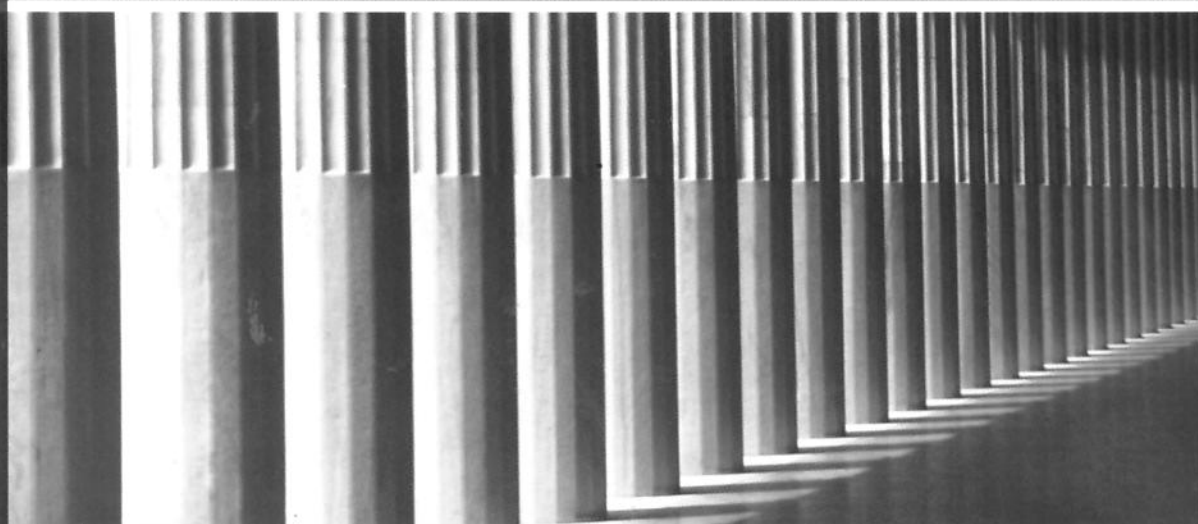


COLEÇÃO ATLAS DE ARBITRAGEM

Coordenação
Carlos Alberto Carmona

SOFT LAW E PRODUÇÃO DE
PROVAS NA ARBITRAGEM
INTERNACIONAL

André de Albuquerque Cavalcanti Abbud



atlas

Introdução: objeto do estudo

1

Nos últimos dez ou quinze anos, uma particular forma de disciplina do processo arbitral internacional ganhou corpo e difundiu-se. Trata-se de instrumentos escritos não obrigatórios, como diretrizes, recomendações, protocolos, guias e códigos de conduta, elaborados por comissões e organismos não estatais, cuja aplicação ao processo arbitral é condicionada à vontade das partes ou à iniciativa dos árbitros. Essas ferramentas não vinculantes, integrantes da chamada "*soft law*", visam a orientar a prática de atos processuais no espaço deixado por leis nacionais, tratados internacionais e regulamentos de arbitragem, isto é, normas jurídicas aplicáveis à arbitragem por imposição da lei ou do contrato ("*hard law*").

Não é que a existência de documentos dessa espécie seja, em si, nova. Na arbitragem internacional, eles são conhecidos ao menos desde 1958, quando a International Law Commission adotou as *Model rules on arbitral procedure*, baseadas em texto preliminar apresentado em 1950.¹ Tampouco se trata de fenômeno exclusivo à arbitragem; a *soft law* vem se tornando mais comum no direito internacional público e privado de modo geral (ver item 1.2).² Ocorre que, recentemente, a criação e o

¹ Cf. o *Yearbook of the international law commission*, 1958, v. 2, pp. 80 ss., e 1950, v. 2, pp. 114 ss.

² Cf. Richard Baxter, *International law in 'her infinite variety'*, esp. p. 557; Anthony Aust, *The theory and practice of informal international instruments*, pp. 787-8; Kenneth Abbott e Duncan Snidal, *Hard and soft law in international governance*, p. 421; Prosper Weil, *Towards relative normativity in international law*, pp. 413-5; Anna di Robilant, *Genealogies of soft law*, pp. 499-505; Christine Chinkin, *The challenge of soft law: development and change in international law*, p. 850; Jack Goldsmith e Eric Posner, *The limits of international law*, p. 82; Andrew Guzman, *How international law works: a rational choice theory*, p. 134;

uso de instrumentos destinados a regular o processo arbitral internacional de modo não vinculante proliferaram de forma sem precedentes (*infra* n. 1.1), e isso vem produzindo importantes efeitos sobre a prática da arbitragem. Atualmente, é muito comum que esses atos não legais influenciem a condução das etapas e a solução de algumas das questões mais sensíveis do processo arbitral. Em especial, a *soft law* tem sido amplamente usada para regular a fase instrutória da arbitragem, a independência e a imparcialidade dos árbitros e a organização geral do procedimento.³

Dentre os mais bem-sucedidos instrumentos de *soft law* processual, destacam-se as Regras da IBA sobre a Produção de Provas na Arbitragem Internacional de 1999, revisadas em 2010,⁴ as Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesse na Arbitragem Internacional de 2004⁵ e as Notas da Uncitral sobre a Organização de Procedimentos Arbitrais de 1996.⁶ Mas inúmeros outros textos dessa natureza têm sido produzidos.⁷

Francis Snyder, *The effectiveness of European community law: institutions, processes, tools and techniques*, p. 32; Michael Reisman, *The concept and functions of soft law in international politics*, p. 143; David Trubek e Louise Trubek, *Hard and soft law in the construction of social Europe: the role of the open method of coordination*, pp. 343 ss.; Ryuichi Ida, *Formation des normes internationales dans un monde en mutation: critique de la notion de soft law*, p. 333; Douglas Johnston, *Book reviews: commitment and compliance: the role of non-binding instruments in the international legal system*, p. 710. Na literatura nacional, cf. Lauro Gama Jr., *Contratos internacionais à luz dos princípios do Unidroit 2004*, p. 220; Salem Hikmat Nasser, *Fontes e normas do direito internacional – um estudo sobre a soft law*, pp. 21-3; Maristela Basso, *Curso de direito internacional privado*, p. 80; Alberto do Amaral Jr., *Curso de direito internacional público*, pp. 573-5. José Eduardo Faria aponta a expansão de “princípios, recomendações, códigos de conduta e diretivas” como uma tendência do direito contemporâneo (*Sociologia jurídica: direito e conjuntura*, pp. 75-7).

³ Cf. William Park, *The procedural soft law of international arbitration: non-governmental instruments*, p. 141.

⁴ Disponíveis em www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx (acesso em 3.8.2011).

⁵ Disponíveis em www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx (acesso em 3.8.2011).

⁶ Disponíveis em www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-notes/arb-notes-e.pdf (acesso em 3.8.2011).

⁷ Entre os mais e menos relevantes, podem-se citar o Código de Ética para Árbitros em Disputas Comerciais do AAA/ICDR, o Protocolo sobre Produção de Documentos e Apresentação de Testemunhas em Arbitragem Comercial do CPR, as Diretrizes para os Árbitros Relativas ao Intercâmbio de Informações do ICDR, as Técnicas da CCI para Controle da Produção de Documentos Eletrônicos Quando Permitida ou Requerida na Arbitragem Internacional, as Técnicas da CCI para Controle de Tempo e Custos na Arbitragem, as Regras de Ética para Árbitros Internacionais da IBA, as Diretrizes Internas do Tribunal de Disputas EUA-Irã (*Iran-US Claims Tribunal*), as Diretrizes para Árbitros da SCC, os Princípios de Processo Civil Transnacional do ALI/Unidroit, as Diretrizes sobre Entrevistas com Árbitros Prospectivos e o Protocolo para “E-Disclosure” na Arbitragem do CI Arb, as Diretrizes de Eficiência para

O uso crescente da *soft law* em espécies variadas de arbitragens internacionais, em vasto âmbito geográfico e por árbitros e partes integrados às diferentes culturas jurídicas mostra que ela assumiu papel de destaque no desenvolvimento contemporâneo da prática arbitral internacional. O presente trabalho procura explorar precisamente esse papel, suas principais causas e consequências.

O argumento é que a adoção da *soft law* para regular questões processuais vem se expandindo, e essa expansão reflete e produz mudanças importantes na arbitragem internacional. Reflete porque é em si o resultado de demandas dos profissionais da área, que não vinham sendo satisfeitas nos limites do quadro normativo tradicional. Produz porque gera transformações na prática e no direito da arbitragem, ligadas ao modo de conduzir o procedimento e resolver questões processuais, ao reequilíbrio entre as partes e suas expectativas, à educação dos profissionais e à difusão de técnicas e informações, ao ganho de previsibilidade e transparência, à legitimidade do instituto e à contribuição para o desenvolvimento de uma disciplina transnacional para o processo arbitral internacional.

Essas mudanças que a *soft law* pode produzir e vem produzindo sobre a arbitragem internacional são positivas. De fato, como o uso desses instrumentos depende exclusivamente da vontade dos sujeitos do processo arbitral (especialmente partes e árbitros), sua ampla e crescente aceitação indica que tais diretrizes e *standards* têm sido considerados benéficos para a regulação de certas matérias, quando comparados às alternativas situadas nos extremos opostos do espectro jurídico: de um lado, as normas jurídicas vinculantes; de outro, a absoluta ausência de qualquer regra ou diretriz. É justamente a partir da comparação com essas duas alternativas teóricas que se procura entender e explicar a emergência da *soft law* processual. A um só tempo, esse contraponto joga luz sobre os principais porquês da expansão e permite mostrar os efeitos centrais que ela produz sobre a arbitragem.

Ao se identificar e precisar o objeto do estudo, é preciso registrar que ele está circunscrito a duas formas, ambas expressas no título. Em primeiro lugar, trata-se apenas da *soft law* voltada a regular *questões processuais na arbitragem internacional*.⁸

a Fase Pré-Audiência de Arbitragens Internacionais do JAMS International, o Guia de "Best Practices" em Arbitragem Comercial do *College of Commercial Arbitrators*.

⁸ Por questões processuais entendem-se aquelas relacionadas tanto aos atos do procedimento quanto às relações estabelecidas entre os sujeitos do processo, como as ligadas à ética e a conflitos de interesses (para a definição de processo como procedimento e relação jurídica processual, cf. Giuseppe Chioven- da, *Instituições de direito processual civil*, pp. 55-65; Enrico Tullio Liebman, *Manual de direito processual civil*, pp. 62-5; Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, v. 2, pp. 25-32 e 195-8). A expressão arbitragem internacional é usada aqui em sentido amplo, de acordo com os critérios da Lei-Modelo da Uncitral (art. 1.3), para designar disputas (a) entre partes com sedes, nacionalidades ou domicílios em países diferentes, (b) relativas ao comércio internacional ou (c) sediadas em país diferente dos das partes.

A análise exclui, portanto, ferramentas relacionadas a direito material ou produzidas apenas para arbitragens domésticas – ainda que algumas das observações possam ser úteis também nessas esferas. Em segundo lugar, o trabalho está centrado na disciplina da produção de provas na arbitragem, fase nuclear do procedimento e um dos principais campos de expansão da *soft law*.⁹ Nesse sentido – e até porque a pesquisa não poderia ter por objeto a análise detalhada do funcionamento de todos os instrumentos processuais não vinculantes –, optou-se por focar as atenções naquele que provavelmente é o mais bem-sucedido deles: as Regras da IBA sobre a Produção de Provas na Arbitragem Internacional. Sem se deixar de fazer referência a outros textos relevantes, as Regras da IBA são usadas ao longo do livro e, especialmente, no capítulo 5, como principal paradigma, ou objeto de estudo de caso, a respeito do impacto que a *soft law* vem produzindo e pode produzir sobre o processo arbitral internacional. Com esse objetivo, também, o uso das Regras da IBA foi alvo de pesquisa empírica realizada com atores relevantes da área (*infra* n. 1.1 e Anexo).

