

## **2º PIDA AVANÇADO CCI**

Paris, 14 a 17 de Junho 2010

José Miguel Júdice

Sócio Responsável da Área de Arbitragem de PLMJ, Lisboa, Portugal

Professor Associado Convidado da Faculdade de Economia da Universidade Nova de Lisboa

[jmj@plmj.pt](mailto:jmj@plmj.pt)

[www.plmj.pt](http://www.plmj.pt)

---

**Condução de procedimentos complexos: Questões relativas a reuniões de organização processual, dificuldades de estabelecimento de Ata de Missão e cronograma provisório, bifurcação de procedimentos, relação do tribunal arbitral com tribunais estatais, resolução de incidentes processuais, organização de audiências.**

***(Questões do ponto de vista de um árbitro)***

---

### **1. Questões relativas a reuniões de organização processual**

1.1. Existe utilidade em realizar uma audiência processual prévia para analisar questões jurisdicionais? Ou tudo poderá ser resolvido à distância, por troca de mails, conferência telefónica ou videoconferência, poupando assim despesas às Partes?

Em regra é útil que árbitros e advogados se encontrem no início do processo, sobretudo quando alguns deles não se conhecem e vêm de jurisdições e culturas jurídicas distintas. Nada substitui a percepção que se pode retirar do funcionamento de um grupo humano ao vivo. No entanto, razões de custos ou de eficiência podem justificar soluções alternativas. Entre elas a videoconferência, se for viável, é preferível.

1.2. Deverá essa audiência, a ter lugar, realizar-se no contexto de assinatura da Ata de Missão ou, pelo contrário, deverá ser realizada (ou, ao menos, uma conferência telefónica ou vídeo de todos os envolvidos para o efeito) separadamente, só se avançando para a minuta de Ata de Missão posteriormente a essa reunião ou conferência?

A eficiência pode justificar que se concentre tudo numa única ocasião. Mas em processos especialmente complexos pode ser uma boa solução prática separar a reunião, videoconferência ou conferência telefónica sobre a questão jurisdicional, da que tiver de existir para análise e decisão sobre a Ata de Missão. Nesse sentido mencione-se que as questões jurisdicionais podem exigir análise e debate entre os árbitros prévia à decisão e a criação dessa solução pode exigir tempo e reflexão. A pressão para assinar a Ata de Missão pode dificultar esse processo de construção de consensos.

1.3. Assumindo a utilidade de tal audiência, que assuntos devem ser abordados? E deverão os árbitros elaborar e

enviar às Partes um guião com as questões jurisdicionais ou processuais a analisar?

A audiência para abordar as questões jurisdicionais deve ser dirigida com flexibilidade. Mas também com eficácia. Este é um momento essencial no processo genético de construção de um tribunal arbitral funcional. As partes, seus advogados e os árbitros estão a iniciar a sua relação e, de certa forma, a estudar-se. Mesmo entre os 3 árbitros, que podem não se conhecer, esta fase inicial vai ajudar a construir um terreno eficaz de trabalho conjunto, suscitar confiança e sentido de cooperação. Pode ser enviado às partes um guião com as questões que sobre a jurisdição do tribunal este espera ver melhor clarificadas. Mas esse guião pode condicionar a flexibilidade do tribunal e, inadvertidamente, pode ser considerado enviesado (biased) ou suscitar dificuldades de consenso entre os árbitros, num momento em que ainda se não criou um ambiente de cooperação e confiança.

1.4. Questões práticas de compatibilização de diversas agendas e a importância de assegurar que o procedimento segue rapidamente:

Os árbitros e os advogados com experiência em arbitragens internacionais são em regra pessoas muito ocupadas. Apesar do esforço das instituições arbitrais (como acontece com a ICC) para aumentar a eficácia, a questão da dificuldade de se conseguir fazer coincidir um grupo de pessoas, que numa arbitragem complexa pode facilmente ultrapassar uma dezena, vindas de várias partes do Mundo, não será nunca fácil. O sucesso da arbitragem depende muito da forma como forem encaradas e resolvidas estas questões. Nesse sentido, a ICC de forma pioneira passou a solicitar aos potenciais árbitros informação sobre disponibilidade para garantir um processo eficiente.

