesmo quando permitida, é problemática, principalmente porque certas normas processuais do foro não poderão ser excluídas. Portanto, uma unificação das normas pela positivização dos conceitos é bem-vinda. Mesmo que ainda não expressamente positivados por todas as jurisdições certos princípios já podem ser considerados como procedimentos uniformemente aceitos.

É difícil encontrar princípios gerais que se apliquem a todos os vários tipos de arbitragens. A solução mais adequada seria que as câmaras arbitrais proovessem mais detalhados métodos para a solução da escolha do procedimento. A escolha da lei aplicável é complexa e os métodos a serem aplicados pelos árbitros ainda não estão pacificados.

Argumenta-se que nas arbitragens comerciais internacionais os árbitros devem primeiramente determinar a lei material aplicável de acordo com a *lex arbitri*. Após a determinação da lei substantiva, deve o tribunal arbitral determinar as leis cogentes da lei material a ser aplicada, do *situs* da arbitragem, dos locais onde a sentença arbitral será executada (até onde a mesma não poderia ser executada por ferir o artigo V da Convenção de Nova Iorque) e das leis imperativas de cunho internacional. Caso nenhuma destas tolham a aplicação da lei material e das regras de processo escolhidas pelas partes, deve o tribunal arbitral aplicar estritamente as escolhas das partes.

Após definir a lei substantiva e as leis imperativas aplicáveis, deve o tribunal arbitral separar, de acordo com a *lex causae*, as normas de direito material das normas de direito

processual. Na ausência de escolha específica pelas partes, devem então os árbitros excluir as normas de direito processual e aplicar a *lex arbitri*, modificada pelas regras da instituição arbitral adotadas pelas partes. Já que as regras de instituições arbitrais são geralmente universalmente aceitas, que a escolha da lei aplicável normalmente é feita expressamente na cláusula compromissória e que estas escolhas são respeitadas pela quase totalidade das legislações arbitrais, tais decisões serão, na grande maioria das vezes, relativamente simples.

No caso da escolha do processo de produção das provas e inquirição das testemunhas ser expressamente facultados ao tribunal arbitral, sustento que devem os árbitros se guiar, *prima facie*, pelas Regras da IBA e as Regras da UNCITRAL, por analogia às interpretações dadas a estes em laudos *publicados* proferidos pela câmara de arbitragem escolhida pelas partes. Somente em casos extraordinários devem os árbitros afastar-se destes princípios. Considera-se ainda que somente nos casos em que não houver clareza na jurisprudência dos laudos da câmara arbitral, devem os árbitros utilizar a doutrina e laudos proferidos por outras câmaras para a determinação do procedimento a ser seguido. Nestes casos, os árbitros levarão em conta a proveniência das partes e os respectivos ordenamentos jurídicos que regem suas jurisdições de origem. Se todas as partes forem oriundas de jurisdições de direito anglo-americano, os árbitros devem estar mais abertos para argumentos do uso da *disclosure* e da *cross-examination*. Contudo, o oposto deve ocorrer se ambas as partes provirem do sistema romano-germânico, levando-se em consideração seus costumes.

Conclui-se, então, que um método objetivo de escolha do procedimento arbitral alcança um equilíbrio ideal entre as vantagens da flexibilidade do procedimento arbitral com as garantias de um procedimento rígido. Seguindo esta metodologia, defende-se que menos disputas preliminares ocorrerão sobre os procedimentos a serem aplicados em arbitragens comerciais internacionais, principalmente quanto ao uso da *disclosure* e da *cross-examination*, provendo às pessoas de negócios maior previsibilidade de resultados dos litígios

transnacionais, sem comprometer os objetivos de uma resolução célere, não-burocrática e, principalmente, justa das disputas por meio da arbitragem.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

ALEMANHA. Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit. Disponível em: <<http://www.dis-arb.de/>>. Acesso em: 4 jun. 2004.

ALLEN. R.J. Would you like 'good faith' with that? **Proctor**, v. 21, n. 11, p. 26. 2001.

ALMEIDA, F. R. C. de; TALAMINI, E.; WAMBIER, L. R. **Curso avançado de Processo Civil**. São Paulo: RT, 1998.

ALVAREZ, G. J. Conducting discovery in foreign countries. In: Levy, D. J. **International litigation: defending and suing foreign parties in U.S. federal courts**. Chicago: American Bar Association, 2003. p. 275–314.

ALVIM, T. A. **Manual de Direito Processual Civil**. 6. ed. v. 1, São Paulo: RT, 1997.

ARGENTINA. Decreto Lei nº 7.425/68, de 19 de setembro de 1968. Código Procesal Civil y Comercial de Buenos Aires. Boletín Oficial, 24 de out. 1968. Disponível em: <<http://www.geocities.com/lftweb/cpccba.htm>>. Acesso em: 27 maio 2004.

AUSTRÁLIA. Australia's Constitution: together with an introduction and overview. Canberra: Parlamento Australiano, 1901. Canberra: Australian Government Publishing Service Press Publication, 1995.