O trabalho está dividido da seguinte forma. Primeiro, demonstra-se a expansão da *soft law* processual e procura-se detalhar o valor e os efeitos jurídicos desses instrumentos (*infra* n. 1). Segundo, examinam-se as principais razões e os principais efeitos da emergência da *soft law* na arbitragem internacional. Para isso, ela é primeiro contraposta à alternativa da regulação das mesmas questões por normas jurídicas propriamente ditas (*infra* n. 2) e, após, à alternativa da completa ausência de qualquer disciplina a respeito (*infra* n. 3). Terceiro, faz-se análise das principais críticas formuladas a respeito da expansão da *soft law* (*infra* n. 4). Quarto, vale-se da instrução probatória e, em especial, das Regras da IBA, para mostrar em concreto e na prática como a *soft law* vem influenciando o desenvolvimento contemporâneo da arbitragem internacional (*infra* n. 5). Por fim, faz-se breve conclusão do trabalho (*infra* n. 6).

1.1 A emergência da *soft law* processual na arbitragem internacional

O primeiro marco no movimento recente de expansão da *soft law* processual pode ser fixado em 1996, quando, em meio a bastante discussão sobre a conve-

⁹ Esse é o tema, por exemplo, das Regras da IBA sobre a Produção de Provas na Arbitragem Internacional, do Protocolo sobre Produção de Documentos e Apresentação de Testemunhas em Arbitragem Comercial do CPR, das Diretrizes para os Árbitros Relativas ao Intercâmbio de Informações do ICDR, das Técnicas da CCI para Controle da Produção de Documentos Eletrônicos Quando Permitida ou Requerida na Arbitragem Internacional, do Protocolo para “E-Disclosure” em Arbitragem do CI Arb e de boa parte das Notas da Uncitral sobre a Organização de Procedimentos Arbitrais e das Técnicas da CCI para Controle de Tempo e Custos na Arbitragem.

niência de se editar documento do tipo,¹⁰ a Uncitral publica suas Notas sobre a Organização de Procedimentos Arbitrais, contendo uma lista de questões e possíveis soluções a serem consideradas por árbitros e partes no planejamento dos atos do procedimento. Alguns anos depois, em 1999, a IBA lança aquele que se tornaria o mais difundido instrumento de *soft law* processual: suas Regras sobre Produção de Provas na Arbitragem Internacional, revisadas e republicadas em 2010.¹¹ Nesse meio tempo, em 2004, a IBA produz outra importante ferramenta, desta vez dirigida à ética dos árbitros: as Diretrizes sobre Conflitos de Interesse na Arbitragem Internacional.

A partir daí, prolifera-se a criação de instrumentos da espécie. Para ficar apenas em alguns exemplos, em 2007 a CCI divulga suas Técnicas para Controle de Tempo e Custos na Arbitragem e o CPR publica seu Protocolo sobre Produção de Documentos e Apresentação de Testemunhas em Arbitragem Comercial. Em 2010, a SCC emite suas Diretrizes para Árbitros e o CPR edita seu Protocolo sobre Fixação de Danos na Arbitragem, composto majoritariamente por disposições sobre processo. Em 2011, o ICDR cria suas Diretrizes para os Árbitros Relativas ao Intercâmbio de Informações, o CPR suas Diretrizes sobre Resolução Preliminar de Questões na Arbitragem e o JAMS International as Diretrizes de Eficiência para a Fase Pré-Audiência de Arbitragens Internacionais. No mesmo ano, ainda, a CCI publica Técnicas para Controle da Produção de Documentos Eletrônicos Quando Permitida ou Requerida na Arbitragem Internacional. Além disso, a CCI possui atualmente outros cinco corpos de diretrizes para o processo arbitral,¹² enquanto o CIArb conta com 20 instrumentos da espécie.¹³

¹⁰ Cf. Philippe Fouchard, *Une initiative contestable de la CNUDCI – a propos du projet de “directives pour les conférences préparatoires dans le cadre des procédures arbitrales”*, *passim*; Pierre Lalive, *De la fureur réglementaire*, *passim*; Roberto Ceccon, *Uncitral notes on organizing arbitral proceedings and the conduct of evidence – a new approach to international arbitration*, *passim*. Essa discussão será examinada oportunamente (*infra* n. 4).

¹¹ As Regras da IBA de 1999 modernizaram as antigas disposições das *Supplementary Rules Governing the Presentation of Evidence in International Commercial Arbitration*, editadas pela entidade em 1983.

¹² As Questões para *Experts* Atuando sob as Regras de Expertise ou as Regras de Arbitragem da CCI, as Questões para Consideração de Árbitros sobre *Experts*, as Questões a Serem Consideradas no Uso de TI na Arbitragem Internacional, as Diretrizes para Arbitragem de Pequenas Causas sob as Regras de Arbitragem da CCI e a Nota sobre Processo Arbitral Expedido da CCI.

¹³ A maioria desses instrumentos está disponível nos *sites* das respectivas instituições (acesso em 9.12.2012): CPR (<http://www.cpradr.org>), ICDR (www.adr.org/icdr), SCC (<http://www.sccinstitute.com>), CCI (<http://www.iccwbo.org>), JAMS International (<http://www.jamsinternational.com>) e CIArb (<http://www.ciarb.org>). Depois de concluído este trabalho, a IBA lançou em maio de 2013 diretrizes sobre representação das partes na arbitragem internacional (disponível em http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#partyrep).

O aumento do número de instrumentos de *soft law* veio acompanhado da utilização cada vez mais frequente das principais ferramentas dessa espécie pelos profissionais da arbitragem internacional. Naturalmente, a investigação do uso de cada uma delas em concreto é bastante difícil, especialmente em razão da confidencialidade que cerca boa parte das arbitragens e das decisões nelas proferidas. Da mesma forma, muitas instituições arbitrais não publicam ou motivam suas decisões sobre objeções e impugnações a árbitros, o que seria útil para aferir o uso, por exemplo, das Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses.

A despeito disso, existem atualmente fortes indicativos, ou mesmo provas decisivas, da difusão do recurso a alguns dos mais destacados veículos de *soft law* processual.

A primeira indicação desse êxito é a opinião externada publicamente por inúmeros profissionais da arbitragem internacional. Reconhece-se amplamente, hoje, que as Regras da IBA sobre Produção de Provas são frequentemente invocadas para guiar a instrução probatória, tendo se tornado “lei comum” na matéria.¹⁴ Da mesma forma, afirma-se que as Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesse viraram um dos “documentos sagrados” citados por partes, árbitros e instituições arbitrais nos casos em que a independência do árbitro é contestada.¹⁵

¹⁴ Cf. Alan Redfern e Martin Hunter, *Law and practice of international commercial arbitration*, p. 86; Gary Born, *International commercial arbitration*, v. 2, p. 1793; V.V. Veeder, *Are the IBA rules “perfectible”?*, p. 321; Bernard Hanotiau, *Document production in international arbitration: a tentative definition of ‘best practices’*, p. 114; William Park, *The 2002 Freshfields lecture – arbitration’s protean nature: the value of rules and the risks of discretion*, p. 290, nota 38; Pierre-Yves Gunter, *Transnational rules on the taking of evidence*, pp. 146-7; Jeff Waincymer, *Procedure and evidence in international arbitration*, p. 757; George von Mehren e Claudia Salomon, *Submitting evidence in an international arbitration: the common lawyer’s guide*, p. 285; Nadia Darwazeh, *Document discovery and the IBA rules on evidence: a practitioner’s view*, p. 101; Julian Lew, *Document disclosure, evidentiary value of documents and burden of evidence*, p. 11; Axel Baum, *International arbitration: the path toward uniform procedures*, p. 56; Horacio Grigera Naón, *Document production in international commercial arbitration: a Latin American perspective*, p. 15; David Rivkin, *A proposal for reforming international arbitration*, *passim*; Paulsson and professor debate *soft law*, notícia publicada na *Global Arbitration Review* em 15.4.2008; Richard Kreindler, em palestra proferida na Conferência Anual da IBA de 2009 (cf. André de Albuquerque Cavalcanti Abbud, *Hot topics – open forum on the review of the IBA Rules on the taking of evidence in international arbitration*, p. 30; Lawrence Newman e David Zaslowsky, *Soft law guides parties on procedures in international arbitration*, pp. 1-2; Peter Chow et al., *Compulsion of evidence in international commercial arbitration: an Asia-Pacific perspective*, p. 38).

¹⁵ Cf. William Park, *Procedural default rules revisited*, p. 362; IBA Conflicts of Interest Subcommittee, *The IBA guidelines on conflicts of interest in international arbitration: the first five years 2004-2009*, pp. 6-7; James Carter, *Reaching consensus on arbitrator conflicts: the way forward*, p. 19; Gary Born, *International commercial arbitration*, v. 1, p. 1536 e nota 922; Geoff Nicholas e Constantine Partasides, *LCIA court decisions on challenges to arbitrators: a proposal to publish*, p. 3; Ramon Mullerat, *Arbitrators’ conflicts of interest revisited: a contribution to the revision of the excellent IBA guidelines on conflicts of interest in inter-*

Esse testemunho é confirmado por diversas decisões proferidas em processos judiciais e arbitragens internacionais, sejam comerciais ou de investimentos. Levantamento feito em bases de dados publicamente disponíveis identificou ao menos 43 precedentes em que é feita referência às Regras da IBA sobre Provas, às Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses ou às Notas da Uncitral sobre a Organização de Procedimentos Arbitrais.¹⁶ Segundo registrou um tribunal do ICSID, “as Regras da IBA [sobre Produção de Provas] são amplamente usadas por tribunais arbitrais internacionais como um guia mesmo quando não os vinculam”.¹⁷ Quanto às Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses, afirma-se que “árbitros lidando com propostas de desqualificação têm sido frequentemente influenciados por elas”.¹⁸ E outro tribunal atesta, apoiado em vários precedentes, que “desde sua adoção em 2004, as Diretrizes da IBA têm sido amplamente usadas como catálogo de bases para impugnações, bem como de parâmetros para o dever de revelação do árbitro. Múltiplos tribunais aplicando a Convenção ICSID reconheceram a autoridade persuasiva das Diretrizes da IBA”.¹⁹ Por fim, no tocante às Notas da Uncitral, um tribunal NAFTA reconheceu usá-las como guia, “assim como uma série de outros tribunais fizeram”.²⁰

Outros importantes indicativos da expansão do uso da *soft law* estão nos levantamentos feitos por terceiros sobre sua invocação por árbitros, partes, órgãos judiciais e instituições arbitrais.

Em 2010, a CCI publicou uma compilação das ordens processuais proferidas em arbitragens administradas pela instituição entre 2003 e 2004. Isso permitiu ver

national arbitration, p. 58; Judith Gill, *The IBA conflicts guidelines – who’s using them and how?*, pp. 61-71; Jeff Waincymer, *Procedure and evidence in international arbitration*, pp. 296-7.

¹⁶ Os casos, listados com suas referências completas ao fim deste trabalho, foram pesquisados nas bases de dados da *Kluwer* (www.kluwerarbitration.com), do ICSID (<https://icsid.worldbank.org/ICSID/Index.jsp>) e dos sites *Investment Treaty Arbitration* (www.italaw.com) e *NAFTA Claims* (<http://www.naftaclaims.com>) entre fevereiro e abril de 2011 e em dezembro de 2012. Esse número não inclui os casos divulgados em coletâneas citadas ao longo do trabalho (*Decisions on ICC arbitration procedure – a selection of procedural orders issued by arbitral tribunals acting under the ICC rules of arbitration (2003-2004)*, *passim*; IBA Conflicts of Interest Subcommittee, *The IBA guidelines on conflicts of interest in international arbitration: the first five years 2004-2009*, *passim*; Judith Gill, *The IBA conflicts guidelines – who’s using them and how?*, *passim*; Thomas Walsh e Ruth Teitelbaum, *The LCIA court decisions on challenges to arbitrators: an introduction*, *passim*).

¹⁷ Caso ICSID *Railroad Development Corporation (RDC) v. Republic of Guatemala* (ARB/07/23), decisão de 15.10.2008 (trad. livre).

¹⁸ Caso ICSID *Tidewater Inc. and Others v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ARB/10/5), decisão de 23.12.2010 (trad. livre).