- 1.4.1. A reunião (ou reuniões) terá de ser assistida por todas as partes ou será admissível que alguma, ou algumas, esteja a assistir e participar por vídeo-conferência?

Uma preocupação constante dos tribunais arbitrais e das instituições arbitrais é o *due process*. Em princípio não haverá problema em que a videoconferência seja usada para quem não possa estar presente. Mas o Arbitro Presidente deve usar dessa possibilidade com muita prudência, se assegurando do apoio dos 2 árbitros, e nada fazendo que possa sugerir uma sensação de favorecimento ou desfavorecimento de uma das partes, sobretudo se a opção por uma data seja feita em alternativa com outra data que serviria à parte que assim estará ausente.

- 1.4.2. Será arriscado realizar a reunião no País onde vive o Árbitro Presidente (assume-se que em Paris) ou na Colômbia ou Brasil (onde residem os outros árbitros) em vez da Latinlândia, devido a dificuldades de voos directos para este último País ou por falta de instalações hoteleiras adequadas?

Na fase inicial do processo, e mesmo depois, fatores de eficiência relacionados com a *venue* de reuniões e de audiências são úteis. Mas a opção por não reunir no lugar que as partes determinaram para a arbitragem deve ser feita de tal modo que não seja humilhante para uma das partes, não sugira enviesamento, ou não possa ser vista com um pré-julgamento do caso e por isso afetar a imparcialidade aos olhos de uma das partes. Não ocorrendo a reunião no lugar da sede da arbitragem, convirá optar, se não houver acordo das partes, por lugares neutrais. Em todo o caso o tribunal é soberano para decidir nesta matéria, que é apenas prática, e que não altera o “Seat” jurídico da arbitragem nem produz efeitos jurídicos.

## **2. Dificuldades de estabelecimento da Ata de Missão e cronograma provisório**

### **2.1. Questões processuais práticas relacionadas com a preparação da Ata de Missão:**

A Ata de Missão é uma peça essencial, importante e distintiva das arbitragens ICC; a forma como for elaborada (incluindo a habitual Ordem Processual nº 1) pode facilitar a fluidez do processo e a sua eficácia, para além de poder contribuir para a legitimação do Tribunal aos olhos das Partes. Esta Ata de Missão é acompanhada na sua elaboração pelo Secretariado da Corte Internacional de Arbitragem da ICC, desse modo se potenciando a eficácia derivada do cumprimento de prazos para os atos dos árbitros. Por isso deve ser abordada como uma questão complexa e exigente, em que a experiência dos ou de alguns dos árbitros pode ser muito útil.

2.1.1. Assumindo que a Exploração Ltda é brasileira e que suscitou a dificuldade de que os seus Advogados falem em espanhol, será ponderável a utilização do português como idioma de trabalho? E o inglês, em nome de ser uma espécie de língua franca ou *mercatoria*?

As arbitragens internacionais, depois de uma fase de domínio irrestrito de uma língua franca, estão a evoluir no sentido do bilinguismo, apesar de naturais e compreensíveis resistências dos advogados e árbitros que estão habituados à utilização exclusiva de um idioma, e em especial do inglês. O bilinguismo pode aliás aumentar os custos. Mas as arbitragens que tenham a ver com a América Latina vão muito provavelmente evoluir no sentido do bilinguismo e da provável dominância ou presença prática do português e do espanhol, sobretudo quando nos contratos estejam envolvidas partes que sejam estatais. As suscetibilidades das partes e eventuais questões políticas podem também influenciar. A

admissão de mais de um idioma nas submissões e oitivas pode ser um fator positivo para o bom funcionamento da arbitragem e até para reforçar na prática a igualdade de armas. Pode também aumentar a sensação de conforto das partes, seus advogados, peritos e testemunhas, naturalmente mais à vontade se usando o seu idioma natural. Por isso, pode ser razoável aceitar a utilização de outros idiomas em casos concretos, sobretudo se os 3 árbitros estiverem de acordo.