AUSTRÁLIA. High Court Rules 1952. Disponível em: <[http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol\\_reg/hcr1952170/](http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_reg/hcr1952170/)>. Acesso em: 31 maio 2004.

AUSTRÁLIA. Federal Court Rules. Disponível em: <[http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol\\_reg/hcr1952170/](http://www.austlii.edu.au/au/legis/cth/consol_reg/hcr1952170/)>. Acesso em: 31 maio 2004.

AUSTRÁLIA. *John Pfeiffer v Rogerson* [2000] HCA 36.

AUSTRÁLIA. NEW SOUTH WALES. *British American Tobacco Australia Services Limited v Sharon Y Eubanks for the United States of America & Ors* [2004] NSWCA 158.

AUSTRÁLIA. NEW SOUTH WALES. *Byrnes v Groote Eylandt Mining Co Pty Ltd* (1990) 19 NSWLR 13.

AUSTRÁLIA. NEW SOUTH WALES. Choice of law (limitation periods) Act, 1993. Disponível em: <[http://www.austlii.edu.au/au/legis/nsw/consol\\_act/colpa1993301/](http://www.austlii.edu.au/au/legis/nsw/consol_act/colpa1993301/)>. Acesso em: 27 maio 2004.

AUSTRÁLIA. NEW SOUTH WALES. *Re Thom* (1918) 18 SR (NSW) 70.

AUSTRÁLIA. NEW SOUTH WALES. Supreme Court Rules, 1970. Disponível em: <[http://www.austlii.edu.au/au/legis/nsw/consol\\_reg/scr1970232/](http://www.austlii.edu.au/au/legis/nsw/consol_reg/scr1970232/)>. Acesso em: 31 maio 2004.

AUSTRÁLIA. *Maxwell v Murphy* (1957) 96 CLR 261.

AUSTRÁLIA. *McKain v RW Miller & Co (South Australia)* (1991) ALR 257.

AUSTRÁLIA. QUEENSLAND. Choice of law (Limitation Periods) Act 1996. Disponível em: <[http://www.austlii.edu.au/au/legis/qld/consol\\_act/colpa1996301/](http://www.austlii.edu.au/au/legis/qld/consol_act/colpa1996301/)>. Acesso em: 27 maio 2004.

AUSTRÁLIA. QUEENSLAND. Uniform Civil Procedure Rules 1999. Disponível em: <[http://www.legislation.qld.gov.au/LEGISLTN/CURRENT/S/SuprCrtQldUnCivilPRu99\\_02A.pdf](http://www.legislation.qld.gov.au/LEGISLTN/CURRENT/S/SuprCrtQldUnCivilPRu99_02A.pdf)>. Acesso em: 28 maio 2004.

AUSTRÁLIA. *Stevens v Head* (1993) 67 ALR 343.

BARRAL, W.; Prazeres, T. Arbitragem no Brasil: análise jurisprudencial da Lei nº 9.307/96. In: Pimentel, L. O.; Reis, M. G. dos. **Direito comercial internacional: arbitragem**. Florianópolis: OAB/SC, 2002. p. 57.

BAUTISTA, José B. **El proceso civil en México**. 2ª Ed. Cidade do México: Editorial Porrúa, 1965.

BEALE, Joseph Henry. **A treatise on the conflict of laws or private international law**. Cambridge: Harvard University Press, 1916.

BÉLGICA. Belgian Centre for Arbitration and Mediation. Disponível em: <<http://www.cepani.be/>>. Acesso em: 4 jun. 2004.

BERGER, K. P. **The concept of the “creeping codification” of transnational commercial law**. Disponível em: <[http://tldb.uni-koeln.de/php/pub\\_show\\_document.php?pubdocid=000004&pubwithoutheaders=ja](http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=000004&pubwithoutheaders=ja)>. Acesso em: 17 maio 2004.

BERGER, K. P. **Transnational law database**. Disponível em: <[www.tldb.de](http://www.tldb.de)>. Acesso em: 17 maio 2004.

BLASE, Friedrich. Proposing a new road map for an old minefield: the determination of the rules governing the substance of the dispute in international commercial arbitration. **Journal of International Arbitration**. v. 20, n. 3, p. 267. 2003.

BOWER, C. N. Introduction to international arbitration in the 21<sup>st</sup> century: towards “judicialization” and uniformity? In: DRAHOZAL, C. R. Commercial norms, commercial codes, and international commercial arbitration. **Vand. Trans. Law Journal**, v. 33, n. 1, p.80. 1994. Disponível em: <<http://law.vanderbilt.edu/journal/33-01/33-1-3.html>>. Acesso em: 6 maio 2004.