¹⁹ Caso ICSID *Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine* (ARB/07/16), decisão de 19.3.2010 (trad. livre).

²⁰ Caso NAFTA *Merril & Ring Forestry L.P. v. Canada*, decisão de 12.12.2007 (trad. livre).

que muitas dessas decisões “são direta ou indiretamente inspiradas pelas Regras da IBA sobre Produção de Provas na Arbitragem Internacional, ou incorporam estas como regras procedimentais por referência”.²¹ Em 2009, a IBA fez pesquisa com 173 profissionais da arbitragem internacional vindos de 30 países diferentes. 43% dos entrevistados disseram usar as Regras da IBA sobre Provas como referência durante o processo em quase todas ou na maioria das arbitragens; ainda, 42% afirmaram usá-las dessa forma em algumas ou poucas arbitragens.²²

O uso das Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses conta com levantamentos ainda mais extensos. Pesquisa feita pela própria CCI mostrou que, dos 187 casos pesquisados em que a Corte de Arbitragem foi chamada a decidir impugnações ou objeções à confirmação de árbitros, em 106 deles a Secretaria fez referência a ao menos um artigo das Diretrizes da IBA no parecer que prepara para instruir o julgamento.²³

O subcomitê da IBA sobre conflitos de interesses, destinado precisamente a monitorar as decisões que fazem referência às Diretrizes da IBA e colher sugestões a respeito destas, também elaborou relatórios reunindo diversos precedentes judiciais e arbitrais em que essa ferramenta de *soft law* é invocada. Esses relatórios também reportam o uso que se vem fazendo das Diretrizes pelas instituições de arbitragem. A LCIA afirma que várias decisões sobre impugnações a árbitros se referem às Diretrizes da IBA, como mais um elemento dentro de análise ampla dos padrões pre-valetentes de imparcialidade. A SCC diz consultar as Diretrizes em todos os casos em que um árbitro é impugnado. Caso a situação concreta se enquadre em algum dispositivo das Diretrizes, ele é identificado no parecer que instrui a decisão do Conselho da SCC. A Câmara Arbitral de Milão sempre leva em conta as Diretrizes da IBA ao tomar decisões sobre confirmações ou impugnações de árbitros. Elas também têm sido consideradas com frequência pela WIPO e por tribunais ICSID.²⁴

²¹ Cf. a introdução de Dominique Hascher a *Decisions on ICC arbitration procedure – a selection of procedural orders issued by arbitral tribunals acting under the ICC rules of arbitration (2003-2004)*, p. 10 (trad. livre).

²² Cf. Richard Kreindler, *Possible future revisions to the IBA rules on the taking of evidence in international commercial arbitration*, p. 88; Georg von Segesser, *The IBA rules on the taking of evidence in international arbitration revised version*, p. 736.

²³ Cf. José Ricardo Feris e Simon Greenberg, *References to the IBA guidelines on conflicts of interest in international arbitration when deciding on arbitrator independence in ICC cases*, p. 33. As decisões da Corte sobre objeções e impugnações não são motivadas.

²⁴ Cf. IBA Conflicts of Interest Subcommittee, *The IBA guidelines on conflicts of interest in international arbitration: the first five years 2004-2009*, *passim*. O outro levantamento foi relatado por Judith Gill, *The IBA conflicts guidelines – who's using them and how?*, *passim*. Para algumas dessas instituições, cf. ainda Geoff Nicholas e Constantine Partasides, *LCIA court decisions on challenges to arbitrators: a proposal to*

Como a investigação feita no presente trabalho se concentra sobre a instrução probatória, optou-se por fazer levantamento próprio e específico sobre o uso das Regras da IBA sobre Provas. A pesquisa qualitativa consistiu em entrevistas eletrônicas com 14 dos operadores mais experientes e renomados da arbitragem internacional, respondidas em 2011 e 2012. Foram escolhidos entrevistados de nacionalidades diversas e distribuídas em partes iguais entre países filiados à tradição romano-germânica e à anglo-saxônica, dentre membros do Conselho Diretor do ICCA, membros e ex-membros da Corte de Arbitragem da CCI, sócios da área de arbitragem de grandes escritórios internacionais e professores universitários com vasta atuação como árbitros.²⁵ Os resultados dessa pesquisa são apresentados ao longo do trabalho, e sua síntese constitui o Anexo.

Para *todos* os entrevistados, as Regras da IBA ganharam ampla aceitação na comunidade arbitral internacional (resposta à questão 2). Perguntados sobre a frequência com que as Regras foram aplicadas, no todo ou em parte, nos casos de que participaram como árbitros ou advogados, a maioria dos respondentes (7) atestou que elas foram adotadas em 50 a 75% das arbitragens, três deles disseram que elas foram aplicadas em 25 a 50% dos casos, enquanto para um deles elas foram usadas em 75 a 100% dos processos e, para outro, em 1 a 25% dos casos (resposta à questão 7).

A confirmação definitiva da difusão das Regras da IBA na arbitragem internacional veio, no entanto, com a ampla pesquisa realizada pelo White & Case e pela Queen Mary University of London, divulgada no fim de 2012. Foram entrevistados 710 profissionais da arbitragem internacional com experiência e oriundos de regiões e culturas jurídicas diversificadas.²⁶ De acordo com a pesquisa, as Regras da IBA são adotadas em 60% das arbitragens internacionais. Além disso, a grande maioria dos respondentes (85%) consideram útil a adoção das Regras, enquanto apenas 5% as consideram não úteis.²⁷

publish, p. 3, e Thomas Walsh e Ruth Teitelbaum, *The LCIA court decisions on challenges to arbitrators: an introduction*, p. 288.

²⁵ As nacionalidades dos respondentes estão assim distribuídas: França (1), Holanda (1), Itália (1), Brasil (1), Portugal (1), Argentina (1), Colômbia (1), Reino Unido (3), Estados Unidos (3) e Cingapura (1). Como se vê do pequeno universo amostral, não se procurou fazer uma pesquisa quantitativa e, portanto, os resultados não têm valor estatístico, mas apenas indicativo da opinião de operadores experientes da arbitragem internacional ao redor do mundo.

²⁶ Cf. 2012 *international arbitration survey: current and preferred practices in the arbitral process*, pp. 44-5. A maioria dos respondentes (71%) participou de mais de cinco arbitragens internacionais nos últimos cinco anos e muitos deles (57%) trabalham em organizações que estiveram envolvidas em mais de 20 arbitragens no mesmo período.

²⁷ Cf. 2012 *international arbitration survey: current and preferred practices in the arbitral process*, p. 11.

Demonstrado assim o crescimento do número de ferramentas de *soft law* e de seu uso na arbitragem internacional, importa olhar mais de perto para esses corpos de diretrizes.

1.2 O que é *soft law*?

Os instrumentos que constituem o objeto deste trabalho vêm sendo designados em conjunto, aqui e alhures, de *soft law*.²⁸ Mas o que significa dizer que algo constitui *soft law*? Este tópico e o próximo têm por objetivo examinar com mais detalhes o conceito, as vicissitudes, o valor e os efeitos jurídicos dos instrumentos de *soft law* processual na arbitragem internacional.

Desenvolvida originalmente na esfera do direito internacional público, a fórmula *soft law* acabou se espalhando para outros campos do direito, notadamente o direito internacional privado e a sociologia jurídica.²⁹ Em seu sentido mais genérico, aponta para todos os instrumentos regulatórios dotados de força normativa limitada, isto é, que em princípio não são vinculantes, não criam obrigações jurídicas, mas ainda assim produzem certos efeitos concretos aos destinatários.³⁰

Para além dessa característica comum, não há uniformidade entre os autores que se debruçaram sobre o tema a respeito da exata definição de *soft law*. Essa expressão é utilizada para se referir a realidades bastante distintas, tanto em sua origem quanto em sua forma, sujeitos, conteúdo e efeitos. Sendo múltiplos os atos agrupados sob esse conceito, são naturais as tentativas de classificação.

É possível identificar três sentidos principais em que a ideia de *soft law* costuma ser usada. O primeiro refere-se a instrumentos que, por sua própria forma legal, fonte ou modo de produção, têm caráter não vinculante. O próprio instrumento é “*soft*”, independentemente do teor de suas regras. Nessa acepção, atos como declarações, memorandos de entendimento e recomendações seriam *soft law* por natureza, ao passo que os tratados internacionais seriam sempre *hard law*. O segundo

²⁸ Cf., por exemplo, William Park, *The procedural soft law of international arbitration: non-governmental instruments*, p. 141; Philippe Fouchard, *Une initiative contestable de la CNUDCI – a propos du projet de “directives pour les conférences préparatoires dans le cadre des procédures arbitrales”*, p. 381; Carlos Alberto Carmona, *Em torno do árbitro*, p. 54.

²⁹ Anna di Robilant, *Genealogies of soft law*, p. 499.

³⁰ Francis Snyder, *The effectiveness of European community law: institutions, processes, tools and techniques*, p. 32; Anna di Robilant, *Genealogies of soft law*, p. 499; Richard Baxter, *International law in ‘her infinite variety’*, p. 549; Cynthia Crawford Lichtenstein, *Hard law v. soft law: unnecessary dichotomy?*, pp. 1433-4; Anthony Aust, *The theory and practice of informal international instruments*, p. 794; Andrew Guzman, *How international law works: a rational choice theory*, p. 142.

sentido tem por critério distintivo não a forma do instrumento, mas seu conteúdo, o caráter mais ou menos construtivo de suas normas. *Soft law* seriam aquelas disposições formuladas de modo amplo ou abstrato, dotadas de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, tais como princípios. Em contrapartida, as regras formuladas de modo preciso e estrito comporiam a *hard law*. Nesse caso, os tratados internacionais podem veicular tanto *hard law* quanto *soft law*. Por fim, uma terceira acepção emprega a expressão *soft law* para se referir a regras cujo cumprimento não é passível de ser imposto por mecanismos vinculantes ou compulsórios de resolução de disputas (*compulsory adjudication*), tais como o Poder Judiciário ou a arbitragem, mas apenas por meios consensuais ou não vinculantes como a conciliação, a mediação, a negociação ou a persuasão (*soft enforcement*). O que distingue a *hard law* da *soft law* nesse terceiro sentido é a natureza do meio de resolução de disputas relativas àquelas normas.³¹

Tomada nessas várias acepções, a expressão *soft law* é utilizada para designar uma “infinita variedade” de instrumentos do direito internacional, para usar o título do texto precursor de Baxter.³² E a ampla gama de atos que recebem esse nome é originada também de diferentes órgãos produtores. Ela é composta, em primeiro lugar, por documentos produzidos pelos Estados nacionais, como declarações, memorandos de entendimento, atas finais de reuniões, agendas ou programas de ação, recomendações e “acordos de cavalheiros” (*gentlemen's agreements*). Exemplos disso são a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), a Agenda 21, a Ata Final da Conferência de Helsinque sobre Segurança e Cooperação na Europa (1975) e as declarações do G8 e do G20. Também são chamados de *soft law* certos atos produzidos no âmbito de organizações internacionais, como resoluções, decisões, recomendações, declarações e códigos de conduta, emitidos por órgãos como as Nações Unidas (ONU), a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a Organização das Nações Unidas para Agricultura e Alimentação (FAO), a Agência Internacional de Energia Atômica (AIEA) e o Programa

³¹ A sistematização se deve a Alan Boyle, *Some reflections on the relationship of treaties and soft law*, pp. 901-2. Alguns autores preferem distinguir apenas a *soft law* em “forma legal”, isto é, tratados internacionais dotados de obrigações vagas em seu conteúdo ou fracas em seus requisitos (*legal soft law*), da *soft law* não legal, consistente em documentos não vinculantes ou de adoção voluntária produzidos por organizações internacionais (*non-legal soft law*) – cf. Tadeusz Gruchalla-Wesierski, *A framework for understanding “soft law”*, p. 44, Christine Chinkin, *The challenge of soft law: development and change in international law*, p. 851. Já Prosper Weil prefere reservar a expressão apenas para normas jurídicas vagas, rejeitando seu uso para se referir ao “valor sublegal de certos atos não normativos”, como as resoluções de organizações internacionais (Prosper Weil, *Towards relative normativity in international law*, p. 414, nota 7).