2.1.2. Se uma das Partes invocar receios em relação a deslocar-se à Latinlândia, devido a tumultos, incômodos e risco de violência popular ou até de prisão para testemunhas, partes ou outros envolvidos no processo arbitral, será possível prever que o Tribunal ou ao Secretariado/Corte da CCI possam indicar outro país para audiências, mesmo que não haja acordo das Partes? E em que termos ou com que limites?

Este tipo de questões já se suscitou em arbitragens internacionais e não há razão para pensar que não volte a acontecer no futuro. Aqui o papel e a direção do Arbitro Presidente são essenciais. Ele deve ponderar e distinguir riscos reais ou possíveis, diferenciando-os de receios infundados ou até de estratégias “guerrilheiras” de uma das Partes para criar um ambiente desfavorável à outra parte, acusando-a de não respeitar a “rule of law” no seu próprio território, o que pode funcionar como fator para desagradar dos árbitros. Mas em princípio nada impede que o tribunal decida – sejam quais forem as razões atendíveis – que atos processuais ocorram em outros países que não o lugar (*Seat*) da arbitragem. Pode mesmo acontecer que, para aumentar a sensação de independência e de liberdade decisória dos árbitros, o Tribunal decida realizar toda a sua atividade fora do lugar do “*Seat*” da arbitragem. Isso tem já acontecido na prática na ICC.

## 2.2. Questões processuais práticas relacionadas com o conteúdo da Ata de Missão e fase seguinte do procedimento e resultantes das posições das Partes e da eventual posição dos árbitros:

A elaboração da Ata de Missão muitas vezes prefigura e antecipa dificuldades posteriores. Por isso serve como teste, como momento sub rogado de resolução de problemas ou ensaio prévio do futuro funcionamento do tribunal. Mas é muito importante que não acabe por se transformar num momento antecipado para formar uma maioria no tribunal ou para criar dificuldades no relacionamento entre os árbitros, com a agravante de isso poder acontecer em momento ainda anterior à possibilidade das partes apresentarem os seus casos e a prova de que dispõem.

### 2.2.1. Como encarar a questão da eventual ausência de partes na elaboração e na assinatura da Ata de Missão? Como assegurar em especial o *due process* e a *equality of weapons*?

Em arbitragens complexas é muito mais provável do que nas mais simples que ocorra a ausência de uma ou várias partes em reuniões com os árbitros. Isso deve obrigar a aumentar o grau de exigência e de cautela dos procedimentos. Convirá nestes casos realizar uma ata da reunião, que ajude a demonstrar que a ausência não se irá refletir em qualquer inferioridade de posição das partes ausentes. Ao Árbitro Presidente caberá nesta situação uma especial atenção protetora das posições da parte ausente, assegurando que a Ata de Missão não será na prática e no futuro um fator que dificulte a defesa do seu caso, se o desejar, garantindo assim também menores riscos de futuras tentativas de anulação do laudo com base na violação do *due process*.

### 2.2.2. Como assegurar o máximo de possibilidade de execução do laudo arbitral, tendo presente a questão da eventual incompatibilidade de cláusulas arbitrais?

Nas arbitragens existem situações de quadratura do círculo, como é evidente. Mas a gestão do processo arbitral pode otimizar as possibilidades e evitar até ao limite máximo as situações patológicas. A prudência do tribunal deve ser ponderada com o dever de tentar pacificar a situação jurídica, resolvendo de uma vez por todas todos os litígios. Consoante o caso concreto, deve dar-se mais relevo à prudência ou ao ativismo. Nas arbitragens ICC existe um *case load* abundante e testado, que deve ser sempre ponderado, devendo os árbitros não hesitar em trocar impressões com o Secretariado sobre os assuntos complexos e em que não tenham experiência suficiente. No limite, o tribunal deve gerir o processo para que foi nomeado, respeitando a cláusula arbitral aplicável, mesmo sabendo que podem existir posteriores contradições de julgados.

### 2.3. Questões especialmente complexas:

#### 2.3.1. Como encarar a possibilidade da Eco Petróleo, que não apresentou Reconvenção, querer aderir mais tarde a esta (ou como suscitar a questão na reunião para a Ata de Missão sem correr o risco de acusação de falta de imparcialidade)?