BRASIL. Decreto nº 21.187, de 22 de março de 1932. Promulga o protocolo relativo a cláusula de arbitragem, firmado em Genebra a 24 de setembro de 1923. Rio de Janeiro, RJ, 15 dez. 1931. Disponível em: <<http://www2.mre.gov.br/dai/arbitra001.htm>>. Acesso em: 25 maio 2004.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF, 10 jan. 2002. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/2002/L10406.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 18 maio 2004.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília 11 jan. 1973. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5869.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5869.htm)>. Acesso em: 18 maio 2004.

BRASIL. Lei nº 9.307, de 26 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Brasília, DF, 23 set. 1996. Disponível em: <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9307.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9307.htm)>. Acesso em: 18 maio 2004.

BRASIL. Tribunal Pleno. Ag. reg. na sentença estrangeira nº SE 5206. Relator: Min. Maurício Corrêa. DJ, 30 abr. 2004.

BROCKER, S. Discovery in international arbitration – a Swedish approach. Disponível em: <[www.mannheimerswartling.se/download/msa\\_pdf/discoveryininternationalarbitration.pdf](http://www.mannheimerswartling.se/download/msa_pdf/discoveryininternationalarbitration.pdf)>. Acesso em: 2 fev. 2004.

BÜHRING-UHLE, C. Arbitration and mediation in international business: designing procedures for effective conflict management. In: NOTTAGE, L. **The procedural lex mercatoria: the past, present and future of international commercial arbitration**. CDAMS Discussion Paper 03/1E. set. 2003. Disponível em: <[www.cdams.kobe-u.ac.jp/archive/dp03-1.pdf](http://www.cdams.kobe-u.ac.jp/archive/dp03-1.pdf)>. Acesso em: 13 abr. 2004.

CANADÁ. QUEBEC. Code Civil du Québec – Civil Code of Québec, de 1 de janeiro de 1994. Disponível em: <<http://www.canlii.org/qc/laws/index.html>>. Acesso em: 26 maio 2004.

CANADÁ. *Spar Aerospace Ltd. v. American Mobile Satellite Corp.*, (2002-12-06) SCC.

CANADÁ. *Tolofson v Jensen; Lucas (Litigation Guardian of) v Gagnon* [1994] 3 SCR 1022.

CARTER, J. W; HARLAND, D. J. **Contract law in Australia**. 3. ed. Sydney: Butterworths, 1996.

CCI. Ementa: um ente estatal não pode argumentar suas leis nacionais para excluir-se da arbitragem. No. 1939. Paris, 1971. EXTRACTS from Award. **ASA Bulletin**, v. 21 i. 1 p. 82. Spring 2003.

CCI. Regras de arbitragem da Câmara Internacional de Comércio, de 1 de janeiro de 1998. Disponível em: <<http://www.iccwbo.org/court/english/arbitration/rules.asp>>. Acesso em: 27 maio 2004.

CHAER, Márcio. Justiça expedita: entrevista com Arnaldo Wald. **Revista Update**, ano XX, nº 404. maio 2004.

CHINA. China International Economic and Trade Arbitration Commission. Disponível em: <[http://www.cietac.org.cn/index\\_english.asp](http://www.cietac.org.cn/index_english.asp)>. Acesso em: 4 jun. 2004.

CHILE. Lei nº 1.552, de 1 de março de 1903. Código de Procedimento Civil. Santiago 28 ago. 1902. Disponível em: <<http://colegioabogados.org/normas/codice/cpc.html>> Acesso em: 21 maio 2004.

CLARKE, P.; CORONES, S. **Competition law and policy**. Brisbane: Oxford University Press, 1999.

COLBRAN, S. et. al. **Civil procedure: commentary and materials**. Brisbane: Butterworths, 1998.

COLLIER, J. G. **Conflict of laws**. 3 ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

CONFERÊNCIA DE HAIA SOBRE O DIREITO PRIVADO INTERNACIONAL, Convenção de Haia sobre a lei aplicável aos contratos de vendas internacionais de mercadorias, de 22 dezembro 1986. Disponível em: <<http://www.hcch.net/e/conventions/menu31e.html>>. Acesso em: 18 maio 2004.

CONFERÊNCIA DE HAIA SOBRE O DIREITO PRIVADO INTERNACIONAL, Convenção sobre a obtenção de provas no estrangeiro em matérias civis e comerciais, de 18 de março de 1970. Disponível em: <<http://www.hcch.net/f/conventions/text20f.html>>. Acesso em: 28 maio 2004

COOK, W. The logical and legal bases of the conflict of laws. In: *Tolofson v Jensen; Lucas (litigation guardian of) v Gagnon* [1994] 3 SCR 1022.

CREMADES, B. M. Managing discovery in international arbitration. **Dispute Resolution Journal**, nº 72, p. 77. 2002.

CROSS, Sir. R. **Cross on evidence**. Sydney : Butterworths, 1991.

DELGADO. Autonomía de la voluntad vs. leyes internacionalmente imperativas en el arbitraje internacional. In: Pimentel, Otávio L., **Direito internacional e da integração**. Florianópolis: Boiteux, 2003. p. 295-303.