³² Richard Baxter, *International law in ‘her infinite variety’*, p. 549.

das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA).³³ Finalmente, recebem ainda o nome de *soft law* determinados documentos forjados por entidades privadas (não estatais), como associações civis e instituições acadêmicas. Como exemplos têm-se os Princípios para Contratos Comerciais Internacionais do Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), as resoluções e os relatórios finais da International Law Association (ILA), os Termos Internacionais de Comércio (INCOTERMS) da CCI, os padrões (*standards*) internacionais da Organização Internacional de Padronização e as diretrizes e regras emitidas pela IBA.³⁴

Como se vê, ainda que a expressão *soft law* seja relativamente nova, a realidade que ela procura identificar não é.³⁵ O difícil, no entanto, é remontar às origens remotas da *soft law*. Não existe acordo entre os internacionalistas, historiadores e sociólogos do direito que escreveram sobre o tema a respeito da genealogia da *soft law*. Em sua pesquisa sobre essa “história intelectual” da *soft law*, Anna di Robilant reduziu o dissenso a duas correntes principais. A primeira aponta os ancestrais da *soft law* na chamada *lex mercatoria* e no pluralismo legal medieval. A segunda corrente recua menos no tempo, associando a *soft law* a noções de direito social e pluralismo legal desenvolvidas por juristas europeus antiformalistas a partir do fim do século XIX.³⁶

A autora demonstra, no entanto, ser impossível afirmar com certeza qual é a árvore genealógica da *soft law*. Tanto a “genealogia neomedieval” quanto a “genealogia social” são marcadas por fraturas, saltos históricos e ambiguidades. Na realidade, ambas as correntes empregam conceitos altamente indeterminados como *lex mercatoria* e pluralismo legal com o propósito último de legitimar discursos no debate sobre o papel da *soft law* na unificação do direito comunitário europeu. A “genealogia neomedieval” tende a ser apropriada por defensores da integração dos mercados e da desregulamentação da economia, atentos aos interesses dos negócios, enquanto

³³ P. ex., Recomendação Relativa à Poluição Transfronteiriça e Diretrizes para Empresas Multinacionais, da OCDE (1974 e 1976), Compromisso Internacional sobre Recursos Genéticos de Plantas, da FAO (1983), Código de Conduta sobre a Segurança Tecnológica e Física das Fontes Radioativas, da IAEA (2004), Princípios de Conduta no Campo do Meio Ambiente, para Orientação dos Estados na Conservação e Utilização Harmônica de Recursos Naturais Compartilhados por Dois ou Mais Estados, do PNUMA (1978), e o Código de Conduta Internacional sobre a Distribuição e o Uso de Pesticidas da FAO (1985).

³⁴ Cf. Salem Hikmat Nasser, *Fontes e normas do direito internacional – um estudo sobre a soft law*, pp. 113-138, Anna di Robilant, *Genealogies of soft law*, p. 500; Alan Boyle, *Some reflections on the relationship of treaties and soft law*, p. 902; Richard Baxter, *International law in 'her infinite variety'*, pp. 557-562.

³⁵ Cf. Michael Reisman, *The concept and functions of soft law in international politics*, p. 136; Richard Baxter, *International law in 'her infinite variety'*, p. 557. Como prova o texto de Baxter, a expressão vem sendo usada ao menos desde o fim dos anos setenta.

³⁶ Anna di Robilant, *Genealogies of soft law*, pp. 500-1, 511-22, 527-47.

a “genealogia social” reforça o caráter pluralista da *soft law*, com o objetivo de promover uma agenda de proteção e solidariedade social.³⁷

Este livro não pretende e não precisa entrar nesse debate sobre as supostas origens históricas da *soft law* que, como visto, parece não permitir conclusões seguras. Neste tópico, procura-se apenas contextualizar a expressão para em seguida investigar o valor jurídico dos instrumentos de *soft law* processual voltados à arbitragem internacional e os modos em que aplicados.

Logicamente, a expressão *soft law* não é imune a críticas. Ao pretender referir-se a uma gama tão ampla e variada de fenômenos como os apontados, é de se questionar a utilidade que tenha como ferramenta descritiva. O uso de um mesmo nome para designar desde normas jurídicas formuladas de modo abstrato até instrumentos não normativos, desde atos produzidos por Estados até outros forjados por associações civis, pode gerar equívocos. Nesse sentido, Michael Reisman lembra que o grau de coercitividade do direito internacional varia ao longo de um *continuum* muito mais complexo que o sugerido pela dicotomia *hard/soft law*. Essas expressões seriam, portanto, “não apenas inadequadas para descrição, como também insuficientes para avaliação e ação”.³⁸

A despeito da procedência dessa crítica, sua consequência não deve ser o abandono da expressão. Não se pode negar que a adoção do termo *soft law* para designar determinados fenômenos associados ao universo jurídico acabou consagrada pelo uso, especialmente por internacionalistas e sociólogos do direito. Como esse termo vem sendo adotado há tempos pela comunidade internacional para se referir a uma determinada espécie de atos (ainda que ampla e multifacetada), a adoção do nome *soft law* se justifica para facilitar o diálogo e prevenir ruídos na comunicação. Evitá-lo ou substituí-lo por um novo traria mais dificuldades e equívocos que sua manutenção.³⁹ O importante, para todos aqueles que se valem do termo, é deixar bem clara a realidade a que estão se referindo sob a denominação

³⁷ Anna di Robilant, *Genealogies of soft law*, pp. 502-4, 552-4. Como exemplo do primeiro grupo, cf. Klaus Peter Berger, *The creeping codification of the lex mercatoria*, *passim*. Do segundo, cf. David Trubek e Louise Trubek, *Hard and soft law in the construction of social Europe: the role of the open method of coordination*, *passim*.

³⁸ Michael Reisman, *The concept and functions of soft law in international politics*, p. 138.

³⁹ Tanto é que os próprios críticos da expressão, como Michael Reisman, optaram por manter seu uso (cf. Michael Reisman, *The concept and functions of soft law in international politics* e *A hard look at soft law*, *passim*). No Brasil, também a adotam, por exemplo, Salem Hikmat Nasser, *Fontes e normas do direito internacional – um estudo sobre a soft law*, p. 24; Lauro Gama Jr., *Contratos internacionais à luz dos princípios do Unidroit 2004*, pp. 245 ss.; Alberto do Amaral Jr., *Curso de direito internacional público*, pp. 570 ss.; José Eduardo Faria, *Sociologia jurídica: direito e conjuntura*, p. 77.

de *soft law* e, então, delimitá-lo ou redefini-lo segundo o uso particular que dele se queira fazer em determinado estudo – como se fará adiante.⁴⁰

Ao lado disso, a heterogeneidade de objetos da expressão *soft law* recomenda cautela no trato da pesquisa e bibliografia produzidas sobre o tema. Estudos produzidos sobre uma realidade específica não podem ser transportados, sem mais, para outra significativamente distinta. Esse é o caso, por exemplo, do vasto material sobre a *soft law* enquanto instrumento do direito internacional público, dirigido essencialmente às relações entre Estados nacionais. Seu uso para o estudo de atos privados, produzidos especialmente por associações civis para os atores da arbitragem internacional, deve ser feito *cum grano salis*.

As mesmas razões que motivam a manutenção do termo também justificam sua não tradução. A palavra *law* bem poderia ser traduzida por “direito”. Mas a palavra “*soft*” tem diversos equivalentes em português (mole, macio, flexível, maleável, plástico, brando, suave, temperado, fraco, moderado etc.),⁴¹ de modo que a escolha por um deles seria arbitrária e poderia tornar a comunicação menos clara do que o uso do termo consagrado em inglês. Entre os autores que cuidaram do tema, *soft law* tornou-se um lugar comum argumentativo (*topos*), cujo emprego já transmite certa carga de sentido independentemente do idioma.

A expressão também é alvo de críticas por associar o adjetivo *soft* ao substantivo *law*. Em tom jocoso, Michael Reisman teria identificado nela um oxímoro: “*soft is to law as slightly is to pregnant*”.⁴² Associada a essa crítica está a ideia de que o fenômeno do direito não conheceria graus diversos de vinculatividade ou força, mas apenas um: o da norma jurídica, que simplesmente existe ou não existe. Se algo é direito (*law*), não pode ser “mole” ou “flexível” (*soft*). Aqui, a crítica à expressão acaba se confundindo com crítica à própria ideia de *soft law*. Prosper Weil acusava a *soft law* de introduzir uma relatividade no direito internacional avessa ao universo jurídico. A clara distinção entre normas e não normas, *lex lata* e *lex ferenda*, devia ser mantida em todo seu rigor para que o direito internacional público pudesse bem desempenhar sua função de organizar as relações entre Estados.⁴³ Na mesma linha, Jan Klabbbers afirma que a “simplicidade binária” do direito (legal ou ilegal, válido ou inválido) é relevante para regular as situações de forma clara e objetiva. Ao opor-se a essa dualidade, a *soft law* seria não apenas inútil, como perniciosa.⁴⁴

⁴⁰ “Las dificultades prácticas (com a ambiguidade natural à linguagem) pueden superarse si tomamos la precaución de precisar, en todos los casos de posible duda, el sentido con que hemos empleado tal o cual palabra o expresión” (Genaro Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, pp. 30-1).

⁴¹ Cf. Antonio Houaiss, *Dicionário inglês-português*, p. 733.

⁴² Cf. Paulsson and professor debate *soft law*, notícia publicada na *Global Arbitration Review* em 15.4.2008.

⁴³ Prosper Weil, *Towards relative normativity in international law?*, *passim*.

⁴⁴ Jan Klabbbers, *The undesirability of soft law*, pp. 382 ss.

Essa crítica pode ser examinada sob três perspectivas distintas. Se ela questiona a *existência* mesma do fenômeno que se convencionou chamar de *soft law*, acaba brigando com a própria realidade. Não há dúvida de que os instrumentos regulatórios descritos e exemplificados acima, de graus variados de vinculatividade, não apenas constituem um fato do direito internacional, como também encontram-se em franca expansão ao menos desde a última década do século XX. A realidade que recebe o nome de *soft law* não pode assim ser ignorada.⁴⁵

Por outro lado, se o que se está a dizer é que essas ferramentas não pertencem ao campo do direito, trata-se de debate com muito poucas chances de ser produtivo, caso se pretenda travá-lo em plano abstrato. Como se viu, atos de origem e efeitos muito diferentes costumam receber o nome de *soft law*. A discussão sobre o caráter jurídico desse fenômeno ganha sentido quando tem por objeto determinados instrumentos concretos. É isso que se fará em seguida com relação aos instrumentos de *soft law* processual na arbitragem internacional, que constituem o objeto deste estudo. De todo modo, a ideia binária de que atos de obrigatoriedade “reduzida” ou “relativa” não poderiam ser chamados de jurídicos decorre de visão tendente a identificar o direito exclusivamente na norma jurídica, ao modo da doutrina juspositivista. Aquilo que não fosse norma jurídica posta não poderia ser qualificado como direito.⁴⁶ Mas o fenômeno jurídico é mais complexo, não se confundindo ou reduzindo à noção de norma ou regra jurídica, e admite figuras dotadas de diferentes graus de vinculatividade – todas de interesse do operador ou estudioso do direito.⁴⁷

⁴⁵ Cf. as respostas às críticas de Prosper Weil e Jan Klabbers feitas por Ulrich Fastenrath (*Relative normativity in international law*, pp. 330 ss.), Hanspeter Neuhold (*The inadequacy of law-making by international treaties: “soft law” as an alternative?*, p. 47) e Andrew Guzman (*How international law works: a rational choice theory*, p. 142). O próprio Michael Reisman reconhece o fato (*The concept and functions of soft law in international politics*, p. 143). No direito comunitário europeu, por exemplo, a expansão dos mecanismos de *soft law* teve início nos anos 1990 com ferramentas como a European Employment Strategy (EES) e o Open Method of Coordination (OMC), ganhando impulso com o Conselho de Lisboa em 2000 (Anna di Robilant, *Genealogies of soft law*, pp. 501 e 504). Cf. também Christine Chinkin, *The challenge of soft law: development and change in international law*, p. 850; Oscar Schachter, *The twilight existence of nonbinding international agreements*, p. 304; Alberto do Amaral Jr., *Curso de direito internacional público*, pp. 570-5.