Em princípio a Ata de Missão define o procedimento posterior, tendo em vista a eficácia e a necessidade de evitar o risco de surpresas. No entanto, nada impede que seja clarificado na Ata de Missão a admissão de eventos futuros possíveis, como seja essa adesão acompanhada de novos elementos de fato, novos argumentos jurídicos ou indicação de novos meios de prova, desde que seja posteriormente assegurada a igualdade de armas para todas as



partes envolvidas. A adesão posterior, pura simples, não suscita em princípio questões especiais.

2.3.2. E, pelas mesmas razões, como actuar em relação ao Ministério, que para além da objeção de jurisdição não apresentou nem oposição nem pedido reconvenicional e está a ser confrontado com um pedido nesta arbitragem CCI e com outro no CIRCI, com idênticos fundamentos, e que poderá querer também apresentar pedidos pouco antes do estabelecimento da Ata de Missão?

Não compete aos árbitros substituírem-se aos advogados das partes na definição e concretização das melhores estratégias para defenderem os seus clientes. A recusa em participar em arbitragens, abdicando por isso de apresentar o seu caso e dar aos árbitros os fatos e os argumentos que o sustentam, pode ser um erro. Em regra é inconveniente estar ausente, sobretudo se o tribunal considerar que tem jurisdição. Convém também não esquecer que mesmo que o foro do lugar da arbitragem venha eventualmente a anular o laudo, sempre será possível nalgumas outras jurisdições que esse laudo seja confirmado, podendo pois ser executado. O tribunal tem no entanto um dever fiduciário de favorecer as condições para que o laudo que emita possa ser executado mais tarde em todos os países onde seja antecipável ser provável que isso possa ocorrer (art 35º do Regulamento ICC). Portanto na questão suscitada, o tribunal – mesmo sacrificando um pouco a eficiência – deve dar latitude ao Ministério para que apresente o seu caso e os seus pedidos, ainda que para tal deva adiar o estabelecimento e assinatura da Ata de Missão.

2.3.3. Como deve o Tribunal arbitral actuar se for confrontado com pedido de suspensão do procedimento, no todo ou em parte, devido à existência da arbitragem ICSID? E será

diferente se o pedido vier através de uma decisão de um tribunal estatal?

Esta questão é das mais complexas em arbitragens internacionais. Basta lembrar as *anti-suit injunctions* para suspender procedimentos arbitrais, o regime processual da litispendência e a eficácia do caso julgado. No caso da Europa, o tema da prioridade temporal tem sido reforçado em decisões recentes. Entre os precedentes importantes que convém que o tribunal analise existem, por exemplo, os casos Hubco, Copel e National Grid e Pertamina. Para a América Latina o caso Copel, que foi decidido pelos tribunais do Estado do Paraná, e o caso National Grid, apreciado pelos tribunais da Argentina, são de realçar. O tribunal deve ponderar os interesses das partes, a questão dos custos das arbitragens e a sua utilidade prática, mas também os seus deveres fiduciários de decidir sobre as questões que as partes lhes colocaram. A circunstância de as partes não serem todas idênticas nos vários processos, as diferenças dos pedidos, e a própria visão que os árbitros tenham sobre a sua jurisdição e competência serão fatores atendíveis no caso concreto. Mas a tendência dominante de forma clara na prática arbitral é que, invocando-se designadamente, o princípio Kompetenz-Kompetenz, o Tribunal arbitral pode não respeitar a injunção que receba de um tribunal comum, sobretudo se ele vier do tribunal de um Estado que seja Demandado no processo arbitral com base em compromisso arbitral que livremente assumiu.

2.4. Como organizar o cronograma provisório, em função de situações de bifurcação ou sem que exista tal bifurcação?

Um cronograma provisório que planeie o processo até à *submission on costs* será um elemento muito importante de disciplina para os advogados e um sinal de eficiência para conhecimento das partes. E será conveniente que os árbitros aceitem os calendários que as partes acordem entre elas, até para mais tarde, se necessário,

recordar e exigir que o respeitem. Mas o planejamento do futuro é uma ciência incerta. Por isso parecerá mais prudente, em situações em que à partida se assuma a bifurcação, não planejar a segunda fase do procedimento.