DEZALAY, Y.; GARTH, B. Fussing about the forum: categories and definitions as stakes in a professional competition. In: DRAHOZAL, C. R. Commercial norms, commercial codes, and international commercial arbitration. **Vand. Trans. Law Journal**, v.33 , n. 1, p. 299. 1999. L. & Soc. Inquiry. Disponível em: <<http://law.vanderbilt.edu/journal/33-01/33-1-3.html>>. Acesso em: 6 maio 2004.

DINAMARCA. The Danish Institute of Arbitration (Copenhagen arbitration). Disponível em: <<http://www.denarbitra.dk/>>. Acesso em: 4 jun. 2004.

DRAHOZAL, C. R. Commercial norms, commercial codes, and international commercial arbitration. **Vand. Trans. Law Journal**, v. 33, n. 1, p. 80. s.d. Disponível em: <<http://law.vanderbilt.edu/journal/33-01/33-1-3.html>>. Acesso em: 6 maio 2004.

EGITO. Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration. Disponível em: <<http://www.crcica.org.eg/>>. Acesso em: 4 jun. 2004.

EISEMANN, F. La clause d'arbitrage pathologique. In: TORINO. Arbitrage comercial, essais *in memoriam* Eugenio Minoli. In: STRENGER, I. **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTr, 1996. p. 116.

ELSING, S. H.; TOWNSEND, J. M. Bridging the common law civil law divide in arbitration. **Arbitration International**, v. 18, p. 1.

ETCHEVERRY, R. A. El arbitraje internacional y su incidencia en el comercio internacional. In: Pucci, Adriana N. (Org.). **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTr, 1998. p. 59.

ESPAÑA. Lei nº 1/2000, de 7 de janeiro de 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil. Madrid, 7 jan. 2000. Disponível em: <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/LEC/default.htm>>. Acesso em: 27 maio 2004.

ESTADOS UNIDOS. *Advanced Micro Devices, Inc. v Intel Corporation*, 292 F. 3d 664 (9<sup>th</sup> Cir. 2002).

ESTADOS UNIDOS. *Chase Securities Corp. v Donaldson* (1945) 325 US 304.

ESTADOS UNIDOS. Federal Rules of Civil Procedure, 2003. Disponível em: <[www.house.gov/judiciary/Civil2002.pdf](http://www.house.gov/judiciary/Civil2002.pdf)>. Acesso em: 28 maio 2004.

ESTADOS UNIDOS. *Gateway Technologies, Inc. v. MCI Telecommunications Corp.*, 64 F.3d 993, 996 (5th Cir. 1995).

ESTADOS UNIDOS. *Hans A. Quaack et al. v Klynveld Peat Marwick Goerdeler Bedrijfsrevisoren* No. 03-2704 (1<sup>st</sup> Cir., 25 de março de 2004). Disponível em: <<http://laws.findlaw.com/1st/032704.html>>. Acesso em: 27 maio 2004.

ESTADOS UNIDOS. *Hickman v Taylor* 395 U.S. 495 (1947).

ESTADOS UNIDOS. *In re Application of Aldunate*, 3 F. 3d 54 (2<sup>nd</sup> Cir. 1993).

ESTADOS UNIDOS. *In re Application of Asta Medica, S.A.*, 794 F. Supp. 442.

ESTADOS UNIDOS. *In re Application of Asta Medica, S.A.*, 981 F. 2d 1 (1<sup>st</sup> Cir. 1992).

ESTADOS UNIDOS. *In re Application of Gianoli*, 3 F 3d 54 (2<sup>nd</sup> Cir. 1993).

ESTADOS UNIDOS. *In re Bayer AG*, 146 F. 3d 188 (3<sup>rd</sup> Cir. 1998).

ESTADOS UNIDOS. *In re Letter of Request from Amtsgericht Ingolstadt*, 82 F. 3d 590 (4<sup>th</sup> Cir. 1996).

ESTADOS UNIDOS. *In re Letter of Request for Assistance from Ministry of Legal Affairs of Trinidad and Tobago*, 848 F. 2d 1151.

ESTADOS UNIDOS. *In re Letter Rogatory from the First Court of First Instance in Civil Matters, Caracas, Venezuela, in the Matter of Electronic Data Systems Corporation*, 42 F. 3d 308 (5<sup>th</sup> Cir. 1995).

ESTADOS UNIDOS. *Kashani v Tsann Kuen China Enter. Co., Ltd.* (2<sup>nd</sup> Cir, 11 de maio de 2004).

ESTADOS UNIDOS. *National Broadcasting Company, Inc. v Bear Stearns & Co., Inc.*, 165 F. 3d 184 (2<sup>nd</sup> Cir. 1999).

ESTADOS UNIDOS. NOVA IORQUE, Civil practice law and rules. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/ny/statutes/cplr.htm>>. Acesso em: 27 maio 2004.

ESTADOS UNIDOS. NOVA IORQUE, New York admission rules subchapter B, part 520 de 29 de março de 2000. Rules for admission of attorneys and counselors at law. Disponível em: <<http://courts.state.ny.us/ctapps/520rules.htm>>. Acesso em: 28 maio 2004.