⁴⁶ Sobre a identificação juspositivista do direito como norma jurídica, cf. Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, pp. 27-8; Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *Introdução ao estudo do direito*, pp. 73-81.

⁴⁷ Talvez o mais óbvio exemplo disso sejam os princípios jurídicos, justamente um dos sentidos em que se emprega a expressão *soft law*. Para dois dos principais estudiosos contemporâneos dos princípios, estes integram o campo do direito e são normas, mas sua aplicação não é binária como a das regras jurídicas. Os princípios seriam “mandamentos de otimização” (Robert Alexy, *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático*, pp. 74-9) e teriam diferentes “pesos” ou “forças relativas” (Ronald Dworkin, *Taking rights seriously*, esp. pp. 42-3), de modo que sua aplicação em casos concretos teria “graus” variados conforme as circunstâncias de cada situação.

Por fim, a crítica formulada acima pode se dirigir à *conveniência* da adoção de mecanismos de *soft law* no direito internacional. Aqui, mais uma vez, trata-se de debate que ganha sentido quando feito à luz de instrumentos concretos, no qual se examinem suas vantagens e desvantagens comparativas. Boa parte da tese destina-se precisamente a verificar o que a arbitragem internacional ganha ou perde com a expansão dos instrumentos de *soft law* processual a ela voltados (*infra* nn. 2 a 5). No plano genérico, adiante-se apenas que um dos próprios críticos à expressão *soft law* nega ao fenômeno que ela designa caráter patológico ou disfuncional; ao contrário, entende que esses instrumentos desempenham importantes funções no direito internacional público.⁴⁸

Como ressaltado, este trabalho não tem por objeto todo e qualquer tipo de *soft law*, mas um subgrupo de instrumentos pertencentes a esse gênero. As preocupações aqui se centram no corpo de atos não obrigatórios como diretrizes, protocolos, guias, regras, *standards*, práticas, códigos de conduta e recomendações, elaborados por órgãos não estatais como associações profissionais, câmaras de comércio e organismos supranacionais, destinados a regular questões atinentes ao processo arbitral internacional, desde que e na medida em que as partes e os árbitros assim queiram.

Apesar de esses instrumentos também conterem significativas diferenças entre si, certas características essenciais os unem e justificam seu tratamento conjunto. Do ponto de vista material, obviamente, identificam-se por portarem disciplina para questões processuais da arbitragem internacional, e não atinentes ao mérito desta. Do ponto de vista formal ou estrutural, trata-se de atos não “positivados”, isto é, que por seu próprio modo ou fonte de produção não têm a intenção de vincular os potenciais destinatários. De acordo com os sentidos de *soft law* vistos acima, esses

Segundo Tercio Sampaio Ferraz Júnior, o ordenamento jurídico não é composto apenas por elementos normativos (normas), mas também por elementos não normativos (definições, preâmbulos, critérios classificatórios) e, ao lado desse repertório, por uma estrutura (conjunto de regras que determinam as relações entre os elementos) (*Introdução ao estudo do direito*, esp. pp. 174-7). Sob a perspectiva da sociologia do direito, José Eduardo Faria aponta a proliferação de “normas de baixa imperatividade” (*soft law*), expressas sob a forma de “princípios, recomendações, códigos de conduta e diretivas”, como uma de nove tendências do direito contemporâneo (*Sociologia jurídica: direito e conjuntura*, pp. 75-7). Em resposta a essa crítica positivista, diz Andrew Guzman: “não há dúvida de que os Estados acham útil celebrar acordos que ficam aquém de tratados formais. Simplesmente repudiá-los sob o argumento de que não se ajustam à definição tradicional de direito não promove a compreensão desses instrumentos ou do direito internacional. Em outras palavras, essa perspectiva doutrinária não oferece uma explicação de por que acordos de *soft law* existem de qualquer modo e não dá nenhuma diretriz sobre como eles devem ser examinados” (*How international law works: a rational choice theory*, p. 142 – trad. livre).

⁴⁸ Michael Reisman, *A hard look at soft law*, pp. 375-6; *The concept and functions of soft law in international politics*, p. 139.

atos são *soft* porque o próprio instrumento não é obrigatório, independentemente do grau de precisão com que formuladas suas disposições (*soft law* do instrumento, ou *soft law* “não legal”).

Se esses instrumentos destinam-se a regular questões do processo arbitral internacional e, portanto, são de interesse do operador do direito, é preciso investigar mais a fundo seu estatuto teórico.⁴⁹ Qual é o valor jurídico desses atos? Em que sentido e com que extensão e limites é lícito dizer que disciplinam o procedimento e a relação processual arbitral? A relevância dessas perguntas liga-se à identificação dos efeitos que a *soft law* processual produz sobre os árbitros e as partes da arbitragem internacional, ao conhecimento do modo como ela é interpretada e aplicada por seus usuários, ao estabelecimento de sua relação com outras fontes do direito. Em particular, é preciso enfrentar o problema de se saber quais são as possíveis consequências da “violação” ou da “inobservância” desses instrumentos por seus destinatários. É o que se fará a seguir.

1.3 O estatuto jurídico da *soft law* processual na arbitragem internacional

A questão relativa ao significado jurídico da *soft law* processual pode aparecer na prática de várias formas, das quais constitui exemplo o seguinte relato feito por profissional da área. Em determinada arbitragem internacional, o requerido buscou aplicar no curso do procedimento as Regras da IBA sobre a Produção de Provas, enquanto o requerente invocou as Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesse em impugnação a um dos árbitros. Ao mesmo tempo em que cada uma das partes quis se valer de uma ferramenta de *soft law* no caso, ambas se opuseram à aplicação do instrumento invocado pela outra, sob o argumento de que ele não teria força obrigatória. Como os árbitros devem se portar diante desse aparente impasse?⁵⁰

⁴⁹ Vale aqui a observação feita por Armin von Bogdandy a respeito da *soft law* usada no direito internacional público, *mutatis mutandis*: “Parece ser um ato prudente estender o estudo e a pesquisa em direito para esses instrumentos. Se Estados usam normas não legais para ordenar sua interação, a pesquisa jurídica perderia relevância (e talvez recursos, por via de consequência) se negligenciasse esses instrumentos. Além disso, a pesquisa jurídica alega ter maior *expertise* que qualquer outra disciplina em matéria de normas relativas às decisões de instituições públicas” (*Lawmaking by international organizations – some thoughts on non-binding instruments and democratic legitimacy*, p. 171 – trad. livre).

⁵⁰ Em outro caso, a disputa se centrou sobre as Notas da Uncitral sobre a Organização de Procedimentos Arbitrais: “A força vinculante dessas Notas foi objeto de discussão entre as partes. Enquanto se referiu às Notas da Uncitral como diretrizes, o requerente enfatizou que elas não vinculam o tribunal e que o lugar da arbitragem deve ser determinado em consideração a todas as ‘circunstâncias da arbitragem’ [...]. De acordo com o requerido, as Notas da Uncitral estabelecem ‘os critérios legais e fáticos basilares para o tribunal considerar ao selecionar o lugar da arbitragem.’” O tribunal entendeu que

A discussão sobre o valor e a eficácia da *soft law* processual deve partir da constatação de que ela não tem uma única forma de aplicação ou uma única espécie de destinatário. Ao contrário, os usos desses instrumentos são variados e dinâmicos. Tome-se o exemplo das Regras da IBA sobre Produção de Provas: é possível que as partes acordem a aplicação delas no todo ou em parte já na cláusula arbitral, ou no início do procedimento, na celebração do termo de arbitragem. Mesmo na ausência de acordo das partes em torno da adoção dessas regras, os próprios árbitros podem determinar sua aplicação em uma ordem processual. Finalmente, partes e árbitros podem simplesmente recorrer a elas como “guia”, em busca de orientação sobre como praticar ou determinar a prática de determinado ato de instrução probatória.

Todas essas formas de “aplicação” das Regras da IBA foram relatadas na pesquisa com atores relevantes da arbitragem internacional. O mais frequente é vê-las referidas no começo da arbitragem como simples diretrizes (“*guidelines*”), no bojo da primeira ou principal ordem processual, ou do termo de arbitragem. Menos frequente é sua adoção expressa pelas partes na convenção de arbitragem.⁵¹ A recente pesquisa feita pelo *White & Case* e pela *Queen Mary University of London* confirma isso: dos 60% de casos em que as Regras da IBA são utilizadas, 53% as veem aplicadas como diretrizes e apenas 7% como regras vinculantes.⁵²

As Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses na Arbitragem Internacional têm usos e efeitos ainda mais variados. Como declarado em seu preâmbulo, elas pretendem auxiliar “as partes em litígio, advogados, árbitros, instituições e os tribunais no processo decisório a respeito dessas importantíssimas questões relacionadas a imparcialidade, independência, divulgação, objeções e impugnações, quando presentes eventuais conflitos de interesses” (n. 6).

Com esse objetivo, elas podem ser usadas por partes ou seus advogados no juízo sobre a indicação de árbitros ou para fundamentar objeções e impugnações a estes, enquanto árbitros podem recorrer a elas no momento de decidir o que divulgar (*encouraging disclosure*), se devem ou não aceitar sua indicação para determinado caso, ou mesmo se devem renunciar diante de uma impugnação.⁵³ As instituições arbitrais também podem usar as Diretrizes informalmente no juízo sobre objeções

deveria decidir com base em “quaisquer circunstâncias relevantes da arbitragem”, inclusive os fatores enumerados nas Notas da Uncitral, portadoras apenas de diretrizes não vinculantes (Caso *NAFTA Canfor Corporation v. United States*, decisão de 23.1.2004 – trad. livre).

⁵¹ Cf. as respostas 10 a 12 do Anexo. No mesmo sentido, cf. ainda William Park, *The 2002 Freshfields lecture – arbitration’s protean nature: the value of rules and the risks of discretion*, p. 290, nota 38.

⁵² Cf. *2012 international arbitration survey: current and preferred practices in the arbitral process*, p. 11.

⁵³ Para relatos desses usos concretos das Diretrizes da IBA, cf. Judith Gill, *The IBA conflicts guidelines – who’s using them and how?*, pp. 60, 65 e 67.

ou impugnações a árbitros, ou até mesmo incorporá-las formalmente a suas práticas.⁵⁴ Por fim, órgãos judiciais podem referir-se às Diretrizes da IBA dentre as razões de decidir demandas anulatórias voltadas contra laudos arbitrais ou pedidos de remoção de árbitros.⁵⁵

Examinando-se todos esses variados usos que diferentes atores fazem das ferramentas de *soft law* processual, é possível reduzir a três as principais “portas de entrada” ou formas de aplicação desses instrumentos na arbitragem internacional.

Em primeiro lugar, tem-se a *soft law* como simples texto externo ao processo, invocado como referência já em sua aplicação, ou apenas usado implicitamente como guia para a prática de determinados atos pelas partes, advogados ou árbitros. Desse tipo é o uso que árbitros fazem das Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses ao decidirem divulgar determinado fato, recusar uma indicação ou renunciar a determinado caso, bem como o que partes ou árbitros fazem das Notas da Uncitral sobre a Organização de Procedimentos Arbitrais ou das Técnicas da CCI para Controle de Tempo e Custos na Arbitragem ao sugerirem ou definirem o modo de condução do procedimento, ou ainda o que partes e advogados fazem das Diretrizes da IBA sobre a Elaboração de Cláusulas Arbitrais Internacionais ao minutarem seus contratos.⁵⁶

⁵⁴ Ao decidir objeções à confirmação de árbitros ou impugnações a eles, a Corte de Arbitragem da CCI recebe um parecer do Secretariado sobre as circunstâncias do caso, que normalmente se refere a alguma disposição das Diretrizes da IBA que contemple a situação em debate. A CCI se apressa em explicar que essa referência é para simples informação da Corte e não vincula sua decisão, tampouco significa que a Corte esteja aplicando as Diretrizes (José Ricardo Feris e Simon Greenberg, *References to the IBA guidelines on conflicts of interest in international arbitration when deciding on arbitrator independence in ICC cases*, p. 33). A LCIA e a Câmara de Comércio de Estocolmo têm adotado prática semelhante (cf. IBA Conflicts of Interest Subcommittee, *The IBA guidelines on conflicts of interest in international arbitration: the first five years 2004-2009*, pp. 30-4, e Thomas Walsh e Ruth Teitelbaum, *The LCIA court decisions on challenges to arbitrators: an introduction*, p. 288). Por outro lado, a Câmara Arbitral de Milão faz expressa referência às Diretrizes em seu formulário sobre a declaração de independência e o Instituto de Árbitros e Mediadores da Nova Zelândia (AMINZ) adota-as formalmente ao nomear árbitros (Judith Gill, *The IBA conflicts guidelines – who's using them and how?*, p. 65).