### **3. Bifurcação de procedimentos**

3.1. Deverá o Tribunal optar pela bifurcação do procedimento, decidindo as questões jurisdicionais e quaisquer outras questões prévias em Laudo Arbitral parcial? E será admissível, operando bifurcação quanto a questões jurisdicionais, fazer decorrer simultaneamente o procedimento, com ou sem o acordo das Partes? E será isso útil à eficiência do procedimento?

A não ser possível decidir as questões jurisdicionais antes da Ata de Missão ou em simultâneo com ela, é controversa a opção por decidir as questões de jurisdição por laudo parcial ou ao invés por ordem processual. A minha tendência será para usar a figura do laudo parcial, mas em certas situações isso pode perturbar o fluir do processo, sabendo-se que em certas jurisdições será possível requerer de imediato a anulação de tal laudo parcial. Será questão a apreciar caso a caso.

E pode haver situações, sobretudo se a prova testemunhal vier a ser considerada importante para a decisão sobre jurisdição, ou se a decisão sobre esta estiver intimamente relacionada com a questão do mérito, em que a prudência aponte para decidir apenas mais tarde, no limite apenas com o laudo final. Quanto à possibilidade de uma bifurcação em que simultaneamente sigam o procedimento quanto à questão da jurisdição e à questão de fundo, isso parecerá inadequado sem prévio acordo das partes. Outra coisa será antecipar a certo momento a decisão sobre a jurisdição, não esperando pelo laudo final, se após sumissões das partes o tribunal estiver convicto por unanimidade de que já tem todos os elementos que o habilitem

para uma decisão. Seria uma bifurcação *a posteriori*, que permitirá simplificar o processo, eventualmente evitar que as partes incorram em custos que podem revelar-se desnecessários e também poderá servir para criar consensos entre árbitros que venham a ser úteis posteriormente.

3.2. Fará sentido realizar uma bifurcação para analisar primeiro os fundamentos invocados pelo Ministério para rescindir o contrato, por um lado para poupança de custos e, por outro, porque um pedido reconvenicional da Exploração contra a Easy Explorer depende de se concluir que os fundamentos invocados pelo Ministério são adequados e legais?

A questão que se apresenta aqui é um caso de escola para justificar a opção por bifurcações. Realmente, se o tribunal vier a entender que a rescisão operada pelo Ministério é válida e não suscita deveres de indenização, a bifurcação permitirá uma grande redução de custos e vai aumentar a eficiência e a rapidez do procedimento. Mas, em sentido oposto, muitas vezes, uma das partes entende que lhe convém apresentar o seu caso em sua plenitude, por entender que a quantificação de danos, por exemplo, pode acabar por influenciar a decisão sobre a validade da rescisão. Por isso ocorre que, não obstante a bifurcação, as partes apresentam na sua totalidade o caso de imediato, destruindo pelo em menos em parte as razões de eficiência pretendidas. Daí que a solução deva ser feita caso a caso, sobretudo devendo o Presidente assegurar-se do acordo dos co-árbitros para decidir.

3.3. Haja ou não bifurcação, qual deve ser a sequência das submissões das Partes, atenta a complexidade dos

procedimentos e a dependência das razões que interagem nos vários pedidos?

A tendência natural dos tribunais judiciais e arbitrais é no sentido de que se siga a sequência das sumissões em função da prioridade do impulso processual. E o mesmo acontecendo com as oitivas de testemunhas. No entanto, em processos complexos ou em que os pedidos saem do usual (veja-se o caso das *negative claims*) pode justificar-se um formato processual especial. Assim pode se justificar dar a primazia de sumissão aos requeridos, separar a sequência das sumissões em função da diversidade dos pedidos ou da cronologia dos fatos a que se refere cada um deles, admitir a sumissão em a mesma data para alguns dos pedidos ou fazer divergir a sequência das sumissões e a das oitivas de testemunhas. Aqui também o bom senso e prudência dos árbitros será essencial, devendo se ponderar a experiência dos advogados e as suas culturas processuais próprias, para que se não corra o risco de que alguns deles possam criar a convicção, embora injusta, de que o *due process* não está a ser respeitado.