ESTADOS UNIDOS. *Prescott v. Northlake Christian School*, No. 03-30201 (5<sup>th</sup> Cir, 4 de maio de 2004).

ESTADOS UNIDOS. *Rush v Savchuck* 444 U.S. 320 (1980).

ESTADOS UNIDOS. *United States v Container Corp.*, 393 US 333 (1969). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=393&invol=333>>. Acesso em: 28 maio 2004.

ESTADOS UNIDOS. *United Technologies International, Inc. v Malev Hungarian Airlines*, 964 F. 2d 97 (2<sup>nd</sup> Cir. 1993).

FERREIRA, Aurélio B. de Holanda. Dicionário Aurélio eletrônico, século XXI: o dicionário da língua portuguesa. Versão 3.0. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. 1 CD-ROOM

FIGUEIRA JÚNIOR, J. D. **Arbitragem, jurisdição e execução: análise crítica da Lei 9.307, de 23.09.1996**. 2. ed. São Paulo: RT, 1999.

FLEMING, D. W. Good arbitration agreements are a must for cross-border transactions. **San Antonio Business Journal**, v. 15, i.15, p. 23. May 2001.

FOUCHARD Gaillard. Goldman on international commercial arbitration. **The Hague**. 1999. Disponível em: <[http://tldb.uni-koeln.de/php/pub\\_show\\_document.php?pubdocid=130600](http://tldb.uni-koeln.de/php/pub_show_document.php?pubdocid=130600)>. Acesso em: 15 de maio 2004.

FRANÇA. Nouveau Code de Procedure Civile. Disponível em: <<http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/ListeCodes?lalangue=FR>>. Acesso em: 27 maio 2004.

FURTADO, P. **Lei da Arbitragem comentada: breves comentários à Lei 9.307, de 23-9-1996**. São Paulo: Saraiva, 1998.

GALDI, Domenicantonio. **Comentario del Código di Procedura Civile di Signori Pisanelli, Scialoja e Mancini**. Napoli: Stabilimento Tipografico dei Classici Italiani, 1876.

GARGIULO, F. S. **Corso Elementare di Dritto Giudiziario Civile**. Riccardo Marguieri di Gius: Napoli, 1888.

GARRO, A. M. International commercial arbitration in Latin America: recent law reforms. In: Pimentel, L. O.; Reis, M. G. dos. **Direito comercial internacional: arbitragem**. Florianópolis: OAB/SC, 2002. p. 32.

GARSONNET, E.; CÉZAR-BRU, C. **Traité theorique et pratique de procedure civile et commerciale em justice de paix et devant les conseils de prud'hommes**. 3. ed. Paris: Recueil Sirey, 1912.

GINSBURG, Ruth B. **Civil procedure in Sweden**. Haia: Martinus Nijhoff, 1965.

GONZALEZ, D. E. et al. International arbitration: practical considerations with a Latin American focus. **Journal of Structured and Project Finance**, v. 9, i. 1, p. 33. Spring 2003.

GRÃ-BRETANHA. Arbitration Act 1996. Disponível em: <[http://www.globalarbitrationmediation.com/england\\_arbitration.shtml](http://www.globalarbitrationmediation.com/england_arbitration.shtml)>. Acesso em: 18 maio 2004.

GRÃ-BRETANHA. *Associated Electric & Gas Insurance Services Limited v European Reinsurance Company of Zurich* [2003] UKPC 11.

GRÃ-BRETANHA. *Bank Mellat v Helliniki Techniki SA* [1983] 3 All ER 428.

GRÃ-BRETANHA. *BNP Paribas & Ors v Deloitte & Touche LLP* [2003] EWHC 2874 (Comm).

GRÃ-BRETANHA. *British Linen Company v Drummond* (1830) 109 ER 683.

GRÃ-BRETANHA. *Channell Tunnel Group Ltd v Balfour Beatty Construction Ltd* [1993] AC 334.

GRÃ-BRETANHA. Civil Procedure Rules. Disponível em: <[http://www.dca.gov.uk/civil/procrules\\_fin/menus/rules.htm](http://www.dca.gov.uk/civil/procrules_fin/menus/rules.htm)>. Acesso em: 20 maio 2004.

GRÃ-BRETANHA. *D'Almeida Arango Ltda v Becker* (1953) 2 QB 329.

GRÃ-BRETANHA. *Distillers Company (Biochemicals) Limited v Times Newspapers Limited* [1975] 1 All ER 41.

GRÃ-BRETANHA. *Dolling-Baker v Merrett* [1990] 1 WLR 1205.

GRÃ-BRETANHA. *James v Miller & Partners v Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd* [1970] AC 583.

GRÃ-BRETANHA. *Korner v Witkowitz* (1950) 2 KB 128.

GRÃ-BRETANHA. *In the Estate of Fuld (dec'd) (No. 3)* (1968) P 675.