⁵⁵ Para exemplos, cf. a pesquisa empreendida pelo Subcomitê da IBA para Conflitos de Interesse e refletida em IBA Conflicts of Interest Subcommittee, *The IBA guidelines on conflicts of interest in international arbitration: the first five years 2004-2009*, pp. 6-28.

⁵⁶ Um bom exemplo é o uso que a Corte Superior de Ontário fez das Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesse ao julgar precedente pedido de remoção do presidente de tribunal arbitral. Mesmo reconhecendo que as Diretrizes não haviam sido “incorporadas por referência” àquela particular arbitragem, a Corte entendeu que elas jogavam luz sobre a questão “pelas lentes da comunidade arbitral” e invocou-as como um dos fundamentos de sua decisão (*Telesat Canada v. Boeing Satellite Systems International, Inc. AS*, Ontario Superior Court of Justice, Case No. 09-46022, decisão de 16.7.2010 – trad. livre).

Um segundo modo de aplicação da *soft law*, ligeiramente diferente do anterior, é aquele em que seu uso como diretriz ou guia de conduta (*guideline*) é definido por escrito na arbitragem em antecipação aos fatos, normalmente no termo de arbitragem ou em ordem processual, com o objetivo de balizar a prática de atos futuros do processo, orientar e instruir a conduta e o planejamento de seus atores, sem obrigá-los. Como visto, esse parece ser o uso mais comum que se faz das Regras da IBA sobre Produção de Provas.

A terceira “porta de entrada” da *soft law* na arbitragem internacional ocorre ao se adotar expressamente esse ou aquele instrumento como regra obrigatória, norma jurídica aplicável ao processo. É o que fazem partes e advogados que optam por determinar, já na convenção de arbitragem, a aplicação no todo ou em parte das Regras da IBA sobre Produção de Provas, das Diretrizes para Árbitros Relativas ao Intercâmbio de Informações do ICDR,⁵⁷ ou do Protocolo sobre Produção de Documentos e Apresentação de Testemunhas do CPR.⁵⁸ As partes e os árbitros também podem comandar a aplicação vinculante desses instrumentos no termo de referência ou em ordem processual.⁵⁹

Em cada uma dessas três formas de aplicação ao processo arbitral, a *soft law* parece ter força ou efeitos diferentes. Para bem compreendê-los, é fundamental, an-

⁵⁷ Consta da introdução que elas podem “ser adotadas em cláusula ou compromisso arbitral, a qualquer tempo, sob quaisquer procedimentos arbitrais administrados pela AAA”. Disponível em www.adr.org/si.asp?id=5832 (acesso em 5.8.2011 – trad. livre).

⁵⁸ De acordo com a introdução, “o Protocolo oferece vários ‘modos’ de produção de documentos e apresentação de testemunhas, desde mínimos a extensivos, de modo que as partes de uma convenção arbitral possam escolher, no momento de celebrar seu acordo ou depois, a forma geral na qual seu processo arbitral será conduzido nas importantes áreas da produção de documentos e apresentação de testemunhas” (disponível em www.cpradr.org/Resources/ALLCPRArticles/tabid/265/ID/614/CPR-Protocol-on-Disclosure-of-Documents-and-Presentation-of-Witnesses-in-Commercial-Arbitration.aspx – acesso em 5.8.2011 – trad. livre).

⁵⁹ Não há impedimento a que os árbitros determinem a aplicação de uma ferramenta de *soft law* à arbitragem, seja como mera diretriz ou como norma vinculante. No espaço deixado pelas leis nacionais, pelos regulamentos arbitrais e pelo contrato das partes, compete aos árbitros a organização/direção dos atos do processo e o controle da instrução (cf. regulamento CCI, arts. 19 e 22.2; regulamento LCIA, art. 14; Lei nº 9.307/96, art. 21 e § 1º). Se eles poderiam e deveriam fazê-lo mesmo sem apoio em texto externo, nada impede que reproduzam ou façam referência a algum que considerem útil para a condução ordenada do processo, mesmo diante da oposição de uma das partes, mas desde que não haja acordo delas em contrário. Como decidiu um tribunal ICSID, “as Regras da IBA sobre a Produção de Provas na Arbitragem Comercial Internacional (‘Regras da IBA sobre Provas’) não são diretamente aplicáveis a este procedimento. Como parte do exercício de sua autoridade sob o artigo 15(1), contudo, o tribunal pode olhar para as Regras da IBA sobre Provas para orientação” (caso ICSID *Glamis Gold, Ltd. v. United States* (n/a), decisão de 8.6.2009 – trad. livre). É recomendável, no entanto, que os árbitros sempre consultem previamente as partes sobre a ordenação do processo.

tes de mais, observar o que os próprios instrumentos dizem a respeito de seu valor jurídico apriorístico. Vários deles contêm metadisposições úteis a esse propósito.

De acordo com a introdução às Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses, “as Diretrizes não têm força de lei nem prevalecem sobre a legislação nacional aplicável ou normas arbitrais escolhidas pelas partes”.

As Notas da Uncitral sobre a Organização de Procedimentos Arbitrais também têm em sua introdução um tópico intitulado “caráter não-vinculante das Notas”, com as seguintes disposições: “2. As Notas não impõem aos árbitros ou às partes obrigações legais vinculantes. O tribunal arbitral permanece livre para usar as Notas como entender conveniente e não é obrigado a explicar as razões pelas quais decide desconsiderá-las. 3. As Notas não são aptas a serem usadas como regras de arbitragem, uma vez que não estabelecem nenhuma obrigação ao tribunal arbitral ou às partes de agirem de determinado modo. Assim, o uso das Notas não implica nenhuma modificação às regras de arbitragem que as partes tiverem acordado aplicar.”

Com relação às Regras da IBA sobre Produção de Provas, o art. 2º do preâmbulo explica: “partes e tribunais arbitrais podem adotar as Regras da IBA, no todo ou em parte, para regular procedimentos arbitrais, ou podem modificá-los ou usá-los como diretrizes (*guidelines*) para desenvolver suas próprias técnicas processuais”. As Regras também dispõem sobre sua relação com outras fontes: “sempre que as partes tenham acordado ou o tribunal arbitral tenha determinado aplicar as Regras da IBA sobre Produção de Provas, as Regras devem governar a instrução, exceto se alguma disposição específica estiver em conflito com prescrição jurídica obrigatória considerada aplicável ao caso pelas partes ou pelo tribunal arbitral”.

Como último exemplo, veja-se o prefácio das Técnicas da CCI para Controle de Tempo e Custos na Arbitragem: “as partes e o tribunal são encorajados a pensar este documento como uma base a partir da qual podem desenvolver o procedimento a ser adotado. [...] deve ficar claro que partes e árbitros de modo nenhum estão obrigados a seguir qualquer das técnicas. [...] Este documento [...] não é parte do regulamento de arbitragem da CCI nem ferramenta para sua interpretação, ou de qualquer forma vincula a Corte de Arbitragem. Antes, é uma ferramenta prática criada para estimular a escolha consciente de técnicas procedimentais na arbitragem, com o objetivo de organizar um processo eficiente e adaptado de modo adequado ao caso concreto”.⁶⁰

O uso que tribunais arbitrais e judiciais vêm fazendo desses instrumentos de *soft law* em suas decisões também fornece elementos importantes para se compreender seu valor. O Subcomitê da IBA responsável por monitorar as Diretrizes

⁶⁰ Disponível em www.iccwbo.org/uploadedFiles/TimeCost_E.pdf (acesso em 6.8.2011 – trad. livre).

sobre Conflitos de Interesses fez um levantamento das decisões judiciais que se referiram a essa ferramenta desde sua edição em 2004 até 2009. À exceção de talvez um caso, nenhum dos precedentes encontrados usou as Diretrizes como fundamento exclusivo para o julgamento do pedido, mas sim como argumento de reforço, ao lado de alguma outra fonte do direito, muitas vezes vinculante (*hard law*).⁶¹

O papel das Diretrizes foi sintetizado por um precedente da Suprema Corte Federal Suíça. Ao julgar improcedente demanda anulatória de laudo arbitral motivada na falta de imparcialidade de dois árbitros, o tribunal afirmou: “certamente as Diretrizes não têm força de lei, mas constituem valiosa ferramenta de trabalho para contribuir com a harmonização e uniformização de padrões aplicáveis no campo da arbitragem internacional para a regulação de conflitos de interesses. Nesse sentido, esse instrumento deve impactar a prática das cortes e de instituições administradoras de procedimentos arbitrais. As Diretrizes contêm princípios gerais. Elas também contêm uma lista não exaustiva de circunstâncias particulares. [...] Seria desnecessário dizer que, independentemente da existência de tais listas, as circunstâncias de cada caso serão sempre decisivas para determinar se há um conflito de interesses”.⁶²

No tocante às Regras da IBA sobre Produção de Provas, já se viu há pouco serem elas mais frequentemente adotadas por tribunais arbitrais como “linha-guia” para a condução da instrução. A pesquisa empreendida pela CCI em torno das ordens processuais emitidas entre 2003 e 2004 concluiu que muitas delas “são direta ou indiretamente *inspiradas* pelas Regras da IBA sobre Produção de Provas na Arbitragem Internacional, ou incorporam estas como regras procedimentais por referência”.⁶³

A decisão de um tribunal arbitral ICSID resume assim o valor dessas regras: “as Regras da IBA são amplamente usadas por tribunais arbitrais internacionais como um guia mesmo quando não os vinculam. Precedentes e documentos informais, como as Regras da IBA, refletem a experiência de profissionais reconhecidos na área e extraem sua força de seu mérito intrínseco e valor persuasivo, não de algum caráter obrigatório. O tribunal entende que, no presente caso, ele não precisa da orien-

⁶¹ Cf. IBA Conflicts of Interest Subcommittee, *The IBA guidelines on conflicts of interest in international arbitration: the first five years 2004-2009*, pp. 6-28. Os autores especulam sobre a razão disso: “a relutância dos tribunais em se referir às Diretrizes pode estar na crença de que a lei doméstica fornece um regime completo para a disciplina da independência e imparcialidade dos árbitros. As cortes estatais podem assim achar desnecessário ou inapropriado referir-se a regras estrangeiras ou diretrizes editadas por organizações privadas ao tomarem suas decisões, qualquer que seja a importância prática dessas regras entre profissionais da arbitragem” (p. 6 – trad. livre).

⁶² Suprema Corte Federal Suíça, Caso n. 4A_506/2007, decisão de 20.3.2008 (trad. livre).

⁶³ Cf. a introdução de Dominique Hascher a *Decisions on ICC arbitration procedure – a selection of procedural orders issued by arbitral tribunals acting under the ICC rules of arbitration (2003-2004)*, p. 10 (trad. livre).

tação das Regras da IBA para avaliar que as categorias de documentos requeridos e reproduzidos acima são excessivamente amplas e sua relevância é difícil de aferir”.⁶⁴

A partir do que dispõem os próprios instrumentos de *soft law*, em associação ao uso que cortes judiciais e tribunais arbitrais vêm fazendo deles, fica mais claro o peso que essas ferramentas têm sobre a disciplina do processo arbitral internacional. Em suas duas primeiras e principais “portas de entrada”, como visto, a *soft law* é simples texto de referência de que se valem partes e árbitros para orientar, inspirar, guiar, instruir ou justificar a prática de atos da arbitragem, seja implícita, seja declaradamente, seja *ad hoc* ou mediante a afirmação antecipada de que tal instrumento será adotado como *diretriz* em determinado caso. Com essas aplicações, a *soft law* não pode ser considerada norma jurídica, regra legal, visto que não estatui nenhuma obrigação ou vincula as partes ou os árbitros.