#### **4. Relação de tribunal arbitral com tribunais estatais**

4.1. Deverá o Tribunal aceitar uma decisão que venha a ser tomada por um tribunal estatal local (por exemplo uma *anti-arbitration injunction* ou um mandado de segurança) para não dificultar a eventual execução do laudo arbitral?

A coragem é uma qualidade necessária aos árbitros, pelo menos em grau equivalente à sua experiência e saber. Os árbitros estão incumbidos de decidir um pleito. Devem fazê-lo com base na vontade contratual das partes, na legitimidade que advém da admissibilidade da arbitragem pelo direito aplicável e, ainda, devido à força e valor do direito internacional da arbitragem que tem valor normativo e

características transnacionais. O princípio *kompetenz-kompetenz* deve ser lembrado a este propósito. Por isso é ao tribunal que compete tomar a decisão se deve prosseguir ou não com a arbitragem, mesmo que desrespeitando decisão judicial, e eventualmente deslocando a *venue* ou até a sede da arbitragem para outro país, desse modo aumentando as condições da sua liberdade. Mas também podem existir situações em que o tribunal, de acordo com a sua melhor convicção, entenda que deve aceitar suspender o procedimento arbitral, se a análise dos fundamentos da decisão judicial merecerem o seu acolhimento e adesão. Mesmo que assim decida, será sempre uma decisão dos árbitros aplicando o princípio da *Kompetenz-Kompetenz*

4.2. E se for confrontado com uma *anti-suit injunction* de um tribunal de outro País, antes de uma outra que pretenda suspender a arbitragem? E se for confrontado depois deverá agir de forma diferente?

Para além do que fica escrito supra e é aqui aplicável, dir-se-á que nada de autonomamente relevante pode surgir do fato do tribunal ter sido notificado de mais de uma *anti-suit injunction*, em que existam decisões judiciais contraditórias ou ao menos inconciliáveis. Quando muito, esse fato pode reforçar a convicção da decisão que entenda dever tomar de prosseguir com o procedimento.

4.3. E se um dos árbitros for da mesma nacionalidade e/ou residir no país onde foi determinada uma dessas *injunctions*, alguma coisa de especial daí pode resultar?

Essa é uma questão prática muito relevante. A nacionalidade ou a residência de um árbitro em nada deve afetar a sua independência e imparcialidade, mas pode realmente dificultar a sua neutralidade. É essa uma das razões que se aponta no sentido de que em arbitragens internacionais os árbitros sejam de nacionalidades diferentes das partes

e, mesmo em alguns casos, não sejam sequer oriundos do país cuja lei será a aplicável ao fundo do litígio. Deve ser exigido aos árbitros a coragem, mas não pode ser pedido o heroísmo. Consoante os casos e o grau de pressão que possa existir, é admissível que isso possa funcionar como fundamento de escusa do árbitro.

4.4. Como deve atuar o Tribunal arbitral se for confrontado com a existência de um procedimento judicial, no todo ou em parte coincidente com esta arbitragem quanto a fundamentos e pedidos? E será diferente a solução, consoante a informação demonstre que o tribunal judicial foi acionado antes ou depois do Requerimento de arbitragem?

Neste como em outros casos, compete ao tribunal – em função da apreciação que faça da sua própria competência para dirimir o litígio – decidir. A regra da prioridade do procedimento judicial em que sejam coincidentes as partes e os pedidos e seus fundamentos nem sempre será um motivo por si só para que o tribunal arbitral decida pela sua não competência ou suspenda o procedimento. Mas os precedentes judiciais sobre a questão, a análise das condições para *exequatur* e a preocupação com os custos para as partes podem ser fatores a ponderar. É evidente que se o compromisso arbitral permite que cada uma das partes opte pelo recurso aos tribunais estatais ou à arbitragem a questão da prioridade pode levar a que o tribunal arbitral se abstenha de prosseguir com o procedimento.