GRÃ-BRETANHA. *Leroux v Brown* (1852) 138 ER 1119.

GRÃ-BRETANHA. *Poyser v Minors* (1881) LR 7 QBD 329.

GRÃ-BRETANHA. *Subramaniam v Public Prosecutor* [1956] 1 WLR 965.

GRÃ-BRETANHA. *Union of India v McDonnell Douglas Corporation* [1993] 2 Lloyd's Rep 48, p. 50.

GRÃ-BRETANHA. *Woodhouse v Hall* (1981) 72 Cr App R 39.

GRUSON, M. Governing law clauses excluding principles of conflict of laws. **The International Lawyer**, v. 37, n° 4, p. 1055. 2003.

GUIMARÃES, D. T.; MIRANDA, S. J. **Dicionário Jurídico**. 4. ed. São Paulo: Rideel, 2000.

HERRMANN, G. Overcoming regional differences: arbitral practice, comparative law and the approximation of laws. In: Congress Series, n° 4, 1993, Deventer-Boston. Arbitration in settlement of international commercial disputes involving the Far East and arbitration in combined transportation, Deventer-Boston: ICCA, 286. In: STRENGER, I. **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTr, 1996. p. 64.

HOIJER, O. **La solution pacifique des litiges internationaux avant et depuis la societe des nations**. Paris: Editions Spes, 1925.

HUNGRIA. Rules of proceedings of the court of arbitration attached to the Hungarian Chamber of Commerce and Industry. Disponível em : <<http://www.jus.uio.no/lm/hungary.arbitration.proceedings.rules.2000/toc>>. Acesso em : 4 jun. 2004.

ÍNDIA. Act n° 5 de 1908. Civil Procedure Code. Disponível em : <<http://164.100.10.12/cgi/nph-bwsgi/BASIS/indweb/all/secretr/SDW?M=1&W=actid='190805'>>. Acesso em: 29 maio 2004.

ITÁLIA. Codice de Procedura Civile de 17 de fevereiro de 1971. Disponível em : <<http://digilander.libero.it/guci/codprociv.htm>>. Acesso em: 27 maio 2004.

ITÁLIA. Milan Chamber of Commerce Rules. Disponível em : <<http://www.mi.camcom.it/show.jsp>>. Acesso em: 4 jun.2004.

INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION. IBA rules on the taking of evidence in international commercial arbitration, de 1 de junho de 1999. Londres. Disponível em : <[www.asser.nl/ica/IBA%20rules-of-evid-2.pdf](http://www.asser.nl/ica/IBA%20rules-of-evid-2.pdf)>. Acesso em: 29 dez. 2003.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. ICSID convention, regulations and rules, de 2003. Disponível em : <<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/basicdoc.htm>>. Acesso em: 6 jun. 2004.

INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT DISPUTES. *Procedural Order No. 2; ADF Group Inc v United States of América* (ICSID Case No. ARB(AF)/00/1).

JONES, F. G. Service and citation of foreign parties. In: Levy, D. J. **International litigation: defending and suing foreign parties in U.S. federal courts**. Chicago: American Bar Association, 2003. p. 1–33.

KANTOR, M. The limitations of arbitration. **Journal of Structured and Project Finance**, v. 8, i. 3, p. 42 (10). Fall 2002.

KAUFMANN-KOHLER, G. Globalization of arbitral procedure. **Vanderbilt Journal of Translational Law**, v. 36, i. 4, p. 1313. out. 2003.

LANGBEIN, J. H. The German advantage in civil procedure. **University of Chicago Law Review**, Chicago. fall 1985. Disponível em: <<http://www.law.harvard.edu/publications/evidenceiii/articles/langbein.htm>>. Acesso em: 1 jun. 2004.

LONDON COURT OF INTERNATIONAL ARBITRATION. Regras da Corte Internacional de Arbitragem de Londres. Disponível em: <<http://www.lcia-arbitration.com/arb/pt.htm#a>>. Acesso em: 27 maio 2004.

LEAL, R. P. **Teoria geral do processo**. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.

LEDUC, A. L'émergence d'une nouvelle *lex mercatoria* à l'enseigne des principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international: thèse et antithèse. **RJT**, cidade, v. 35, p. 429. 2001.

LEE, J.B. A Lei 9.307/96 e o direito aplicável ao mérito do litígio na arbitragem comercial internacional. In: Pimentel, L. O.; Reis, M. G. dos. **Direito comercial internacional: arbitragem**. Florianópolis: OAB/SC, 2002. p. 37.

LEIBLE, Stefan. **Proceso Civil Alemán**. Medellín: Biblioteca Jurídica Diké, 1998.

LEVIN, Murray S. The role of substantive law in business arbitration and the importance of volition. **American Business Law Journal**, s.l., v. 35, n. 1, p. 105-180. fall 1997.

LEW, J. D. M. **Applicable law in international commercial arbitration**. Nova Iorque: Oceana, Dobbs Ferry, 1978.