Logicamente, se as partes não optaram expressamente por se vincular a este ou àquele instrumento de *soft law*, ou os árbitros não determinaram que a prática de determinados atos deveria obedecer a disposições desses instrumentos, estes não obrigam nem podem obrigar os atores da arbitragem.

Isso não significa que a *soft law* não tenha nenhum significado jurídico. Na medida em que reflita práticas, métodos e técnicas comumente aceitos na arbitragem internacional ao redor do mundo, a *soft law* catalisa as opiniões e os usos internacionais sobre determinadas questões ligadas à condução do processo arbitral (instrução probatória, ética e conflitos de interesses, organização do procedimento etc.). Esses instrumentos se apresentam como um rol ou compêndio das opiniões de profissionais da arbitragem internacional e das práticas mais aceitas internacionalmente, as assim chamadas “melhores práticas” (*best practices*).⁶⁵

Daí falar a Suprema Corte Federal Suíça na *soft law* processual como “valiosa ferramenta de trabalho”. A *soft law* oferece um repertório de sugestões e diretrizes de que podem se valer as partes e os árbitros para orientar sua conduta e os atos do processo, se assim entenderem adequado para o caso concreto.⁶⁶

⁶⁴ Caso ICSID *Railroad Development Corporation (RDC) v. Republic of Guatemala* (ARB/07/23), decisão de 15.10.2008 (trad. livre).

⁶⁵ Nesse sentido as opiniões colhidas por Judith Gill, *The IBA conflicts guidelines – who’s using them and how?*, p. 67.

⁶⁶ De acordo com o comentário de um entrevistado dos EUA ao item 15 do questionário, “na prática, muitos árbitros atuantes consideram elas [as Regras da IBA sobre Produção de Provas] altamente úteis por refletirem *standards* amplamente aceitos”. Para um respondente do Reino Unido, elas “não devem ser prescrições legais ou contratuais, mas apenas parte da caixa de ferramentas arbitral, para o exercício discricionário dos poderes processuais que o tribunal tem” (cf. Anexo – trad. livre). Conforme o preâmbulo das Técnicas da CCI para Controle de Tempo e Custos na Arbitragem, “o documento [...] é uma ferramenta prática criada para estimular a escolha consciente de técnicas procedimentais na

Nesse sentido, a *soft law* acaba por exercer importante papel de *influência* sobre os atores da arbitragem. Esses instrumentos não obrigatórios têm assim *valor persuasivo* sobre as decisões que árbitros, partes e advogados tomam na condução do procedimento. Esse valor não deriva de algum caráter imperativo, mas apenas da circunstância de representarem opiniões e usos aceitos amplamente. Como afirmado na decisão do tribunal ICSID acima referida, essas ferramentas “retiram sua força de seu mérito intrínseco e valor persuasivo, não de algum caráter obrigatório”.⁶⁷

É o que ocorre quando um tribunal arbitral se baseia no art. 3º das Regras da IBA ou no parágrafo 13 das Notas da Uncitral para determinar o procedimento para produção de documentos, quando um árbitro decide divulgar determinado fato porque descrito na lista vermelha renunciável das Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses, ou ainda quando uma instituição arbitral ou órgão judiciário se vale dessas mesmas diretrizes para justificar a remoção de um árbitro. Em todos esses casos, o usuário dos instrumentos de *soft law* está sendo, ainda que não declaradamente, influenciado por eles em seu processo de tomada de decisão e reconhecendo, portanto, que eles têm algum significado jurídico, algum valor para guiar a disciplina da condução do processo arbitral. Veja-se a decisão de autoridade indicada pela Corte Permanente de Arbitragem ao acolher uma impugnação a árbitro: “apesar de as Diretrizes da IBA não terem *status* obrigatório no presente processo, elas refletem *best practices* internacionais e oferecem exemplos de situações que podem gerar dúvidas objetivamente justificáveis quanto à independência ou à imparcialidade de um árbitro”.⁶⁸

Com esse caráter não vinculante, mas, ainda assim, persuasivo ou influenciador da solução de questões, as ferramentas de *soft law* podem ser comparadas em

arbitragem, com o objetivo de organizar um processo eficiente e adaptado de modo adequado ao caso concreto” (trad. livre).

⁶⁷ Para Gabrielle Kaufmann-Kohler, “tribunais arbitrais e advogados olham frequentemente para as Regras [da IBA sobre Produção de Provas] para orientação, em virtude de sua natureza transcultural (*Globalization of arbitration procedure*, p. 1.324). Endossando o papel persuasivo ou influenciador da *soft law*, cf. ainda V.V. Veeder, *Are the IBA rules “perfectible”?*, p. 321; Jeff Waincymer, *Procedure and evidence in international arbitration*, p. 757, e em geral, Michael Reisman, *The concept and functions of soft law in international politics*, pp. 139 e 144; Richard Baxter, *International law in ‘her infinite variety’*, p. 557; Alan Boyle, *Some reflections on the relationship of treaties and soft law*, p. 902; Alberto do Amaral Jr., *Curso de direito internacional público*, p. 573.

⁶⁸ Caso Uncitral *ICS Inspection and Control Services Limited v. The Republic of Argentina*, decisão de 17.12.2009 (trad. livre). Como afirma Michael Reisman, “a adição do símbolo jurídico a comunicações que não são tecnicamente prescritivas pode influenciar comportamentos e, assim, dar-lhes algum efeito prescritivo” (*The concept and functions of soft law in international politics*, p. 144). Mesmo sem ser norma jurídica, a *soft law* é muitas vezes empregada com um discurso normativo semelhante (ex.: o fato X suscita dúvidas justificáveis sobre a imparcialidade do árbitro porque previsto no item Y das Diretrizes da IBA).

seus efeitos com a jurisprudência e a doutrina, enquanto fontes auxiliares do direito internacional.⁶⁹ A se entender como fontes do direito o “conjunto de fatores ou elementos que exercem influência na formulação do juiz da regra na qual ele funda sua decisão”,⁷⁰ costuma-se incluir nessa ideia a jurisprudência e a doutrina,⁷¹ elementos que desempenham papel semelhante àquele que a *soft law* processual tem sobre os atores da arbitragem internacional.

De fato, tanto a doutrina quanto a jurisprudência – esta última, ao menos no uso tradicional que dela se faz nos países de tradição romano-germânica – não têm força obrigatória. A despeito disso, influenciam o processo de tomada de decisão, no primeiro caso por manifestar a visão de cientistas e profissionais experientes em determinada área (*communis opinio doctorum*) e, no segundo caso, por refletir a opinião já emitida pelos tribunais sobre o mesmo assunto.⁷² A doutrina e a jurisprudência operam assim de forma parecida com a *soft law* sobre o juízo do tomador de decisão: mesmo sem o obrigar, influenciam-no e integram sua pauta de referências jurídicas, servindo como razão e justificativa para a definição do modo como questões serão resolvidas.⁷³

Assim, pode-se falar na *soft law* processual como uma “fonte de baixa intensidade”,⁷⁴ para designar o papel meramente persuasivo que tem sobre as escolhas das partes, advogados, árbitros, instituições arbitrais e mesmo órgãos judiciais a respeito de determinadas questões atinentes ao processo arbitral internacional.

⁶⁹ No direito internacional público, cf. o art. 38 do Estatuto da Corte Internacional de Justiça, “A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: [...] d) ressalvado o disposto no art. 59, as decisões judiciais e a doutrina dos juristas mais qualificados das diferentes nações, como meio auxiliar para a determinação das regras de direito” (trad. livre). Disponível em www.icj-cij.org/documents/index.php?p1=4&p2=2&p3=0 (acesso em 12.11.2011).

⁷⁰ Alf Ross, *Direito e justiça*, p. 103.

⁷¹ Cf. Karl Larenz, *Metodologia da ciência do direito*, pp. 611-5; René David, *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, pp. 147-166; Mary Ann Glendon et al., *Comparative legal traditions*, pp. 132-8; João Baptista Machado, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, p. 157; José Puig Brutau, *La jurisprudencia como fuente del derecho*, pp. 221-37; André Franco Montoro, *Introdução à ciência do direito*, pp. 401-7; Paulo Dourado de Gusmão, *Introdução ao estudo do direito*, pp. 132-9.

⁷² Cf. os autores citados na nota anterior.

⁷³ Para António Marques dos Santos, a *soft law* é um “complexo normativo ou pseudonormativo que serve como critério de fundamentação de decisões ou de legitimação de práticas e de comportamentos típicos de natureza profissional no domínio do comércio internacional, embora seja desprovido de carácter vinculativo e actue mediante a persuasão ou pelo convencimento da sua conformidade com o direito, em sentido lato, ou com a deontologia comercial” (*Direito internacional privado*, p. 34).

⁷⁴ A expressão é de Alberto do Amaral Jr., que a usa para se referir à *soft law* em geral (*Curso de direito internacional público*, p. 573).

Por outro lado, a *soft law* processual não pode ser equiparada ao costume como fonte do direito em sentido estrito, isto é, fonte de *normas jurídicas*. Em primeiro lugar, porque pode não refletir práticas geralmente adotadas em concreto, mas apenas opiniões de profissionais da área sobre as formas “mais recomendadas” de se resolverem certas questões. Ainda que reflita práticas comuns, não necessariamente carrega preceitos de uso continuado ao longo do tempo (elemento material). Mas a razão decisiva é outra: falta aos usuários da *soft law* a convicção da obrigatoriedade, o consenso de que todos os atores da arbitragem internacional devem conduzir o processo de acordo com o disposto nessas ferramentas (elemento psicológico – *opinio necessitatis sive obligationis*) (*infra* n. 4.4).⁷⁵

Na qualidade de fontes auxiliares ou de “baixa intensidade”, é evidente que esses instrumentos não vinculantes cedem diante de qualquer preceito obrigatório eventualmente aplicável ao caso. Algumas ferramentas afirmam-no expressamente, como já visto no início deste tópico.⁷⁶ No mais das vezes, no entanto, a antinomia será quando muito aparente, porque os textos de *soft law* costumam ser formulados justamente para preencher o espaço regulatório deixado por tratados, leis nacionais e regulamentos das instituições. Em vez de conflitarem, as disposições de *soft law* e de *hard law* tendem a se complementar ou integrar.⁷⁷

Examinado o significado jurídico da *soft law* processual em suas duas primeiras “portas de entrada” no processo arbitral, resta verificar se a sua “violação” ou “inobservância” tem consequências jurídicas, isto é, se esse comportamento é sancionado. Como devem se portar árbitros e órgãos judiciais quando confrontados com “descumprimentos” de veículos de *soft law*?

⁷⁵ Compartilham a ideia de que a *soft law* não equivale ao costume como fonte do direito, Tadeusz Gruchalla-Wesierski, *A framework for understanding “soft law”*, pp. 53-4 e, ao menos quanto à *soft law* por si só, Christine Chinkin, *The challenge of soft law: development and change in international law*, p. 857, e Andrew Guzman, *How international law works: a rational choice theory*, p. 142. Para a discussão sobre os dois requisitos (material e psicológico) do costume como fonte do direito, cf. Tércio Sampaio Ferraz Júnior, *Introdução ao estudo do direito*, pp. 240-3; Alf Ross, *Direito e justiça*, p. 120; Alberto do Amaral Jr., *Curso de direito internacional público*, pp. 129 ss.

⁷⁶ A precedência da lei nacional sobre as Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses já foi reconhecida judicialmente, no julgamento de demanda anulatória de laudo arbitral por alegada parcialidade do árbitro (caso *A and Others v. B AS*, High Court of Justice, Queen’s Bench Division, Commercial Court, Case no. 2011, Folio 108, decisão de 15.9.2011).