4.5. Será encarável a hipótese de concentração? E se for, deverá a concentração ser feita num tribunal judicial ou no tribunal arbitral?

A questão da concentração de processos deve ser vista à luz da lei aplicável, tendo também de se ponderar a vontade das partes. A concentração entre processos judiciais e/ou arbitrais num processo

único arbitral só será admissível com base no consentimento das partes ou nos fundamentos que a moderna doutrina arbitral vem considerando para permitir a intervenção de terceiros em arbitragens em relação às quais não queriam aderir, não sendo subscritores do compromisso arbitral e não sendo aplicável o regime do grupo de sociedades ou a *alter ego theory*. Deve ser sempre ponderada a jurisprudência dos tribunais judiciais do(s) lugar(es) da(s) prováveis execuções. Em regra e em caso de dúvida, é preferível uma atitude mais prudente e conservadora. De fato, não compete aos árbitros evitar todos os problemas que, com suas decisões em cada momento, as partes criaram a si próprias ou não evitaram que se criassem. Também aqui o *case load* da ICC é relevante e o contato com o Secretariado é recomendável, no sentido de obter apoio informativo, designadamente sobre precedentes.

4.6. Deverá o Tribunal arbitral pedir a colaboração dos tribunais da Latinlândia para obter documentos úteis ou essenciais à boa decisão da causa, se isso for pedido por alguma das Partes? E pode fazer o pedido, mesmo que nenhuma das Partes o solicitar?

A evolução do direito da arbitragem tem-se feito no sentido de que a confirmação da autonomia da justiça arbitral não é incompatível, antes exige o reforço da cooperação do judiciário. Na América Latina, designadamente, em alguns países existem claros instrumentos legais para otimizar essa colaboração. Não oferece dúvidas a possibilidade de, a pedido de uma das partes, o tribunal arbitral solicitar a colaboração dos tribunais estaduais para intervenções que exigem a disponibilidade de poderes que os tribunais arbitrais não possuem. A obtenção de documentos em poder da parte contrária pode em regra ser conseguida (e, na falta de cooperação, daí tirando o tribunal as inferências negativas que forem ao caso), mas pelo menos para obtenção de documentos em poder de terceiros a cooperação do Judiciário poderá ser indispensável.



Em princípio não existe um obstáculo ontológico a que o tribunal faça tal pedido ao Judiciário, sem que uma parte o solicite, mas o ativismo do tribunal arbitral, num processo que é de partes e adversarial, deve ser evitado como regra. Mas também não pode deixar de ser ponderado o fato de eventualmente a prova pretendida estar na disponibilidade de uma das partes que por escolha própria tenha decidido não participar no procedimento.

## **5. Resolução de incidentes processuais e organização das audiências**

5.1 Que especiais cautelas deve ter o tribunal, devido ao carácter muito político da envolvente do litígio e das suas características internacionais?

No âmbito da arbitragem internacional, quando estejam envolvidos Estados ou entidades controladas por Estados, as partes devem ser tratadas com total igualdade. Ao aceitarem submeter a arbitragem contratos em caso de litígio, os Estados aceitam essa igualdade de tratamento. Mas não se deve olvidar o carácter político de uma ou várias partes e a circunstância de que a conflitualidade política pode assim entrar no universo das arbitragens, não sendo este um mundo que seja propício pois nem está preparado para isso.

Essa razão implica especiais cuidados formais por parte do tribunal arbitral. É sobretudo importante assegurar que em momento algum o que se passa no procedimento arbitral possa ser usado como arma de combate político, por razões que não tenham a ver com decisões do tribunal. Aspectos a ponderar serão a linguagem usada nas ordens processuais e laudos, o respeito pelo idioma da parte envolvida, as especiais cautelas para os prazos necessários (sabendo-se que por vezes o processo de decisão político é lento e pode dificultar o trabalho dos advogados nomeados), a atenção aos valores culturais do país em questão. Mas, repete-se, um Estado numa arbitragem não pode ser

tratado de maneira mais favorável nem menos favorável do que uma entidade privada com quem se enfrenta.