LINDSEY, David M. Savvy international arbitration clauses. **New York Law Journal**, Nova Iorque. 4 Dec. 2000.

MATTLI, Walter. Private justice in a global economy: from litigation to arbitration. **International Organization**, s.l., v. 55, i. 4, p. 919-947. oct. 2001. Disponível em: <<http://journals.cambridge.org/>>. Acesso em: 25 maio 2004.

MÉRIGNHAC, A. **Traité theorique et pratique de l'arbitrage international**. Paris : L. Larose, 1895.

MORRIS, G. et al. **Laying down the law**. 4. ed. Brisbane: Butterworths, 1996.

NAÇÕES UNIDAS. Convenção de Nova Iorque de 10 de junho de 1958. Convenção sobre o reconhecimento e execução das sentenças arbitrais estrangeiras. Nova Iorque, EUA, 10 jun. 1958. Disponível em: <[http://www.unb.br/fd/gt/conteudo/conv\\_niorque\\_ing.doc](http://www.unb.br/fd/gt/conteudo/conv_niorque_ing.doc)>. Acesso em: 25 maio 2004.

NAÇÕES UNIDAS. Convenção Européia de 24 de abril de 1961. Convenção Européia sobre a arbitragem comercial internacional. Genebra, Suíça, 21 abr. 1961. Disponível em: <[http://www.unb.br/fd/gt/conteudo/Europ\\_Conv\\_1961.doc](http://www.unb.br/fd/gt/conteudo/Europ_Conv_1961.doc)>. Acesso em: 25 maio 2004.

NAÓN, H. A. G. Orden público y arbitrage. In: PUCCI, Adriana N. (Org.). **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTr, 1998. p. 79-111.

NORTH, P. M.; FAWCETT; J. J.; CHESHIRE; G. C. **Cheshire and North's private international law**. London: Butterworths, 1992.

NOTTAGE, L. The procedural *lex mercatoria*: the past, present and future of international commercial arbitration. In: CDAMS SYMPOSIUM, 2003, Kobe, Japão. **CDAMS Discussion Paper 03/1E**, Kobe: 29 Sep 2003. p. 13.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção interamericana sobre arbitragem comercial internacional, de 30 de janeiro de 1975. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/b-35.htm>>. Acesso em: 18 maio 2004.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Convenção interamericana sobre direito aplicável aos contratos internacionais, de 17 de março de 1994. Expedida na Cidade do México, D.F., México. Disponível em: <<http://www.oas.org/juridico/portuguese/treaties/B-56.htm>>. Acesso em: 17 maio 2004.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Normas de procedimento da comissão interamericana de arbitragem, de 1 de julho de 1988. Disponível em: <[http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/iacac/rop\\_e.asp](http://www.sice.oas.org/dispute/comarb/iacac/rop_e.asp)>. Acesso em: 19 de maio de 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto de. **Livre apreciação da prova: perspectivas atuais**. Disponível em: <[www.mundojuridico.adv.br/documentos/artigos/texto252.doc](http://www.mundojuridico.adv.br/documentos/artigos/texto252.doc)>. Acesso em: 21 maio 2004.

OLIVEIRA, M. Autonomia da vontade nos contratos internacionais: solução para as controvérsias acerca do conflito de leis. In: Pimentel, **Direito internacional e da integração**. Florianópolis: Boiteux, 2003. p. 365-369.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL. Regulamento de arbitragem de la OMPI de 1 de outubro de 2002. Genebra, Suíça. Disponível em: <<http://arbitr.wipo.int/center/publications/s446.pdf>>. Acesso em: 26 maio 2004.

PAIVA; GREGHI. Limites à aplicação da teoria da autonomia da vontade nos contratos internacionais. In: Pimentel, Otávio L., **Direito internacional e da integração**. Florianópolis: Boiteux, 2003. p. 214-218.

PINHEIRO, A. C. **Economia e justiça: conceitos e evidência empírica**. 2001. Disponível em: <[www.ifb.com.br/documentos/castelar18\\_10.pdf](http://www.ifb.com.br/documentos/castelar18_10.pdf)>. Acesso em: 28 abr. 2004.

PINHEIRO, A. C. **Judiciário, reforma a economia: a visão dos magistrados**. 2002. Disponível em: <[www.epge.fgv.br/portal/arquivo/1462.pdf](http://www.epge.fgv.br/portal/arquivo/1462.pdf)>. Acesso em: 28 abr. 2004.

PINTO, J. E. N. **As vantagens da cláusula compromissória clara e precisa para a condução da arbitragem**. 2003. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto592.htm>>. Acesso em: 26 maio 2004.

PORTUGAL. Tribunal de Relação de Lisboa. N° 5617. Lisboa, maio de 2003. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/0/ff842ee11d6bec7180256e5400521939?OpenDocument>>. Acesso em: 28 maio 2004.

PRYLES, M. Choice of law issues in international arbitration. **The Arbitrator**, v. 15, p. 260. 1997.