⁷⁷ As Regras da IBA contêm disposição sobre essa convivência: “em caso de conflito entre qualquer disposição das Regras da IBA sobre Provas e as Regras Gerais [definidas como regras institucionais, *ad hoc* ou outras aplicáveis à arbitragem], o tribunal arbitral deverá aplicar as Regras da IBA sobre Provas da maneira que considerar a melhor para atingir os propósitos tanto das Regras Gerais quanto das Regras da IBA sobre Provas, salvo acordo das partes em contrário” (art. 1.3 – trad. livre). No sentido aqui defendido, cf. Otto de Witt Wijnen *et al.*, *Background information on the IBA guidelines on conflicts of interest in international arbitration*, p. 435.

Como visto, enquanto simples ferramentas aptas a guiar, inspirar ou justificar a prática de atos processuais da arbitragem, os instrumentos de *soft law* não têm caráter vinculante. Por consequência, o comportamento que se distancie do teor de algum desses textos não pode ser sancionado tal qual a violação de uma norma jurídica. É bem verdade que o texto de *soft law* pode interagir com elementos de *hard law* na aplicação de sanções. Um exemplo é o uso que se faz das Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses em processos judiciais voltados à anulação de laudos arbitrais por falta de imparcialidade do árbitro. Ao decidir se o comportamento deste viola seus deveres de independência e imparcialidade, há julgados que invocam em sua motivação algum texto das Diretrizes da IBA. No entanto, essa referência à *soft law* é feita como argumento de reforço, elemento de apoio à interpretação da *hard law*; o fundamento jurídico da anulação é o descumprimento de normas da lei nacional aplicável.⁷⁸

Ao se falar em consequências jurídicas derivadas da "inobservância" da *soft law* processual, deve ser feita distinção entre a primeira e a segunda "portas de entrada" desses instrumentos na arbitragem. Como dito, em primeiro lugar, a *soft law* pode ser apenas usada como orientação *ad hoc* para a prática de certos atos, ou invocada como referência já no ato de decisão sobre determinadas questões. Em seu segundo modo de aplicação, no entanto, os árbitros ou as partes definem expressamente *a priori*, antes da ocorrência dos fatos, que determinada ferramenta de *soft law* deverá orientá-los (sem vinculá-los).

Somente nesse segundo modo de aplicação seria lícito atribuir sanções para a exclusiva inobservância de algum preceito de *soft law*. Decidido pelos árbitros em ordem processual ou tendo as partes concordado no termo de arbitragem que as Regras da IBA sobre Produção de Provas serão usadas como diretriz para a instrução, caso alguma disposição dessas Regras seja descumprida a seguir, torna-se legítimo ao tribunal aplicar sanções à parte faltosa fundamentadas nesse descumprimento, como indeferir requerimento de produção de documentos por ausência dos requisitos do art. 3.3, desconsiderar o depoimento da testemunha fática ou técnica que deixa de comparecer à audiência sem justo motivo (arts. 4.7 e 5.5), ou atribuir uma proporção maior do custo do processo à parte que agiu de má-fé, mesmo sem base em uma fonte de *hard law* (art. 9.7) (*infra* n. 5).

A diferença entre os dois modos de aplicação da *soft law*, relevante para o propósito, é a definição expressa e apriorística, no segundo deles, de que dado instrumento de *soft law* norteará a prática de atos futuros. O que legitima a aplicação

⁷⁸ Cf. os julgados analisados por IBA Conflicts of Interest Subcommittee, *The IBA guidelines on conflicts of interest in international arbitration: the first five years 2004-2009*, pp. 6-28.

de sanções nesse caso é o prévio conhecimento dessa possibilidade, derivado do consentimento das partes ou do aviso dos árbitros. Apenas quando a parte está consciente de que a inobservância de certas diretrizes poderá ter determinadas consequências é correto impor-se-lhe a sanção.

Ressalte-se que se está aqui a falar de sanções internas ao processo arbitral internacional. Em qualquer dos dois modos de aplicação, a *soft law* continua sem ser regra jurídica obrigatória, de modo que sua inobservância não permite a imposição de alguma sanção por órgão judicial (*infra* n. 2.3). Essa é provavelmente uma das razões pelas quais, como já visto, os tribunais não têm anulado laudos arbitrais com fundamento jurídico em violação a preceito das Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses.⁷⁹

Resta examinar o que ocorre com a *soft law* em sua terceira “porta de entrada” na arbitragem internacional. Nesse caso, como visto, as partes acordam ou os árbitros comandam que a ferramenta de *soft law* deverá ser obrigatoriamente aplicada ao processo arbitral, em parte ou no todo. As partes podem fazê-lo na própria convenção ou no termo de arbitragem, o que, em ambos os casos, resulta em obrigação contratual de observar aquele instrumento.⁸⁰ Por sua vez, os árbitros podem fazê-lo em ordem processual, decisão que vincula as partes.⁸¹

Com esse modo de aplicação, a *soft law* passa a ser norma jurídica, isto é, obriga seus destinatários como qualquer outra regra legal aplicável ao processo. Em verdade, nesse caso a *soft law* perde seu caráter “*soft*” e passa a ser *hard law* para aquela arbitragem.

Já se adiantou não ser comum esse modo de aplicação da *soft law*. Com relação às Regras da IBA sobre Produção de Provas, partes e árbitros não costumam adotá-la de forma vinculante na convenção, termo de arbitragem ou ordem processual.⁸²

⁷⁹ Judith Gill, *The IBA conflicts guidelines – who’s using them and how?, passim*; IBA Conflicts of Interest Subcommittee, *The IBA guidelines on conflicts of interest in international arbitration: the first five years 2004-2009, passim*.

⁸⁰ Sobre o caráter contratual e obrigatório do termo de arbitragem ou ata de missão, cf. Jean-Claude Goldsmith, *How to draft terms of reference*, p. 299; Serge Lazareff, *Terms of reference*, p. 21.

⁸¹ Veja-se o seguinte exemplo: “exceto se estabelecido diferentemente pelo tribunal, o curso da arbitragem será governado pelas Regras da IBA sobre Produção de Provas na Arbitragem Comercial Internacional” (caso CCI n. 12296, ordem processual de 21.6.2004, em *Decisions on ICC arbitration procedure – a selection of procedural orders issued by arbitral tribunals acting under the ICC rules of arbitration (2003-2004)*, p. 45 – trad. livre). Seria desnecessário dizer que “as partes se comprometem a cumprir qualquer ordem proferida pelo tribunal arbitral” (regulamento CCI, art. 22.5).

⁸² Cf. as respostas 10 a 12 do Anexo. Metade dos entrevistados (7) respondeu espontaneamente que aplica as Regras da IBA como simples diretrizes, como se quisesse frisar o ponto. Cf. ainda a resposta

Pesquisa realizada em 2010 pela *Queen Mary University of London* com advogados de empresas mostrou que, ao negociarem cláusulas arbitrais, eles não estão preocupados em selecionar regras procedimentais adicionais como as Regras da IBA.⁸³

Um dos motivos para partes e árbitros não determinarem a aplicação compulsória de instrumentos como esses à arbitragem liga-se exatamente às consequências jurídicas disso. Depois de mostrar que as Regras da IBA são aplicadas como simples diretrizes em 53% das arbitragens e como normas vinculantes em apenas 7% dos casos, a recente pesquisa *White & Case* e *Queen Mary* ouviu dos entrevistados que essa preferência se deve à maior flexibilidade deixada pelas “*guidelines*”.⁸⁴ Essa é a razão pela qual, como visto acima, os próprios textos de *soft law* costumam afirmar que não são aptos a serem usados com “força de lei”.⁸⁵

De fato, adotado como regra jurídica obrigatória, o instrumento de *soft law* transformado em *hard law* limita as ações dos sujeitos processuais no sentido de que os vincula e pode ter seu descumprimento sancionado como qualquer outra norma de natureza contratual aplicável àquele processo, dentro e fora da arbitragem. O risco maior é o de sujeitar o futuro laudo arbitral a censuras de órgãos judiciais.⁸⁶ Pode-se cogitar da anulação do laudo no Judiciário do país sede da arbitragem, se a lei local assim o permitir,⁸⁷ ou até mesmo da recusa de seu reconhecimento em

de um operador dos EUA ao item 15 do questionário: “na minha experiência, e eu penso que essa experiência é amplamente compartilhada, as Regras da IBA são poucas vezes realmente adotadas como obrigatórias, seja na cláusula, nos termos ou em ordem processual. [...] Frequentemente, os árbitros dirão que considerarão elas como orientações” (trad. livre). No mesmo sentido, cf. 2012 *international arbitration survey: current and preferred practices in the arbitral process*, p. 11; V.V. Veeder, *Are the IBA rules “perfectible”?*, p. 321, e Gary Born, *International commercial arbitration*, v. 2, p. 1794.

⁸³ Dentre doze temas, a inclusão de disposições como essas é o último na ordem de prioridades dos advogados ao negociarem cláusulas arbitrais (para apenas 1% deles trata-se de “*deal-breaker*”) e aquele em que o maior número de participantes não tem preferência particular e estão abertos a negociar (28%) (2010 *international arbitration survey: choices in international arbitration*, p. 7).

⁸⁴ Cf. 2012 *international arbitration survey: current and preferred practices in the arbitral process*, p. 11.

⁸⁵ O grupo de trabalho que elaborou as Diretrizes da IBA sobre Conflitos de Interesses chegou a considerar incluir recomendação para que as partes inserissem no contrato cláusula adotando ou se referindo às Diretrizes. Seus membros chegaram ao consenso geral de que isso não seria desejável (cf. David Lawson, *Impartiality and independence of international arbitrators – commentary on the 2004 IBA guidelines on conflicts of interest in international arbitration*, p. 36).

⁸⁶ Nesse sentido, cf. a introdução de Dominique Hascher a *Decisions on ICC arbitration procedure – a selection of procedural orders issued by arbitral tribunals acting under the ICC rules of arbitration* (2003-2004), p. 10.

⁸⁷ Nos termos da Lei-Modelo da Uncitral, um laudo arbitral pode ser anulado se o demandante provar que “a constituição do tribunal arbitral ou o procedimento arbitral não foram conformes ao acordo das partes, a não ser que esse acordo contrarie uma disposição dessa lei que as partes não possam

outro país, com base no artigo V.1.d da Convenção de Nova Iorque.⁸⁸ Não se conhecem decisões que tenham invalidado ou deixado de homologar laudos arbitrais com fundamento na violação a dispositivo de *soft law* tornado norma compulsória, mas a judicialização de questões tratadas nos instrumentos de *soft law* é de todo modo indesejável, como se discutirá mais à frente (*infra* nn. 2.3, 4.1 e 4.4).

derrogar, ou que, na falta de tal acordo, não foram conformes à presente lei" (art. 34.2.a.iv – trad. livre, grifou-se). A lei de arbitragem inglesa parece ser um exemplo: "Art. 68: (1) A parte do processo arbitral pode (mediante notificação às outras partes e ao tribunal) pedir ao órgão judicial a anulação do laudo com base em irregularidade séria que afete o tribunal, o processo ou o laudo. [...] (2) Irregularidade séria significa aquela de um ou mais dos seguintes tipos que o órgão judicial considere ter causado ou causar injustiça substancial ao autor – [...] (c) falha do tribunal em conduzir o processo de acordo com o procedimento avençado pelas partes" (trad. livre, grifou-se).

⁸⁸ O laudo arbitral pode não ser reconhecido caso "a composição da autoridade arbitral ou o procedimento arbitral não se deu em conformidade com o acordado pelas partes" (versão em português do dec. n. 4.311/2002). No Brasil, a lei nacional reduziu o óbice a desacordos entre a convenção das partes e a instituição da arbitragem, de modo que violações a outras regras procedimentais não impedem a homologação de laudos estrangeiros (LA, art. 38, inc. V). Por se tratar de disposição mais favorável ao reconhecimento que o art. V.1.d da Convenção de Nova Iorque, a regra nacional prevalece sobre esta última, por força da *cláusula do direito mais favorável* (CNY, art. VII.1) (cf. André de Albuquerque Cavalcanti Abbud, *Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras*, pp. 161-2).