5.2. Como garantir que todas as Partes são ouvidas (ou pelo menos têm a possibilidade de apresentar o seu caso) e que os seus direitos a um *due process* são respeitados para que não haja fundamento de anulação – dado que as partes não estão todas em posições iguais (v.g. uma é autora e ré reconvincente, duas só são Rés, sendo que uma delas alegou falta de jurisdição do tribunal, outra é Ré e Autora Reconvinte)?

O princípio do *due process* deve envolver-se no caso concreto. Não compete ao tribunal equilibrar o que é hipotético desequilíbrio decorrente das opções processuais das partes. Dito isto, deve o tribunal zelar o máximo que lhe for possível pela criação de todas as condições para que cada uma das partes tenha ocasião e condições para apresentar o seu caso, como determina o artigo 15º das Regras de Arbitragem da ICC, e para contrariar as posições de outras partes processuais. Essa preocupação do tribunal pode conduzir a que por vezes até se admita que a parte que não pagou os adiantamentos monetários que o Regulamento da ICC determina possa ser admitida a participar nas inquirições de testemunhas, podendo exercer a *cross examination*, pois isso reforça as condições do processo adversarial. Também se pode justificar que o tribunal determine novas oportunidades às partes para apresentação de sumissões (sempre admitindo o contraditório); ou, ao menos, curtos *memoranda* que permitam clarificar os pontos de vista que defendem; pode até acontecer, como atrás já se referiu, que o tribunal determine que a sequência de intervenções das partes possa ser parcialmente alterada, designadamente para permitir que seja apresentada a produção de prova de uma forma mais lógica, e por isso não necessariamente começando pelo(s) Demandante(s).

5.3. Em que medida é que uma acentuação da flexibilidade do procedimento pode, ou não, ser adequada ao caráter complexo das arbitragens?

As arbitragens são caracterizadas pela flexibilidade. Pode e deve escolher-se um procedimento *à la carte*, adaptado ao caso concreto. Essa realidade pode ser ainda maior em caso de arbitragens mais complexas, nas quais o feixe de pedidos cruzados pode fazer implodir o clássico modelo de duas partes ou blocos que, de forma clara, se enfrentam. Existem situações em que surgem pedidos de Demandante contra Demandado, que por sua vez é Demandante contra outro dos Demandados ou em que uns e outros assumem, consoante os pedidos, posições de aliados ou de adversários. A condução do procedimento deve, na medida do possível, adaptar-se a estas realidades. O papel dos árbitros a este nível é otimizar as condições do *due process* e tornar mais claro e compreensível o que pode parecer muito confuso. Exemplos podem ser a separação da produção de prova em função de grupos de pedidos, a alteração da sequência normal das sumissões ou a admissão de sumissões separadas para conjunto de pedidos, a sequência das oitivas ou até a disposição dos advogados na sala das audiências.

5.4. Que possibilidades podem existir na utilização mais intensa das ordens processuais para aumentar a eficiência do procedimento?

Sobretudo em países latinos, o paradigma da intervenção dos julgadores é muito baseada numa espécie de protótipo ou modelo que é aplicado sem atender às especificidades de cada caso processual. A tendência dos julgadores no Judiciário é para restringir ao mínimo a sua intervenção, reservando para os momentos definidos nos códigos processuais e para o laudo as suas decisões e intervenções. A tradição não vai no sentido da interatividade entre julgadores e advogados. Essa

carga formativa por vezes condiciona mentalmente os árbitros e advogados oriundos desse tipo de jurisdições.

Nas arbitragens em geral e nas complexas em especial, a interatividade e a maior atuação dos árbitros na monitorização e condução dos procedimentos é muito importante. As ordens processuais devem ser o instrumento adequado para tal fim, pois são eficientes para pilotar as evoluções do processo e para o adaptar a essas mesmas evoluções. De um modo geral há vantagem em que, depois de se assegurar do acordo dos co-árbitros, o Presidente antes de assinar uma ordem processual consulte com as partes para obter delas sugestões ou antecipar reações, tudo isso sem perder de vista que está na descrição do tribunal o conteúdo e a direcção dessas ordens processuais.

José Miguel Júdice

Rio de Janeiro, 29 de Maio de 2010