PUCCI, Adriana Noemi. **Arbitragem comercial nos países do Mercosul: análise comparativa da legislação jurisprudência e doutrina dos autores da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai relativas à arbitragem**. São Paulo: LTr, 1997.

RECHSTEINER, Beat Walter. **A arbitragem privada internacional no Brasil**. São Paulo: RT, 1997.

RECHSTEINER, Beat Walter. **Direito internacional privado: teoria e prática**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

REYMOND, C. Civil law and common law procedures: which is the more inquisitorial? A civil lawyer's response. **Arbitration International**, v.5, p. 357. 1989.

ROSENBERG, L. **Tratado de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1955.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de Direito Processual Civil**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

SANTOS, Ricardo S. S. dos. **MERCOSUL e arbitragem internacional comercial: aspectos gerais e algumas possibilidades**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SMIT, H. Substance and procedure in international arbitration: the development of a new legal order. **Tul. L. Rev.**, n° 65, p. 1309. 1991.

SPANOGLE JÚNIOR., J. A. The arrival of international private law. **The George Washington Journal Of International Law And Economics**, v. 25, n° 2, p. 489. 1991.

STRENGER, Irineu. **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTr, 1996a.

STRENGER, Irineu. Formação da prova no litígio arbitral. In: Casella, P. B. **Arbitragem: a nova lei brasileira (9.307/96) e a praxe internacional**. São Paulo: LTr, 1996b.

SUÉCIA. Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce. Disponível em: <<http://www.chamber.se/>>. Acesso em: 4 jun. 2004.

SUGARMAN, S. D.; ROBB, A. R. The importance of civil procedure in the american legal system. In: Remarks to the annual meeting of the Japanese-American Society for legal studies symposium. 1998. Kyoto. Processes of civil justice in the United States. Disponível em: <<http://www.law.berkeley.edu/faculty/sugarmans/TANIG2.htm>>. Acesso em: 1 jun. 2004.

SZÁSZY, István. **International civil procedure: a comparative study**. Budapeste: A.W. Sijthoff-Leyden, 1967.

TALPIS, J. Prevenção de litígios internacionais: los princípios de “UNIDROIT” como ley o derecho que regirá un contrato. In: Piementel, L. O. **Direito internacional e da integração**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2003. p. 81.

TALPIS; KATH. The exceptional as commonplace in Quebec - forum non conveniens law: cambior, a case in point. **R. J. T.**, n° 34, p. 761. 2000.

TETLEY, W. Mixed jurisdictions: common law vs civil law (codified and uncoded). **La. L. Rev.**, v. 60, p. 677. 2000. Disponível em: <<http://www.unidroit.org/english/publications/review/articles/1999-3.htm>>. Acesso em: 15 abr. 2004.

UNCITRAL. Model law on international commercial arbitration, de 21 de junho de 1985. Viena, Áustria. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/english/texts/arbitration/ml-arb.htm>>. Acesso em: 25 maio 2004.

UNCITRAL. Explanatory note by the UNCITRAL Secretariat on the Model Law on international commercial arbitration. Viena, Áustria 21 jun. 1985. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/english/texts/arbitration/ml-arb.htm>>. Acesso em: 19 abr. 2004.

UNCITRAL. Resolução 31/98, de 15 de dezembro de 1976. Regras de arbitragem da Uncitral. Viena, Áustria 15 dez. 1976. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/english/texts/arbitration/arb-rules.htm>>. Acesso em: 17 maio 2004.

UNCITRAL. Notes on organizing arbitral proceedings. Nova Iorque, Estados Unidos 14 jun. 1996. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/english/texts/arbitration/arb-notes.htm>>. Acesso em: 17 de maio 2004.

UNCITRAL. Status of conventions and model laws, última atualização em 16 de abril de 2004. Países que ratificaram a lei modelo da arbitragem da Uncitral. Disponível em: <<http://www.uncitral.org/en-index.htm>>. Acesso em: 28 maio 2004.

UNIÃO EUROPÉIA. Convenção sobre a lei aplicável a obrigações contratuais (Convenção de Roma) de 19 de junho de 1980. Disponível em: <<http://www.jus.uio.no/lm/ec.applicable.law.contracts.1980/doc.html>>. Acesso em: 18 maio 2004.

UNIDROIT. Princípios sobre os contratos comerciais internacionais, de 1994. Disponível em: <<http://www.jus.uio.no/lm/unidroit.contract.principles.1994/doc>>. Acesso em: 18 maio 2004.

URUGUAI. Lei nº 15.982, de 18 de outubro de 1988. Código General del Proceso de Uruguay. Disponível em: <<http://www.parlamento.gub.uy/Leyes/Ley15982.htm>>. Acesso em: 27 maio 2004.

VENOZA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

WALLACE, C. D. Extraterritorial discovery and U.S. judicial assistance. **The International Lawyer**, v. 37, nº 4, p. 1055. 2003.